



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale dell'Economia

NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO IN TEMA
DI MARKET ABUSE E ILLECITI TRIBUTARI: LE
PROBLEMATICHE ATTUALI ALLA LUCE DELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CEDU E DELLA CGUE.

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Filippo Sgubbi

CANDIDATA

Flaminia Comolli

Matr. 132343

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa.

Elisa Scaroina

Anno accademico 2018-2019

Indice

Capitolo I

Il principio del *ne bis in idem*

1. Due dimensioni del <i>ne bis in idem</i> : una premessa.....	pag. 4
2. Il <i>ne bis in idem</i> processuale: <i>ratio</i> e contenuto del principio.....	pag. 6
2.1. I presupposti applicativi: il concetto di medesimo fatto.....	pag. 10
2.1.1. L' <i>eadem persona</i> e l'irrevocabilità della sentenza.....	pag. 17
2.2. <i>Ne bis in idem</i> e litispendenza.....	pag. 22
2.3. Le eccezioni e i rimedi alla violazione del principio.....	pag. 23
3. Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale.....	pag. 27
4. L'art. 4 Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Contenuto ed estensione della garanzia.....	pag. 30
4.1. L'ambito di applicabilità e la nozione di " <i>matière pénale</i> ".....	pag. 32
4.2. La giurisprudenza della Corte EDU sui concetti di " <i>bis</i> " e " <i>idem</i> ".....	pag. 37
4.3. Il concetto di sentenza definitiva e le possibili eccezioni.....	pag. 43
5. Il cammino del principio del <i>ne bis in idem</i> transnazionale.....	pag. 44
5.1. Il <i>ne bis in idem</i> nell'art. 54 CAAS. <i>Ratio</i> e scopo del principio.....	pag. 49
5.1.1. La clausola di esecuzione e la vicenda Zoran Spasic.....	pag. 51
5.1.2. La questione della vigenza delle riserve di cui all'articolo 55 della CAAS.....	pag. 55
5.2. L'art. 50 CDFUE: il suo ambito di applicazione alla luce della sentenza Fransson.....	pag. 57

Capitolo II

I sistemi a doppio binario sanzionatorio

1. I sistemi a doppio binario sanzionatorio nell'ordinamento italiano.....	pag. 62
2. Le fonti del <i>market abuse</i> : dalla Direttiva 89/592/CEE alla Direttiva 2003/6/CE.....	pag. 64
2.1. Lo scopo della Direttiva 2003/6/CE e le ragioni dell'armonizzazione...	pag. 67

2.2. Uno sguardo d'insieme al contenuto della direttiva. In particolare, il sistema sanzionatorio.....	pag. 68
3. L'attuazione della direttiva 2003/6/CE in Italia.....	pag. 71
3.1. L'illecito penale e l'illecito amministrativo di <i>insider trading</i>	pag. 72
3.2. L'illecito penale e l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato.....	pag. 78
3.3. I rapporti tra le fattispecie penali e amministrative e le problematiche connesse.....	pag. 82
4. Le nuove fonti normative in tema di <i>market abuse</i> : la Direttiva 2014/57/Ue e del Regolamento (Ue) n. 596/2014.....	pag. 86
5. Il sistema sanzionatorio degli illeciti tributari; gli interventi normativi dalla l. 4/1929 al d.lgs. 472/1997.....	pag. 91
5.1. Il d.lgs. 472/1997 e il d.lgs. 74/2000.....	pag. 97
5.2. La novella del 2015.....	pag. 105

Capitolo 3

L'evoluzione del sistema alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1. L'inquadramento del problema.....	pag. 110
2. Il caso <i>Grande Stevens c. Italia</i>	pag. 112
2.1. Il ricorso alla Corte EDU. Le posizioni dei ricorrenti e del Governo italiano.....	pag. 116
2.2. La decisione della Corte.....	pag. 121
3. I problemi aperti e soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.....	pag. 126
3.1. a) I casi analoghi a quelli della sentenza <i>Grande Stevens</i> : l'interpretazione convenzionalmente conforme e la via dell'art. 117, comma 2, Cost.....	pag. 129
3.1.1. La diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE.....	pag. 136
3.1.2. Le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione civile e penale.....	pag. 139
3.2. b) <i>Quid iuris</i> in caso di litispendenza?.....	pag. 144
3.3. c) Le vicende già definite su entrambi i piani.....	pag. 147

3.4. Gli effetti sul sistema sanzionatorio tributario.....	pag. 152
4. I nuovi interventi del legislatore europeo: la Direttiva 2014/57/UE e il Regolamento (UE) n. 596/2014.....	pag. 156
5. Un passo indietro di Strasburgo. La sentenza A e B contro Norvegia: il caso e le posizioni dei ricorrenti e del Governo.....	pag. 161
5.1. La decisione della Corte. In particolare, il criterio della “ <i>sufficient close connection in substance and in time</i> ”	pag. 164
5.2. Prime applicazioni del principio nella giurisprudenza italiana.....	pag. 170
6. I rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia: le cause <i>Menci</i> , <i>Garllson Real Estate e Di Piuma e Zecca</i>	pag. 173
7. Il decreto legislativo n. 107/2018 e i perduranti problemi ermeneutici.....	pag. 180
8. Osservazioni conclusive.....	pag. 188
Bibliografia.....	pag. 197

Capitolo I

Il principio del *ne bis in idem*

1. Due dimensioni del *ne bis in idem*: una premessa.

Nella sua definizione più elementare, il principio del *ne bis in idem* rappresenta il divieto di duplicare una determinata attività o un determinato effetto giuridico (*ne bis*), quando questi tendano allo stesso scopo o riguardino il medesimo fatto (*in idem*)¹.

Tale principio ha origini antiche, essendo già noto al diritto romano, secondo il quale “*bis in eadem re ne sic actio*”: un diritto, una volta che fosse stato *in iudicium deductum*, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento².

Oggi il *ne bis in idem* è un fondamentale principio di diritto, posto a tutela della persona, e non solo una regola processuale.

Invero, il principio in esame si articola in due dimensioni: una sostanziale e una processuale.

Il divieto di *bis in idem* sostanziale si identifica con il divieto di doppia sanzione: impedisce che si possa punire più volte il medesimo soggetto per lo stesso fatto, quando l'applicazione di una sola delle norme integrate dal fatto esaurisca da sola il disvalore della condotta; il *ne bis in idem* processuale invece, vieta la sottoposizione a nuovo processo della persona che, sul medesimo fatto, sia già stata giudicata con un provvedimento irrevocabile³.

È evidente dunque che questo importante principio non possa appiattirsi a mera regola processuale posta a tutela della stabilità ed incontrovertibilità delle decisioni, ma che sia un vero e proprio diritto della persona, che viene messa al riparo sia dalla possibilità di essere perpetuamente soggetta a processo penale, sia dall'applicazione di pene eccessive e sproporzionate.

Alla base della dicotomia summenzionata, vi sono presupposti applicativi e valori diversi: mentre nell'accezione sostanziale il principio è espressione, come si è detto, di esigenze di equità, poiché finalizzato ad “evitare l'irrazionale ingiustizia di una

¹ Cfr. ENCICLOPEDIA TRECCANI online, *ne bis in idem*; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Annali III*, 2010, *Enciclopedia del diritto*.

² Cfr. G. BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem: dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, p. 10

³ Cfr. G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, 2017

*duplice condanna per lo stesso fatto di reato*⁴”, nell’accezione processuale risponde ad “*esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi*”⁵”.

Tutte le ragioni ed esigenze di cui si è detto, che si trovano alla base del principio del *ne bis in idem*, consentono di ricondurlo all’interno del più vasto principio del giusto processo⁶. Invero, nonostante il *ne bis in idem* non sia espressamente menzionato nella nostra Costituzione, non si può dubitare del suo fondamento costituzionale, da rinvenirsi nell’art. 111 Cost., ai sensi del quale “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”.⁷

Nel nostro ordinamento, il *ne bis in idem* trova un primo riconoscimento nel codice del 1865, ed in quelli successivi del 1913 e 1930⁸, fino ad arrivare a quello odierno che all’art. 649 c.p.p. prevede che “*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 [...]*”.

Testimonia l’estrema rilevanza del principio come espressione dello Stato di diritto, il fatto che sia riconosciuto tanto a livello europeo, all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁹, quanto a livello internazionale, all’art. 4, comma 1, del Protocollo addizionale n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo¹⁰, all’art. 14, 7° corollario del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹¹, e all’art. 54 della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen¹².

Si è detto che il principio del *ne bis in idem* non si sostanzia solo nel divieto di procedere due volte rispetto al medesimo fatto già giudicato in maniera definitiva, ma anche nel divieto di applicazione di una doppia sanzione per lo stesso fatto.

⁴ Cit. G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit. p. 4

⁵ Cit. opera nota 4

⁶ Cfr. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, p. 97. Nell’opera l’autore sottolinea che la sede naturale del principio del *ne bis in idem* nel giusto processo sia fortemente avvertita nei paesi di common law, nei quali il cardine della struttura processuale è il “*fair trial*”.

⁷ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, op.ult.cit.

⁸ Vedi G. BAUSILIO, op. cit., p. 4

⁹ Proclamata a Nizza il 7.12.2000

¹⁰ Firmato dagli Stati membri del Consiglio d’Europa, a Strasburgo, il 22.11.1984

¹¹ Adottato dall’Assemblea Generale dell’O.N.U. il 16.12.1966 e reso esecutivo in Italia con l. 25.10.1977, n. 881

¹² Ratificata ed eseguita in Italia con la l. 30 settembre 1993, n.388. Invero l’art. 54 CAAS disciplina il principio in esame in un’ottica transnazionale. Si affronterà il tema più avanti nella prosecuzione del capitolo.

Non si può negare che, nonostante le ragioni ispiratrici delle due declinazioni del principio siano diverse, i due piani (sostanziale e processuale) si intersechino: va da sé che il divieto di duplicazione dei procedimenti sul medesimo fatto, ricomprenda al proprio interno il divieto di duplicazione di condanne¹³.

Nonostante l'innegabile legame tra le due accezioni del principio, queste godono comunque di una certa autonomia.

Sono proprio le fonti europee ed internazionali, cioè l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 4, Protocollo n.7 della CEDU che colgono il legame e la separazione che sussistono tra divieto di secondo giudizio e divieto di seconda condanna, nella misura in cui sono rubricati rispettivamente “*diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto*” e “*diritto di non essere giudicato o punito due volte*”¹⁴.

Da queste considerazioni deriva la necessità di trattare separatamente i due istituti.

2. Il *ne bis in idem* processuale: ratio e contenuto del principio.

Introdotta per la prima volta nel nostro codice di procedura penale del 1930 all'art. 90, rubricato “*Inammissibilità di un secondo giudizio*”¹⁵, poi riformulato con la revisione del codice di procedura effettuata con il D.P.R. n. 447 del 22-09-1988, il principio del *ne bis in idem* oggi è disciplinato all'art. 649 c.p.p., rubricato “*Divieto di un secondo giudizio*”¹⁶.

Quest'ultimo, nonostante a livello contenutistico sia sovrapponibile alla sua formulazione previgente¹⁷, ha subito un'importante modifica relativamente alla sua

¹³ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., fasc. 3, 1° settembre 2017, p. 1047.; l'autore richiama anche F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322 ss.

¹⁴ Cfr. G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit., p. 5

¹⁵ L'art. 90 del codice del 1930, statuiva che “*L'imputato condannato o prosciolti anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile 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 artt. 19, 89 e 402 (...)*”.

¹⁶ Si riporta il testo dell'articolo: “*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 69 comma 2 e 365 (...)*”.

¹⁷ Fatta eccezione per l'espressa equiparazione, nel testo ora vigente, del decreto penale di condanna alla sentenza definitiva.

collocazione all'interno del codice di procedura penale: precedentemente inserito nel Libro I (Disposizioni generali), si trova oggi nel Libro X (Esecuzione)¹⁸.

Questo spostamento evidenzia lo stretto legame che sussiste tra il principio del *ne bis in idem* processuale e la *res iudicata*¹⁹: *“la generale incontrovertibilità del dictum penale poggia su due pilastri, la cosa giudicata formale e il divieto di bis in idem; entrambe concorrono a chiudere il cerchio delle garanzie idonee ad assicurare l'intangibilità del risultato del processo”*²⁰. Da una parte, infatti, il giudicato formale, cioè l'irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna, impedisce la riapertura del procedimento in cui sia stato pronunciato, quando non sia ammessa impugnazione diversa dalla revisione o quando, qualora fosse ammessa, siano inutilmente spirati i termini per proporla²¹; dall'altra, il *ne bis in idem* processuale impedisce di aprire un nuovo procedimento nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto, completando e rendendo effettiva l'incontrovertibilità del risultato del processo.

Non si può dubitare dunque che ciò che primariamente il principio del *ne bis in idem* processuale miri a tutelare sia la stabilità delle decisioni e dunque l'incontrovertibilità del risultato del processo.

Ciò discende dalla necessità di rendere credibile la giurisdizione penale e di salvaguardarne l'autorevolezza²², la quale sarebbe minata se fosse possibile esperire

¹⁸ A tal proposito P.P. RIVELLO, in *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 476, evidenzia come tale spostamento avesse sollevato delle perplessità nella dottrina.

¹⁹ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 4. L'autore pone una questione rilevante: *“se il divieto di iterazione del processo sia a presidio della stabilità conseguita dalla decisione definitiva o se invece sia da ravvisarsi, già prima, la garanzia che l'azione penale non venga esercitata più volte per il medesimo fatto.”* La rilevanza di questa problematica risiede nel fatto che nel primo caso, il divieto nasce con il passaggio in giudicato della decisione, diventando quindi un corollario della cosa giudicata; nel secondo caso sorge già con l'esercizio dell'azione penale, indicando l'illegittimità delle *“multiple prosecutions”*. La soluzione alla questione è nel senso di inquadrare il principio in esame nell'ambito della disciplina della cosa giudicata, *“per indicare la forza preclusiva generata dalla decisione ormai intangibile”*.

²⁰ Cit. F. CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, 2009, che a sua volta cita G. DE LUCA, *Giudicato, II) diritto processuale penale*.

²¹ Vedi art. 648 c.p.p.: *“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.”*

²² Così, G. DALLA MONICA, voce *“Giudicato”*, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo I, Torino, 2008, p. 390

un' indefinita molteplicità di processi che potenzialmente potrebbero comportare una pluralità di pronunce tra loro incompatibili (il cd. conflitto di giudicati)²³.

Il conflitto cui si fa riferimento in questo caso non è però quello logico, cioè quello che deriva dal contenuto delle sentenze irrevocabili, ma quello pratico: il divieto di *bis in idem* infatti, si presenta come un corollario dell'irrevocabilità della pronuncia, indipendentemente dal contenuto dell'accertamento, che, secondo la lettera della norma, può essere sia di condanna che di proscioglimento²⁴. Pare dunque corretto affermare che il divieto ex art. 649 c.p.p. intenda prevenire l'incompatibilità pratica tra comandi contenuti in due o più sentenze irrevocabili. Questo aspetto si coglie a pieno osservando la correlazione che sussiste tra l'art. 649 e 669 c.p.p.: l'uno, sul piano della funzione preventiva, l'altro, sul piano del rimedio repressivo²⁵, nella misura in cui quest'ultimo impone al giudice dell'esecuzione – nel caso in cui il divieto di *bis in idem* sia stato violato e si siano formate più sentenze irrevocabili contro la stessa persona sul medesimo fatto – di ordinare l'esecuzione della sentenza più favorevole, nel rispetto dunque del principio del *favor rei*.

Tale funzione di prevenire il conflitto pratico di giudicati non costituisce, a dire il vero, l'unica *ratio* posta a fondamento del principio in esame poiché questa ne implica anche un'altra: la certezza del diritto.

Secondo la dottrina, la certezza del diritto ha un duplice significato: non solo quello cui si è fatto riferimento prima, di compatibilità pratica tra provvedimenti, ma anche quello di stabilità delle posizioni giuridiche, così come accertate nel procedimento conclusosi²⁶. La certezza del diritto ha in quest'ultima accezione una proiezione soggettiva, e si traduce così in una fondamentale garanzia per l'individuo²⁷, al quale verrà assicurata l'immodificabilità della posizione soggettiva già consolidatasi, proprio evitando che questi “*sia esposto ad una illimitata possibilità di reiterazione di sentenze o di procedimenti penali per lo stesso fatto*”.²⁸

²³ Cfr. G. DE LUCA, voce “Giudicato”, in Enc. Giur., vol. XV, Roma, 1989, p. 2.

²⁴ Così T. RAFARACI, Ne bis in idem, *op.ult.cit.* p. 7

²⁵ E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in M.G. AIMONETTO (a cura di), *Le impugnazioni*, Torino, 2005, p. 631, Nella sua ricostruzione richiama anche G. DE LUCA, “Giudicato”, in Enc.giur., XV, 1989 e G. LOZZI, *Legittimità costituzionale del ne bis in idem*, in *Giur.cost.*, 1977, 1590

²⁶ Così, G. DE LUCA, voce “Giudicato” *op.ult.cit.* p. 8 L'autore sostiene che la certezza del diritto possa essere interpretata come incontrovertibilità delle situazioni soggettive acquisite dall'individuo, e quindi come sicurezza dei diritti.

²⁷ T. RAFARACI, Ne bis in idem, *op.ult.cit.* p. 8

²⁸ Cit. G. DE LUCA, voce “Giudicato”, *op.ult.cit.*

La portata di questa garanzia fondamentale per l'individuo si coglie a pieno soffermandosi sul fatto che, impedendo l'apertura di un nuovo procedimento nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto, si rende impossibile “*un arbitrio incondizionato dell'organo punitivo*”²⁹.

“*Non ha fondo l'appetito inquisitorio*”, recita suggestivamente un'autorevole dottrina³⁰. Tale appetito viene reciso dal principio del *ne bis in idem*, che offre all'individuo un riparo sicuro della stessa soggezione al processo penale, già di per sé percepita come una vera e propria “pena” per l'imputato, in considerazione delle conseguenze cui questo porta sul piano personale e sociale³¹.

Parte della dottrina solleva rispetto a questo punto una critica³²: posto che il divieto di *bis in idem* vige anche nel caso in cui sia stata pronunciata una sentenza di condanna o un decreto penale di condanna, il blocco posto all'apertura di un nuovo processo nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto, sarebbe in contrasto con la *ratio* di cui si è appena detto, nella misura in cui non consentirebbe al pubblico ministero di aprire un nuovo processo in cui far valere, a favore dell'imputato, l'ingiustizia o l'erroneità del provvedimento emanato nei suoi confronti, nell'ipotesi in cui questo non sia rimediabile tramite l'istituto della revisione.

A ben vedere, nonostante l'osservazione sia pertinente, non è condivisibile poiché porterebbe a risultati controproducenti: ammettendo l'apertura di nuove iniziative *pro reo*, il risultato del processo e la situazione giuridica soggettiva della persona rimarrebbero modificabili e dunque non certe, esponendo potenzialmente il soggetto ad una indefinita molteplicità di processi, ciò che invece vuole evitare la previsione del principio del *ne bis in idem*³³.

Da ultimo, pare opportuno menzionare un'altra esigenza che viene spesso posta alla base del principio in parola, cioè quella di economia processuale³⁴, anche se

²⁹ Così G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963

³⁰ Cit. F. CORDERO, “*Giudicato*”, in *Procedura penale*, 2012, pag 1202

³¹ Così S. ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, Torino, 2008, p. 735, ma anche N. GALANTINI, *op.ult.cit.* p. 5, la quale sostiene che l'interesse sociale alla ricerca della verità non possa giustificare il costo, sul piano umano, di un nuovo processo penale.

³² Solleva la questione T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 8

³³ Così sempre T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 9. Cfr. anche F. CORDERO, “*Giudicato*”, *op.ult.cit.* p. 9 il quale, menzionando le aspre critiche che Carnelutti muoveva all'immutabilità del giudicato penale, vi rispondeva così: “*se ogni affare deciso fosse riesumabile, sarebbe turbato l'equilibrio sociopsichico collettivo*”. Cit. p. 1205

³⁴ Sottolinea tale necessità, tra gli altri, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, p. 795; così anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 421

“individuare l’essenza del principio (esclusivamente) in ragioni riferibili a problemi di economia processuale o di unità della giurisdizione significherebbe svilirne la ratio più profonda e fuorviare i termini dell’indagine”³⁵.

2.1. I presupposti applicativi: il concetto di medesimo fatto.

Si è detto che il principio del *ne bis in idem* processuale impedisce di aprire un nuovo procedimento sullo stesso fatto, nei confronti della persona che sia stata già giudicata con sentenza o con decreto penale di condanna, divenuti irrevocabili.

Emergono dunque tre presupposti applicativi del principio in esame: l’*eadem persona*, l’*idem factum* e l’irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna che accertano il fatto.

Mentre il concetto di *eadem persona* delimita soggettivamente il campo di applicabilità del principio in esame, quello di *idem factum* delimita oggettivamente tale area di operatività.

Da sempre questo requisito è stato oggetto di dibattiti in dottrina e di oscillazioni giurisprudenziali, sia rispetto al concetto di “medesimezza”, sia rispetto agli elementi del fatto rilevanti ai fini della comparazione.

È indubbio, comunque, che perché possa operare il divieto di un secondo giudizio, il fatto oggetto del nuovo procedimento deve essere esattamente il fatto oggetto del precedente giudizio, e non un fatto a quello identico³⁶: non sono quindi preclusi due procedimenti su condotte identiche che siano tra loro autonome e separate. Allo stesso modo, è pacifico che il giudice possa prendere in esame il medesimo fatto storico per valutarlo in relazione ad un diverso reato³⁷.

Per ciò che riguarda il primo problema, l’*idem*, si riscontrano due diverse posizioni: la prima -cd. teoria naturalistica-, secondo la quale si tratta di *idem factum* quando è il nucleo storico ad essere il medesimo; la seconda -cd. teoria normativa-, secondo la quale il fatto è il medesimo quando si tratta dello stesso reato (*idem legale*).

Conseguenza di quest’ultima posizione è che lo spazio di applicabilità dell’art. 649 c.p.p. sia ridotto ai soli casi in cui il pubblico ministero abbia esercitato l’azione penale per la stessa fattispecie incriminatrice oggetto del primo procedimento, conclusosi con

³⁵ Cit. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, p. 97, *op.ult.cit.* p. 9

³⁶ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, *op.ult.cit.*

³⁷ A.M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del “ne bis in idem”?*, in *Dir.pen.proc.*, 1998, III, p. 1549

provvedimento irrevocabile. Viceversa, accedendo alla tesi dell'*idem factum*, la preclusione opererebbe a prescindere dal *nomen iuris*, poiché a contare sarebbe solo il nucleo storico³⁸.

A ben vedere, l'alternativa tra *idem* storico e *idem* legale trova un'esplicita soluzione, a favore del primo criterio, nella lettera dell'art 649 c.p.p., il quale afferma che il divieto opera anche qualora il fatto venga diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze.

Se si può ritenere pacifico che per "titolo" si intenda la qualificazione giuridica penalistica del fatto, e che il termine "circostanze" faccia riferimento alle circostanze aggravanti e attenuanti, meno agevole risulta stabilire cosa debba intendersi per "grado". Una pronuncia della giurisprudenza di legittimità, invero risalente, ne ha fornito una interessante definizione: il concetto di "grado" esprime *la "quantità concreta del reato, quale è desumibile da tutti quegli elementi che, non esauriti dal titolo e dalle circostanze, pur lasciando inalterato il fatto nelle sue componenti essenziali, valgono tuttavia a caratterizzarlo sotto il profilo della quantità penale"*³⁹.

Sul punto comunque non ci sono opinioni omogenee⁴⁰. Secondo alcuni⁴¹ il mutamento del grado sarebbe irrilevante solo in caso di aggravamento della contestazione senza mutamento del titolo di reato: l'esempio è quello del passaggio dal tentativo al reato consumato, nel qual caso il soggetto già giudicato per il delitto tentato non potrebbe essere nuovamente chiamato a rispondere per lo stesso delitto consumato. Al contrario, secondo altri⁴², la nozione di "grado" farebbe riferimento alle ipotesi di reato progressivo, le quali occorrono qualora si passi da una fattispecie ad un'altra al verificarsi, o al mutamento, dell'evento (es. la progressione percosse-lesioni-omicidio). Secondo questa ricostruzione quindi anche queste fattispecie sarebbero ininfluenti ai fini della medesimezza del fatto e non impedirebbero dunque l'operatività del divieto.

Da queste due posizioni opposte si evince anche la differenza di vedute tra dottrina e giurisprudenza rispetto a cosa debba intendersi per "fatto". Alla prima opzione infatti

³⁸ Riassume queste posizioni R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass.pen.*, fasc. 10, 1° ottobre 2017, pag. 3809B

³⁹ Cass., sez. IV, 27 Giugno 1979, Ghisotti, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1236.

⁴⁰ Così T. RAFARACI, *op.ult.cit.* p.10

⁴¹ Per tutti G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, *op.ult.cit.* p. 10

⁴² Cfr. per tutti F. CORDERO, *Procedura penale*, 2012, p. 1210

aderisce la giurisprudenza, ferma nel ritenere che per trattarsi di “medesimo fatto” debbano essere totalmente sovrapponibili tutti i suoi elementi costitutivi: condotta, nesso causale ed evento⁴³. Alla seconda invece accederà la dottrina⁴⁴, secondo la quale il fatto è il medesimo quando sia semplicemente la condotta ad essere la stessa.

Le differenze ermeneutiche tra dottrina e giurisprudenza appena esposte, generano incertezze in particolare in due casi: quello del reato progressivo, cui si accennava precedentemente, cioè l’ipotesi nella quale si passa da un reato di minore ad uno di maggiore gravità, e quello del concorso formale di reati, ipotesi nella quale vengono realizzati più reati con la stessa condotta.

In queste evenienze il fatto è o no il medesimo? Il divieto di *bis in idem* opera o no?

Rispetto al reato progressivo, in particolare, i problemi potrebbero sorgere nel caso in cui l’aggravamento dell’offesa si verifichi dopo il passaggio in giudicato della sentenza per il reato più lieve. La risposta agli interrogativi di cui sopra dipende dal fatto che si aderisca all’una o all’altra delle due posizioni, menzionate alle pagine precedenti, rispetto a cosa debba intendersi per “grado” del reato, la cui modificazione sarebbe irrilevante ai fini dello stesso fatto. Se si accede alla teoria secondo la quale il concetto di “grado” farebbe riferimento solo alle situazioni che comportano un aggravamento della fattispecie senza incidere sul titolo del reato, si dovrebbe ritenere che il fatto non sia il medesimo e quindi concludere per la non applicabilità del *ne bis in idem*; al contrario, se si accede alla seconda teoria secondo la quale il “grado” ricomprende anche le ipotesi di aggravamento che comportano il mutamento del titolo di reato (cioè i casi di reato progressivo), si dovrebbe ritenere che il fatto sia il medesimo e che quindi il divieto operi⁴⁵.

La questione rispetto al concorso formale di reati è ancora più articolata, dovendosi sciogliere non solo il nodo riguardante la medesimezza del fatto, ma anche quello

⁴³ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 13 gennaio 2011, n. 6482; Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, Cass. pen., Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157

⁴⁴ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, *op.ult.cit.*, p. 1207 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p.11; F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, p. 1182 ss.

⁴⁵ Questa la composizione del problema riferita da R.A. RUGGIERO, *op.ult.cit.* p. 11. Cfr. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, *op.ult.cit.* p. 12 che sostiene con fermezza questa seconda ipotesi, portando l’esempio del soggetto giudicato autore delle percosse. Questi non sarà più perseguibile *sub* lesioni od omicidio poiché l’azione, il nucleo storico, è lo stesso; ciò che cambia è solo l’evento, che comporta una mutazione di grado, che l’art. 649 c.p.p. ritiene irrilevante ai fini della medesimezza del fatto.

riguardante gli elementi del fatto da prendere in considerazione ai fini della comparazione.

Si è detto che si tratta di concorso formale di reati quando il soggetto, con una sola azione od omissione, realizzi più reati.

Essendo pacificamente riconosciuto possibile che in questo caso il pubblico ministero possa esercitare l'azione penale per quel fatto contestando reati diversi⁴⁶, ciò che rileva in questa sede è comprendere se costui possa esercitare tale facoltà anche dopo che la vicenda relativa ad uno o alcuni dei possibili reati prospettabili si sia conclusa con sentenza o decreto penale di condanna divenuti irrevocabili⁴⁷.

La dottrina maggioritaria⁴⁸, secondo la quale il “fatto” coincide con la sola condotta, ritiene che anche in caso di concorso formale operi il divieto di *bis in idem*, essendo, ai sensi dell'art. 649 c.p.p. irrilevante il *nomen iuris*.

Diversamente la giurisprudenza⁴⁹, per lo meno fino alla sentenza della Corte Costituzionale del 21 luglio 2016, n. 200 (di cui si parlerà a breve), secondo la quale il fatto è il medesimo quando corrispondano tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, nesso causale ed evento), sostiene che *“La preclusione del “ne bis in idem” non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, salvo che nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato.”*⁵⁰

La Corte Costituzionale⁵¹ sopracitata, si è occupata di dirimere una questione, sollevata dal GIP del Tribunale ordinario di Torino, sulla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. *“nella parte in cui tale disposizione limita l'applicazione del principio del ne bis in idem al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi,*

⁴⁶ Non si pongono quindi problemi di lesione del *ne bis in idem* sostanziale, poiché è lo stesso legislatore che ha previsto questa possibilità all'art. 81, comma 1, c.p.

⁴⁷ R.A. RUGGIERO, *op.ult.cit.*

⁴⁸ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, *op.ult.cit.* p. 12, p. 1207 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p.12; F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, *op.ult.cit.* p. 12

⁴⁹ *Ex multis*, Cass. pen, Sez. II, 13 gennaio 2011, n. 6482; Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, Cass.pen., Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157

⁵⁰ Cit. Cass.pen., Sez. V, 20 gennaio 2016, n. 11918

⁵¹ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200. Il caso riguarda l'apertura di un nuovo processo, per omicidio doloso, nei confronti l'imputato giudicato in via definitiva per il medesimo fatto storico (diffusione polveri di amianto) e già prosciolto per prescrizione dai reati di disastro doloso e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro.

*sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".*⁵²

Questa sentenza è particolarmente rilevante ed istruttiva poiché, oltre a dirimere il dubbio sull'operatività del *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati, fornisce indicazioni importanti rispetto ai criteri da utilizzare per stabilire quando si tratti del medesimo fatto e per identificare gli elementi del fatto rilevanti ai fini della comparazione.

Nel caso in esame, il giudice rimettente lamentava una violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nella misura in cui il diritto vivente avrebbe accolto l'accezione legale di *idem* al posto di quella storica. La consolidata giurisprudenza della Corte EDU riterrebbe essere la condotta l'unico elemento rilevante ai fini della comparazione tra i due fatti rispettivamente oggetto del precedente giudicato e del nuovo processo. Al contrario, nella nostra giurisprudenza interna, in tale comparazione sarebbero rilevanti tutti gli elementi costitutivi del reato (condotta, evento, nesso causale, natura dei reati e beni giuridici protetti), potendo riconoscersi il medesimo fatto solo in caso di coincidenza di tutte queste componenti.

Ulteriore elemento di frizione secondo il GIP di Torino si riscontra nel consolidato orientamento della giurisprudenza italiana che non ammette l'operatività del *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati, circostanza che pone in secondo piano il nucleo storico del fatto, "*introducendo inevitabilmente profili di apprezzamento della dimensione giuridica*"⁵³.

Rispetto alle prime due questioni la Corte Costituzionale non ravvisa una violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU: ai sensi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, posto che per quest'ultima sarebbe rilevante l'*idem* storico, e non l'*idem* legale, non vi sarebbe alcun conflitto con il vigente orientamento interno,

⁵² La questione si pone poiché la Corte costituzionale con le cd. sentenze gemelle del 2007 (C.cost., 22 ottobre 2007, n. 348; C.cost., 24 ottobre 2007, n. 349) aveva stabilito che gli articoli della CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, integrano quali "norme interposte" l'art. 117 Cost., che obbliga il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

⁵³ Cit. R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, op.ult.cit. p. 13

secondo il quale, è vero che a contare sarebbero i tre elementi costitutivi del reato (condotta, nesso causale ed evento), ma intesi in senso naturalistico e non legale. Già nel 2005 infatti, la Corte di Cassazione⁵⁴ aveva affermato 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"*.

Il giudice delle leggi chiarisce che *"È perciò pacifico oramai che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell'idem factum, a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo n. 7, anziché la più restrittiva nozione di idem legale"*, ma questo non vuol dire che *"il test di comparazione tra fatto già giudicato definitivamente e fatto oggetto di una nuova azione penale dipenda esclusivamente dalla medesimezza della condotta dell'agente."*

È inevitabile secondo la Corte che l'accadimento materiale sia *"sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi."*, ma questo non comporta necessariamente una riemersione dell'idem legale. *"Le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'idem legale [...] non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto."*

Quindi, in definitiva, su questi punti la Corte costituzionale esclude una frizione tra l'interpretazione interna e sovranazionale sulla nozione di "medesimo fatto", essendo entrambe allineate nel senso di ritenere di dover accertare l'identità del fatto sulla base di condotta, nesso causale ed evento⁵⁵.

Rispetto all'ultima questione, quella riguardante il concorso formale di reati, la Corte dichiara invece 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*

⁵⁴ Cass.pen., SS. UU., 28 giugno 2005, n. 12

⁵⁵ R.A. RUGGIERO, *op.ult.cit.* p. 15 specifica che in realtà la Corte EDU non sia mai stata così esplicita in questo senso. Richiama *ex multis* la sentenza CEDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, nella quale si legge che l'identità vada più genericamente desunta dall'insieme *"delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissolubilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio"*.

formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale". La Corte ritiene questa limitazione illegittima poiché *"comporta una rivitalizzazione della dimensione giuridica, preclusa dalla giurisprudenza convenzionale"*⁵⁶. Specificano comunque i giudici che, stante la possibilità in astratto di applicare di *ne bis in idem* anche in caso di concorso formale di reati, bisogna sempre verificare che il fatto sia il medesimo, cioè che coincidano condotta, nesso di causalità ed evento, valutati alla luce della loro consistenza empirica⁵⁷.

A questo orientamento si è conformata anche la Suprema Corte, la quale, in più occasioni, ha stabilito che *"Ai fini della preclusione connessa al principio del ne bis in idem, l'identità del fatto sussiste solo 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."*⁵⁸.

Alla luce di quanto detto, è possibile concludere che, per stabilire se il fatto oggetto del nuovo giudizio sia il medesimo di quello del procedimento irrevocabilmente concluso, è necessario che coincidano tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, nesso causale ed evento), ma intesi in senso naturalistico (*idem* storico)⁵⁹. Il principio del *ne bis in idem* potrà operare anche in caso di concorso formale di reati, a patto che, applicando i criteri precedentemente enunciati, si giunga alla conclusione che si tratti dell'*idem factum*.

⁵⁶ Cit. R.A. RUGGIERO, *op.utl.cit.*

⁵⁷ Nel caso concreto che aveva originato la questione di legittimità costituzionale, posto che la condotta era la medesima (diffusione delle polveri di amianto), si sarebbe dovuto andare ad indagare se l'evento morte fosse già stato valutato durante l'accertamento del disastro o dell'omissione dolosa di cautele.

⁵⁸ Così Cass.pen., sez. IV, 6 dicembre 2016, n.3315; in senso conforme: Cass.pen., sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 48691; Cass.pen. Sez. V, 4 ottobre 2016, n. 47683; Cass.pen. sez. II, 31 ottobre 2018, n.52606

⁵⁹ Critica su questa posizione R.A. RUGGIERO, *op.ult.cit* la quale ritiene che ricostruendo l'*idem factum* sulla base dell'identità tra condotta, nesso causale ed evento, lo spazio applicativo dell'art. 649 c.p.p. sarebbe sensibilmente ridotto, non potendo operare neanche nel caso di passaggio dal tentativo alla consumazione (non essendoci coincidenza di evento), *"pur essendo fuori discussione che il divieto di secondo giudizio scatti quando il fatto è il medesimo, anche se diversamente considerato per il grado"*. L'autrice propone quindi una soluzione alternativa, proponendo di operare il raffronto tra le due condotte e tra gli oggetti materiali su cui queste ricadono. Tale ragionamento porterebbe a risultati simili a quelli ai quali è giunta la Corte costituzionale, senza sconfessare però la lettera dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui prevede che il fatto sia il medesimo anche se diversamente considerato per il "grado".

2.1.1. L'*eadem persona* e l'irrevocabilità della sentenza.

Il concetto di *eadem persona* delimita soggettivamente il campo di applicabilità del principio in esame, il quale opererà solo nei confronti del soggetto destinatario della sentenza o del decreto penale di condanna divenuto irrevocabile.

Questo vuol dire quindi che *“Il divieto del ne bis in idem preclude un secondo giudizio solo nei confronti della persona cui il giudicato si riferisce e non di concorrenti nel reato cui la sentenza irrevocabile non si riferisce.”*⁶⁰

Si tratta dunque *“di una garanzia ad personam che opera in senso meramente soggettivo”*: questo vuol dire che il giudice penale potrà liberamente rivalutare l'*idem factum* ai fini della prova di un diverso reato oppure in relazione alla posizione di altri imputati, poichè l'effetto preclusivo esplicherà i suoi effetti solo a favore dell'imputato contro il quale sia stato pronunciato il provvedimento passato in giudicato⁶¹.

L'ultimo aspetto che rimane da analizzare rispetto ai requisiti di operatività del principio del *ne bis in idem* processuale concerne lo stabilire quali siano le decisioni suscettibili di divenire irrevocabili e a quali condizioni.

La norma di riferimento che disciplina l'**irrevocabilità** dei provvedimenti è l'art. 648 c.p.p., che fissa il momento logico-temporale in cui si può dire che una sentenza sia passata in giudicato, con il momento in cui è inutilmente decorso il termine per proporre impugnazione, quando questa sia ammessa, o per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Qualora poi sia stato proposto ricorso per cassazione, la sentenza diviene irrevocabile *“dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso”*.

Quali siano i provvedimenti suscettibili di divenire irrevocabili è stabilito al primo comma della disposizione in esame, ai sensi del quale *“sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non sia ammessa impugnazione”*; deve trattarsi dunque di provvedimenti pronunciati in giudizio e contro i quali non sia ammessa impugnazione diversa dalla revisione. Nonostante l'espresso riferimento alle *“sentenze pronunciate in giudizio”*, è pacifico che oltre alle sentenze di assoluzione e

⁶⁰ Cit. Cass.pen., sez. IV, 08 novembre 2018, n.52376

⁶¹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 2016, in cui l'autore specifica che *“l'art. 649 c.p.p. nel vietare la ripetizione del giudizio, non prescrive al giudice di uniformarsi all'accertamento contenuto nella decisione irrevocabile”*, poichè *“la norma non configura il giudicato penale in termini analoghi a quelli stabiliti per il giudicato civile dall'art. 2909 c.c.(a sensi del quale il contenuto della sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa)”*.

di condanna, siano suscettibili di divenire irrevocabili anche quelle predibattimentali, quelle che definiscono il giudizio abbreviato e quelle che applicano la pena su richiesta delle parti⁶².

Tra l'altro l'ultimo comma della disposizione in esame, menziona espressamente il decreto penale di condanna, il quale diventa irrevocabile *“quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile”*.

Discorso a parte merita la sentenza di non luogo a procedere. Ai sensi dell'art. 425 c.p.p. il giudice è tenuto a pronunciarla: se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita; se il fatto non è previsto dalla legge come reato; se risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso; se il fatto non costituisce reato; se si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa; se gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Dunque, stando alla lettera dell'art. 649 c.p.p., la sentenza di non luogo a procedere sembrerebbe rimanere fuori dal suo ambito di applicazione, essendo questa passibile di revoca a determinate condizioni; ai sensi dell'art. 434 c.p.p. infatti, la sentenza di non luogo a procedere deve essere revocata quando sopravvengano o si scoprano nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possano determinare il rinvio a giudizio.

Fermandosi al dato letterale dunque sembrerebbe che la sentenza di non luogo a procedere non abbia il carattere della irrevocabilità, così come enunciato all'art. 648 c.p.p., e quindi che non sia idonea a impedire un *bis in idem*.

A ben vedere però, ove manchino i presupposti per la revoca ex art. 434 c.p.p. la sentenza di cui si tratta è effettivamente idonea ad impedire l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto contro la stessa persona. Oltretutto, *“quando tale sentenza è stata emessa per estinzione del reato, l'effetto preclusivo è irreversibile, al pari di*

⁶² Così T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p.13; M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.* p. 17.; Con riguardo alla sentenza che definisce il giudizio abbreviato cfr. C.cost. 27 giugno 1997, n. 206, in *Giur. cost.*, 1997.

quello di cui all'art. 649 c.p.p., non potendosi configurare neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposto per un nuovo esercizio dell'azione penale"⁶³.

Sul punto si è espressa a più riprese anche la Corte di Cassazione: *"la sentenza di non luogo a procedere, pur se non ricompresa fra quelle di cui agli artt. 648 e 649 c.p.p., formalmente preclusive di un secondo giudizio, impedisce ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità"*⁶⁴. A sezioni unite inoltre la Cassazione ha stabilito che *"in virtù della preclusione derivante dalla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere, non può essere applicata una misura cautelare, per lo stesso fatto, nei confronti dell'imputato proscioltto prima che, emerse nuove fonti di prova, sia pronunciata dal giudice per le indagini preliminari la revoca della sentenza medesima"*⁶⁵.

È pacifico dunque che per procedere nuovamente *contra reum* è necessaria una revoca della sentenza di non luogo a procedere, che altrimenti esplicherebbe un effetto preclusivo pari a quello delle sentenze pronunciare ex art. 649 c.p.p.

Altra parte della dottrina⁶⁶ ha comunque degli argomenti sulla base dei quali porre le proprie opposizioni alla lettura appena esposta.

Il punto di partenza della tesi antagonista è l'art. 27, comma 2, Cost. ai sensi del quale l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva: solo la condanna definitiva, e quindi la *res iudicata*, è idonea a sciogliere tale presunzione, nel senso di sconfessarla, in caso di condanna, o confermarla, in caso di assoluzione. L'alternativa alla sentenza di non luogo a procedere è invece il giudizio, all'esito del quale si potrà pervenire ad una sentenza di proscioglimento ovvero di condanna. Nonostante la presunzione di innocenza potrà esse confermata all'esito delle indagini preliminari, tale conferma *"non avrà già per forza costituzionale valore di*

⁶³ Cass.pen., sez. VI, 8 novembre 1996, Privitera, cit., p. 838; conformemente Cass., sez. V, 29 Gennaio 1992, Rapezzi, in C.E.D. Cass., n.190258 (efficacia preclusiva anche delle sentenze irrevocabili non pronunciate in giudizio)

In dottrina sono di questo avviso F. CORDERO, *Procedura penale*, op.ult.cit. p. 13; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, op.ult.cit. p. 9; F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, op.ult.cit. p. 6; M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, op.ult.cit. p. 18; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, op.ult.cit. p. 7; T. RAFARACI, Ne bis in idem, op.ult.cit. p. 18.

⁶⁴ Cass.pen. sez. VI, 8 Novembre 1996, Privitera, in Cass. pen., 1998, p. 838.

⁶⁵ Cass.pen. SS.UU., 23 febbraio 2000, Romeo, in Cass. pen., 2001, p. 48.

⁶⁶ Si riporta la composizione del problema operata da E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, op.ult.cit. p. 8

*giudicato*⁶⁷. Tale affermazione è giustificata dal fatto che, innegabilmente⁶⁸, l'irrevocabilità del provvedimento che consegue ad un processo svoltosi in contraddittorio tra le parti, ha una forza ben maggiore rispetto a quella della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata non perché all'esito dei tre gradi di giudizio siano stati accertati i presupposti per pronunciare una sentenza di proscioglimento nei confronti dell'imputato, ma poiché l'ipotesi di accusa non ha superato il vaglio della sostenibilità in giudizio⁶⁹. Si pensi inoltre al caso in cui la sentenza di non luogo a procedere sia stata pronunciata per estinzione del reato per morte del reo o per mancanza di una delle condizioni di procedibilità; in questi casi l'efficacia preclusiva dell'atto sarebbe davvero minima, essendo sufficiente il sopravvenire della condizione o la scoperta della buona salute del soggetto per incominciare un nuovo procedimento.

Ad ogni modo, nonostante le opinioni divergenti, non si può negare che *rebus sic stantibus*, la sentenza di non luogo a procedere sia effettivamente idonea a dispiegare l'effetto preclusivo del nuovo giudizio sul medesimo fatto e contro la stessa persona, “*quantomeno allo stato degli atti, vale a dire fino a che non ne sia disposta la revoca*”⁷⁰.

Un'altra questione dibattuta riguarda il provvedimento (decreto od ordinanza) di archiviazione. La dottrina maggioritaria sembra propendere per il non riconoscere l'efficacia preclusiva a tale provvedimento poiché non si tratta di una decisione sull'azione penale (che per la verità non è ancora stata esercitata, non essendocene i presupposti) e non impedisce che nei confronti della stessa persona vengano svolte nuove indagini ed eventualmente formulata l'imputazione⁷¹.

Una lettura diametralmente opposta potrebbe essere sostenuta facendo leva sull'art. 414 c.p.p., ai sensi del quale il pubblico ministero deve ottenere l'autorizzazione del

⁶⁷ Cit. E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, p. 605, *op.ult.cit.* p. 19

⁶⁸ Il diverso spessore decisorio è confermato, tra l'altro: dall'art. 669, comma 9, c.p.p. che impone, di fronte a un contrasto tra una sentenza di non luogo a procedere e una (anche successiva) di condanna pronunciata in giudizio sullo stesso fatto nei confronti della stessa persona, di revocare la prima e dare esecuzione alla seconda; dall'art. 605, comma 2, c.p.p. ai sensi del quale le sentenze di non luogo a procedere hanno forza esecutiva, non quando sono diventate irrevocabili, ma “*quando non sono più soggette ad impugnazione*”.

⁶⁹ Ammettono il diverso spessore decisorio delle due sentenze, di proscioglimento da un lato, e di non luogo a procedere, dall'altro anche M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.* p. 19.; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, *op.ult.cit.* p. 19; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 19 i quali comunque ritengono innegabile la forza preclusiva che abbia quest'ultima fino a quando non venga revocata.

⁷⁰ Cit. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, p. 955, *op.ult.cit.* p. 19

⁷¹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.* p. 20

giudice per le indagini preliminari per riaprire le indagini. Tale autorizzazione è stata intesa non solo come condizione di legittimità delle ulteriori indagini ma anche come “vera e propria condizione di procedibilità dell’azione”⁷², visto che in assenza, l’azione penale eventualmente esercitata dovrebbe essere dichiarata improcedibile.

Sul punto è peraltro intervenuta la Corte costituzionale⁷³ che ha dichiarato infondata, con riferimento all’art. 24 Cost., una questione di legittimità costituzionale dell’art. 555, comma 2, c.p.p. (ora art. 552 c.p.p.), in relazione all’art. 414 c.p.p. nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione a giudizio, in caso di mancata autorizzazione da parte del GIP alla riapertura delle indagini, sostenendo l’efficacia preclusiva assegnata dal codice di rito al provvedimento di archiviazione. La Corte, dopo aver raffrontato tale fattispecie con la disciplina del giudicato, ha osservato proprio che nel caso di specie, mancando l’autorizzazione era impedito l’esercizio dell’azione penale per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, essendo impedita la procedibilità dell’azione. Il giudice dovrebbe quindi in questi casi dichiarare che “l’azione penale non doveva essere iniziata”.

Così inteso quindi il provvedimento di archiviazione avrebbe quella forza preclusiva idonea ad impedire un secondo giudizio sul medesimo fatto e nei confronti della stessa persona, rimovibile solo con l’autorizzazione di cui all’art 414 c.p.p.

Tuttavia, tale lettura appare forzata, stante la *ratio* di questo sbarramento che nulla ha a che vedere con quella della cosa giudicata, e che consiste invero nel dare effettività ai termini di durata delle indagini preliminari, prevenendo, grazie al vaglio del giudice, delle manovre elusive dei termini previsti dalla legge⁷⁴.

2.2. Ne bis in idem e litispendenza

La litispendenza è quella situazione processuale in cui sul medesimo fatto e nei confronti della stessa persona pendono contemporaneamente due o più processi⁷⁵.

Il codice di procedura penale non si occupa di disciplinare questo fenomeno, anche se la lacuna potrebbe dirsi “nascosta” dai rimedi repressivi dei conflitti positivi di

⁷² Cit. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 20 richiama anche: C. cost. 19 gennaio 1995, n. 27; *Cass.pen.*, Sez. IV, 20 marzo 1997, p.m. in c. Saltanecchi, in *Giust. pen.*, 1998, III, 565; *Cass.pen.*, Sez. VI, 28 gennaio 1997, Cappello, in *Mass. Ced.*, n. 207360.

⁷³ Corte Cost., sent., 19 gennaio 1995. n.27.

⁷⁴ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.* p. 20

⁷⁵ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 21

competenza di cui all'art. 28, comma 1, lett. b) c.p.p.⁷⁶. Diventa invece piuttosto evidente, in quei casi in cui la litispendenza sia provocata da iniziative in *idem* da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero e davanti al medesimo giudice (in questo caso è evidente che non sia applicabile la disciplina dei conflitti di competenza). In assenza, come si è detto, di previsioni normative che disciplinino il fenomeno, per fronteggiarlo nella pratica si evidenziano degli espedienti giudiziari, consistenti per esempio nella sospensione del secondo processo, in attesa che la decisione del primo diventi irrevocabile, oppure nella sospensione del primo fino a quando il secondo non giunga allo stesso stato e grado, per poi riunirli⁷⁷.

Al problema sembrava non potersi trovare una soluzione poiché non si riteneva percorribile la strada dell'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 649 c.p.p.⁷⁸

Invero questa idea è stata smentita da un indirizzo della giurisprudenza di legittimità che ammette un'interpretazione analogica dell'art. 649 c.p.p., sul presupposto che questo contenga un principio generale dell'ordinamento. Peraltro, questa idea è stata accolta anche dalla Corte costituzionale, favorevole al riconoscere che il giudice che si sia già pronunciato con una sentenza, ancorché non irrevocabile, non possa pronunciarsi una seconda volta sulla medesima regiudicanda⁷⁹.

Queste evoluzioni giurisprudenziali sono state accolte anche dalla Corte di Cassazione che con la sentenza, pronunciata a sezioni unite, del 28 giugno 2005, n. 34655 (Donati), ha ricondotto ad una violazione dell'art. 649 c.p.p. le situazioni di litispendenza che non siano ascrivibili ai conflitti positivi di competenza di cui all'art. 28 c.p.p.; il vizio deve essere rimosso “*dichiarando, nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'improponibilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del ne bis in idem, semprechè i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria*”. A seconda della fase del procedimento quindi, il secondo giudice dovrà pronunciare una sentenza di non doversi procedere ex art. 529 c.p.p., di non

⁷⁶ Cfr. D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, 128 ss

⁷⁷ Cfr. T. RAFRACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.*

⁷⁸ Cfr. *ex multis* Cass.pen., sez. III, 23 febbraio 2005, n.230872, in Mass. Ced.

⁷⁹ Cfr. C. cost., ordinanza, 27 luglio 2001, n. 318, in Giur. cost., 2001, 2561; C. cost., ordinanza, 6 marzo 2002, n. 39.

luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. ovvero decreto di archiviazione per improcedibilità, qualora l'azione penale non sia stata ancora esercitata.

La Corte motiva la decisione sul presupposto che l'art. 649 c.p.p. sia un principio generale che contiene una preclusione funzionale a garantire la razionalità e l'ordine del processo: ammettere che il pubblico ministero possa procedere nuovamente in *idem* davanti al medesimo giudice sarebbe in contrasto con queste esigenze e invero, con il principio di legalità e con i requisiti del giusto processo di cui all'art. 111 Cost, in particolare la ragionevole durata del processo, la parità delle parti ma anche e soprattutto il diritto dell'imputato, riconosciuto anche dalla fonti internazionali, a non essere perseguito più volte per lo stesso fatto.

In definitiva, si deve ritenere che le ipotesi di litispendenza patologica, che non rientrino nei casi di conflitto pratico di competenza, costituiscano una violazione del *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p.

2.3. Le eccezioni e i rimedi alla violazione del principio.

L'art. 649 c.p.p. contempla due deroghe al principio del *ne bis in idem* processuale.

La prima rimanda all'art. 69, comma 2, c.p.p. L'articolo si occupa del caso in cui, nel corso del processo, l'imputato sia deceduto: in questo caso, in ogni stato e grado del processo il giudice, sentiti il pubblico ministero e il difensore, pronuncia sentenza a norma dell'art. 129 c.p.p.⁸⁰. Al secondo comma, richiamato dall'art. 649 c.p.p., la norma sancisce che tale sentenza non è d'ostacolo all'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, qualora si accerti che la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata.

La seconda deroga richiama l'art. 345 c.p.p. ai sensi del quale *“il provvedimento di archiviazione e la pronuncia di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza”* di una condizione di procedibilità, non impediscono l'esercizio

⁸⁰ L'articolo è rubricato *“Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità”* e impone al giudice, in ogni stato e grado del processo, quando riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, di dichiararlo d'ufficio con sentenza. Impone inoltre al giudice di pronunciare sentenza di assoluzione o non luogo a procedere quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.

Dal momento che la morte dell'imputato estingue il reato, la sentenza che il giudice dovrà pronunciare sarà quella di proscioglimento per estinzione del reato.

dell'azione penale per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, quando la condizione mancante sopravviene⁸¹.

Dunque, fino a quando la condizione di procedibilità continui a risultare mancante, anche la sentenza di improcedibilità produce l'effetto preclusivo di cui all'art. 649, comma 1, c.p.p.⁸².

Da ultimo, dottrina attribuisce alla revisione e alla revoca della sentenza di non luogo a procedere l'appellativo di "eccezioni in senso lato al *ne bis in idem*", in considerazione del fatto che questi istituti producano un "*fenomeno ablativo della sentenza passata in giudicato e di quella di non luogo a procedere*"⁸³.

Bisogna specificare comunque che la revisione non possa rientrare tra le eccezioni al *ne bis in idem*, poiché questa non costituisce una deroga alla funzione tipica del giudicato penale che consiste nel garantire la certezza in senso soggettivo evitando una reiterata persecuzione penale, ma è diretta esclusivamente alla rimozione della sentenza di condanna⁸⁴.

L'ultimo aspetto su cui è necessario soffermarsi sono i rimedi alla violazione del principio in esame. A tal proposito il secondo comma dell'art. 649 c.p.p. prevede che in questa evenienza il giudice debba pronunciare, in ogni stato e grado del processo, sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere⁸⁵.

L'uso della parola "processo" sottolinea che tali decisioni siano adottabili, per l'appunto, solo nella fase processuale; non avendo senso in effetti un proscioglimento senza imputazione⁸⁶.

La lettura della disposizione che sembra più corretta è nel senso di ritenere che il giudice possa adottare una di queste decisioni anche d'ufficio senza che sia necessaria

⁸¹ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, p. 1215, *op.ult.cit.* p. 19. L'autore definisce "ovvio" che il soggetto sia perseguibile quando sopravvenga la condizione di procedibilità mancante, "*considerato l'oggetto deciso: bisognava stabilire il processo fosse instaurabile. La sentenza lo ha negato e, in tali limiti, preclude un secondo giudizio*".

⁸² Cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 22

⁸³ Cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* L'autore ritiene fuori da ogni dubbio che sia la revisione che la revoca della sentenza di non luogo a procedere "*incidano sulla stabilità conseguita dalla decisione*", potendosi intendere dunque come limitazioni del *ne bis in idem* inteso però in senso ampio, fino a ricomprendervi non solo il divieto di una nuova azione penale *in eadem re et persona*, ma anche il divieto di una qualsiasi ulteriore serie procedimentale che miri a rimuovere o a dichiarare superata la sentenza pervenuta a stabilità.

⁸⁴ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, *op.ult.cit.* p. 11

⁸⁵ Delle due una, a seconda che sia pronunciata in dibattimento o in udienza preliminare.

⁸⁶ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.* p. 21; *contra* T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 24, che ritiene plausibile che possa essere dichiarata anche in sede di indagini preliminari, con un provvedimento di archiviazione a norma dell'art. 411 c.p.p.

una *exceptio rei iudicatae* della parte⁸⁷: in questo modo l'attivazione del rimedio è doverosa per il giudice, dal momento che si tratta di riconoscere una condizione ostativa al processo. Tra l'altro, la sussistenza di tale situazione impeditiva, dovrà essere valutata dal giudice alla stregua dei canoni di giudizio del processo penale: sarà dunque sufficiente un dubbio plausibile sulla presenza di un *bis in idem* per dichiarare il proscioglimento dell'imputato⁸⁸.

È ben possibile nella prassi che una violazione del *ne bis in idem* si riscontri anche nel terzo grado di giudizio, cioè nel giudizio di cassazione. In questo particolare ambito processuale il principio in esame si scontra con quello del *favor rei*. Ai sensi degli artt. 620 lett. h) e 621 del codice di rito, quando vi sia contraddizione tra la sentenza impugnata e un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo fatto, la Corte annulla senza rinvio e ordina l'esecuzione della prima sentenza o ordinanza; tuttavia, se si tratta di una sentenza di condanna, ordina l'esecuzione di quella che ha inflitto la condanna meno grave, determinata a norma dell'art. 669 c.p.p., anche se dovesse essere quella emanata in violazione del *ne bis in idem*⁸⁹.

Un analogo rimedio che segue sempre il principio del *favor rei* si trova all'art. 669 c.p.p. che trova applicazione nel caso in cui l'inosservanza del divieto di cui all'art. 649 c.p.p. non sia stata riscontrata e risolta nel giudizio, portando così alla coesistenza di più decisioni definitive nei confronti della stessa persona e sul medesimo fatto⁹⁰.

Una rigida applicazione del principio in esame imporrebbe di dare esecuzione al primo provvedimento divenuto irrevocabile, essendo i successivi ad aver violato l'art. 649 c.p.p. Al contrario, il legislatore ha ritenuto di favorire nella risoluzione di tale violazione, il principio del *favor rei*, prevedendo per l'appunto che tra più sentenze di condanna debba essere eseguita quella che ha irrogato la pena meno grave⁹¹ e, solo a parità di trattamento sanzionatorio, quella divenuta irrevocabile per prima.

⁸⁷ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, p. 1216, *op.ult.cit.* p. 18; M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.*

⁸⁸ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, *op.ult.cit.*

⁸⁹ Secondo il parere di F. CORDERO in *Procedura penale*, *op.ult.cit.*, l'art. 621, sub lett. h), sminuisce la regola di cui all'art. 649 c.p.p., nella misura in cui predilige l'esecuzione della sentenza di condanna più favorevole, anche se emanata in violazione del principio del *ne bis in idem*.

⁹⁰ Ci si riferisce dunque al conflitto pratico di giudicati, non a quello teorico, che è rilevante quale caso di revisione della sentenza di condanna ex art. 630, comma 1, lett. a).

⁹¹ Ai sensi dell'art. 669 c.p.p. per verificare quale sia la condanna meno grave bisogna avere riguardo alle pene principali; quando queste siano uguali sarà decisiva l'eventuale applicazione di pene accessorie, di misure di sicurezza o gli altri effetti penali

Il criterio del *favor rei* trova applicazione anche nelle altre ipotesi di conflitti contemplate all'art. 669 c.p.p. Infatti: tra più sentenze di non luogo a procedere o di proscioglimento, il giudice ordina l'esecuzione di quella più favorevole⁹²; tra una sentenza di proscioglimento e una di condanna, prevale la prima (a meno che il proscioglimento non sia stato pronunciato per estinzione del reato verificatasi successivamente alla data in cui è divenuta irrevocabile la decisione di condanna).

Tali criteri comunque non trovano applicazione quando il condannato si avvalga della facoltà di indicare egli stesso la sentenza da eseguirsi⁹³.

L'art. 669 c.p.p. prevede però due limiti che consolidano la condanna⁹⁴. Il primo è il caso in cui la condanna sia frutto di un secondo processo *in idem* ma legittimo, poiché accertate dopo la sentenza di proscioglimento ex art. 69 o 345 c.p.p. rispettivamente l'erronea dichiarazione della morte dell'imputato e la sussistenza della condizione di procedibilità; il secondo che ricorre quando la causa estintiva del reato che aveva giustificato il proscioglimento, si sia verificata successivamente all'irrevocabilità della sentenza di condanna. La *ratio* di questa previsione risiede nel fatto che altrimenti l'interessato potrebbe trarre un vantaggio indebito poiché derivante non dall'esito in sé ma dal *tempus* del processo irritualmente iniziato e proseguito⁹⁵.

3. Il *ne bis in idem* sostanziale.

Si è anticipato nei paragrafi precedenti che quella processuale non è l'unica declinazione del principio del *ne bis in idem*, essendovene anche una sostanziale, la quale postula l'impossibilità di addebitare più volte allo stesso soggetto il medesimo fatto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il disvalore⁹⁶.

⁹² Si parla anche in questo caso di "sentenza più favorevole" perché come noto, sussiste una gerarchia tra le formule assolutorie: il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non è previsto dalla legge come reato o non costituisce reato, l'autore non è punibile, il reato è estinto, l'autore non è imputabile.

⁹³ Possibilità riconosciuta dal comma 2 dello stesso articolo e che secondo F. CORDERO, in *Procedura penale* p. 1225, *op.ult.cit.* p. 25, è un vero e proprio diritto del condannato. Qualora quest'ultimo non voglia approfittarne, si applicheranno i criteri dei due commi successivi.

⁹⁴ Cit. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, *op.ult.cit.* p. 25

⁹⁵ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale* p. 1226, *op.ult.cit.*, che sottolinea che invece debba essere revocata la sentenza di condanna quando il fatto estintivo fosse precedente alla condanna irrevocabile che lo avesse ignorato o erroneamente escluso.

⁹⁶ Questa la definizione di G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, *op.ult.cit.* p. 6

Ragionando *a contrariis* si evince che nel nostro ordinamento sia ammissibile un *bis in idem* sanzionatorio quando invece il soggetto, con l'unica azione od omissione, abbia infranto più norme penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore⁹⁷: in tal caso è ben possibile che costui venga sanzionato con le pene previste per le violazioni delle disposizioni di legge che vengono in rilievo rispetto all'unica condotta realizzata, anche se calibrate nel rispetto del principio di favore contenuto nell'art. 81 c.p.⁹⁸.

Il contesto in cui si inserisce il divieto di *bis in idem* sostanziale, dunque, non è quello del concorso formale, disciplinato all'art. 81 c.p. e rispetto al quale è ammesso un cumulo sanzionatorio, ma è quello del concorso apparente di norme, circostanza che si verifica quando “*due o più disposizioni coesistenti sembrano adattarsi al medesimo caso, ma soltanto una è applicabile. Il caso concreto è conforme a varie fattispecie astratte: rientra, cioè, in diverse norme, una sola delle quali però trova applicazione*”⁹⁹. Essendo in questi casi il concorso solo *apparente*, una moltiplicazione sanzionatoria violerebbe i canoni di proporzionalità e finalità rieducativa della pena, ed è per questo che ve ne è fatto divieto.

Pur non essendovi una norma che codifichi esplicitamente il principio¹⁰⁰ in esame, cosa che invece avviene per il *ne bis in idem* processuale che trova un espresso riconoscimento all'art. 649 c.p.p., non si dubita che questo si possa desumere dal combinato disposto di diverse disposizioni della parte generale del codice penale, che sono in particolare gli artt. 15, 84, 61 e 62, prima parte, 68 c.p., nonché in norme di parte speciale tra cui l'art. 581, 2° co., c.p.¹⁰¹.

⁹⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, op.ult.cit. p. 10

⁹⁸ L'articolo impone di punire il soggetto che con una sola azione od omissione abbia violato diverse disposizioni di legge o commesso più violazioni della stessa disposizione (concorso formale di reati), con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo. Al secondo comma la norma stabilisce che “*la stessa pena deve essere applicata al chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge*”. [...]

⁹⁹ Cit. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003 p. 151

¹⁰⁰ Per la verità la natura di principio non è pacificamente riconosciuta in dottrina. A favore cfr. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, op.ult.cit. p. 3, p.321 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale* op.ult.cit., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 470 ss. *Contra*: G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 101 ss.; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, Torino, 1997, p. 7 ss., che definisce il *ne bis in idem* sostanziale “*un'istanza guida di giustizia materiale*”; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, 2004, vol. I, sub art. 15 c.p., 174 ss.

¹⁰¹ G. RANALDI- F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit. p. 21, sostengono che tali artt. esprimano il criterio ermeneutico costituito dal *ne bis in idem* sostanziale. In particolare: l'art. 15 c.p., rubricato “*Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale*” esprime il cd. principio di specialità; l'art. 84 c.p.

Si è anticipato che il *ne bis in idem* sostanziale viene in rilievo nel caso di concorso apparente di norme; più precisamene, se ne trova traccia nei criteri risolutivi utilizzati in tali circostanze, cioè il principio di *specialità*, quello di *sussidiarietà* e quello di *consunzione*¹⁰². Il principio di specialità comporta che *lex specialis derogat legi generali* quando la stessa materia sia regolata da due norme, tra loro in rapporto di genere a specie; secondo il principio di sussidiarietà invece *lex primaria derogat legi subsidiariae*, dovendosi intendere con rapporto di sussidiarietà quello intercorrente tra due norme che descrivono stati o gradi diversi di offesa di uno stesso bene (la legge disposizione sussidiaria, contemplando un grado di offesa meno grave rispetto a quello della disposizione primaria, resta assorbita da quest'ultima); il criterio della consunzione invece prevede che *lex consumens derogat legi consumptae*, cioè che quando il fatto previsto da una norma è compreso nel fatto previsto da un'altra di più ampia portata, si applica solo l'ultima norma¹⁰³.

Fatte queste premesse, è opportuno soffermarsi sull'ambito di operatività del principio, tracciando le differenze con il suo corrispettivo processuale, rispetto al quale gode di una certa autonomia. Quest'ultima si coglie tenendo in considerazione le diverse ragioni ispiratrici di tali principi: la certezza del diritto e le necessità di economia processuale¹⁰⁴, da un lato; l'equità e la giustizia, dall'altro¹⁰⁵.

contempla l'istituto del reato complesso; gli artt. 61-62 c.p. riguardanti le circostanze aggravanti e attenuanti generiche, vengono richiamati nella misura in cui prevedono che tali circostanze aggravano o attenuano il reato quando non siano elementi costitutivi o circostanze speciali; l'art. 68 c.p. rubricato "*Limiti al concorso di circostanze*", che richiama l'art. 15 c.p.; l'art. 581, comma 2, c.p. che costituirebbe espressione del *ne bis in idem* sostanziale nella parte in cui stabilisce che "*tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato*".

¹⁰² Per un'accurata bibliografia sui criteri risolutivi proposti dalla dottrina per risolvere il conflitto, cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale op.ult.cit.* p. 27, p. 72 ss

¹⁰³ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale, op.ult.cit.* p. 27, p. 155 ss. il quale, dopo aver esposto tali criteri, osserva che il principio di consunzione sia privo di consistenza in quanto "*non presenta nulla di caratteristico ed esprime soltanto quell'assorbimento di una fattispecie in un'altra che costituisce l'effetto generale della concorrenza di leggi*", quello di sussidiarietà possa ritenersi superfluo poiché conduce agli stessi risultati di quello di specialità, unico criterio "*necessario e sufficiente per dirimere i dubbi che si presentano in tema di concorso apparente di disposizioni coesistenti*".

Queste due diverse posizioni rispetto ai criteri da adottare per risolvere il conflitto apparente di norme sono espressione dei cd. approcci monistico (quello che fa leva esclusivamente sull'art. 15 c.p. per la risoluzione del conflitto apparente, sposato dalla giurisprudenza) e pluralistico (quelle che si poggia sui principi di sussidiarietà, assorbimento e consunzione). Esplicita questo contrasto A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità, op.ult.cit.* p. 6

¹⁰⁴ Vedi *supra* par. 2.1.

¹⁰⁵ Propendono per l'autonomia dei due principi sottolineando le diverse ragioni ispiratrici: G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati, Giuffrè, 1974, cit.,*

Nonostante – come si è visto – le ragioni alla base dei due principi siano diverse, non si può negare che le due declinazioni dell’istituto siano fortemente interconnesse, generando una importante garanzia che tutela l’individuo su più fronti: da una parte, ponendolo al riparo da una innumerevole sequenza di procedimenti penali, dall’altra impedendo un ingiusto aggravio sanzionatorio quando il disvalore della condotta sia esaurito dall’applicazione di una sola fattispecie penale.

A ben vedere dunque i due omonimi principi non tendono a finalità contraddittorie: sottraendo il soggetto alla possibilità di essere perpetuamente perseguito per lo stesso fatto, si intende assicurare anche che questo non sia punito più volte per lo stesso reato¹⁰⁶.

Una volta appurato che le due declinazioni del principio abbiano finalità e contenuti diversi, ma comunque strettamente collegati, pare di poter sintetizzare come segue il loro “schema operativo”: il divieto di doppia incriminazione è posto a salvaguardia del divieto di doppia sanzione e, viceversa, il secondo rende effettivo il primo, non potendosi instaurare un nuovo giudizio nei confronti di colui che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto. Di contro, la violazione del *ne bis in idem* processuale non determina, necessariamente, la contravvenzione di quello sostanziale, dal momento che il secondo giudizio ben potrebbe definirsi con una sentenza di proscioglimento, senza giungere all’applicazione di una doppia sanzione¹⁰⁷.

4. L’art. 4, Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU). Contenuto ed estensione della garanzia.

Il principio del *ne bis in idem* non è previsto solo nelle norme nazionali. La sua rilevanza è percepita infatti anche a livello internazionale ed in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU): un trattato internazionale che costituisce il “*massimo livello di sacralizzazione delle garanzie*” elaborate dagli ordinamenti costituzionali degli stati membri del Consiglio d’Europa, e poi raccolte in un “*denominatore costituzionale comune*”¹⁰⁸.

p. 68; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale* op.ult.cit. p. 28; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, op.ult.cit. p. 27, p. 41 ss

¹⁰⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, op.ult.cit.

¹⁰⁷ Cfr. G. RANALDI- F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit. p. 22

¹⁰⁸ Cit. V. MANES, *La lunga macia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale europeo*, in V. Manes-G. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 2 ss

Il testo originario della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo del 1966 non conteneva una disposizione che prevedesse espressamente il principio *del ne bis in idem*, nonostante questo trovasse già un riconoscimento nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, all’art. 14, e in parte della dottrina che lo riconduceva all’art 6 della Convenzione stessa, relativo al “giusto processo”¹⁰⁹.

La garanzia venne introdotta solo nel 1984, quando fu approvato il Protocollo 7, ratificato dall’Italia con l. 9 aprile 1990, n. 98 ed entrato in vigore il 1° febbraio 1992.

L’art. 4 sancendo 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 e alla procedura penale di tale Stato*”, rappresenta la sintesi tra due differenti tradizioni giuridiche: quella continentale, nella quale il *ne bis in idem* viene primariamente considerato come l’effetto tipico che deriva dalla cosa giudicata e dunque ricollegato all’esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, e quella anglosassone, la quale intende il *ne bis in idem* come protezione contro il *double jeopardy*, mirante ad escludere una duplice persecuzione¹¹⁰.

Occorre sottolineare che il Protocollo 7 non è stato ratificato da tutti gli Stati aderenti alla CEDU¹¹¹; altri, come l’Italia, hanno invece formulato delle riserve. In particolare, il nostro paese, in sede di ratifica ha depositato una dichiarazione finalizzata ad escludere l’applicazione dell’art. 4 Prot. 7 alle procedure, alle violazioni e alle sanzioni che non siano qualificate come *penali* dalla legge italiana¹¹². Riserva che invero, oltre che criticata dalla dottrina¹¹³, è stata ritenuta invalida dalla Corte EDU poiché una siffatta dichiarazione, non specificando quali fossero “*le disposizioni dell’ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure*

¹⁰⁹ Cfr. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, op.ult.cit. p.10, p. 119 che rileva la differenza di vedute tra chi ritiene operante in via implicita il principio in esame nella Convenzione EDU e la Commissione europea secondo la quale né l’art 6 né ogni altro articolo della Convenzione garantiscono implicitamente il principio del *ne bis in idem*.

¹¹⁰ Così F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Protocollo addizionale n 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in riv.intern.dir.uomo, 1992; anche S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot. 7, in S. Bartole-B. Conforti-G. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 897 ss.

¹¹¹ Tra questi: Germania, Belgio, Regno Unito, Turchia

¹¹² Cfr. E.M. MANCUSO - F.VIGANO’, Art. 4 Prot. N. 7 – *diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in VIGANO’, UBERTIS– *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016 (pag 374 ss)

¹¹³ Cfr. S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot., op.ult.cit. p. 30

dal campo di applicazione dell'art. 4 Prot. 7", non poteva considerarsi in linea con quanto disposto dall'art. 57 par. 2 in tema di riserve¹¹⁴.

È interessante sottolineare che il principio del *ne bis in idem* sia stato incluso nella lista di cui all'art. 15 CEDU, accanto al diritto alla vita, al divieto di tortura, al divieto di schiavitù ed al principio di non retroattività della legge penale, che elenca i diritti inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione: "*scelta dall'altissimo valore politico, che ne sugella l'efficacia incondizionata ed il valore assoluto*"¹¹⁵. Peraltro, questo sottolinea la dimensione soggettiva ed individuale della regola in esame, elevandola a diritto fondamentale dell'individuo¹¹⁶.

Per quanto riguarda la sfera di operatività della garanzia in esame, dal punto di vista territoriale, questa rimane confinata all'interno del singolo ordinamento nazionale. Non lasciano dubbio le parole dell'art. 4¹¹⁷: "*nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato*": non viene impedito quindi alla giurisdizione di un altro Stato – sia firmatario della CEDU che terzo – di perseguire nuovamente il medesimo soggetto, già giudicato in maniera definitiva, rispetto al medesimo fatto¹¹⁸.

Parte della dottrina guarda con occhio critico a questa previsione, sostenendo che invece un'estensione al piano internazionale della garanzia in esame sarebbe stata opportuna¹¹⁹.

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 57 Cedu, ogni stato al momento della ratifica può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, quando una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Tale riserva non può essere di carattere generale e deve essere accompagnata da una breve esposizione della legge in questione.

¹¹⁵ Cit. S. ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot.*, *op.ult.cit.*, p. 895; della stessa idea anche F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, *op.ult.cit.* p. 30

¹¹⁶ Cfr. S. ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", *op.ult.cit.* p. 6

¹¹⁷ Tale previsione è più specifica rispetto all'art. 14, comma 7, Patto sui diritti civili e politici (Pidu) rispetto al quale sorgevano dei dubbi in merito. Cfr. E.M. MANCUSO, F. VIGANO', *Art. 4 Prot. N. 7 – diritto a non essere giudicato o punito due volte*, *op.ult.cit.* p. 24

¹¹⁸ Cfr. S. ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot.*, *op.ult.cit.* p. 31

¹¹⁹ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Commento all'art. 4 prot. 7 Cedu*, in *Leg. Pen.*, 1991, p. 248 ss, nonché G. SPANGER, sub *Art. 4 Prot. n. 7 Cedu*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario breve*, p. 953

La operatività transnazionale del principio del *ne bis in idem* è tuttavia garantita nell'ambito dell'Unione Europea dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 54 della Convenzione di applicazione di Schengen¹²⁰.

4.1. L'ambito di applicabilità e la nozione di “*matière pénale*”.

La lettera dell'art. 4 Prot. 7 è chiara: le parole “perseguito o condannato penalmente” e il riferimento alla procedura penale dello Stato, fanno capire che la garanzia del *ne bis in idem* si applica alla “materia penale”. Occorre però intendersi su cosa rientri nella materia penale.

È evidente per quale motivo sia importante capire se e quando un determinato fatto rientri in questo ambito: una simile qualificazione è presupposto imprescindibile per l'applicazione dei principi contenuti negli articoli 6 e 7 della CEDU, nonché, sul piano interno nazionale, dell'art. 25, comma 2, Cost. e dei rispettivi corollari.

Nella ormai celebre sentenza 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, la Corte EDU, adottando un approccio decisamente sostanzialista, si è occupata di delineare gli indici di riconoscimento della *matière pénale*: a) la qualificazione giuridica interna dell'illecito e della sanzione; b) la natura dell'infrazione; c) la natura e gravità della sanzione¹²¹. Questi ultimi due criteri sono alternativi; ciò non toglie però che, quando l'applicazione di uno solo non porti a una conclusione chiara, si possa ricorrere ad una valutazione cumulativa¹²². La loro applicazione dovrebbe consentire di evitare che un approccio formalistico e legato esclusivamente al *nomen iuris* possa lasciare agli stati membri un potere discrezionale che comporti lo svilimento dell'oggetto e dello scopo della Convenzione¹²³.

La Corte precisa che la qualificazione di una determinata procedura data dall'ordinamento nazionale non possa essere un criterio esaustivo e sufficiente per delimitare l'ambito di applicazione del *ne bis in idem*: se fosse così, l'applicazione della garanzia verrebbe abbandonata alla discrezionalità dello Stato¹²⁴, cosa che

¹²⁰ Sul tema ci si soffermerà più avanti.

¹²¹ I paragrafi della pronuncia che contengono l'enunciazione dei criteri in parola sono i nn. 82 e 83. Il caso riguardava delle violazioni della disciplina militare poste in essere dai ricorrenti, soldati di leva di grado differente nelle forze armate dei Paesi Bassi.

¹²² Così S. ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot., op.ult.cit.* p. 31

¹²³ Cfr. CEDU, GC, sent. 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*

¹²⁴ A tal proposito si può richiamare quanto detto in precedenza sulla riserva avanzata dall'Italia in sede di ratifica, circa l'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. 7.

“porterebbe a risultati incompatibili con lo scopo della CEDU”¹²⁵. Proprio una simile evenienza ha portato la Corte di Strasburgo ad elaborare una nozione autonoma di “materia penale”, per garantire un’applicazione uniforme delle garanzie convenzionali, indipendentemente dalle qualificazioni giuridiche degli illeciti e delle sanzioni adottate negli ordinamenti interni.

Sicuramente, il primo dei tre criteri costituisce il punto di partenza dell’indagine ma ha, come si è detto, un valore relativo¹²⁶: se il diritto interno definisce espressamente un illecito come penale, ciò basterà a concludere per la natura sostanzialmente (e in questo caso anche formalmente) penale dell’accusa e conseguentemente della sanzione, comportando automaticamente il riconoscimento delle garanzie convenzionali senza che sia necessario compiere ulteriori indagini circa la loro reale natura¹²⁷; al contrario, quando l’illecito o la sanzione siano espressamente denominate civili, amministrative, disciplinari, occorrerà approfondire l’analisi, applicando quindi gli altri due criteri¹²⁸.

In definitiva, la qualificazione giuridica interna ha un rilievo decisivo soltanto qualora attribuisca espressamente all’illecito o alla sanzione natura penale; in caso contrario, assume un valore meramente formale ed indicativo, rendendosi necessaria un’analisi approfondita volta a far emergere “*the very nature of the offence*”¹²⁹.

Il secondo criterio, quello della natura dell’infrazione, implica la valutazione di molteplici elementi: il carattere e la struttura della norma trasgredita, e in particolare se sia indirizzata esclusivamente a una specifica categoria o ad una generalità di destinatari, l’autorità che ha instaurato il procedimento, le finalità della norma, la rilevanza degli interessi che la stessa norma trasgredita sia volta a tutelare¹³⁰.

¹²⁵ Cit. S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot., *op.ult.cit.* p. 32

¹²⁶ In tal senso anche, M. BRANCACCIO, G. FIDELBO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia* (relazione orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 35/2014), in www.cortedicassazione.it, 2014, p. 5, che sottolineano come “il criterio della qualificazione formale non è da ritenersi decisivo ai fini dell’applicabilità del profilo penale dell’articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo”.

¹²⁷ Cfr. in tale senso anche caso Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2016, §§ 30 ss. In precedenza, Deweer c. Belgio, 27 febbraio 1980, §§ 41 ss.; Adolf c. Austria, 26 marzo 1982, §§ 31 ss

¹²⁸ Cfr. N. NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 955.

¹²⁹ Cit. par. 82 sent. *Engel c. Paesi Bassi*.

¹³⁰ Cfr. A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell’economia*, Tomo I, Torino, 2016, p. 669.

Infine, il terzo criterio, quello della natura e gravità della pena, sembra operare una distinzione tra i due concetti di “natura” e “gravità”¹³¹. Quest’ultima viene valutata dalla Corte facendo riferimento al contenuto dell’intervento sanzionatorio, al grado di incidenza ed afflittività della sanzione in termini di privazione o limitazione della libertà personale del contravventore, potendosi peraltro ritenere che viga una sorta di presunzione di gravità rispetto alla sanzione restrittiva della libertà personale¹³². Per quanto riguarda invece le sanzioni pecuniarie, sono tre gli elementi di valutazione maggiormente utilizzati dalla Corte: l’ammontare¹³³, la menzione o non menzione nel casellario giudiziale¹³⁴, la convertibilità in pena detentiva in caso di mancato pagamento¹³⁵. In definitiva, sembra che la Corte utilizzi nella sua valutazione un “criterio di degradazione”, avendo “riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato sulla sfera personale del destinatario, anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative e quindi, in ultima analisi, al suo carattere “infamante” (c.d. degree of stigma).”¹³⁶

Il concetto di “natura” della sanzione viene a sua volta scomposto dalla Corte in tre sottocriteri: il primo che ricollega la natura di pena criminale a quella sanzione che viene imposta a seguito di una condanna per un reato¹³⁷; il secondo, cd. “procedurale”, che riconosce la natura penale della sanzione dalle procedure preposte all’applicazione e all’esecuzione della sanzione e dalla natura dell’autorità deputata ad irrogarle¹³⁸; il

¹³¹ Evidenzia questa distinzione M. MANCINI, *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell’elettorato passivo*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 25 giugno 2018.

¹³² *Galstyan c. Armenia*, 15 novembre 2007, §§ 59 ss.; *Ashughyan c. Armenia*, 17 luglio 2008, § 51 e soprattutto *CEDU, GC, sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia.*; Cfr. S. ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot., op.ult.cit.* p. 33, secondo il quale rispetto a questo parametro opera una vera e propria presunzione della natura penale della sanzione. Presunzione che non può cadere se non si provi che la detenzione non abbia comportato un “serio pregiudizio” all’individuo, avendo riguardo alla sua natura, alla sua durata o alle sue modalità di esecuzione.

¹³³ *CEDU, sentenza 24 settembre 1997, Garyfallou Aebe c. Grecia, cit.*, § 34.

¹³⁴ La non menzione è risultata decisiva ai fini dell’esclusione della natura penale nel caso *Pierre-Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997, §§ 58 ss

¹³⁵ *Ex multis: Bendenoun c. Francia, cit.*, § 47; *CEDU, Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, § 33; *Palaoro c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 35

¹³⁶ *Cit. M. MANCINI, La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, op.ult.cit.*

¹³⁷ Questo indirizzo si trova per esempio nella sentenza *CEDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito* in cui, al paragrafo 28 si legge: “Il punto di partenza di ogni valutazione sull’esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato”.

¹³⁸ *Ex multis CEDU, GC, sentenza 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, CEDU, GC, sentenza 9 ottobre 2003, Ezech e Connors c. Regno Unito*

terzo, cd. “teleologico”, che richiede di indagare sulle intrinseche finalità e funzioni della sanzione.

Dall’analisi dell’applicazione giurisprudenziale di questi criteri, emerge che in un primo momento quello maggiormente utilizzato fu quello della gravità della sanzione. Attraverso un approccio si potrebbe definire “qualitativo”, il concetto di pena veniva ricondotto all’incidenza di quest’ultima sulla libertà personale; si finiva così per dare rilievo principalmente ai casi di limitazione dei diritti di cui all’art. 13 Cost¹³⁹.

Con il tempo però tale impostazione iniziò a portare a risultati aberranti nei diversi ordinamenti nazionali, soprattutto in Germania, dove si era arrivati a ritenere che non rientrassero nelle garanzie di cui all’art. 6 CEDU le stesse pene criminali, quando si sostanziano in pene pecuniarie inflitte attraverso decreto penale di condanna¹⁴⁰.

Per questo motivo, la Corte cominciò ad attribuire un rilievo sempre più centrale e decisivo al criterio teleologico e quindi alla finalità che la legge attribuiva alla sanzione. Diversi furono i campi in cui la Corte applicò questo *modus operandi* nell’attribuzione della natura penale ad una sanzione: nel caso *Welch c. Regno Unito*, la Corte ha ricondotto la misura di sicurezza patrimoniale della confisca c.d. “per equivalente” all’alveo delle “*criminal offences*”, in base a diverse circostanze quali il ricorso alle presunzioni legali sulla provenienza illecita dei beni nella disponibilità del reo, la facoltà del giudice di valutare la colpevolezza dell’imputato nella determinazione della misura della confisca e addirittura di infliggere una pena detentiva in caso di insolubilità; nel caso *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015, la Corte ha riconosciuto carattere repressivo alla sospensione della patente di guida e, nel caso *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, analoga valutazione è stata fatta dell’espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, quando disposta in sostituzione della pena detentiva.

In tutte queste decisioni la Corte ha evidenziato che fosse irrilevante la compresenza delle finalità preventive accanto a quelle repressive e il fatto che queste ultime fossero

¹³⁹ Cfr. A. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni “sostanzialmente” penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015*, in Rivista AIC, 2017, n. 1., pp. 5-6. Alla nota 15 richiama la Corte EDU, sentenza 10 febbraio 1983, *Albert e Le Compte c. Belgio*, in cui la Corte ritenne la sanzione della radiazione o sospensione dall’esercizio della professione d’avvocato o medico, sufficientemente severa da qualificare tale sanzione come penale e a ricondurre la vicenda nell’ambito della materia penale.

¹⁴⁰ Cfr. C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, p. 894

o meno prevalenti o principali; nella sentenza *Welch c. Regno Unito* si legge infatti al paragrafo 149 che “*gli scopi di prevenzione e di riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati elementi costitutivi della nozione di pena*”¹⁴¹. Al contrario, la sussistenza di finalità di carattere esclusivamente preventivo ha indotto la Corte a negare l'attribuzione della qualificazione penalistica alle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali.

Sul piano delle misure di prevenzione personali, si trovano alcune decisioni, per la verità piuttosto risalenti, quali *Ciancimino c. Italia*, 27 maggio 1991, e *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, relative alla misura della sorveglianza speciale, che ne negano la natura penale proprio in ragione della sua funzione esclusivamente preventiva, poichè il fine di tale misura era impedire il compimento di atti criminali. Allo stesso modo, è orientamento ormai consolidato quello che nega la natura penale della misura, prevista in svariati ordinamenti, dell'obbligo di iscrizione in speciali registri degli autori di reati sessuali, anche per periodi di tempo particolarmente lunghi, poichè tale iscrizione non ha altro scopo se non quello di facilitare le indagini della polizia e di impedire una recidiva di tali reati¹⁴².

Similmente, la natura penale di una sanzione viene in genere esclusa laddove persegua finalità esclusivamente riparatorie-risarcitorie oppure nel caso in cui tali finalità ripristinatorie riguardino la lesione di un interesse pubblico e risultino prevalenti rispetto a quelle punitive; in tale ultimo caso sarà comunque necessaria un'analisi sulla severità della sanzione.

Dunque, in conclusione pare di poter dire che la sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, riconoscendo la natura di sanzione penale alle sanzioni disposte nei confronti di militari olandesi all'esito di un procedimento disciplinare, ha fatto strada a tutte le successive pronunce, imponendo un approccio tipo “sostanzialistico” ed

¹⁴¹ Similmente le sentenze *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, e *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, 30 agosto 2007.

¹⁴² A riguardo è necessario richiamare una recente decisione di segno contrario assunta nel caso deciso dalla Grande Chambre, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, riguardo alla quale v. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, pp. 370 ss.; A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, pp. 15 ss.

“antiformalistico”, consolidatosi soprattutto rispetto alle sanzioni amministrative, materia rispetto alla quale è copiosa la giurisprudenza¹⁴³.

La Corte di Strasburgo, con la sua opera di ricerca di una nozione autonoma di “materia penale”, ha conferito all’art. 4 Protocollo 7 CEDU una potenza operativa tale da porre in discussione interi sistemi sanzionatori¹⁴⁴ caratterizzati da un doppio binario¹⁴⁵, penale e amministrativo, come quello del *market abuse* o degli illeciti tributari, i quali, se non fosse stata data una lettura così ampia della nozione di materia penale, sarebbero risultati sostanzialmente intangibili¹⁴⁶.

4.2. La giurisprudenza della Corte EDU sui concetti “bis” e “idem”.

In contrapposizione alla lettura molto ampia di materia penale che viene fornita dalla Corte EDU, rispetto agli elementi costitutivi del *ne bis in idem* ai sensi dell’art 4 Prot. 7, i giudici di Strasburgo assumono un atteggiamento più restrittivo¹⁴⁷.

Ritengono infatti idonea ad integrare il “bis” la semplice apertura di un secondo procedimento nei confronti della stessa persona, già giudicata con provvedimento definitivo, anche qualora questo non porti ad una decisione di merito¹⁴⁸ e a prescindere dalla circostanza che si concluda con una pronuncia favorevole all’accusato¹⁴⁹.

Nella sentenza 3 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*, la Corte ha operato un’interpretazione della norma che non ha mancato di suscitare dubbi.

Il caso riguardava una violazione, perpetrata da un cittadino italiano, delle norme in materia edilizia. Nonostante all’esito del giudizio l’imputato provvede a ripristinare una situazione conforme alla legge, più di tre mesi dopo venne tratto nuovamente in giudizio; quest’ultimo venne prontamente chiuso non appena venne fatto presente dal

¹⁴³ Cfr. CEDU, sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*. Sulla stessa lunghezza d’onda CEDU, sentenza 30 agosto 2007, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, in cui la Corte ha addirittura ritenuto la finalità repressiva prevalente rispetto alle altre finalità tipicamente preventive, in un caso di una confisca urbanistica ex art.44 d.p.r. 380/2001, che nel sistema interno veniva qualificata amministrativa; *Demicoli c. Malta*, 27 agosto 1991; *Storbraten c. Norvegia*, 1° febbraio 2007; *Manasson c. Svezia*, 8 aprile 2003; *Rosenquist c. Svezia*, 14 settembre 2004; *Haarving c. Norvegia*, 11 dicembre 2007.

¹⁴⁴ Il tema sarà approfondito in maniera organica nel prosieguo del lavoro, cui si rimanda.

¹⁴⁵ La sentenza CEDU, GC, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, stabilisce che la legittimità di un sistema a doppio binario sanzionatorio deve essere valutata con un procedimento bifasico: in primo luogo sarà necessario applicare i criteri Engel per verificare se si tratti di una sanzione sostanzialmente penale, benché formalmente amministrativa; in secondo luogo bisognerà indagare sull’identità del fatto, elemento costitutivo del divieto di *bis in idem* ai sensi dell’art. 4 Prot. 7.

¹⁴⁶ Cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, op.ult.cit. p. 27

¹⁴⁷ Così S. ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot.*, op.ult.cit. p. 34

¹⁴⁸ Cfr. CEDU, sentenza 2 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*.

¹⁴⁹ Cfr. CEDU, GC, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, che richiama peraltro CEDU, sentenza 2 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*

Zigarella che per lo stesso fatto era già stato sottoposto a processo, conclusosi con sentenza nel frattempo divenuta irrevocabile. Il cittadino presentò ricorso alla Corte di Strasburgo, denunciando una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, che la Corte però dichiarò inammissibile; nel farlo, non mancò di specificare preliminarmente che l'articolo in questione non opera solo in caso di doppia condanna ma anche in caso di doppio procedimento, indipendentemente dal fatto che si sia concluso con una assoluzione o una condanna. Nonostante questo, nel caso di specie, la Corte rileva che *“il secondo procedimento era stato aperto per errore e chiuso appena la Corte ne era stata messa al corrente. La questione è se l'art.4 Prot. 7 riguarda tutti i doppi procedimenti sullo stesso fatto, che siano o no iniziati con la consapevolezza che sussista una duplicazione di procedimenti, o se sia applicabile solo quando il secondo procedimento sia coscientemente aperto in violazione del ne bis in idem. Non essendovi delle spiegazioni neanche nel report esplicativo del Protocollo 7, la Corte ritiene, anzi che confinarsi in una interpretazione letterale, di adottare una interpretazione teologica. L'oggetto e lo scopo della norma in questione impongono, in assenza di pregiudizi subiti dal ricorrente, di ritenere che solo i doppi procedimenti aperti intenzionalmente siano contrari all'art. 4 Prot. 7. Nel caso di specie in connotato della intenzionalità manca: una volta informata della violazione del principio del ne bis in idem, la Corte italiana ha immediatamente provveduto a chiudere il secondo procedimento. Considerando che la Corte, riconosciuta la violazione, abbia provveduto a ristabilire una situazione conforme al diritto, il ricorrente non potrebbe considerarsi una vittima. La questione è dunque manifestamente infondata.”*

Insomma la Corte, chiarito che lo scopo della norma impone di escludere la violazione del principio in esame quando il nuovo procedimento sia involontario, cioè quando l'autorità procedente per il *bis* non fosse a conoscenza della previa decisione definitiva¹⁵⁰, stabilisce che quando la giurisdizione nazionale riconosca l'erronea apertura e ripari alla violazione del divieto, *“difetterebbe la qualità di vittima in capo al ricorrente, poiché questi non avrebbe subito pregiudizio alcuno”*¹⁵¹.

¹⁵⁰ Così E.M. MANCUSO-F. VIGANO', Art. 4 Prot. N. 7 – diritto a non essere giudicato o punito due volte, *op.ult.cit.* p. 31; in giurisprudenza CEDU, sentenza 5 dicembre 2006, *Sciukina c. Lituania e Zigarella c. Italia*.

¹⁵¹ Cit. S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot., *op.ult.cit.*p. 37, che richiama quando sostenuto in CEDU, sentenza 5 dicembre 2006, *Sciukina c. Lituania e Zigarella c. Italia*.

La conclusione suscita però dei dubbi: in questo modo si introdurrebbe un nuovo criterio di applicabilità che non figura nel testo originario della norma¹⁵².

La valutazione dell'elemento costitutivo dell'*idem*, invece, è più intricata.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, almeno fino alla sentenza sul caso "*Zolotukhin c. Russia*", è sempre stata piuttosto ondivaga rispetto al criterio da applicare per stabilire quando si trattasse di medesimo fatto¹⁵³. La scelta ricadeva nella consueta alternativa: *idem factum* o *idem legale*¹⁵⁴? Valorizzare il fatto in senso naturalistico e le circostanze concrete che lo compongono, oppure dare rilievo alla definizione legale dell'incriminazione, confinando il *ne bis in idem* nella riapertura di un nuovo procedimento per la medesima fattispecie legale?

I filoni interpretativi per la verità erano ben tre.

Il primo, enunciato *ex multis* nel caso "*Gradinger c. Austria*", propendeva per la valorizzazione della nozione di identico comportamento del ricorrente inteso in senso storico-naturalistico. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che le due condotte di omicidio colposo dovuto a imprudenza e guida in stato di ebbrezza, sebbene diverse per *nomen iuris*, natura e scopo, si fondassero sul medesimo comportamento. Veniva di conseguenza riscontrata una violazione del *ne bis in idem* perché il ricorrente era stato condannato in sede penale per omicidio colposo ed aveva subito un'ammenda in sede amministrativa per guida in stato di ebbrezza; "*Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct.*"¹⁵⁵.

Il secondo, la cui applicazione compare in diverse pronunce, come per esempio "*Oliveira c. Svizzera*"¹⁵⁶, "*Goktan c. Francia*"¹⁵⁷ o "*Gautier c. Francia*"¹⁵⁸, sposava il punto di partenza del primo, ritenendo preponderante il fatto storico, ma ammetteva che lo stesso comportamento potesse fondare più infrazioni (es. concorso formale di reati).

¹⁵² Solleva questo dubbio anche nel corso del caso *Zolotukhin c. Russia*.

¹⁵³ Queste incertezze hanno avuto delle ripercussioni sulla giurisprudenza italiana, producendo anche nella dottrina i dibattiti di cui si è parlato nei paragrafi precedenti rispetto all'art. 649 c.p.p.

¹⁵⁴ Contrariamente alla giurisprudenza, la dottrina riteneva la *voluntas legis* inequivoca, nel senso di dare rilievo al medesimo fatto storico. Cfr. M.R. MARCHETTI, *Commento all'art. 4 prot. 7 Cedu, op.ult.cit.* p. 32, secondo il quale questa impostazione emergerebbe dal Rapporto esplicativo, il quale specifica che il principio contenuto nell'art. 4 Prot. 7, ricalca quello contenuto nella Convenzione europea sul valore internazionale dei giudizi repressivi e nella Convenzione europea sul trasferimento delle procedure repressive, le quali intendono l'*idem* come "medesimo fatto".

¹⁵⁵ Cfr. CEDU, sentenza 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*.

¹⁵⁶ Cfr. CEDU, sentenza 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*.

¹⁵⁷ CEDU, sentenza 2 luglio 2002, *Goktan c. Francia*.

¹⁵⁸ CEDU, sentenza 24 giugno 2003, *Gautier c. Francia*.

In particolare, nel primo dei tre casi, il ricorrente era stato condannato per guida in stato d'ebbrezza e successivamente per lesioni colpose subite da un altro individuo a causa del medesimo episodio. La Corte aveva, questa volta, escluso la violazione del *ne bis in idem* perché nonostante il fatto storico fosse il medesimo, da questo erano generati due reati diversi; di conseguenza il nuovo processo era da considerarsi legittimo. La Corte aveva anche specificato in quella circostanza che fosse irrilevante, ai fini della violazione dell'art. 4 Prot. 7, il fatto che le due condanne siano state emanate da autorità differenti; ammette comunque che sarebbe stato più coerente con il principio di buona amministrazione l'irrogazione delle sanzioni da parte di un unico tribunale.

Lo stesso ragionamento è stato applicato dalla Corte nel caso "*Goktan c. Francia*": anche qui lo stesso comportamento illegittimo integrava due reati diversi: importazione illegale di farmaci importati illegalmente e il reato di mancato pagamento delle tasse doganali: "[...] as in Oliveira, cited above, a single criminal act constituted two separate offences: an offence under the general criminal law and a customs offence." Per questo "*In conclusion, the Court considers that there has been no breach of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention.*".

Il terzo, enunciato nel caso esemplare "*Franz Fischer c. Austria*"¹⁵⁹, ammetteva la possibilità di procedere nuovamente in caso di concorso formale ma che fosse necessario verificare se gli elementi essenziali delle due fattispecie fossero o meno gli stessi, al fine di escludere la sussistenza di un concorso apparente di norme.

La vicenda dalla quale era originato questo ricorso riguardava un soggetto che, messosi alla guida della propria auto sotto l'effetto dell'alcool, aveva fatalmente investito un ciclista, senza fermarsi per prestare soccorso. Per questo fatto venne prima condannato in via amministrativa per guida in stato di ebbrezza e poi penalmente per omicidio colposo.

Per verificare se vi fosse stata o meno una violazione del *ne bis in idem* la Corte ha ritenuto di dover accertare se il caso di specie rientrasse in un'ipotesi di concorso formale o di concorso apparente di norme, potendosi nel primo caso procedere due volte mentre nel secondo no. A tal fine era necessario confrontare gli elementi costitutivi della fattispecie ("*the Court has to examine whether or not such offences*

¹⁵⁹ Cfr. CEDU, sentenza 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*; Conclusioni analoghe in CEDU, sentenza 6 giugno 2012, *Sailer c. Austria*; CEDU, sentenza 30 maggio 2002, *W.F. c. Austria*.

have the same essential elements”), nello specifico servendosi del criterio della continenza. *“Thus, while it is true that the mere fact that a single act constitutes more than one offence is not contrary to this Article, the Court must not limit itself to finding that an applicant was, on the basis of one act, tried or punished for nominally different offences. The Court, like the Austrian Constitutional Court, notes that there are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others.”*

All’esito di tale raffronto la Corte ha constatato che gli elementi essenziali della guida in stato di ebbrezza erano tutti contenuti all’interno della fattispecie di omicidio colposo; riconosce quindi una violazione del *ne bis in idem*.

Solo nel 2009 la Corte, nella sua formazione più ampia, pone fine a questo contrasto giurisprudenziale nel caso *“Zolotukhin c. Russia”*¹⁶⁰.

La vicenda coinvolgeva un cittadino russo, condotto in una stazione di polizia dopo aver varcato un’area militare cui l’accesso era vietato. In quella sede il Sig. Zolotukhin, ubriaco, iniziò ad aggredire verbalmente, anche con minacce, gli ufficiali, di talché venne trattenuto. Venne conseguentemente condannato, in via amministrativa, a tre giorni di reclusione e successivamente, penalmente, per resistenza a pubblico ufficiale e turbamento dell’ordine pubblico.

Dopo aver accertato la natura penale della preliminare sanzione amministrativa, la Corte si occupa di determinare se i fatti per i quali il ricorrente era stato condannato erano i medesimi.

Innanzitutto, sul punto, la Corte prende atto della necessità di un intervento armonizzante¹⁶¹, riconoscendo la presenza di orientamenti discordanti, cosa che generava un’incertezza incompatibile con tale diritto fondamentale¹⁶².

Successivamente la Corte chiarisce che l’uso della parola “reato” nel testo dell’articolo 4 del protocollo n. 7 non possa giustificare l’interpretazione di coloro che

¹⁶⁰ CEDU, GC, sentenza 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

¹⁶¹ Secondo J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in EU*, in www.utrechtlawreview.org, Volume 9, Issue 4 (Sept 2013), in realtà l’effetto armonizzante risulta mitigato perché non tutti gli Stati hanno ratificato il protocollo 7, perché alcuni di quelli che lo hanno ratificato hanno formulato delle riserve (quindi questo implica che sin dall’inizio l’effetto non è lo stesso tra gli Stati membri).

¹⁶² Cfr. par. 78: *“The Court considers that the existence of a variety of approaches [...] engenders legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence.”*

aderiscono ad un approccio più restrittivo, dando rilievo al solo *nomen iuris*¹⁶³. Spiega tra l'altro la Corte che *“la CEDU è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle convenzioni attuali. Occorre leggere le previsioni di un trattato internazionale alla luce del loro oggetto e del loro scopo, tenendo conto del principio dell'effetto utile”*. Dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, le quali adottano un'impostazione di favore per l'individuo, orientata a valorizzare l'identità del fatto materiale, la Grande Camera rigetta la lettura restrittiva prevalente fino a quel momento, per stabilire fermamente che realizza una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU un nuovo giudizio, nei confronti dello stesso individuo, originato dagli stessi fatti o da fatti che sono sostanzialmente identici: *“Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.”*¹⁶⁴

Nell'effettuare lo scrutinio sull'identità fattuale *“The Court 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.”* La valutazione della Corte dovrà dunque soffermarsi sui fatti che costituiscono un insieme di circostanze concrete che riguardano la stessa persona e che sono strettamente interconnesse nel tempo e nello spazio.

4.3. Il concetto di sentenza definitiva e le possibili eccezioni.

L'art. 4 Prot. 7 utilizza l'espressione *“sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato”*. Tale è una sentenza che non è più suscettibile di essere soggetta ad impugnazione ordinaria, o quando siano spirati i termini per esercitare tale potere, e che abbia quindi assunto l'autorità di cosa giudicata secondo le regole del diritto interno¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. par. 80: *“The Court considers that the use of the word “offence” in the text of Article 4 of Protocol No. 7 cannot justify adhering to a more restrictive approach”*.

¹⁶⁴ Cit. par. 82.

¹⁶⁵ Cfr. CEDU, sez. V, sentenza 27 dicembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; CEDU, sez. II, sentenza 20 luglio 2004, *Nikitin c. Russia*; CEDU, sez. III, sentenza 209 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*; CEDU, sentenza 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*

In questo senso la sentenza *Lucky Dev c. Svezia*, in cui si legge: “*According to the Explanatory Report to Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a “decision is final ‘if, according to the traditional expression, it has acquired the force of res judicata. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them’”.*”

Nel valutare se il procedimento si sia chiuso in maniera definitiva non rilevano a nulla eventuali ricorsi straordinari: “*extraordinary remedies such as a request for re-opening of the proceedings or an application for extension of the expired time-limit are not taken into account*”¹⁶⁶. Nonostante questi siano una continuazione eventuale del procedimento, non scalfiscono il carattere definitivo della decisione¹⁶⁷.

Una questione che rimane aperta è quella sulla natura definitiva della sentenza che abbia prosciolto l'accusato in seguito alla concessione dell'amnistia¹⁶⁸: recentemente, una decisione della Grande Camera¹⁶⁹ ha ritenuto che, nel caso di specie, l'art. 4 Prot. 7 non si potesse applicare, consentendo quindi l'apertura di un nuovo procedimento, poiché la causa estintiva era stata concessa senza che fossero stati ricostruiti i fatti e senza una verifica di colpevolezza.

Per concludere, l'art. 4 Prot. 7 non è applicabile alle ipotesi di litispendenza: non vige il divieto di un doppio procedimento nel caso in cui la decisione del primo non abbia ancora assunto l'autorità di cosa giudicata¹⁷⁰.

Il secondo comma dell'art. 4 Prot. 7 CEDU prevede delle eccezioni al principio in esame e questo lo differenzia dall'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici che al contrario non ne contempla alcuna.

In particolare, il nuovo giudizio *de eadem re* è consentito in due casi: quando il processo venga “riaperto” perché sono emersi “fatti nuovi” o “elementi nuovi” e quando si palesi un “vizio fondamentale della procedura”. Si tratta quindi di situazioni

¹⁶⁶ Cit. CEDU, sez. V, sentenza 27 dicembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*. In tal senso anche CEDU, sez. II, sentenza 20 luglio 2004, *Nikitin c. Russia*

¹⁶⁷ Così S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot., *op.ult.cit.* p. 39 e CEDU, GC, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*

¹⁶⁸ E.M. MANCUSO-F. VIGANO', Art. 4 Prot. N. 7 – diritto a non essere giudicato o punito due volte, *op.ult.cit.* p. 39

¹⁶⁹ CEDU, GC, sentenza 27 maggio 2014, *Margus c. Croazia*

¹⁷⁰ Si è visto invece nel par. 2.1.2. che nel nostro ordinamento, l'orientamento giurisprudenziale si muove in senso contrario.

che, se fossero state conosciute prima, avrebbero potuto condizionare l'esito del processo¹⁷¹.

Per ciò che riguarda i *nova*, questi possono sostanziarsi sia in prove a favore che contrarie al condannato; oltretutto questa revisione può riguardare tanto le sentenze di condanna, quanto quelle di proscioglimento, legittimando quindi eventuali *reformatio in peius* del primo provvedimento definitivo.

Tale lettura, confermata anche dal rapporto esplicativo, che esplicita proprio che i *nova* possano risultare sia a favore che in danno del soggetto giudicato in via definitiva¹⁷², è fortemente criticata dalla dottrina¹⁷³, che teme delle condotte abusive dovute alla cripticità del testo. Non è chiaro infatti se nei “fatti sopravvenuti o elementi nuovi” possano rientrare anche quelli già presenti agli atti e non valutati dal primo giudice o se possano essere solo quelli precedentemente inesistenti, come anche non è chiaro quali siano i vizi della procedura che ne possano legittimare la riapertura.

5. Il cammino del principio del *ne bis in idem* transnazionale.

Il riconoscimento sul piano transnazionale del principio del *ne bis in idem* è stato problematico sin dagli albori.

È indubbio che vengano in rilievo in questo caso diversi interessi da bilanciare, primo tra tutti quello alla sovranità statale: è sicuramente una notevole ingerenza nella sovranità di uno Stato il divieto che gli è fatto di soddisfare la sua pretesa punitiva nei confronti di un determinato soggetto, quando questo sia stato già sottoposto a processo conclusosi con sentenza definitiva in un altro Stato¹⁷⁴.

Per questo motivo negli anni Sessanta la Corte costituzionale aveva adottato un atteggiamento di sfavore nei confronti di alcuni trattati internazionali, per esaltare invece l'art. 11 c.p. che tutt'ora ammette la possibilità di rinnovare il giudizio in *idem* anche in presenza di un giudicato penale estero, quando il reato sia stato

¹⁷¹ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Commento all'art. 4 prot. 7 Cedu*, op.ult.cit. p. 39; G. SPANGER, sub Art. 4 Prot. n. 7 Cedu, op.ult.cit. p. 32

¹⁷² S. ALLEGREZZA S., Art. 4 Prot., op.ult.cit. p. 43

¹⁷³ M.R. MARCHETTI, *Commento all'art. 4 prot. 7 Cedu*, op.ult.cit. che rispetto a quanto scritto nel rapporto esplicativo, scrive: “come a dire che non si è trattato di una svista, né, del pari, che non si è adeguatamente valutata la portata della disposizione in esame”.

¹⁷⁴ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, in Dir. pen. cont., 3/2015

realizzato nel territorio della Repubblica, conformemente con il principio di territorialità *ex art. 6 c.p.*¹⁷⁵.

La situazione era resa ancora più complicata a causa della mancata ratifica di alcune convenzioni del Consiglio d'Europa, tra le quali la Convenzione sulla validità internazionale dei giudicati penali del 1970 e la Convenzione sul trasferimento delle procedure del 1972, che invece contenevano un'enunciazione del principio in esame. Una prima apertura verso il riconoscimento del principio del *ne bis in idem* transnazionale si ebbe con la disciplina dell'estradizione, inserita nel codice di procedura penale del 1988, il cui art. 705 stabiliva – e stabilisce - che, in mancanza di una convenzione, la Corte d'appello pronuncia sentenza favorevole all'estradizione se non in corso un procedimento penale o non è stata emessa sentenza irrevocabile per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona. La disposizione evidenzia comunque dei limiti, non impedendo invero un doppio processo in contumacia e consentendo di procedere qualora il soggetto faccia accesso, anche volontariamente, nel territorio dello Stato¹⁷⁶.

Nonostante questo, fin dagli anni Ottanta i Ministri della giustizia della ex Comunità europea erano consapevoli del fatto che il fenomeno di integrazione europea avrebbe accresciuto il pericolo di crimini internazionali, commessi dunque su larga scala e conseguentemente che per arginare questo fenomeno fosse necessaria una giustizia transnazionale, che andasse oltre i confini della giurisdizione nazionale. Nell'ambito della cooperazione politica europea, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastrich, nel 1987, che istituì il cd. Terzo pilastro, tra gli Stati membri venne elaborata una Convenzione proprio sul *ne bis in idem* transnazionale. Questa venne ratificata da pochi Stati¹⁷⁷, ma il suo contenuto venne poi trasposto negli articoli 54-58 della *Convenzione intergovernativa di applicazione dell'accordo di Schengen del 1985* (d'ora in avanti CAAS), del 1990, che può essere considerata la prima convenzione multilaterale a prevedere un

¹⁷⁵ Nei casi indicati agli artt. 6, 7, 8, e 10 c.p., il cittadino o lo straniero che sia stato giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il Ministro della giustizia ne faccia richiesta. La previsione di cui all'art. 11 c.p. è mitigata tra l'altro da quella di cui all'art. 138 c.p. ai sensi del quale deve essere scomputata la pena già scontata all'estero per reati commessi all'estero in caso di rinnovamento del giudizio *in idem* ai sensi dell'art. 11 c.p.

¹⁷⁶ Cfr. N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011

¹⁷⁷ La Convenzione è stata ratificata da Danimarca, Francia, Italia, Paesi bassi e Portogallo

principio del *ne bis in idem* transnazionale, inteso come un diritto individuale *erga omnes* nell'ambito dello spazio di Schengen¹⁷⁸. Essendo l'accordo di Schengen funzionale a favorire la libertà di circolazione dei cittadini degli Stati aderenti attraverso la graduale eliminazione dei controlli alle frontiere, la mancata previsione di questa garanzia avrebbe configurato un ostacolo a tale finalità: il passaggio da uno Stato all'altro avrebbe potuto comportare il rischio di essere sottoposto a una moltitudine di procedimenti e di subire una nuova sanzione per fatti già giudicati in via definitiva in un altro Stato¹⁷⁹.

Nella CAAS il principio del *ne bis in idem* si trova codificato nell'art. 54 che recita: *“Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”*.

È chiaro dal tenore letterario della norma che l'applicazione del principio dipenda da una clausola di applicazione: la sanzione deve essere stata effettivamente applicata, onde evitare spazi di impunità¹⁸⁰.

L'art. 55 CAAS invece prevede la possibilità per gli Stati membri di inserire delle riserve al momento dell'attuazione o della ratifica, in casi espressamente enunciati: *“a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, in tutto o in parte, nel suo territorio (sempre che non siano stati commessi in parte sul territorio dello Stato in cui la sentenza è stata pronunciata); b) quando essi costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.”*

Ai sensi dell'art. 58 CAAS gli Stati nazionali possono prevedere una tutela più ampia del principio in esame¹⁸¹.

¹⁷⁸ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit.* p. 42

¹⁷⁹ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, *op.ult.cit.* p. 45

¹⁸⁰ Ancora J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit.* p. 42

¹⁸¹ Art. 58 CAAS: *“Le precedenti disposizioni non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto “ne bis in idem” attribuito a decisioni giudiziarie straniere”*.

Nel 1999, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la CAAS, fino a quel momento atto di diritto internazionale pattizio, viene integrata nel diritto eurounitario, al pari dell'Accordo di Schengen e di tutti gli accordi connessi, nonché le norme attuative (cd. *Acquis* di Schengen), attraverso il Protocollo 19 dello stesso Trattato di Amsterdam sull'Unione Europea (TUE). Il principio del *ne bis in idem* come previsto all'art. 54 CAAS diventa quindi principio generale valido per tutta l'Unione nel campo della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro), quale parte dello spazio giuridico di libertà, sicurezza e giustizia. Conseguenza di questo riconoscimento è il fatto che, seppure in maniera limitata, la materia diventa sottoponibile al sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁸².

Un altro importante passo avanti fu il riconoscimento di entrambe le dimensioni del *ne bis in idem*, interna ed internazionale, ad opera dell'art. 50¹⁸³ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e cui il Trattato di Lisbona, modificando l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, ha conferito lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁸⁴, rendendo la CDFUE vincolante ed elevando anche il *ne bis in idem* di cui all'art. 50, a diritto fondamentale e vincolante di rilevanza europea.

Nonostante la formulazione letterale dell'art. 50 CDFUE faccia riferimento alle incriminazioni *penali*, deve essere comunque interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, poiché l'art. 52, par 3, CDFUE, stabilisce che il significato e gli scopi dei diritti contenuti nella Carta sono gli stessi dei corrispondenti diritti che si trovano nella CEDU. Questo implica che anche in questo caso la disposizione dovrà essere letta alla luce della ampia nozione di materia penale elaborata dalla Corte EDU e che dovranno quindi essere applicati i cd. criteri Engel nella ricostruzione di tale definizione¹⁸⁵.

Confrontando la lettera dell'art. 50 CDFUE con quella dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, emerge che le disposizioni prevedono un diritto simile e hanno una funzione simile;

¹⁸² J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit* p. 46

¹⁸³ 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”.

¹⁸⁴ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, *op.ult.cit.* p. 46

¹⁸⁵ Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit* p. 47

l'unico elemento che le differenzia è il fatto che l'art. 50 CFUE fornisce al diritto una protezione più ampia, non prevedendolo solo nella sua dimensione interna, ma anche in quella transnazionale. Tale ampia tutela è legittimata dallo stesso art. 52, par 3, CFUE che sancisce che "*La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*". Questo implica anche che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE possa prevedere anche una tutela più ampia del principio del *ne bis in idem*, essendo perfettamente in linea con quanto previsto dalla Carta¹⁸⁶.

Invero, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea rispetto agli artt. 50 CFUE e 54 CAAS, e quella della Corte EDU sull'art. 4 Prot. 7 CEDU, negli anni si sono influenzate a vicenda, nonostante la diversa estensione delle norme, rispettivamente transnazionale ed interna, condividendo le norme i medesimi elementi strutturali del *bis* e dell'*idem*¹⁸⁷.

Al momento dell'integrazione dell'Accordo di Schengen, l'Unione Europea ed i suoi Stati membri erano consci del fatto che non fosse sufficiente l'enunciazione del principio del *ne bis in idem* transnazionale nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, ma che fosse necessario accompagnare tale previsione ad una compiuta disciplina che coordinasse le investigazioni e i procedimenti in corso negli Stati membri per prevenire la duplicazione di procedimenti e sanzioni, e la contraddittorietà delle decisioni. A tal fine, venne stesa una bozza del *Programma di misure per l'implementazione del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni sulle questioni penali*, la quale però non andò a buon fine. Gli Stati infatti faticarono a decidere alcuni aspetti della questione: la *ratio* e la portata del principio in esame e quale sistema avrebbe dovuto essere elaborato per risolvere i conflitti di giurisdizione. Negli anni vennero avanzate diverse proposte ma nessuna è stata approvata¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Cfr. ancora J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit*

¹⁸⁷ Evidenziano questo dialogo N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, *op.ult.cit.* p. 47 e J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU?*, *op.ult.cit*

¹⁸⁸ Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU*, *op.ult.cit.* p. 48. Per quanto riguarda le proposte menzionate, l'autore richiama quella della Grecia e quella del presidente della Repubblica Ceca che avanzarono due proposte di decisioni quadro sul *ne bis in idem*. Quella della Grecia risale al 2003 ed aveva lo scopo di sostituire gli artt. 54-58 CAAS con nuove regole comunitarie, così da uniformarne sia l'interpretazione che l'applicazione. Tale proposta intendeva codificare riserve ammesse dalla CAAS come delle eccezioni generali al principio. In secondo luogo, i redattori della proposta avevano ritenuto di adottare nozione dell'elemento del *bis* contraria alla giurisprudenza della Corte EDU, cioè definivano le accuse e le condanne penali quelle

Stando così le cose, è stata la Corte di giustizia dell'Unione Europea a farsi carico dell'onere di colmare i vuoti legali rispetto alla *ratio* e all'ambito di applicazione del principio, e ai rapporti tra l'art 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE.

5.1. Il *ne bis in idem* nell'art. 54 CAAS. *Ratio* e scopo del principio.

Si è detto che la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha avuto un ruolo fondamentale nell'interpretazione degli elementi costitutivi del principio, il *bis* e l'*idem*, e della clausola di esecuzione, di cui all'art. 54 CAAS. In merito la Corte ha fornito una propria interpretazione del principio, mettendo in qualche modo da parte quella che era nelle intenzioni del legislatore di Schengen e valorizzando il mutato contesto europeo, all'interno del quale la funzione e la portata del principio del *ne bis in idem* sono accresciuti, facendolo diventare un principio generale transnazionale: la sua applicazione infatti non è più legata né ad una legislazione che lo implementi né ad una concreta armonizzazione. Bisogna specificare comunque che l'interpretazione del principio è stata elaborata dalla Corte per il solo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: non si può dunque parlare di un principio del *ne bis in idem* transnazionale applicabile a tutte le politiche dell'UE, rimanendo escluse le aree del mercato interno e delle politiche di concorrenza¹⁸⁹.

Per quanto riguarda la portata dell'elemento del *bis*, dalle diverse pronunce della Corte, si evince che il divieto di *bis in idem* vale: nel caso in cui il primo procedimento si sia chiuso con un provvedimento definitivo che comporti l'estinzione dell'azione penale, purchè sia effettuato l'accertamento della responsabilità e siano adempiuti gli obblighi a tutela della vittima¹⁹⁰; quando il primo procedimento abbia disposto l'assoluzione dell'imputato per insufficienza di prove¹⁹¹; quando la decisione di un giudice di uno Stato contraente, pronunciata in

formalmente classificate come penali o quelle violazioni punite con un'ammenda amministrativa, a condizione che fossero appellabili davanti ad una corte penale.

La proposta del presidente della Repubblica Ceca risale invece al 2009 e concerneva le misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei processi penali. Il problema era che la proposta non conteneva dei criteri stringenti per individuare quale dovesse essere la giurisdizione da ritenere preminente o per instaurare una prosecuzione centralizzata.

¹⁸⁹ Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU*, *op.ult.cit.*

¹⁹⁰ Cfr. CGE, sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, nonché N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, *op.ult.cit.* p. 45

¹⁹¹ Cfr. CGE, sentenza 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*

seguito all'esercizio di un'azione penale, assolve l'imputato per prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale¹⁹².

Al contrario, il principio non si applica: *“ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito”*¹⁹³; ad una decisione con la quale, in una fase precedente l'incriminazione, venga disposta la sospensione del procedimento che non ne comporta l'estinzione¹⁹⁴.

La Corte ha inoltre fornito preziose informazioni in ordine alla portata dell'elemento dell'*idem*, influenzando con la propria interpretazione anche la Corte EDU, la quale nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*¹⁹⁵, richiama espressamente la giurisprudenza delle CGE come fondamento della sua lettura del principio di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁹⁶.

La CGE sposa infatti il criterio dell'identità dei fatti materiali, intesi come un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato¹⁹⁷.

Nonostante l'opera della Corte di giustizia europea sia stata fondamentale per l'evoluzione del principio del *ne bis in idem*, che costituisce ora un importante strumento per la protezione transnazionale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la mancanza di criteri vincolanti per la scelta della giurisdizione competente in materia penale potrebbe comportare che, di tale fondamentale strumento, ne sia fatto un uso

¹⁹² Cfr. CGE, sentenza 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*

¹⁹³ Cit. dispositivo CGE, sentenza 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*.

¹⁹⁴ Cfr. CGE, sentenza 22 dicembre 2008, C-491/07, *Turansky*, nonché N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, op.ult.cit.

¹⁹⁵ CEDU, GC, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*

¹⁹⁶ Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU*, op.ult.cit. p. 49

¹⁹⁷ Cfr. CGE, sentenza 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*. La vicenda riguardava in particolare il traffico di stupefacenti. La Corte specifica che *“i fatti punibili consistenti nell'esportazione e nell'importazione degli stessi stupefacenti e perseguiti in diversi Stati contraenti della detta convenzione devono, in via di principio, essere considerati come «i medesimi fatti» ai sensi di tale art. 54, sebbene la valutazione definitiva in proposito spetti ai giudici nazionali competenti”*. Similmente CGE, sentenza 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, dispone che: *“l'immissione sul mercato di una merce in un altro Stato membro, successiva alla sua importazione nello Stato membro che ha pronunciato l'assoluzione, costituisce un comportamento idoneo a far parte dei «medesimi fatti» ai sensi del detto art. 54.”*

indebito da parte dei contravventori: questi ultimi potrebbero sfruttare le diversità strutturali dei differenti ordinamenti per scegliere in quale paese commettere l'illecito (cd. *forum shopping*), dal momento che l'unico criterio di "riparto" della giurisdizione consiste nella rapidità nella soluzione della controversia.

5.1.1. La clausola di esecuzione e la vicenda Zoran Spasic.

Si è detto all'inizio del paragrafo precedente che la giurisprudenza della CGE sia stata fondamentale per l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 54 CAAS, anche rispetto alla clausola di esecuzione contenuta nell'articolo: la garanzia del *ne bis in idem* opera solo alla condizione che la pena sia stata eseguita, sia effettivamente in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna.

Tale previsione risulta problematica perchè l'art. 50 CFDUE, disposizione direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico italiano¹⁹⁸, non contempla tale condizione, delineando un principio del *ne bis in idem* transnazionale inderogabile.

Stando così le cose, c'è da chiedersi se la clausola di cui all'art 54 CAAS operi ancora oppure no. La soluzione al quesito si rinviene nella sentenza sul caso *Zoran Spasic*¹⁹⁹.

La vicenda, nella causa che ha dato origine all'intervento della CGE, consisteva in un reato di truffa, commesso in Italia nel 2009 dal cittadino serbo *Zoran Spasic* ai danni di un cittadino tedesco. A seguito del giudizio tenutosi davanti al Tribunale di Milano, il signor Spasic era stato condannato alla pena di un anno di reclusione e euro 800,00 di multa con sentenza passata in giudicato nel 2012.

Per lo stesso fatto il signor Spasic si trovava in stato di arresto e sottoposto a processo penale dinanzi l'autorità giudiziaria tedesca, avendo tra l'altro adempiuto, nelle more del procedimento tedesco, al pagamento della pena pecuniaria disposta in Italia, mentre non aveva espiato la pena carceraria. Ciò legittimava, proprio ai sensi

¹⁹⁸ Cfr. D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, in Dir. Pen. cont., 3 maggio 2012, il quale esplicita che l'art. 50 CDFUE sia direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico italiano per tre ordini di ragioni: "a) ha origine in una fonte di rango primario che è vincolante per tutti gli Stati membri dal 1 dicembre 2009; b) in tale direzione si è già espressa parte della giurisprudenza di legittimità italiana; c) le violazioni della Carta possono dar origine all'apertura di una procedura d'infrazione ad opera della Commissione Europea."

¹⁹⁹ CGE, GC, sentenza 27 maggio 2014, C-129/14, *Zoran Spasic*

della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, l'inizio del secondo procedimento di fronte all'autorità giudiziaria italiana.

Questa la situazione dalla quale scaturì il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* da parte del giudice tedesco, su istanza dell'imputato di avvalersi del *ne bis in idem*, così come previsto dall'articolo 50 della Carta di Nizza, dove non vi è traccia della condizione di esecuzione.

Le questioni pregiudiziali proposte erano due. Con la prima il giudice tedesco chiedeva alla Corte di esprimersi sulla vigenza della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS; con la seconda chiedeva se l'espiazione della sola pena pecuniaria, quando disposta congiuntamente ad una pena detentiva, potesse perfezionare la condizione di esecuzione.

Si ritiene, per comodità, di risolvere primariamente la seconda questione sollevata, essendo più semplice la risposta: la Corte ritiene la condizione di esecuzione soddisfatta solo quando le due pene, irrogate congiuntamente, siano state eseguite o siano in corso di esecuzione o non possano essere eseguite entrambe²⁰⁰.

La risposta per la prima questione pregiudiziale risulta più complessa.

Prima di procedere alla disamina della questione, è necessario verificare se e quando sia possibile applicare congiuntamente l'art. 50 della Carta e l'art. 54 della CAAS. Se infatti l'art. 50 non risultasse applicabile, verrebbe svuotato di significato il problema del rapporto di tali norme. Partendo dal presupposto che, ai sensi dell'articolo 51 CDFUE, la Carta si applica agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"²⁰¹, pare agevole concludere che il giudice interno applica in via diretta e immediata l'articolo 54 della CAAS, che costituisce un atto normativo puramente eurounitario, con l'obbligo di interpretarlo in base alla Carta; "*pertanto, si deve ritenere che la Carta possa trovare applicazione solo laddove i due procedimenti abbiano ad oggetto norme penali di derivazione eurounitaria*"²⁰².

Fatta questa premessa, per ciò che riguarda la vigenza della condizione di esecuzione, parte della dottrina fonda il suo ragionamento sulla ricostruzione del rapporto tra le due disposizioni come un rapporto gerarchico: la Carta di Nizza,

²⁰⁰ Sotto questo profilo dunque il secondo procedimento era da considerarsi legittimo.

²⁰¹ Sull'interpretazione di questo inciso cfr. CGE, sentenza 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*. Si affronterà la questione più avanti.

²⁰² Cit. N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, op.ult.cit. p. 48

essendo equiparata ai trattati dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona, è da considerarsi una fonte di rango primario, mentre la CAAS di rango secondario, vigente in virtù della conformità ad una base giuridica di rango primario contenuta nei trattati²⁰³. Da questa premessa, i sostenitori di questa posizione, concludono che la condizione di esecuzione sia implicitamente abrogata da parte dell'art. 50 CDFUE²⁰⁴.

A ben vedere questa ricostruzione pare in contrasto con le *Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), elaborate della medesima autorità che le aveva redatte. È chiaro che queste non abbiano lo stesso valore della Carta in sé, ma comunque è formalmente previsto dall'art. 52, par. 3, che i giudici dell'Unione e degli Stati membri, le debbano tenere nella dovuta considerazione nell'interpretare le disposizioni della Carta²⁰⁵. Nelle spiegazioni relative all'art. 50 si legge che “*le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola «ne bis in idem» sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni*”.

La Corte dunque nel caso in esame, ritiene che la condizione di cui all'art. 54 CAAS rientri nel concetto di “eccezioni” previsto nel testo delle Spiegazioni²⁰⁶, impostando la questione sulla vigenza della condizione di esecuzione, in termini di conformità o difformità rispetto al dettato dell'art. 52, par. 1, CDFUE²⁰⁷.

²⁰³ Cit. N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, op.ult.cit.. Suddetta base giuridica è individuata dalla Decisione 1999/436/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, negli articoli 31 e 34 del Trattato sull'Unione europea.

²⁰⁴ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, op.ult.cit. richiama come sostenitori di questa posizione diversi autori quali: A. Eser, *Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von “ne bis in idem” und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten*, cit., 574; Id., Art. 50, in J. Meyer (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, BadenBaden, 2014, Rn. 14; J. Stalberg, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, Frankfurt am Main, 2013, 171 ss.; J. Vogel, *Internationales und europäisches ne bis in idem*, cit., 890; I.G. Anagnostopoulos, *Ne bis in idem in der Europäischen Union: Offene Fragen*, in F. Herzog-U. Neumann (a cura di), *Festschrift für Wienfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 1121 ss.1137; S. Swoboda, *Paying the Debts – Late Nazi Trials before German Courts*, in JICJ, 2011, 243 ss., 263;

²⁰⁵ Cfr. par. 54, sentenza Spasic

²⁰⁶ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, op.ult.cit. L'autore sottolinea comunque che il punto non è pacifico. “*La condizione di esecuzione infatti è coesistente alla stessa descrizione del principio, essendo prevista all'interno della medesima norma, rispetto a tutti gli Stati contraenti e in via obbligatoria, e pertanto mal si presta ad essere definita come un'eccezione al principio, termine che rimanda, invece, senza dubbio piuttosto all'art. 55 della CAAS*”. Dice l'autore che la dottrina si divide tra chi ritiene che il termine “eccezioni” sia stato utilizzato in senso tecnico, riferendosi solo all'art 55 CAAS, e chi ritiene che debba intendersi in senso atecnico e quindi comprensivo anche della condizione di esecuzione.

²⁰⁷ Cfr. par. 55, sentenza Spasic.

In particolare, la disposizione da ultimo citata prevede che qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta, debba soddisfare tre condizioni: deve essere prevista dalla legge, deve rispettare il contenuto essenziale del diritto o della libertà e deve rispettare il principio di proporzionalità.

Nel caso di specie, la Corte ritiene integrate le prime due condizioni: con particolare riguardo al secondo, la Corte chiarisce che la condizione di cui all'art 54 CAAS "*non rimette in discussione il principio del ne bis in idem in quanto tale*", essendo invece diretta ad evitare degli spazi di impunità quando il primo Stato di condanna non abbia fatto eseguire la pena inflitta.

Non così semplice verificare che la previsione rispetti il principio di proporzionalità. Per fare questo, la Corte ritiene prima di tutto, di dover esaminare "*se tale condizione possa essere considerata rispondente ad una finalità di interesse generale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in caso affermativo, se essa rispetti il principio di proporzionalità ai sensi della medesima disposizione*"²⁰⁸.

Fuori da ogni dubbio è per la Corte il fatto che tale previsione risponda ad una finalità di interesse generale, essendo diretta, come si è detto pocanzi, a impedire che vi siano degli spazi di impunità per il condannato.

Quanto alla necessità della previsione per tutelare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte ammette la presenza nell'Unione di meccanismi volti a favorire la cooperazione fra gli Stati membri in materia penale, fornendo così la risoluzione ai casi di fuga transfrontaliera. Tra questi si può evocare la Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo²⁰⁹. Secondo la Corte, tuttavia, tali strumenti non sarebbero "*idonei ad assicurare la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito*" perché "*il loro impiego è assoggettato a diverse condizioni e dipende, in ultima analisi, da una decisione dello Stato membro in cui ha sede il giudice che ha pronunciato una sentenza penale definitiva, non essendo tale Stato membro soggetto ad un obbligo, di diritto dell'Unione, di assicurare l'esecuzione effettiva delle sanzioni risultanti da tale sentenza*"²¹⁰.

²⁰⁸ Cit. par. 60, sentenza *Spasic*.

²⁰⁹ Il mandato d'arresto europeo consiste nella richiesta, da parte dello Stato di condanna, indirizzata allo Stato in cui si trova il condannato che non ha espiato la pena, di consegnarlo perché la pena possa essere eseguita, scongiurando quindi l'apertura di un secondo procedimento legittimo.

²¹⁰ Cit. par. 68-69, sentenza *Spasic*.

Sulla base di queste considerazioni la Corte ritiene quindi la limitazione al principio del *ne bis in idem* apportata dall'art. 54 CAAS con la condizione di esecuzione "*compatibile con l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale sancisce tale principio*"²¹¹.

5.1.2. La questione della vigenza delle riserve di cui all'articolo 55 della CAAS

Altra questione che interessa il principio del *ne bis in idem* transnazionale attiene alla vigenza delle riserve di cui all'articolo 55 della CAAS.

L'articolo ammette la possibilità per gli Stati contraenti, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della convenzione, di dichiarare di non essere vincolati all'applicazione del *ne bis in idem* in alcuni casi specificamente previsti: *a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.*

Leggendo la norma appare evidente quindi che tali eccezioni trovino la propria *ratio* nell'esigenza dello Stato di esercitare la propria giurisdizione come espressione della propria sovranità, sulla base del principio di territorialità.

Diverse parti contraenti della CAAS hanno sfruttato questa possibilità; tra queste vi è anche l'Italia che, con l'art. 7 della legge di ratifica della Convenzione del 30 settembre 1993, ha dichiarato di non essere vincolata all'applicazione del *ne bis in idem* in tutte le ipotesi previste dall'art. 55.

La questione da risolvere consiste nel comprendere se queste riserve siano da ritenersi ancora vigenti, in primo luogo, a seguito dell'incorporamento della Convenzione all'interno del diritto eurounitario in virtù del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, allegato al Trattato di Amsterdam del 1997,

²¹¹ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, op.ult.cit. p. 53, riporta le osservazioni critiche della dottrina che arrivano ad accusare la Corte di aver subito una "*piccola incrinatura nell'orientamento politico*". Tra le altre cose la dottrina rimprovera alla Corte di aver operato una valutazione disattenta rispetto alla proporzionalità della misura, non avendo operato un corretto bilanciamento degli interessi rilevanti.

che non fa riferimento alcuno alle riserve previste dalla norma della CAAS; in secondo luogo, a seguito della modifica dell'art. 6 TUE che ha reso l'art. 50 CDFUE direttamente applicabile nell'ordinamento interno, il quale, di nuovo, non prevede limitazioni.

Difficile appare la soluzione al quesito, soprattutto perché la CGE non ha avuto molte occasioni per pronunciarsi in merito; anzi, nei pochi casi sottoposti, ha mostrato di ritenere ancora operante l'articolo 55 della CAAS, senza neppure porsi il preliminare problema della loro validità²¹².

La questione peraltro è stata affrontata in una vicenda che ha visto coinvolta l'Italia, in particolare un giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano²¹³, che si è trovato a dover decidere su un'eccezione di tal genere, sollevata dalla difesa degli imputati nell'udienza preliminare. La vicenda riguardava due soggetti tedeschi, sospettati di aver commesso un omicidio in Italia nel 1989, già condannati per il medesimo fatto in Germania a cinque anni e sei mesi di reclusione.

Dopo aver scontato la pena nel loro paese venivano citati per l'udienza preliminare da celebrarsi in Italia, con l'accusa di incendio aggravato, omicidio premeditato e sequestro di persona. Sia la difesa che il P.M. ritennero che il giudice dovesse disporre una sentenza di non luogo a procedere. In effetti, fu questo l'esito dell'udienza: il giudice, accogliendo le eccezioni di parte, pronunciava sentenza di non luogo a procedere per tutti e tre i reati: per il reato di omicidio aggravato applicava il *ne bis in idem* internazionale, mentre per gli altri due dichiarava la prescrizione.

Il giudice statuì quindi che l'art. 7 della legge n. 388 del 1993²¹⁴ non si applica dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Tale decisione poggia sull'idea che l'art. 50 CDFUE abbia cambiato il volto del *ne bis in idem* internazionale nell'ambito dell'Unione, sancendone l'inderogabilità ed essendo direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale. A sostegno di questa tesi, inoltre, il giudice riporta un altro "*argomento dirimente*": l'incorporazione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen nel Trattato di Amsterdam non menziona le eventuali

²¹² Cfr. CGE, Sezione VI, 22 dicembre 2008, C491/07, *Vladimir Turansky*, § 29

²¹³ Tribunale di Milano, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, 12396/92 R.G.N.R., 3351/94 R.G. GIP, 6 luglio 2011

²¹⁴ L'articolo sancisce in particolare che deve essere rinnovato il giudizio sull'*idem factum* in Italia qualora i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti sul territorio italiano in tutto o in parte (eccezione) e purché non siano stati commessi in parte sul territorio della Parte contraente nella quale la sentenza è stata pronunciata (contro eccezione).

dichiarazioni rese dagli Stati in sede di applicazione della Convenzione stessa, le quali, conseguentemente, in assenza di una espressa rinnovazione, non debbono più ritenersi valide.

Per la verità sul punto sussiste un contrasto, dividendosi la dottrina in due posizioni diametralmente opposte: chi ritiene che l'art. 7 della legge n. 388 del 1993 sia ancora operante e chi no²¹⁵.

È certamente un peccato quindi che il giudice italiano non abbia sottoposto la questione alla CGE: sarebbe stata un'occasione importante per avere da parte della Corte delle risposte univoche riguardo alla validità delle riserve di cui all'art. 55 CAAS²¹⁶.

5.2. L'art. 50 CDFUE: il suo ambito di applicazione alla luce della sentenza Fransson.

Nonostante siano già stati anticipati²¹⁷ i tratti salienti del contenuto e della portata del principio del *ne bis in idem* così come delineato dall'art. 50, pare comunque utile richiamare brevemente le principali nozioni.

L'articolo prescrive 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”. Si coglie immediatamente l'ampiezza della portata della norma, la quale riconosce come un principio generale dell'Unione non solo il *ne bis in idem* interno, ma anche quello transnazionale.

Si è detto inoltre che nonostante la lettera della norma faccia riferimento alle incriminazioni *penali*, sul presupposto che, ai sensi dell'art. 52, par, 3 CDFUE, gli scopi dei diritti contenuti nella Carta sono gli stessi di quelli della CEDU, la disposizione dovrà essere letta alla luce dell'ampia nozione di materia penale elaborata dalla Corte EDU e dovranno quindi essere applicati i cd. criteri Engel nella ricostruzione di tale definizione. È chiaro quindi che la CEDU e la CDFUE siano indissolubilmente legate e che la giurisprudenza delle rispettive Corti si influenzi vicendevolmente. A tal proposito, occorre ancora una volta sottolineare che l'art.

²¹⁵ Lo rileva D. VOZZA, *Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, op.ult.cit. p. 51

²¹⁶ È di questa opinione J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU*, op.ult.cit. p. 50

²¹⁷ Vedi per. 4.

52, par 3, CDFUE, ai sensi del quale “*La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa*”, legittima la Corte di giustizia dell’UE ad attuare una tutela più ampia del principio del *ne bis in idem*.

Per quanto riguarda l’ambito di applicazione dell’art. 50 CDFUE, la Carta contiene una norma, l’art. 51, ai sensi del quale “*Le disposizioni della presente Carta 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. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze*”.

La parte che fa sorgere maggiori dubbi, concerne l’interpretazione della locuzione “*nell’attuazione del diritto dell’Unione*”²¹⁸: locuzione rilevante perché ne dipende proprio l’ampiezza dell’ambito di applicazione della Carta e, conseguentemente, del principio del *ne bis in idem* contenuto nell’art. 50.

Il problema è venuto in rilievo nell’ambito della sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*²¹⁹: in particolare è stato approfondito dal parere che l’Avvocato Generale Cruz Villalón depositò nel 12 giugno 2012²²⁰, nella parte in cui spiegava per quali motivi la Corte non avesse competenza nel caso di specie.

Il punto di partenza dell’elaborazione dell’Avvocato è il principio secondo il quale “*in determinati casi, le manifestazioni del potere pubblico degli Stati membri che esprimono un certo grado di autonomia devono essere esaminate alla luce dei diritti*

²¹⁸ S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?* in V. Manes-G. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 147 ss. Secondo l’autore tale vincolo restringe notevolmente l’impatto della CDFUE. Riassume peraltro le possibili letture date della dottrina. In un’ottica minimalista, l’operatività della Carta sarebbe limitata al diritto di recepimento della normativa europea (es. legge di trasposizione di una direttiva). Attuando invece una lettura più articolata, secondo l’autore preferibile, l’incidenza della Carta dovrebbe estendersi anche alle aree di competenza ripartita, non solo nel diritto penale economico ma anche nel nucleo del diritto e della procedura penale per effetto degli art. 82 ss. TFUE.

²¹⁹ CGE, GS, sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. La vicenda riguardava l’imposizione una sanzione amministrativa tributaria a causa di irregolarità dell’IVA e del mancato rispetto degli obblighi di informazione, nei confronti del Sig. Fransson nel 2007. A questo seguiva nel 2009 l’apertura di un procedimento penale per lo stesso fatto. sorgendo dinanzi al giudice a quo la questione se tale procedimento penale dovesse essere considerato inammissibile in quanto egli era già stato condannato per lo stesso reato nell’ambito di un altro procedimento, circostanza che violerebbe il divieto del *ne bis in idem* sancito all’articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU e all’articolo 50 della Carta.

Sulla sentenza si tornerà più avanti nella trattazione (capitolo 3) riguardando principalmente il problema del doppio binario sanzionatorio.

²²⁰ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a transnational constitutional principle in EU*, *op.ult.cit.* p. 57

fondamentali vigenti nell'ordinamento dell'Unione da parte dell'interprete supremo di tali diritti, la Corte di giustizia”²²¹.

La questione che si pone successivamente è quella relativa alla portata del suddetto principio e cioè quando “*sia necessario effettuare un controllo «centralizzato» del comportamento degli Stati membri per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali*”. Rileva che l’orientamento prevalente sia nel senso di ritenere necessario tale intervento quando all’origine dell’esercizio dei pubblici poteri da parte dello Stato, vi sia il diritto dell’Unione, e cioè quando lo Stato stia attuando il diritto dell’Unione. Tale ingerenza peraltro costituisce un’eccezione alla regola generale secondo la quale “*il controllo degli atti dei pubblici poteri degli Stati membri dotati di margine discrezionale spetta agli Stati stessi, nell’ambito del loro ordinamento costituzionale e degli obblighi internazionali che hanno assunto*”²²².

Tale affermazione ha però una portata ampia, e la lettera dell’art. 51 non fornisce indicazioni idonee a delimitarla compiutamente²²³: per questo motivo l’Avvocato ritiene che debba essere ulteriormente specificata e che spetti pertanto alla stessa Corte di giustizia “*il compito prioritario di motivare e, in particolare, di proporre criteri che favoriscano la legittimità di ogni attività giurisdizionale*”²²⁴: non è più sufficiente il mero fatto di sostenere o dichiarare che una determinata situazione giuridica rientri nell’«attuazione del diritto dell’Unione» poiché serve anche un elemento o un fattore che *qualifichi* una situazione così identificata.

Ciò che è rilevante per l’Avvocato è indagare “*il grado di collegamento tra il diritto dell’Unione in principio «attuato» e l’esercizio del potere pubblico dello Stato*”: la particolare forza di “*questo legame infatti costituisce la premessa della constatazione di un interesse dell’Unione ad assumere la garanzia del diritto fondamentale*”²²⁵.

²²¹ Cit. conclusioni, par. 29.

²²² Cit. par. 35

²²³ Cfr. par. 34: “*Nessuna delle summenzionate formulazioni («ambito», «ambito di applicazione», «attuazione») è di per sé atta a limitare la portata di tale affermazione di principio. In un certo senso, le dette formulazioni hanno poco a che vedere con l’idea di lex stricta, ammesso che tale requisito risulti ad esse applicabile. Al contrario, presentano tutte i vantaggi e gli inconvenienti di qualsiasi formulazione essenzialmente aperta. Neppure lo stesso discusso termine «esclusivamente», di cui all’articolo 51, paragrafo 1, della Carta, porta molto più lontano: probabilmente indica un ammonimento contro un’interpretazione estensiva in futuro, forse esprime un’idea ottimista del potere semantico del verbo «attuare».*”

²²⁴ Cit. par. 42

²²⁵ Cit. par. 57

Secondo l'opinione dell'Avvocato, nel caso di specie tale legame non era sufficientemente forte da giustificare un'ingerenza dell'Unione e la invitava quindi a dichiarare la propria incompetenza.

La Corte disattende questi rilievi. Nel motivare la ragione per cui ritiene di essere competente, richiama le spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta, secondo le quali *«l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»*. La Corte di Giustizia ha ritenuto quindi che le fattispecie sostanziali di diritto interno, sulla base delle quali sono state da un lato, applicate delle sovrattasse e, dall'altro, è stato instaurato un procedimento penale per frode fiscale (non ancora definito) nei confronti della stessa persona, sono entrambe *attuative* del diritto dell'Unione, pur non essendo il frutto di una "trasposizione" della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: *"la loro applicazione 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."*²²⁶. Ne è conseguita una lettura tendenzialmente estensiva dell'art. 51, par 1, CDFUE, destinata ad ampliare l'ambito di operatività dei diritti sanciti dalla Carta²²⁷. Tanto è vero che i giudici eurounitari hanno specificato che anche nelle ipotesi in cui *"l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione"*, il giudice nazionale, quando si trovi a dover verificare la conformità della disciplina interna, attuativa del diritto dell'Unione, rispetto ai diritti fondamentali, ben potrà applicare gli "standard" nazionali di tutela di tali diritti, purchè questo 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"*²²⁸.

²²⁶ Cfr. par. 28: *"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, dal momento che la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri."*

²²⁷ Così D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir.pen.cont.*, 15 aprile 2013

²²⁸ Cfr. par. 29

In definitiva, dalla pronuncia in esame, può desumersi che per i giudici eurounitari l'operatività della Carta non possa essere negata neanche in caso di un legame attuativo "debole". Vi è di più: nonostante la debolezza di tale legame, sarà destinata a prevalere sullo standard nazionale, quando tra i due vi sia divergenza²²⁹.

²²⁹ Queste le conclusioni di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, op.ult.cit. p. 60

Capitolo II

I sistemi a doppio binario sanzionatorio

1. I sistemi a doppio binario sanzionatorio nell'ordinamento italiano.

I sistemi a doppio binario sanzionatorio sono quei sistemi in cui per le violazioni di norme relative ad un determinato settore dell'ordinamento, è previsto un doppio ordine di sanzioni, amministrative e penali, le quali possono essere combinate applicate in diversi modi: in maniera cumulativa, quando per lo stesso fatto vengono applicate congiuntamente entrambe, oppure in maniera alternativa, quando, in presenza dei relativi presupposti indicati dalle norme, si applica l'una oppure l'altra.

Nell'ordinamento italiano i sistemi che hanno optato per tale modello sanzionatorio sono due: quello del *market abuse* e quello degli illeciti tributari.

Con il termine *market abuse* ci si riferisce in particolare a due illeciti: l'abuso di informazioni privilegiate (cd. *insider trading*) e la manipolazione del mercato. Queste condotte si sostanziano rispettivamente nell'indebito utilizzo, da parte di alcuni soggetti, di informazioni non ancora accessibili al pubblico, e nella diffusione di informazioni false o ingannevoli; nel primo caso i prezzi degli strumenti finanziari non sono determinati sulla base di tutte le informazioni disponibili, mentre nel secondo caso, a causa della manipolazione, i prezzi non riflettono il reale valore dei titoli²³⁰. Tali condotte determinano quindi un'alterazione o manipolazione del normale meccanismo di determinazione del prezzo degli strumenti finanziari, comportando conseguenze negative che vengono sofferte dal pubblico dei risparmiatori²³¹.

Occorre sin da subito sottolineare che uno dei principali elementi discretivi tra le due fattispecie risiede nel requisito della verità dell'informazione: nella manipolazione del mercato infatti, diversamente dall'abuso di informazioni privilegiate, le informazioni che vengono diffuse sono false, così come le operazioni compiute, che possono essere simulate o artificiose.

Per comprendere la differenza tra le due fattispecie può essere utile richiamare una interessante metafora ideata da certa dottrina²³²: “*mentre l'insider trading rappresenta*

²³⁰ Cfr. F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, in *Annali II-2*, 2008

²³¹ F. COSTANTINO-S. SALERNO, *Le sanzioni penali ed amministrative per gli intermediari ed i mercati: insider trading e la manipolazione*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, cfr. pag. 377

²³² Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 276

la soffiata sul cavallo vincente, l'agiotaggio su strumenti finanziari equivale ad una corsa truccata". Peraltro, da questa metafora si coglie il carattere ancora più insidioso della manipolazione del mercato: incidendo sul meccanismo di formazione dei prezzi, determinati dall'incontro tra domanda e offerta, pone seriamente in pericolo la stabilità del mercato²³³.

La materia del *market abuse* è disciplinata in Italia dal decreto legislativo n. 58 del 1998, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*²³⁴, conosciuto anche come *t.u.f.*, che nel tempo ha necessitato di modifiche per adeguarsi alle indicazioni provenienti dell'Unione Europea: il riferimento è in particolare alla direttiva 2003/6/CE, abrogata dalla successiva direttiva 2014/57/Ue e dal regolamento (Ue) n. 596/2014. Nell'attuazione di questi strumenti l'Italia ha ritenuto di delineare un sistema a doppio binario sanzionatorio, autorizzato e non imposto dalle direttive europee, di tipo cumulativo: per i fatti di manipolazione del mercato e *insider trading* sono previste sanzioni penali, irrogate dall'autorità giudiziaria, e amministrative, irrogate dalla Consob, che, in forza della clausola, seppur inconsueta, d'esordio alle fattispecie amministrative "*Salve le sanzioni penali*", si applicano congiuntamente.

La scelta di ricorrere alla sanzione amministrativa e a quella penale è dovuta sicuramente ad esigenze di efficienza: il procedimento amministrativo è infatti più snello e rapido di quello penale, e consente una maggiore elasticità nell'individuazione delle fattispecie rilevanti. Una volta che si opti per la tutela penale infatti, il legislatore è vincolato ad una tecnica legislativa che deve tenere conto dei principi di tassatività e determinatezza; principi che è complicato raccordare con le fattispecie di *market abuse*, "*difficilmente suscettibili di essere scolpite in termini precisi*"²³⁵.

Per quanto riguarda il sistema degli illeciti tributari, anche in questo caso il legislatore ha optato per il doppio binario sanzionatorio che si differenzia però da quello degli abusi di mercato per l'essere di tipo alternativo e non cumulativo.

Mentre le disposizioni sulle sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie si trovano nel d.lgs. 472/1997, quelle sulle sanzioni penali sono contemplate nel d.lgs. 74/2000, entrambe recentemente modificate dalla revisione operata dal d.lgs. 158/2015.

²³³ Esplicita questa problematica P. SORBELLO, *Il ne bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir.pen.cont.*, 5 luglio 2016

²³⁴ Per la verità la tutela penale degli abusi di mercato risale già alla legge 17 maggio 1991, n. 157.

²³⁵ Cit. F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, p. 18

Il percorso normativo, europeo e nazionale, in questi due settori, ha dovuto confrontarsi con l'interpretazione dei principi contenuti nella CEDU e nella Carta di Nizza, fornita rispettivamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea; il riferimento è in particolare, come si può immaginare, al principio del *ne bis in idem*. Si è parlato in precedenza della sua portata e della lettura sostanzialistica che viene fornita dalle due Corti in merito al concetto di materia penale: tale è non solo quella così denominata dalle norme degli ordinamenti nazionali, ma anche quella che, seppur indicata diversamente, sia da ritenersi sostanzialmente penale ai sensi dei criteri *Engel*.

A più riprese, a partire dalla celebre sentenza *Grande Stevens c. Italia*²³⁶, il doppio binario sanzionatorio, non solo degli abusi di mercato, ma anche degli illeciti tributari, è stato oggetto di censure da parte della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. Con particolare riferimento al settore degli abusi di mercato il novero delle sanzioni amministrative e la loro entità fanno sorgere il dubbio sulla loro reale natura. Dubbio fondato e confermato, nel senso di un'anima sostanzialmente penale di quelle sanzioni, da parte della sentenza della Corte EDU appena citata.

2. Le fonti del *market abuse*: dalla Direttiva 89/592/CEE alla Direttiva 2003/6/CE.

La necessità di tutelare il mercato mobiliare dalle condotte abusive di determinati soggetti era stata già avvertita nel 1989 a livello europeo, essendo già in quell'anno in vigore la 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. Tale Direttiva imponeva agli Stati membri di vietare alle persone che detenessero un'informazione privilegiata di servirsene effettuando compravendite di valori mobiliari sui mercati finanziari²³⁷.

Questa previsione nasceva dall'esigenza di tutelare il corretto funzionamento del mercato, visto il ruolo principale che ricopriva – e ricopre ovviamente tutt'ora – nel reperimento delle risorse finanziarie da parte degli operatori economici. Il mercato non può funzionare senza la liquidità immessa dai risparmiatori, i quali non sarebbero più

²³⁶ CEDU, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

²³⁷ Cfr. art. 2 della direttiva.

portati ad investire se perdessero fiducia nel mercato stesso, cosa che potrebbe conseguire alle condotte abusive cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente²³⁸.

La direttiva tuttavia non sortì gli effetti sperati per due motivi: sanzionava solo una delle condotte abusive capaci di incrinare la fiducia dei risparmiatori nel mercato – quella di abuso di informazioni privilegiate – e lasciava gli Stati membri eccessivamente liberi nella definizione delle condotte illecite e dei rispettivi trattamenti sanzionatori²³⁹. Il risultato fu quindi una sconfitta non solo per i risparmiatori ma anche e soprattutto per il mercato finanziario stesso, dimostratosi di fatto privo di una regolamentazione forte e di misure di prevenzione davvero efficaci. Le spinte per una nuova regolamentazione del mercato finanziario trovarono quindi terreno fertile in questo scenario: provenivano non solo dall'opinione pubblica, che richiedeva una tutela rafforzata del mercato, ma anche dalle istituzioni stesse, intenzionate a costruire un sistema che riuscisse a stare al passo con le rapide evoluzioni dell'economia finanziaria e che fosse in grado di sanzionare le condotte abusive che minacciavano il mercato²⁴⁰.

Queste istanze confluirono nella Direttiva 2003/6/CE (d'ora in avanti MAD, *Market Abuse Directive*) del Parlamento europeo e del Consiglio, che sostituì la precedente del 1989. Rispetto a quest'ultima la MAD aveva un ambito di applicazione più ampio: non si limitava a prevedere un divieto di abuso di informazioni privilegiate, ma sanzionava anche le condotte di manipolazione del mercato.

Rispetto a questi illeciti, però, la MAD conteneva solo i principi quadro di carattere generale della materia. Ciò era in linea con la nuova tecnica legislativa elaborata nella relazione finale dal Comitato dei saggi per la regolamentazione dei mercati europei dei

²³⁸ Cfr. i considerando da 2 a 6 della Direttiva 89/592/CEE: (2) *considerando che il mercato secondario dei valori mobiliari svolge un ruolo importante nel finanziamento degli operatori economici*; (3) *considerando che, per permettere a questo mercato di svolgere il proprio ruolo efficientemente, devono essere prese tutte le misure per garantire il suo buon funzionamento*; (4) *considerando che il buon funzionamento di tale mercato dipende in larga misura dalla fiducia che esso ispira agli investitori*; (5) *considerando che tale fiducia si basa, fra l'altro, sul fatto che agli investitori si garantisce la parità delle condizioni e la protezione dall'uso illecito dell'informazione privilegiata*; (6) *considerando che le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate, per il fatto di offrire vantaggi a taluni investitori rispetto agli altri, possono compromettere tale fiducia e pregiudicare quindi il buon funzionamento del mercato*.

²³⁹ Cfr. M. MEGLIANI, *La direttiva comunitaria sugli abusi di mercato e il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Dir.comm.internaz.*, fasc.2, 2006, pag. 271

²⁴⁰ Cfr. M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, fasc. 2, 2006, pag. 704

valori mobiliari²⁴¹. Il nuovo processo decisionale era stato studiato per “*accrescere l'efficienza e la trasparenza del processo legislativo di adozione della normativa comunitaria in materia di valori mobiliari*”²⁴² e si articolava in quattro livelli: principi quadro, misure di attuazione, cooperazione e vigilanza sul rispetto delle norme.

Il primo livello vedeva confermata la procedura di codecisione del Parlamento e del Consiglio, i quali avrebbero dovuto definire solo i principi quadro generali della materia degli abusi di mercato; il secondo livello, quello della predisposizione delle misure di attuazione, veniva affidato alla Commissione, coadiuvata da due nuovi Comitati europei sui valori mobiliari; il terzo livello, quello della cooperazione, aveva lo scopo di garantire che la legislazione del primo e del secondo livello fosse traspunta in maniera uniforme in tutti gli Stati membri; al quarto livello veniva prevista la possibilità per la Commissione di esercitare poteri più incisivi nella sua opera di vigilanza sull'applicazione delle norme comunitarie negli ordinamenti nazionali, consentendole di aprire una procedura di infrazione qualora rilevasse degli indici di commissione di illeciti.

L'adozione della disciplina del *market abuse* ha quindi seguito questo schema operativo. La direttiva disegnava il quadro dei principi generali e lasciava alcune materie alle misure di attuazione, adottate dalla Commissione, coadiuvata nel suo compito dal *Comitato europeo per i valori mobiliari* (CEVM) e dal *Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei mercati dei valori mobiliari* (CAERVM)²⁴³. Dopo diverse consultazioni la Commissione giunse all'adozione di quattro strumenti di esecuzione della MAD: il regolamento (CE) n. 2273/2003, riguardante la deroga per i programmi di riacquisto di azioni proprie e per le operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari²⁴⁴; la Direttiva 2003/124/CE, sulla definizione e la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate e la definizione di manipolazione di mercato²⁴⁵; la Direttiva 2003/125/CE sulla corretta presentazione delle raccomandazioni di investimento e la comunicazione al pubblico dei conflitti di interesse²⁴⁶; la Direttiva 2004/72/CE sulle prassi di mercato ammesse, la definizione

²⁴¹ Presentata il 15 febbraio 2001 e anche detta *Rapporto Lamfalussy*.

²⁴² Cit. considerando n. 5 Direttiva 2003/6/CE

²⁴³ Detto anche CESR – *Committee of European Securities Regulators*.

²⁴⁴ In G.U.C.E. n. L 336 del 23 dicembre 2003, p. 33 ss.

²⁴⁵ In G.U.C.E. n. L 339 del 24 dicembre 2003, p. 70 ss.

²⁴⁶ In G.U.C.E. n. L 339 del 24 dicembre 2003, p. 73 ss.

di informazione privilegiata rispetto agli strumenti derivati, l'istituzione di un registro di persone aventi accesso alle informazioni privilegiate, la notifica delle operazioni effettuate da persone aventi responsabilità di direzione e le operazioni sospette²⁴⁷.

2.1. Lo scopo della direttiva e le ragioni dell'armonizzazione.

Il contesto in cui si inseriva la Direttiva del 2003 era costellato di scandali finanziari, provenienti anche da oltre oceano, che avevano travolto il mercato finanziario. Di certo tali scandali non erano una novità del nuovo secolo, in quanto caratterizzarono anche la Grande crisi del 1929 e quella degli anni Novanta. Questi ebbero effetti devastanti sui mercati finanziari, minarono la fiducia degli operatori finanziari e degli investitori nel mercato e svelarono delle “zone grigie”, sottratte ad ogni tipo di disciplina e di controllo da parte dei regolatori²⁴⁸.

Questa dunque la problematica situazione in cui si inseriva la Direttiva 2003/6/CE, la quale venne inclusa tra le misure “*post-Enron*”²⁴⁹ adottate nell'ambito dell'Unione Europea per contrastare gli scandali finanziari che hanno visto come protagoniste diverse società statunitensi e che hanno trovato una eco anche in Europa²⁵⁰.

I “considerando” della Direttiva, che ne precedono le disposizioni, esplicitano le ragioni che portarono alla sua adozione. Nel n. 2 il legislatore comunitario ricorda che “*un mercato finanziario integrato ed efficiente non può esistere senza che se ne tuteli l'integrità*” e che “*gli abusi di mercato ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati*”; particolarmente esplicito il “considerando” n. 12, in cui si legge che “*la normativa contro l'abuso di informazioni privilegiate persegue lo stesso obiettivo della normativa contro la manipolazione del mercato: assicurare l'integrità dei mercati finanziari comunitari e accrescere la fiducia degli investitori nei mercati stessi*”; al “considerando” n. 15 si legge che “*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*”; da ultimo, il considerando n. 43, nel

²⁴⁷ In G.U.C.E. n. L 162 del 30 aprile 2004, p. 70 ss.

²⁴⁸ Cfr. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012

²⁴⁹ Cfr. G. FERRARINI, *La nuova disciplina europea degli abusi di mercato*, in Riv. soc., fasc.1, 2004, pag. 43

²⁵⁰ Casi Ahold, Adecco e Parmalat.

quale, tra le altre, si esplicita *“la necessità di garantire l'integrità del mercato attraverso un monitoraggio attento e reattivo dell'innovazione finanziaria”* e *“la necessità di creare condizioni di parità per tutti i partecipanti del mercato”*.

Per comprendere le ragioni alla base della necessità di armonizzare questo settore, giova richiamare gli scandali finanziari e i crolli delle banche d'affari, cui si è accennato prima, che hanno avuto ripercussioni sul mercato globale: i mercati finanziari odierni hanno effettivamente una natura “pan-europea” e gli abusi di mercato un carattere transfrontaliero²⁵¹. Le condotte possono essere poste in essere in uno o più Stati membri, che possono essere diversi da quello in cui è localizzato il mercato colpito; analogamente per i responsabili di tali condotte, che potrebbero operare da paesi diversi. Una simile dimensione transnazionale del fenomeno richiede di certo una risposta coordinata da parte degli Stati membri: una disciplina disomogenea non consentirebbe di arginare in maniera efficace questi fenomeni.

2.2. Uno sguardo d'insieme al contenuto della direttiva. In particolare, il sistema sanzionatorio.

Dopo il primo articolo dedicato alle definizioni²⁵², i successivi descrivevano le condotte che gli Stati si dovevano impegnare a vietare.

In particolare, l'art. 2 stabiliva che gli Stati dovessero vietare, ai soggetti che dispongono di informazioni privilegiate, a vario titolo²⁵³, di utilizzarle *“acquisendo o cedendo, o cercando di acquisire o cedere, per conto proprio o per conto terzi, direttamente o indirettamente, gli strumenti finanziari cui le informazioni si riferiscono”*. Queste per la verità non erano le uniche condotte sanzionate, poiché il successivo articolo 3 vietava anche: *“a) di comunicare informazioni privilegiate a un'altra persona se non nell'ambito del normale esercizio del loro lavoro, della loro professione o delle loro funzioni; b) di raccomandare ad un'altra persona di acquisire*

²⁵¹ Cfr. G. FERRARINI, *La nuova disciplina europea degli abusi di mercato*, op.ult.cit. p. 67

²⁵² Particolarmente rilevante è la nozione di informazione privilegiata di cui al n. 1 dell'art. 1. Per un approfondimento della nozione cfr. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2018 e F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2018

²⁵³ Cioè in qualità di membro degli organi di amministrazione, di direzione o di controllo dell'emittente, a motivo della sua partecipazione al capitale dell'emittente, per il fatto di avere accesso a tali informazioni a motivo del suo lavoro, della sua professione e delle sue funzioni ovvero in virtù delle proprie attività criminali.

*o cedere o di indurre un'altra persona ad acquisire o cedere, in base a informazioni privilegiate, strumenti finanziari a cui tali informazioni si riferiscono.”*²⁵⁴

Ai sensi dell'art. 5 *“Gli Stati membri vietano a qualsiasi persona fisica o giuridica di porre in essere manipolazioni del mercato”*; non era fornita quindi un'unica definizione di manipolazioni di mercato, ma una pluralità, essendo elencate all'art. 1, n. 2 diverse condotte integranti una “manipolazione”: operazioni o ordini di compravendita che forniscano, o siano suscettibili di fornire, indicazioni false ovvero fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo degli strumenti finanziari; operazioni o ordini di compravendita che utilizzino artifici o ogni altro tipo di inganno o espediente; diffusione di informazioni che forniscano, o siano suscettibili di fornire, indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari. Tutte avevano come denominatore comune la capacità di incidere sui prezzi degli strumenti finanziari.

La direttiva conteneva anche norme che regolavano i flussi informazione, prevedendo per esempio che le informazioni privilegiate venissero tempestivamente comunicate dagli emittenti; prevedeva i cd. *safe harbours*, cioè delle operazioni che rimanevano fuori dal suo ambito di applicazione ecc.

La parte che maggiormente interessa questa trattazione è quella che riguardava le sanzioni, materia innovata rispetto alla precedente direttiva sull'*insider trading*. Quest'ultima aveva lasciato una piena libertà agli Stati nella determinazione delle sanzioni, specificando solo che queste dovessero essere sufficientemente dissuasive, in modo da indurre al rispetto della normativa (cfr. art. 16). La conseguenza fu, come già anticipato, una forte disomogeneità: in alcuni Paesi vennero adottate sanzioni amministrative, in altri penali, in altri ancora disciplinari; sebbene la sanzione penale potesse essere, teoricamente, quella più indicata per garantire i fini repressivi, la sua irrogazione in concreto risultava complicata, stante la difficoltà di provare in giudizio l'elemento psicologico del reato.

La Direttiva 2003/6/CE, all'art. 14, comma 1, prevedeva quanto segue: *“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*

²⁵⁴ Tali condotte sono chiamate anche rispettivamente *tipping* e *tuyautage*. La *ratio* di tali divieti sarebbe quella di evitare la formazione di posizioni di privilegio informativo. Si realizza quindi una anticipazione di tutela che non ha mancato di sollevare delle critiche.

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”.

Il legislatore europeo imponeva quindi agli Stati membri di adottare misure o sanzioni di carattere amministrativo a carico di coloro che violassero le disposizioni della direttiva. Questa scelta era dovuta a diverse ragioni: in primo luogo si voleva evitare che le asimmetrie sanzionatorie influissero negativamente sul processo di integrazione dei mercati; secondariamente si voleva fare in modo che l'accertamento dell'illecito e la risposta sanzionatoria fossero rapide, cosa che sarebbe stata improbabile qualora si fosse optato per delle sanzioni penali; da ultimo, si intendeva realizzare un'applicazione uniforme delle sanzioni attraverso la cooperazione tra autorità amministrative²⁵⁵.

Oltretutto, sul piano pratico, scegliendo un modello sanzionatorio di tipo amministrativo, si sarebbe aperta la possibilità di concentrare in un unico organo, cioè l'autorità amministrativa di vigilanza sul mercato, i compiti di vigilanza e repressione. In effetti sembra chiara l'intenzione della direttiva di muoversi nel senso di attribuire alle autorità nazionali di vigilanza un ruolo e un potere centrale nella lotta agli abusi di mercato, poiché tali autorità erano verosimilmente considerate come le uniche in grado di monitorare costantemente il mercato e di intervenire prontamente in caso emergessero indizi di manovre illecite. In tal senso, il considerando n. 36, in cui si esplicitava la necessità che ciascuno Stato si dotasse di *“una sola autorità di vigilanza, avente carattere di organo amministrativo”*, o il considerando n. 37, che evidenziava l'importanza di *“un insieme minimo di strumenti e poteri forti”*, elencando peraltro all'art. 12 quali fossero i poteri minimi²⁵⁶ da attribuire alle autorità.

Per contro però si è evidenziato il rischio che, sussumendo la materia del *market abuse* interamente nella disciplina amministrativa, venissero sacrificate le garanzie

²⁵⁵ M. MEGLIANI, *La direttiva comunitaria sugli abusi di mercato e il nuovo sistema sanzionatorio*, *op.ult.cit.* p. 65

²⁵⁶ Comparivano per esempio il potere di richiedere registrazioni telefoniche, il congelamento o il sequestro dei beni, la temporanea interdizione dall'esercizio dell'attività professionale e di eseguire ispezioni in loco.

tipiche del diritto penale, in nome dell'esigenza di garantire l'efficienza della risposta sanzionatoria²⁵⁷.

L'effetto prodotto in Europa dalla direttiva 2003/6/CE è stato quello di “*una vera e propria ondata di criminalizzazione*”²⁵⁸: molti Stati infatti, tra i quali l'Italia, si avvalsero della possibilità riconosciuta loro di adottare anche delle sanzioni penali, oltre a quelle obbligatorie di natura amministrativa.

Tuttavia, non provvedendo la direttiva ad armonizzare il contenuto delle stesse si generò il paradosso: si voleva introdurre una disciplina che resolvesse le discrasie del sistema di lotta agli abusi di mercato, ma si ottenne l'effetto contrario poiché, pur essendo le fattispecie sostanziali armonizzate²⁵⁹, le risposte sanzionatorie degli Stati membri furono, ancora una volta, disomogenee e frammentate, favorendo la proliferazione dei fenomeni del cd. *forum shopping*²⁶⁰ e di fenomeni distorsivi per la concorrenza e il mercato²⁶¹.

3. L'attuazione della Direttiva 2003/6/CE in Italia.

Le disposizioni della direttiva sono state recepite in Italia tramite la L. 18 aprile 2005 n. 62 che ha modificato il decreto legislativo n. 58 del 1998 (TUF, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), introducendovi il Titolo I-bis che si compone di cinque capi: disposizioni generali, sanzioni penali, sanzioni amministrative, poteri della Consob e rapporti tra procedimenti.

Numerose le novità: fu riformulato il reato di *insider trading*, inserito il reato di manipolazione del mercato, prevista la responsabilità degli enti da reato e da illecito amministrativo, modificati i poteri e le competenze della Consob ma soprattutto previste sanzioni amministrative e penali. La scelta del legislatore italiano si è quindi risolta nella costruzione di un sistema a doppio binario²⁶², condividendo ed attuando

²⁵⁷ Solleva la questione S. SEMINARA, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005

²⁵⁸ Cit. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op.ult.cit. p. 67

²⁵⁹ Cfr. L. FOFFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, *Annuario di scienze penalistiche*, 2010

²⁶⁰ Ci si riferisce alla pratica dei contravventori che di avvalgono delle differenze sanzionatorie tra i diversi Stati per scegliere il luogo in cui commettere l'illecito: la scelta ricadrà chiaramente sullo Stato che abbia disposto un trattamento sanzionatorio meno afflittivo.

²⁶¹ Questo insoddisfacente quadro ha condotto alla rivisitazione della strategia comunitaria ad opera di due nuovi strumenti: il Regolamento (Ue) 596/2014 (MAR) e la Direttiva 2014/57/Ue (MAD II)

²⁶² Il sistema a doppio binario non è previsto solo per le persone fisiche ma anche per gli enti. A tal proposito M. VIZZARDI in *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, op.ult.cit. p.

l'intento della direttiva di rafforzare la difesa del mercato finanziario²⁶³: gli art. 184 e 187bis sanzionano rispettivamente in via penale e in via amministrativa l'abuso di informazioni privilegiate, mentre gli artt. 185 e 187ter prevedono lo stesso tipo di sanzioni per la manipolazione del mercato.

D'altra parte il legislatore italiano non avrebbe potuto fare altrimenti: *“la rinuncia alla sanzione penale in subjecta materia sarebbe stata fonte di inaccettabili sperequazioni e politicamente inaccettabile, stante la tradizionale considerazione penalistica riservata dal nostro ordinamento ad altre manifestazioni del fenomeno dell'aggitaggio, meno “prorompenti” sul piano delle proiezioni offensive rispetto alla manipolazione del mercato (quali l'aggitaggio comune, societario e bancario: artt. 501 c.p., 2637 c.c.), e tenuto conto, altresì, della particolare contingenza temporale, che imponeva un “messaggio forte” di fronte agli scandali finanziari nostrani di inizio millennio.”*²⁶⁴

Prima di ricostruire i rapporti intercorrenti tra le diverse fattispecie pare opportuno delineare brevemente i tratti salienti dei diversi istituti per poi evidenziarne le differenze.

3.1. L'illecito penale e l'illecito amministrativo di insider trading²⁶⁵.

La fattispecie penale e quella amministrativa di abuso di informazioni privilegiate sono previste rispettivamente agli articoli 184 e 187bis del d.lgs. 58/1998.

L'art. 184, rubricato *Abuso di informazioni privilegiate*, sanziona penalmente il soggetto che, disponendo di informazioni privilegiate *“in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio”*: a) sfrutti tali

65, nota come sia difficile comprendere *“le ragioni che fondano la creazione di due piani distinti di responsabilità in relazione all'ente, data la natura (almeno formale) della sua responsabilità, sia che essa derivi dalla commissione di un reato, sia che essa scaturisca da un illecito amministrativo.”*. Oltretutto osserva che tale doppio binario non si possa giustificare neanche in relazione alla specie delle sanzioni. Sia per il binario penale che per quello amministrativo sono previste infatti delle sanzioni pecuniarie, seppure di diversa entità. La motivazione potrebbe risiedere nell'intento del legislatore di introdurre anche per l'ente un procedimento parallelo più snello e rapido rispetto a quello ordinario.

²⁶³ Cfr. M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, op.ult.cit. p. 71

²⁶⁴ Cit. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* (*“materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*), in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2014, pag. 953

²⁶⁵ Si fa riferimento alle fattispecie così come delineate prima della riforma adoperata con d.lgs. 107/2018

informazioni per acquistare, vendere o compiere altre operazioni direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari; b) comunichi tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomandi o induca altri, sulla base di esse, a compiere di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).

Tutte le condotte ruotano intorno al concetto di informazione privilegiata, definita dall'art. 181²⁶⁶ come un'informazione di carattere preciso, riguardante strumenti finanziari, non ancora resa pubblica e che, se diffusa, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari cui si riferisce. Si deve trattare dunque di un'informazione che abbia ad oggetto un fatto già avvenuto o ragionevolmente destinato ad avvenire²⁶⁷ e che sia sufficientemente specifica da permettere di trarre delle conclusioni sul possibile effetto delle circostanze e degli eventi sugli strumenti finanziari; effetto che si sostanzia in una sensibile alterazione del prezzo di tali strumenti²⁶⁸. Il privilegio informativo dunque, stando alla lettera della norma, cade solo nel momento in cui l'informazione diventa conoscibile da parte dei risparmiatori.

Per quanto riguarda l'interesse giuridico tutelato, diverse sono le teorie a riguardo, alle quali si rimanda per l'analisi di questa importante questione, sulla quale non ci si può dilungare in questa sede. Sicuramente vale la pena qui esplicitare che lo scopo della norma, che consiste nella necessità di garantire che la fiducia dei risparmiatori non venga incrinata da condotte abusive, porta – si ritiene di dire correttamente – alcuni

²⁶⁶ Oggi l'articolo è stato abrogato dall'art. 4 d.lgs. 107/2018. Per la definizione di informazione privilegiata bisogna quindi fare riferimento all'art. 7 del Regolamento (Ue) 596/2014.

²⁶⁷ Per un approfondimento sulla rilevanza dell'informazione sul futuro si veda F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit. p. 68

²⁶⁸ Questo requisito è conosciuto anche come *price sensitivity* ed è stato oggetto di dubbi in dottrina poiché l'art. 181, comma 4, - prima di essere abrogato nel 2018 - stabiliva che *“Per informazione che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di strumenti finanziari si intende un'informazione che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento”*. Non pochi dubbi faceva sorgere il parametro dell'investitore ragionevole, mutuato dal diritto giurisprudenziale statunitense. Critico sulla razionalità dei comportamenti dei risparmiatori F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur.comm.*, 2005, 340, nonché A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012.

L'art. 7 del Regolamento (Ue) non ha sciolto i dubbi in merito, riproponendo la figura dell'investitore ragionevole. Al contrario è stato risolto un altro dubbio interpretativo che riguardava le fattispecie a formazione progressiva: in particolare non era chiaro se ogni tappa del processo fosse da considerarsi un'informazione privilegiata. Oggi il terzo paragrafo dell'art. 7 sancisce che: *“Una tappa intermedia in un processo prolungato è considerata un'informazione privilegiata se risponde ai criteri fissati nel presente articolo riguardo alle informazioni privilegiate.”*

a identificare l'oggetto giuridico della norma nel "corretto funzionamento del mercato"²⁶⁹.

Si è detto, richiamando la previsione di cui all'art. 184 comma 1, che l'informazione privilegiata è detenuta da particolari categorie di soggetti che ne vengono in possesso per via della qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale o all'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione²⁷⁰; ci si trova quindi di fronte a un reato proprio, poiché l'apprendimento dell'informazione è realizzato "in ragione" della qualità rivestita, ciò che consente di definire tali soggetti "insider primari" perché non apprendono l'informazione in via mediata.

Per ciò che riguarda le condotte, si è già anticipato che la norma ne contempla tre alternative.

La prima consiste nel compimento di operazioni su strumenti finanziari che devono essere determinate proprio dalla conoscenza dell'informazione privilegiata, non rientrando nella fattispecie quei casi in cui la decisione è stata presa indipendentemente dall'informazione²⁷¹. Questa previsione consente sia di rispettare il principio di offensività, sia di caratterizzare meglio la condotta sul piano della colpevolezza: nello spettro del dolo (generico), elemento soggettivo della fattispecie, deve rientrare quindi la coscienza e volontà di sfruttare un'informazione che si è consapevoli essere privilegiata.

La seconda condotta sanzionata dalla norma è quella del cd. *tipping*, ossia la comunicazione ad altri dell'informazione privilegiata "al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio".

²⁶⁹ Di questo avviso: G.M. FLICK, *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – nella lunga marcia verso la trasparenza*, in *Riv.soc.*, 1991, 989, F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir.pen.proc.*, 2005, 1467. Molto precisa la ricostruzione di A.F. TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecies t.u.f.*, in *Leggi penali complementari. Le fonti del diritto italiano*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 251, secondo il quale per corretto funzionamento del mercato "costituirebbe un'espressione di sintesi che sottende il riferimento all'interesse diffuso o collettivo all'efficienza economica delle proprie scelte di risparmio".

In dottrina si rinvengono anche altre teorie sul bene giuridico tutelato; sono riassunte – e respinte – in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2018, p. 73.

²⁷⁰ Si suole distinguere tra *corporate insiders* e *temporary insiders*, cioè rispettivamente i soggetti inseriti nell'organigramma aziendale e quelli esterni.

²⁷¹ Questo stretto legame tra conoscenza dell'informazione e decisione non esclude che possano coesistere anche altre ragioni a fondamento dell'operazione borsistica. Così F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit.

La terza, cd. *tuyautage*, sanziona invece la condotta di chi raccomanda o induce taluno a compiere una delle operazioni indicate alla lettera a). È chiaro che queste due fattispecie realizzino un'anticipazione di tutela: non è infatti rilevante ciò che il terzo faccia dopo che gli sia stata comunicata la notizia o se effettivamente dopo la “soffiata” compia l'operazione suggerita. Dunque, ciò che queste incriminazioni mirano ad evitare è la formazione di una posizione di privilegio informativo²⁷².

Interessante la clausola alla lettera b) della disposizione in esame che individua un'area di liceità all'interno della quale è ammessa la comunicazione dell'informazione, e cioè “*il normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio*”. Problematico è circoscrivere la nozione di “normale esercizio”. Sul tema si segnala un intervento della Corte di giustizia europea²⁷³, risalente al 22/11/2005, che fornisce un'interpretazione piuttosto restrittiva della clausola, richiedendo per la sua integrazione due circostanze: che la comunicazione sia avvenuta in funzione del lavoro e che fosse strettamente necessaria per la prosecuzione dell'attività.

Ultima doverosa specificazione rispetto alle condotte in esame riguarda quella indicata alla lettera c), cioè la raccomandazione o l'induzione al compimento di una delle operazioni di cui alla lettera a). Queste due condotte non presuppongono la comunicazione dell'informazione; qualora ciò avvenisse, sarebbe integrata la fattispecie di cui alla lettera b).

Per tutte le fattispecie l'elemento soggettivo che deve essere integrato corrisponde al dolo generico, che avrà ad oggetto la coscienza e volontà di compiere le operazioni borsistiche, di trasmettere a terzi l'informazione o di raccomandare/indurre al compimento di una operazione finanziaria; in tutti i casi, il fulcro del dolo consiste nella consapevolezza circa il possesso di un'informazione che, integrati tutti i presupposti, sia da ritenersi privilegiata.

Merita un breve cenno il trattamento sanzionatorio, che ha visto nel corso del tempo un inasprimento delle pene: originariamente sanzionato con la reclusione da uno a sei

²⁷² Tali disposizioni non sono andate esenti da critiche, poiché sanzionano una condotta solo potenzialmente pericolosa. La pericolosità è solo potenziale ed è collegata al fatto che si amplia il novero dei soggetti che sono a conoscenza dell'informazione e conseguentemente dei soggetti che potrebbero operare nel mercato in forza di quella notizia riservata. Così F. MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995

²⁷³ L'intervento in realtà era relativo all'interpretazione dell'art. 3 lett. a della Direttiva 89/592 CE, in cui si faceva sempre riferimento al “normale esercizio” del lavoro.

anni e con la multa da euro ventimila a tre milioni, oggi, con la l. 262/2005 le pene sono raddoppiate, raggiungendo livelli elevatissimi²⁷⁴.

È possibile ora procedere all'analisi dell'illecito amministrativo di *insider trading* di cui all'art. 187bis del d.lgs. 58/1998²⁷⁵. La fattispecie in esame ricalca il contenuto dell'art. 184, sanzionando quindi anche in via amministrativa le medesime condotte di compimento di operazioni in borsa, di *tipping* e di *tuyautage*. Le differenze sono poche e concernono il soggetto attivo, l'elemento soggettivo e l'equiparazione del tentativo alla consumazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto il soggetto attivo in questo caso non è chi possiede la notizia in ragione della carica ricoperta, bensì un soggetto qualunque, altrimenti detto *insider* secondario, che, dopo aver appreso, in qualsiasi maniera, l'informazione, se ne sia servito, essendo a conoscenza o potendo esserlo in base all'ordinaria diligenza, del carattere privilegiato della stessa.

Prima della riforma del 2005 tali soggetti erano sanzionati penalmente; la gravità della loro condotta, che poteva consistere anche in un'apprensione del tutto occasionale della notizia, era considerata equivalente a quella degli *insider* primari. Questa visione era dovuta al fatto di voler tutelare a trecentosessanta gradi il bene giuridico del corretto funzionamento del mercato, messo in pericolo indipendentemente dal modo in cui l'*insider* avesse appreso la notizia e quindi dalla posizione ricoperta dall'agente. Solo nel 2005 dunque venne introdotta una differenziazione e degradata ad illecito amministrativo la condotta degli *insider* secondari; il legislatore si rese conto che solo nei confronti degli *insider* primari

²⁷⁴ Numerosi sarebbero i temi da trattare, come per esempio quello della figura del *criminal insider* o sulla fonte dell'informazione privilegiata. Non potendovisi soffermare in questa sede, si rimanda a F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit. p. 74; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 68; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, op.ult.cit. p. 71

²⁷⁵ Si fa qui riferimento alla fattispecie come formulata prima del d.lgs. 107/2018 che ha abrogato i commi 2, 3 e 4 e inasprito le sanzioni. Non c'è più quindi oggi il riferimento all'*insider* secondario, né all'elemento soggettivo. In particolare, la MAD II estende l'applicabilità del divieto di abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate (art. 3) a "*chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni.*" È fatto quindi semplicemente un generale divieto di compiere operazioni borsistiche, di *tipping* e di *tuyautage*, riferibile a chiunque venga a trovarsi in possesso di informazioni privilegiate.

potesse esigersi un “*dovere di correttezza superiore*”²⁷⁶, in forza della particolare posizione da loro ricoperta.

Dalla scelta della forma dell’illecito amministrativo per la punizione di tali condotte, discende la possibilità di sanzionare il soggetto anche a titolo di colpa, secondo elemento di differenziazione rispetto all’illecito penale.

La possibilità di punire il soggetto sia a titolo di dolo che di colpa è resa evidente dalla formula “*conoscendo o potendo conoscere in base all’ordinaria diligenza*”: il gerundio “*conoscendo*” rimanda chiaramente ad una posizione di piena consapevolezza, tipica del dolo, in ordine alla natura dell’informazione della quale è in possesso; la formula “*potendo conoscere in base all’ordinaria diligenza*” rinvia invece all’atteggiamento psicologico tipico della colpa, cioè ad una situazione in cui, se il soggetto agente avesse usato l’ordinaria diligenza, cioè la soglia minima di attenzione che si può esigere da qualsiasi consociato, si sarebbe reso conto del particolare tipo di informazione.

In concreto questo si traduce nella necessità di accertare, di volta in volta, o l’effettiva consapevolezza del privilegio informativo, o se per il soggetto agente sarebbe stato possibile conoscere la natura privilegiata dell’informazione impiegando la normale diligenza.

Nascono comunque non poche perplessità per la previsione delle stesse sanzioni per due condotte differenti dal punto di vista soggettivo. Infatti questo ampliamento, dovuto proprio alla punibilità a titolo di colpa, non si riflette sul trattamento sanzionatorio: il comma 4 dell’art. 187^{bis} rinvia infatti alle sanzioni di cui al comma 1, previste per le condotte tenute con dolo²⁷⁷.

Le scelte del legislatore del 2005 riflettono comunque le indicazioni della direttiva del 2003, nella quale, al considerando 18 si legge (*rectius* leggeva) che: “*L’uso di informazioni privilegiate può consistere nell’acquisire o cedere strumenti finanziari sapendo o dovendo ragionevolmente sapere che le informazioni detenute sono*

²⁷⁶ F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit. p. 76, cit. p. 126

²⁷⁷ Rispetto a questo profilo ci si chiedeva se la punibilità a titolo di colpa fosse prevista solo per gli *insider* secondari e non anche per quelli primari di cui al comma 1. Stando solo alla lettera della norma poteva sembrare essere proprio così, essendoci un espresso riferimento alla colpa solo nel comma 4. In F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit, gli autori ritengono che sarebbe riduttivo escludere una responsabilità colposa in capo agli *insider* primari solo in forza della particolare posizione ricoperta; è verosimile infatti che costoro, per negligenza, possano ignorare la natura privilegiata dell’informazione.

informazioni privilegiate". Inoltre, ai sensi dell'art 4 della stessa direttiva: *"Gli Stati membri provvedono a che gli articoli 2 e 3 si applichino anche a qualsiasi persona diversa da quelle specificate in detti articoli, in possesso di informazioni privilegiate, che sappia o avrebbe dovuto sapere trattarsi di informazioni privilegiate"*.

3.2. L'illecito penale e l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato²⁷⁸.

Il delitto di manipolazione del mercato è disciplinato dall'art. 185 del d.lgs. 58/1998, ed è stato introdotto come previsione autonoma con l. 62/2005, con lo scopo di tutelare il corretto funzionamento del mercato ed in particolare la corretta formazione del prezzo degli strumenti finanziari²⁷⁹.

La norma, che ricalca quella di aggio su strumenti non quotati di cui all'art. 2637 c.c., punisce *"Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari"* (comma 1).

Al contrario di quanto si è detto rispetto all'art. 184, in questo caso il pronome chiunque, non essendo accompagnato da alcuna specificazione rispetto alla particolare posizione ricoperta dal soggetto attivo, configura un reato comune.

Le condotte sanzionate sono due: a) la diffusione di notizie false (si parla di manipolazione informativa); b) il compimento di operazioni simulate o altri artifici (manipolazione operativa).

Per l'integrazione della prima è necessario che il soggetto abbia diffuso e quindi comunicato la notizia, con qualsiasi mezzo ad un numero indeterminato di persone. È da ritenere tuttavia che possa integrare una diffusione rilevante ex art 185 TUF anche la comunicazione ad un solo soggetto o ad una cerchia determinata quando questa sia funzionale alla penetrazione della notizia o comunque possa considerarsi un artificio idoneo ad alterare i prezzi degli strumenti finanziari.

Una questione rilevante attiene alla configurabilità dell'aggio informativo omissivo. La giurisprudenza risolve la questione nel senso di ritenere la manipolazione informativa una condotta necessariamente attiva²⁸⁰. Certo non sono esclusi degli spazi

²⁷⁸ Anche in questo caso, come nel capitolo precedente si fa riferimento alla formulazione degli articoli 185 e 187ter come prima della riforma adoperata con d.lgs. 107/2018.

²⁷⁹ Così F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit. p. 77

²⁸⁰ Nel senso dell'irrelevanza dell'aggio informativo omissivo cfr. Cass.pen., sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932.

di rilevanza di un atteggiamento omissivo, che potrebbe rilevare penalmente quando connoti la veridicità della notizia comunicata: si tratterà di una notizia falsa, e quindi di una manipolazione informativa, quando l'agente abbia omesso fraudolentemente dati significativi.

L'utilizzazione del termine notizia comporta l'irrilevanza delle mere voci e delle opinioni: oggetto materiale della condotta possono essere solo avvenimenti, circostanze di fatto o situazioni, pur non essendo richiesto che abbiano un oggetto specifico.

È necessario specificare cosa si debba intendere per notizia falsa, essendo tale concetto il fulcro della fattispecie in esame. Posto che per "notizia falsa" debba intendersi una notizia che riporti fatti obiettivamente difformi dal vero, la dottrina si è interrogata sulla rilevanza delle notizie "esagerate" e "tendenziose"²⁸¹. Parte della dottrina le riconduceva all'alveo delle notizie false²⁸² mentre parte al compimento di "altri artifici"²⁸³. Sul tema è intervenuta la giurisprudenza, concludendo che *"il connotato della falsità può consistere nell'enunciazione di fatti in assoluto non rispondenti alla realtà o nella fuorviante rappresentazione di una realtà, vuoi perché carente nella descrizione di aspetti significativi, vuoi perché parziale e incompleta: tale è, ad esempio, l'informazione caratterizzata dal nascondimento di un dato rilevante, capace di mutare il senso complessivo della situazione del mercato di uno o più titoli e di far percepire al mercato – mediante lo stesso effetto ingannevole di una condotta fraudolenta di diffusione di notizie false – una situazione alterata della realtà"*.²⁸⁴

Tra le altre due condotte che consistono nella manipolazione operativa, quella sicuramente più problematica risulta quella che consiste negli "altri artifici". Pare troppo semplicistico affermare che nell'ambito degli altri artifici rientrino condotte non suscettibili di essere ricomprese nell'ambito delle altre espressamente previste dalla norma; in tal modo si rischierebbe di individuare le fattispecie penalmente rilevanti facendo esclusivamente riferimento all'idoneità del fatto a influire sul prezzo

²⁸¹ La questione era sorta in realtà rispetto all'art. 2637 c.c. ma essendo le due fattispecie sovrapponibili il discorso può essere riportato in questa sede.

²⁸² Ex multis S. SEMINARA, *L'aggiotaggio (art. 2637)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002

²⁸³ Tra tutti E. MUSCO, *I nuovi reati societari, op.ult.cit.* p. 62

²⁸⁴ Cit. Trib. Milano, 15 dicembre 2011, caso scalata BNL.

degli strumenti finanziari. La vaghezza della formula può essere quindi ridotta evidenziando che l'elemento comune alle condotte integranti gli altri artifici sia la "connotazione ingannatoria", la "capacità fraudolenta", che non può però essere desunta dallo scopo perseguito della condotta.

Una volta stabilito che gli artifici sono tali quando hanno una valenza ingannatoria, è necessario comprendere se sia necessario che abbiano anche delle note di intrinseca illiceità. L'opinione prevalente in realtà ammette che gli strumenti giuridici utilizzati siano leciti, purchè la loro combinazione si manifesti con degli effetti ingannevoli. A questa impostazione di potrebbe obiettare che gli altri artifici debbano necessariamente possedere un *quid* di diverso rispetto alle altre due forme di manipolazione, che non si può esaurire nella semplice attitudine ingannatoria, cioè nell'idoneità a influenzare la formazione dei prezzi fornendo una rappresentazione del mercato non corrispondente alla realtà; in questo modo la valutazione sulla capacità ingannatoria sarebbe calibrata sull'interpretazione data dal mercato di quella determinata notizia, parametro troppo variabile per essere utilizzabile. L'artificiosità, insegna la Corte di Cassazione²⁸⁵, deve essere rinvenuta nella condotta del soggetto agente da indici oggettivi, come le modalità dell'azione, e a prescindere dalla finalità di provocare un turbamento del mercato perseguita dal soggetto agente (finalità peraltro irrilevante perché l'elemento soggettivo della condotta consiste nel dolo generico e non specifico).

Come per l'*insider trading*, anche per la fattispecie di manipolazione di mercato è contemplato il requisito della *price sensitivity* delle condotte, che per l'appunto devono comportare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari²⁸⁶.

Si procede ora con l'analisi dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, disciplinato all'art. 187^{ter} TUF.

Il primo comma della disposizione punisce "*chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari*". Si è già detto che la diffusione consiste nel rendere nota l'informazione ad un numero potenzialmente indeterminato di persone; più precisamente le informazioni possono dirsi diffuse "*allorquando non*

²⁸⁵ Cass.pen., sentenza del 2 ottobre 2008, n. 2063, Crovetto.

²⁸⁶ Su questo concetto si rimanda a quanto detto per la fattispecie di insider trading.

sia più possibile controllare la reale consistenza della cerchia di soggetti che ne sono venuti a conoscenza”²⁸⁷.

Oggetto della diffusione possono essere “*informazioni, voci o notizie false o fuorvianti*”. Questo è peraltro uno degli elementi discretivi più evidenti rispetto alla fattispecie di *insider trading* in cui vengono sfruttate notizie vere e non sono rilevanti le “voci”.

Nel concetto di “informazioni” possono rientrare le stime, le previsioni e le congetture; un esempio potrebbe essere la valutazione di un titolo pubblicata da un analista finanziario. Le “voci” sono notizie che riguardano un possibile accadimento che vengono presentate come indiscrezioni, cioè come notizie non ufficiali e rispetto alle quali non vi è stata alcuna conferma da parte della fonte; un esempio possono essere le voci su una imminente fusione di una società quotata. La “notizia” invece corrisponde ad un dato informativo diffuso come reale pur non essendolo, o viceversa; un esempio può essere la diffusione della notizia di una fusione, in realtà non avvenuta.

Le informazioni, voci o notizie devono essere “false o fuorvianti”: il secondo aggettivo può comportare maggiori difficoltà interpretative. Si tende comunque a ritenere una notizia fuorviante quando non fornisce una rappresentazione chiara ed onesta del fatto riportato. Un esempio può rivelarsi utile: un autorevole quotidiano pubblica una notizia in merito alla cattiva gestione finanziaria da parte di una grande società quotata, senza specificare che tale cattiva gestione non abbia un impatto rilevante sul bilancio e che la gestione ordinaria della società riporta invece dei dati eccellenti: la notizia riportata in questo modo incompleto, anche se ha ad oggetto un dato reale, fornisce agli investitori un quadro “fuorviante” della situazione economica della società²⁸⁸.

Per quanto riguarda l’ultimo inciso “*forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari*” c’è da dire che questa anticipi la soglia di punibilità: la Consob infatti dovrà accertare o che la notizia abbia effettivamente fornito indicazioni false o fuorvianti in merito ad uno strumento finanziario, o che fosse idonea a deviare le decisioni relative all’investimento. Anche

²⁸⁷ Cit. V. NAPOLEONI, *I reati societari: falsità nelle comunicazioni e aggio di mercato societario*, 1996, p. 483

²⁸⁸ Così M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, op.ult.cit. p. 72

la Corte di Cassazione propende per l'attribuire la natura anche di pericolo astratto/presunto all'illecito in esame²⁸⁹.

Si noti che la norma non fa alcun riferimento al prezzo dello strumento finanziario. Sarà dunque irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie una sua eventuale alterazione, che potrà essere comunque un indice di una avvenuta manipolazione.

Le altre condotte che configurano l'illecito in esame sono contemplate al terzo comma che punisce *“le operazioni o gli ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all’offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari”* (lett. a), nonché *“le operazioni od ordini di compravendita che consentono, attraverso l’azione di una o più persone che agiscono in concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale”* (lett. b), e *“le operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifizî od ogni altro tipo di inganno od espediente”* (lett. c).

Quest'ultima formula rappresenta sicuramente una “clausola aperta”, all'interno della quale la Consob potrebbe far rientrare condotte non riconducibili agli altri modelli. D'altra parte, l'intento del legislatore è quello di delineare un sistema amministrativo in grado di abbracciare tutte le condotte manipolative, un sistema che non sia una “coperta corta” in un settore così importante²⁹⁰.

3.3. I rapporti tra le fattispecie penali e amministrative e le problematiche connesse.

Ricostruire il rapporto tra le diverse fattispecie non è così immediato.

La questione potrebbe sembrare risolta dall'art. 9 della L. 24 novembre 1981 n. 689 (cd. legge sulla depenalizzazione) ai sensi del quale, quando un fatto è punito sia con una disposizione penale che con una amministrativa, trova applicazione la disposizione speciale. La disamina delle diverse fattispecie appena affrontata basta però per accorgersi che permangono dei dubbi ermeneutici.

Per quando riguarda la manipolazione del mercato, diverse sono le tesi avanzate dalla dottrina.

Secondo una prima tesi, l'*incipit* dell'art. 187ter, *“Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”*, configurerebbe un rapporto di specialità bilaterale, da

²⁸⁹ Cfr. Cass.pen., sez. VI, 16 marzo-3 maggio 2006, n. 15199

²⁹⁰ Così M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, op.ult.cit. p. 81

risolversi o attraverso l'art. 9 della l. n. 689/2009 o attraverso il principio di consunzione, in base al quale il delitto (fattispecie più grave) consumerebbe ed escluderebbe l'illecito amministrativo (figura meno grave)²⁹¹. Secondo altri autori invece, la norma di cui all'art. 187ter costituirebbe una deroga al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge già citata, ammettendo il concorso tra le fattispecie, temperato dall'art. 187terdecies.

La giurisprudenza dal canto suo, prima della sentenza *Grande Stevens*, si è sforzata di evidenziare le differenze intercorrenti tra gli artt. 184 e 187ter. Nella sent. Cass.pen., Sez. VI, 3 maggio 2006, n. 15199, si legge per esempio che: *“Le fattispecie previste dagli artt. 185 e 187-ter del d.lgs. n. 58 del 1998, entrambe riferite a casi di manipolazione del mercato, presentano alcuni elementi differenziali che agevolano la risoluzione dei problemi applicativi. In particolare, tra tali elementi di differenziazione, oltre ad una più dettagliata previsione delle condotte punibili, vi è il riferimento al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato, presente solo nella disposizione penale. L'art. 185 del d.lgs.cit., infatti, punisce chiunque ponga in essere operazioni simulate o altri artifici che siano concretamente idonei a provocare una “sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari”, mentre nella previsione di cui all'art. 187-ter d.lgs.cit. manca ogni riferimento a tale dato quantitativo ed alla stessa “idoneità” della condotta”*. Più avanti, la stessa sentenza sottolinea la diversa natura dei due illeciti, uno di pericolo concreto (la fattispecie penale), uno di pericolo astratto (la fattispecie amministrativa): *“la disposizione cui all'art. 187ter non è riferibile a condotte qualificabili lato sensu come “truffaldine” o “artificiose”, in quanto realizza una tutela anticipata, attraverso la minaccia di sanzioni amministrative che colpiscono singole condotte astrattamente in grado di produrre un “disturbo” dei mercati finanziari. Una linea distintiva ai fini dell'applicazione delle due disposizioni può individuarsi proprio nella presenza di condotte dirette a realizzare operazioni simulate o altri artifici, nonchè in quei casi in cui tali azioni siano idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari. **Soltanto quando non vi siano condotte così tipizzate e manchi siffatta idoneità alterativa potrà***

²⁹¹ Cfr. C.E. PALIERO, “Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr.mer.*, 2005, 809

trovare applicazione l'illecito amministrativo di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187ter, che si caratterizza appunto come fattispecie di pericolo astratto.”

Per quanto riguarda l'abuso di informazioni privilegiate, è impossibile individuare degli elementi di specialità tra la fattispecie penale e quella amministrativa, a causa della medesima formulazione. Il criterio di cui all'art. 9 L. 689/1981 non è suscettibile di applicazione²⁹².

Oltretutto, anche nell'incipit dell'art. 187 si rinviene la clausola “*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*”, la cui interpretazione abbiamo visto non essere pacifica in dottrina.

Secondo alcuni²⁹³ la clausola è espressione del principio di consunzione, nel senso che in caso di concorso formale tra la norma amministrativa e quella penale, la seconda avrebbe escluso, consumandola, la prima. Secondo la dottrina maggioritaria invece, la clausola, “*per vero inconsueta*”, si riferisce “*a una situazione nella quale il fatto (il medesimo fatto), qualora costituisca reato, importa l'applicazione anche delle sanzioni amministrative*”²⁹⁴.

Il rapporto tra le fattispecie amministrative e quelle penali deve dunque risolversi nel senso dell'ammissibilità del concorso tra le due, poiché nei casi in cui il legislatore abbia inteso escluderlo, ha utilizzato la formula “salvo che il fatto costituisca reato”²⁹⁵. Peraltro, questa lettura è in linea con l'intenzione della direttiva di garantire una tutela rafforzata al mercato, e con gli articoli 187*duodecies* e 187*terdecies*: il primo sancisce l'autonomia dei due procedimenti, penale ed amministrativo, in relazione ai “medesimi fatti”; il secondo prevede che della sanzione penale debba essere eseguita solo la parte che residua a quella già riscossa in sede amministrativa.

Nell'ordinamento italiano è quindi ammissibile che lo stesso fatto di *insider trading* o manipolazione del mercato sia sanzionato sia come delitto, a seguito di un procedimento penale, tenuto di fronte all'autorità giudiziaria, sia come illecito amministrativo, a seguito di un procedimento tenuto di fronte all'autorità

²⁹² La criticità di questo punto è sottolineata dalla Corte di Cassazione, Sez. VI, nella stessa sent. n. 15199 del 3 maggio 2006 che parla di “*una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi*”.

²⁹³ Cfr. C.E. PALIERO, “Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr.merito*, 2005, 810 ss.

²⁹⁴ Cit. F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, op.ult.cit. p.74. Riconosce il cumulo sanzionatorio anche E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Dir.pen.cont.*, 23 dicembre 2016

²⁹⁵ In questo senso A. GARGANI, *Commento agli artt. 187bis-187septies t.u.f.*, in *Legisl.pen.* 2006, 95

amministrativa cui è attribuito il compito fondamentale di assicurare la trasparenza del mercato: la Consob.

Numerosi sono i problemi che solleva la scelta del doppio binario.

Il primo è il ruolo ambiguo della Consob. Quest'ultima, infatti, non solo gestisce sia la fase investigativa che quella decisoria nell'ambito del procedimento amministrativo, circostanza di per sé già problematica²⁹⁶, ma si inserisce anche nel procedimento penale: vi può infatti dare impulso, perché il Presidente della Consob, laddove ravvisi degli elementi indici della commissione di un reato, è tenuto, ai sensi dell'art. 187*decies*, comma 2, t.u.f., a trasmettere al pubblico ministero una relazione scritta con la documentazione raccolta. Tale documentazione peraltro può essere raccolta tramite ispezioni, intercettazioni, perquisizioni, potendosi avvalere anche della Guardia di Finanza (art. 187*octies* t.u.f.)²⁹⁷. Il rischio che si cela sotto questa previsione risiede nel fatto che l'autorità giurisdizionale si conformi alla selezione delle condotte penalmente rilevanti effettuata di volta in volta dal Presidente della Consob, “*trasformando così la norma penale in uno strumento di repressione adeguabile al caso concreto*”²⁹⁸.

Per comprendere la portata dell'ulteriore problema che origina dalla scelta del doppio binario, si può fare riferimento all'entità delle sanzioni amministrative: la sanzione pecuniaria può variare tra un minimo edittale di ventimila euro ed un massimo di tre milioni di euro per l'*insider trading* e tra un minimo di ventimila euro ed un massimo di cinque milioni per le manipolazioni di mercato. Inoltre, l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie comporta anche l'applicazione obbligatoria delle sanzioni amministrative accessorie previste all'art. 187*quater*, comma 1, t.u.f. che sono: a) la perdita dei requisiti di onorabilità per gli esponenti aziendali ed i partecipanti al capitale dei soggetti abilitati, delle società di gestione del mercato, nonché per i revisori e i promotori finanziari; b) l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate e di società appartenenti al medesimo gruppo di società quotate, per i loro esponenti aziendali. A

²⁹⁶ Per un approfondimento sul tema vedi tra gli altri D. FONDAROLI, *La Consob e gli abusi di mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit. p. 78

²⁹⁷ Approfondisce il ruolo della Consob nel processo penale A.F. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, op.ult.cit.

²⁹⁸ Cit. M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, op.ult.cit. p. 82

questo quadro, già di per sé preoccupante per la sua afflittività, si aggiunge la confisca obbligatoria del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo; qualora questo non sia materialmente possibile, è prevista la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità per un valore equivalente.

Di fronte ad un siffatto quadro sanzionatorio è dunque opportuno porsi due interrogativi: si tratta davvero di sanzioni amministrative o si è di fronte a delle sanzioni sostanzialmente penali? Il sistema è compatibile con il principio del *ne bis in idem*, come delineato dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea? La risposta, di facile intuizione, è come si è accennato negativa. La sentenza della Corte EDU *Grande Stevens c. Italia* ha censurato il doppio binario sanzionatorio poiché, alla luce dei criteri *Engel*, le sanzioni amministrative sono in realtà da considerarsi sostanzialmente penali²⁹⁹.

4. Le nuove fonti normative in tema di *market abuse*: la Direttiva 2014/57/Ue e il Regolamento (Ue) n. 596/2014

Tutte le problematiche di effettività connesse alla Direttiva 2003/6/CE hanno portato il legislatore eurounitario del 2014 ad un cambiamento di rotta nella strategia di contrasto al *market abuse*, attuato con l'emanazione della direttiva 2014/57/Ue (d'ora in avanti MAD II) e del regolamento (Ue) n. 596/2014³⁰⁰ (d'ora in avanti MAR).

Si parla di una inversione di rotta in quanto la struttura del sistema sanzionatorio degli abusi di mercato si basa oggi sull'obbligatorietà della sanzione penale e nella mera discrezionalità della sanzione amministrativa, sul presupposto che la prima sia dotata di una maggiore forza repressiva e dissuasiva rispetto alla seconda, la quale è stata ritenuta inadeguata a tutelare l'integrità del mercato e la fiducia degli investitori.

Certo è difficile giustificare una tale affermazione. L'efficacia intimidatoria di una sanzione non dipende tanto dal suo livello di severità, quanto dalla effettività della sua applicazione³⁰¹. Questo conferma l'adequatezza della sanzione amministrativa, e per

²⁹⁹ Il tema verrà affrontato in maniera organica nel capitolo successivo.

³⁰⁰ La scelta del regolamento è da considerarsi funzionale alla necessità di non lasciare agli Stati membri la discrezionalità che aveva creato problemi di effettività nella vigenza della precedente direttiva. Il regolamento europeo è infatti una norma *self-executive*: non ha bisogno di provvedimenti nazionali di recepimento, poiché è direttamente applicabile e vincolante.

³⁰¹ Di questo non si può dubitare. Cfr. P. SORBELLO, *Il ne bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, op.ult.cit. p. 63, che sapientemente richiama nel suo scritto le parole di C. BECCARIA nella sua celebre opera *Dei delitti e delle pene* del 1764, in cui si legge: "*quanto più la pena sarà pronta e più vicina al delitto commesso ella sarà tanto più giusta e utile [...]; quanto è minore la distanza nel tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto*

comprenderlo a pieno è sufficiente guardare al caso, già citato, *Grande Stevens*: le sanzioni emesse all'esito del procedimento amministrativo divennero definitive nel 2009, mentre il processo penale si concluse nel 2013 con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Ad ogni modo, il legislatore comunitario era consapevole che per tutelare in maniera effettiva il mercato fosse necessario attuare delle regole più chiare, rigorose e uniformi, che fossero in grado di *“ridurre la complessità normativa per i partecipanti al mercato”*, derivante dalle divergenze tra le legislazioni nazionali (cfr. considerando 3 e 4 del regolamento). I regimi sanzionatori degli Stati membri, caratterizzati da sanzioni deboli e scarsamente dissuasive nella loro eterogeneità, si sono rivelati *“insufficienti a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire e combattere gli abusi di mercato”* (considerando n. 5 direttiva).

Da qui la necessità di prevedere questo binomio normativo: alla direttiva è assegnato il compito di fissare delle norme a contenuto minimo *“con riguardo alla definizione di **reati** commessi da persone fisiche, sulla responsabilità delle persone giuridiche e sulle relative sanzioni”* (considerando n. 7 della direttiva), mentre al regolamento spetta la definizione delle *“coordinate sostanziali di riferimento per la materia”*³⁰² e la fissazione delle **sanzioni amministrative** che le autorità nazionali possono irrogare.

Il legislatore eurounitario non ha quindi rinunciato al presidio delle sanzioni amministrative e dunque, al doppio binario. Nel considerando n. 71 del regolamento si legge infatti che *“è opportuno prevedere una serie di sanzioni amministrative e altre misure amministrative per assicurare un approccio comune negli Stati membri e potenziarne l'effetto deterrente”*: per quanto quindi le sanzioni amministrative siano facoltative, sono raccomandate. Addirittura il considerando 22 della direttiva precisa che *“gli obblighi previsti nella presente direttiva di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014”*. Questo rigore sanzionatorio è leggermente attenuato dalla seconda parte

più è forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena, talchè sensibilmente si considerano uno come cagione e l'altro come effetto necessariamente immancabile”.

³⁰² Cit. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 76

del medesimo considerando che fa salvo il caso in cui gli Stati membri *“abbiano deciso, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale.”*. La stessa clausola si trova nell’art. 30, comma 1, capoverso, del regolamento, ai sensi del quale *“Gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni di cui alle lettere a) o b) di tale comma sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016.”*. Il considerando 23 della direttiva prescrive inoltre 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”*. A tale principio fanno riferimento anche il considerando n. 27 della direttiva e il n. 77 del regolamento: in entrambi si legge che le due fonti rispettano i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta di Nizza, tra i quali il *ne bis in idem*; le due fonti vi si autodichiarano conformi nonostante sostanzialmente raccomandino agli Stati di prevedere un doppio binario sanzionatorio, oltretutto senza fornire delle indicazioni su come questi possano attuarlo senza ledere i diritti fondamentali e i principi sanciti dalla Carta di Nizza, tra i quali il *ne bis in idem*. L’impresa non può dirsi facile, vista la distanza dei due interessi da bilanciare: da un lato la tutela efficace del mercato, dall’altro il rispetto dei principi contenuti della CEDU e nella Carta di Nizza.

Gli unici criteri indicati dalla normativa europea per indirizzare i legislatori e gli interpreti degli ordinamenti giuridici nazionali verso una disciplina le fattispecie di *market abuse* rispettosa dei principi della Convenzione e della Carta, attengono ai concetti di “gravità” del fatto e all’elemento psicologico della condotta. Nell’indicare agli Stati di adottare la sanzione penale per le sole condotte più gravi di abuso del mercato, il considerando n. 11 della direttiva fornisce dei parametri cui fare riferimento nella valutazione della gravità della condotta, quali ad esempio *“l’impatto sull’integrità del mercato, il profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero la perdita evitata, la misura del danno cagionato al mercato ovvero il valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati”* oppure la commissione del fatto nell’ambito di un’organizzazione criminale o la circostanza in cui la persona abbia già commesso in passato reati dello stesso genere. Per quanto riguarda invece l’elemento psicologico,

la direttiva suggerisce l'adozione della sanzione penale per le sole condotte poste in essere con dolo. Sono comunque delle indicazioni di massima, che lasciano liberi gli Stati di estendere l'area del penalmente rilevante anche a condotte che non presentano questi tratti³⁰³.

Il percorso affrontato dall'Italia per conformare la disciplina interna del *market abuse* alle indicazioni fornite dall'Unione Europea non è stato tra i più felici³⁰⁴: il d.d.l. governativo di delegazione europea 2014 escludeva la nuova direttiva del 2014 da quelle da attuare, ritenendo che l'ordinamento nazionale in materia di abusi di mercato fosse già conforme³⁰⁵.

Di diverso avviso il Parlamento, che con la *legge di delegazione europea 2014* (l. n. 114/2015), conferiva, con l'art. 11, l'incarico al Governo di dare attuazione all'intero apparato normativo europeo, ivi inclusi dunque anche la direttiva e il regolamento sul *market abuse*. Il contenuto della delega, tuttavia, non vi era menzionava le misure da attuare per quegli aspetti della disciplina penalistica lasciati dal legislatore eurounitario alla discrezionalità degli Stati membri e le poche indicazioni che erano fornite in relazione agli altri aspetti della materia erano talmente vaghe da far sorgere dubbi di legittimità costituzionale³⁰⁶.

Nonostante queste lacune, il legislatore italiano dimostrava di essere consapevole del problema del bilanciamento tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*, astenendosi tuttavia, anche in questo caso, dal fornire dei criteri per risolverlo, lasciando un ampio arbitrio al delegato³⁰⁷.

³⁰³ Nel considerando n. 21 MAD II si legge infatti che gli Stati “possono, ad esempio, stabilire che la manipolazione del mercato commessa con grave colpa o negligenza costituisca reato”.

³⁰⁴ Così lo definisce E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir.pen.cont.*, 29 maggio 2017

³⁰⁵ Cfr. 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. 9 luglio 2015, n. 114: «la direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato) [è stata espunta dalle direttive da attuare] poiché, come comunicato dal Ministero della giustizia successivamente all'approvazione preliminare, non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto l'ordinamento nazionale è già conforme»

³⁰⁶ Per un approfondimento sulla delega si veda E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Legisl.pen.*, 10.12.2015, 12 ss.

³⁰⁷ E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? op.ult.cit.*, definisce la delega una sorta di “mandato in bianco”.

Il termine per adempiere al mandato spirava senza che il Governo avesse esercitato la delega conferitagli. Oltretutto il 3 luglio 2016 entrava in vigore il MAR, che nonostante fosse direttamente applicabile, non determinava il venir meno della necessità di adeguarvi le disposizioni del TUF.

Quello stesso anno, al momento della redazione del disegno di legge che viene sottoposto annualmente alle Camere per ottenere l'incarico di provvedere all'attuazione degli atti normativi eurounitari, si ebbe una parziale fine dell'inerzia del Governo.

Infatti, nella rubrica dell'art. 7 del d.d.l. di delegazione europea del 2016 si legge che la delega al Governo è conferita per l'adeguamento della normativa nazionale al solo regolamento (UE) n. 596/2014. Erano quindi state nuovamente omesse iniziative per recepire la MAD II, trascurando in questo modo la stretta connessione tra i due strumenti normativi che si integrano vicendevolmente, generando un intreccio di misure penali e amministrative, e che condividono lo scopo di rafforzare la cooperazione europea nel contrasto agli abusi di mercato, nell'osservanza del principio del *ne bis in idem*. Tale principio era stato ritenuto violato nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* della Corte EDU che aveva censurato il doppio binario sanzionatorio italiano. Alla luce di tale censura, è difficile comprendere le ragioni per cui, ancora una volta, l'esecutivo abbia ritenuto superflui interventi sul comparto penalistico degli abusi di mercato: nella *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016*, approvato dal Consiglio dei ministri si leggeva che “*per quanto riguarda le sanzioni penali e amministrative pecuniarie previste rispettivamente dal regolamento (Ue) 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*”.

Il d.d.l. di delegazione europea del 2016 viene quindi approvato con il nuovo titolo “*Delega al governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea – Legge di delegazione europea 2016-2017*”, divenendo l. 163/2017, senza che fosse previsto alcun adeguamento alla MAD II. Si può osservare tuttavia come vi fossero degli aspetti della normativa interna che al contrario sarebbero stati meritevoli di revisione: l'ambito di applicazione delle fattispecie di *market abuse*,

l'abuso di informazioni privilegiate e comunicazione illecita delle medesime, la tipizzazione della manipolazione del mercato³⁰⁸ e soprattutto il cumulo sanzionatorio e *ne bis in idem*. Rispetto a quest'ultimo punto, l'unica indicazione che si trova nella l. 163/2017 per cercare di arginare l'incompatibilità tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem* si rinviene all'art. 8, comma 3, lett. f), in cui il legislatore impone di *“rivedere l'articolo 187-terdecies del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, prevedendo che l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate nonché disponendo che l'esecuzione delle sanzioni, penali o amministrative, aventi la medesima natura, sia limitata alla parte eccedente a quella già eseguita o scontata”*³⁰⁹.

Con il Decreto Legislativo 10 agosto 2018, n. 107 il Governo, in attuazione della Legge delega n. 163 del 2017 ha provveduto ad adeguare la disciplina nazionale in tema di abusi di mercato alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 596/2014.

L'approfondimento di questo intervento normativo si rimanda ad una parte successiva della trattazione. Per il momento può essere utile anticipare che mentre non siano state poi così incisive le modifiche alla parte sostanziale della disciplina, più osservazioni critiche fanno sorgere quelle apportate alla parte sanzionatoria, in particolar modo quelle relative all'art. 187*terdecies*.

5. Il sistema sanzionatorio degli illeciti tributari; gli interventi normativi dalla legge n. 4/1929 alla riforma del 1997.

Il primo intervento organico da parte del legislatore in materia di illeciti tributari risale alla l. 7 gennaio 1929, n. 4, che ha disciplinato sia il versante penalistico che quello amministrativo; il sistema formato era un sistema autonomo, regolato da propri

³⁰⁸ Per un approfondimento sulle differenze sussistenti sul piano sostanziale tra la MAD II e la previgente disciplina si veda E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? op.ult.cit.* p. 89, nonché F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. (Osservazioni a prima lettura sul d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107)*, in *Dir.pen.cont.*, 10 ottobre 2018

³⁰⁹ In queste parole sembrano riecheggiare i principi enunciati dalla Grande Camera della Corte EDU, sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, nella quale la Corte fa un passo indietro rispetto alla definitiva censura dei sistemi a doppio binario, adoperata con la sentenza *Grande Stevens c. Italia*. Nella più recente sentenza infatti la Corte non censura a priori il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato, ammettendone la legittimità quando il sistema formi un insieme coerente, cioè quando vi sia tra i due procedimenti una sufficiente connessione sostanziale e temporale. Tale connessione può essere desunta da diversi fattori, come per esempio la conduzione congiunta delle indagini o dal raccordo tra le due sentenze.

principi che evidenziavano la concezione del diritto tributario, comprensivo anche dell'apparato sanzionatorio, come "particolare" rispetto agli altri settori dell'ordinamento³¹⁰. Questo, nell'ottica del legislatore, giustificava una disciplina peculiare della materia, orientata a garantire la regolare percezione dei tributi.

Se è vero che un tale particolarismo, per quanto riguarda il piano amministrativo, era giustificato dall'assenza di una disciplina generale dell'illecito amministrativo (introdotta solo con l. 689/1981), tale situazione non si presentava rispetto al diritto penale, che vedeva in quegli anni la redazione del codice penale del 1930; nonostante questo il legislatore ha ritenuto comunque di adoperare una "logica di settore" e creare delle disposizioni *ad hoc* per la materia tributaria.

L'idea che il diritto tributario avesse delle proprie esigenze particolari venne portata avanti fino al XXI secolo, nonostante nel corso degli anni le idee del legislatore sul rapporto tra illecito penale e amministrativo siano mutate, risentendo anche – forse – dell'opinione pubblica.

Come nel codice Rocco, anche nella l. 4/1929 venne adottato il principio della tipicità delle sanzioni penali: all'art. 2 si leggeva che *"costituisce delitto o contravvenzione la violazione di una norma contenuta nelle leggi finanziarie per la quale è stabilita una delle pene previste dal codice penale per i delitti, o rispettivamente per le contravvenzioni"*; all'art. 3 si leggeva che *"Le leggi finanziarie stabiliscono quando dalla violazione delle norme in esse contenute e che non costituisca reato, sorga per il trasgressore l'obbligazione al pagamento di una somma, a titolo di pena pecuniaria, a favore dello Stato. L'obbligazione ha carattere civile."*; all'art. 5 che: *"per le violazioni previste negli artt. 2 e 3 le leggi finanziarie possono stabilire, in aggiunta alle sanzioni ivi indicate, che il trasgressore sia obbligato al pagamento di una sopratassa in favore dello Stato"*.

Era così chiarita la differenza tra illeciti amministrativi e penali: si trattava di illecito penale ogniqualvolta nella legge finanziaria si fosse trovata una sanzione della multa, dell'ammenda, della reclusione o dell'arresto; si trattava invece di illecito amministrativo quando la violazione era punita con una semplice "pena pecuniaria"³¹¹.

³¹⁰ Così P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Verona, 2005

³¹¹ In sostanza il criterio per distinguere tra illeciti penali ed illeciti amministrativi era quello del *nomen iuris*, utilizzato per indicare le diverse tipologie di sanzioni. (cfr. art. 2 della legge).

La legge si occupava anche di regolare i rapporti tra le sanzioni penali e quelle non penali, prevedendo che, se il fatto era previsto come reato si sarebbero applicate le sanzioni del codice penale; se il fatto non costituiva reato, la sanzione consisteva nel pagamento di una pena pecuniaria avente natura civile-amministrativa. Era prevista oltretutto la possibilità di aggiungere una soprattassa a favore dello Stato, per entrambe le violazioni, che era concepita proprio come un risarcimento per l'Erario per il mancato pagamento del tributo³¹².

In buona sostanza il criterio era quello dell'alternatività, garantita soprattutto dal meccanismo di cui all'art. 21, la cd. pregiudiziale tributaria³¹³: una simile scelta manifesta la volontà del legislatore di non fare un largo utilizzo della pena detentiva. Se lo scopo della disciplina era quello di garantire la regolare riscossione dei tributi e la finalità della sanzione era quella di assicurare un ristoro all'Erario che aveva subito un danno a causa delle condotte di evasione d'imposta o di inosservanza di obblighi formali, la risposta sanzionatoria più logica ed utile poteva essere per il legislatore, il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Solo con le riforme degli anni '70 venne riconosciuto al diritto penale uno spazio operativo maggiore³¹⁴: precisamente fu il d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 ad introdurre all'art. 56 delle pesanti pene detentive per i fatti da considerarsi più gravi o per le modalità della condotta, posta in essere con lo scopo di evadere, o per l'entità dell'evasione realizzata. La pena della reclusione arrivava a toccare la soglia dei cinque anni nel massimo edittale, mentre la pena dell'arresto i tre anni.

A questo si aggiungeva un ampio ventaglio di sanzioni accessorie, tra le quali interdizione dai pubblici uffici, da una professione o da un'arte, la cancellazione dall'albo ecc.; misure che peraltro scattavano automaticamente all'intervenire di una condanna, anche minima, alla reclusione o all'arresto e ad una multa di importo superiore ad un milione.

³¹² Tale la chiara ricostruzione del sistema sanzionatorio effettuata da C.F. GROSSO, *Sanzioni penali e sanzioni non penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 4, 1978

³¹³ La pregiudiziale tributaria era una condizione di procedibilità, enunciata all'art. 21 della l. 4/1929: l'azione penale per gli illeciti previsti in materia di imposte dirette, il cui accertamento richiedeva la quantificazione dell'evasione attraverso l'applicazione di norme tributarie, non poteva essere esercitata fino a quando non fosse stato definito il giudizio tributario.

³¹⁴ Prima di questo momento, nel 1958 venne emanato il t.u. n. 645, nel quale fecero timidamente ingresso anche le sanzioni detentive ma rimasero "*largamente dominanti quelle pecuniarie*". Così ancora C.F. GROSSO, *Sanzioni penali e sanzioni non penali*, *op.ult.cit.*

Le riforme del '71-'73 vennero comunque criticate dalla dottrina la quale riteneva che queste avessero generato confusione: non fu una riforma generale del sistema sanzionatorio tributario, ma piuttosto si sostanziò in interventi mirati che generarono dei microsistemi sanzionatori, ciascuno con caratteristiche proprie, e una propria disciplina sostanziale e procedimentale del tributo a cui si riferivano³¹⁵. Tale aspetto di confusione e illogicità veniva contestato anche il relazione ad alcune previsioni specifiche come il primo comma dell'art. 56 che subordina la punibilità delle dichiarazioni omesse, incomplete o infedeli, al fatto che *“l'imposta relativa al reddito accertato sia superiore a cinque milioni di lire”*; in questo modo l'irrogazione della sanzione penale sarebbe scattata non in ragione del danno causato all'erario, bensì dell'appartenenza dell'evasore ad una determinata fascia di reddito³¹⁶.

Un ulteriore aspetto criticato dalla dottrina fu il cambiamento della veste della sopratassa: dall'aver una funzione risarcitoria nei confronti dell'Erario che aveva subito un danno, divenne una vera e propria sanzione amministrativa, irrogabile in via autonoma, alternativa alla pena pecuniaria, ed avente finalità afflittiva³¹⁷.

Nel 1981, precisamente il 24 novembre, entrò in vigore la legge n. 698 che si occupava di fornire una disciplina generale delle sanzioni amministrative. Sembrava che con la sua approvazione potesse avvenire una riforma del sistema sanzionatorio tributario: fu infatti il primo intervento del legislatore volto a regolare in maniera organica il diritto punitivo amministrativo.

Sin da subito nacquero numerosi problemi di raccordo e di coordinamento con la l. 4/1929, ormai obsoleta e in parte abrogata dai diversi interventi normativi susseguitesi negli anni successivi alla sua introduzione.

A questo punto era necessario operare una scelta: attribuire alle sanzioni amministrative una natura risarcitoria, come era per la l. 4/1929, oppure afflittiva, come previsto, invece, dalla L. 689/1981. Questa scelta era orientata alla definizione

³¹⁵ Cfr. L. DEL FEDERICO, *Violazioni e sanzioni amministrative nel Diritto Tributario*, in AA.VV. *Lezioni di Diritto Tributario sostanziale e processuale*

³¹⁶ Non tutta la dottrina si mostrava però interamente critica a riguardo: C.F. GROSSO, *Sanzioni penali e sanzioni non penali*, *op.ult.cit.* p. 93 per esempio elogia le scelte politico-criminali adottate ed in particolare la depenalizzazione di molti illeciti minori e l'aver dato largo spazio alle sanzioni pecuniarie fiscali, il cui importo era proporzionale all'entità dell'imposta evasa. Si pensi che i limiti edittali della multa variavano da un minimo di centomila ad un massimo di un milione di lire.

³¹⁷ Cfr. Cass. civ., SS. UU., 6 maggio 1993, n. 5246, in Giust. civ. Mass. 1993, 821.

dei criteri generali cui dovesse ispirarsi la materia: quelli tipici e particolari della l. n. 4 o quelli ispirati alla logica penalistica, della l. n. 689³¹⁸.

La dottrina non ebbe dubbi e chiese a gran voce che i principi desumibili dalla l. 689/1981 venissero estesi anche all'ambito tributario. Tuttavia, sia il legislatore che la giurisprudenza si dimostrarono insensibili ai reclami della dottrina, l'uno mantenendo integralmente in vigore la legge del '29, l'altra concludendo che *“in materia di elemento soggettivo delle sanzioni amministrative connesse a violazioni di legge tributarie, non trovano applicazione i principi generali della l. 24 novembre 1981, n. 689, ma quelli della l. 7 gennaio 1929, n. 4”*³¹⁹.

La Suprema Corte quindi non fece altro che confermare i grandi problemi di coordinamento tra la disciplina generale delle sanzioni amministrative e il settore tributario: un intervento del legislatore si rendeva necessario, o nel senso di sostituire la l. 4/1929, o di aggiornarla, rendendola più adeguata ai tempi e alle modifiche intercorse negli anni³²⁰.

Nel 1982 arrivò una nuova riforma, introdotta con l. 516/1982 e che operò sul versante penale: la crescita del fenomeno evasivo, che ormai era percepito come un *“crimine contro la collettività”*³²¹, aveva fatto nascere la consapevolezza dell'inidoneità ed inefficacia del sistema fino a quel momento vigente, basato su fattispecie di evasione e sulla pregiudiziale tributaria. La strada scelta dal legislatore del 1982 fu quella di *“spostare il baricentro degli illeciti tributari dal momento dell'evasione a quello della violazione di regole formali”*.³²² Furono introdotte quindi fattispecie la cui rilevanza era svincolata da una effettiva condotta di evasione e invece ancorata a condotte prodromiche; l'intenzione era quella di ampliare la sfera di criminalizzazione ed assicurare la funzione preventiva e dissuasiva del sistema³²³.

³¹⁸ Tra i principi tipici del diritto penale accolti dalla legge in parola ci furono quello della personalità della responsabilità, fondata sul fatto proprio e colpevole dell'autore dell'illecito.

³¹⁹ Cit. sentt. Cass. civ., SS. UU., 8 gennaio 1993, n. 125, in Giust. civ. mass. 1993, 21.

³²⁰ F. BATISTONI FERRARA, *La riforma del sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in Riv. Della Guardia di Finanza, 1997, 4, pp. 1429 e ss., che, in merito alla l. 4/1929 sottolinea che si era *“venuto gradatamente oscurando il suo nitido disegno sia in conseguenza dell'alluvionale e assai spesso disordinata produzione legislativa sanzionatoria, sia in conseguenza del mutato assetto sostanziale del nostro sistema normativo”*.

³²¹ Cfr. I. CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto d'imposizione fiscale*, Bologna, 1992, cit. p. 12

³²² Cit. P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, op.ult.cit., p. 92

³²³ Esplicito in questo senso l'incipit del disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri alla Camera dei Deputati il 13 luglio 1982: *“La trasformazione del sistema tributario da sistema a base ristretta in sistema di massa, tipico degli ordinamenti non censitari, impedisce l'estensione dei controlli di massa delle dichiarazioni, data la capacità operativa degli uffici*

La sanzione penale era quindi concepita in una prospettiva meramente sanzionatoria, cioè come uno strumento idoneo a colpire qualsiasi violazione formale, senza alcun filtro che selezionasse le fattispecie rilevanti, realmente offensive del bene giuridico tutelato: l'interesse dell'erario alla percezione dei tributi.

L'attenzione venne spostata sulla tutela delle norme tributarie procedurali, attribuendo una rilevanza centrale al bene giuridico della "funzione di accertamento"; l'attività di controllo e accertamento, nell'ottica della l. 516/1982 era fondamentale per garantire la trasparenza fiscale e di conseguenza le norme che la regolavano dovevano essere garantite sanzionandone penalmente le violazioni³²⁴.

Dall'assecondare la tutela sul piano procedimentale deriva la costruzione di fattispecie di pericolo non solo astratto, bensì presunto, rispetto all'unico bene che può avere rilevanza nell'ottica del principio di offensività e cioè quello dell'erario ad una regolare percezione dei tributi. Consapevole di questo, il legislatore comminava pene modeste, dotate di una scarsa forza afflittiva e spesso obblabili: aveva sostanzialmente creato un sistema in teoria altamente repressivo ma in pratica scarsamente afflittivo.

Il risultato di questo nuovo sistema, basato sulla punizione di condotte prodromiche ad una effettiva lesione - nonché di una effettiva messa in pericolo - del bene giuridico comportarono la proliferazione di procedimenti penali, con un conseguente allungamento dei tempi processuali. Il sistema non era agevolato neanche dall'eliminazione della pregiudiziale tributaria, sostituita dalle soglie di punibilità, dal momento che anche per determinare il loro superamento era necessaria un'integrazione istruttoria di natura tecnica avente ad oggetto l'accertamento tributario.

Mutò inoltre la struttura del sistema sanzionatorio, che passò da un doppio binario alternativo ad un doppio binario cumulativo. L'art. 10 l. 516/1982 disponeva che *"l'applicazione delle pene previste dal presente decreto non esclude l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle disposizioni vigenti in materia di imposte dirette e di valore aggiunto"*: era quindi possibile applicare congiuntamente sanzione penale

necessariamente ridotta, che squilibra il rapporto accertamento-dichiarazioni. Per questo, l'efficacia del sistema di accertamento e sanzioni non può consistere nella capacità di reprimere, ma in quella di prevenire e dissuadere: essendo impossibile generalizzare accertamenti e sanzioni, occorre generalizzarne gli effetti preventivi e dissuasivi, evidenziando preventivamente i termini di convenienza dell'evasione".

³²⁴ Cfr. P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, op.ult.cit. p. 95, nonché E. LO MONTE, *L'illecito penale tributario tra tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Padova, 1996

e sanzione pecuniaria amministrativa, per le violazioni in materia di imposte dirette e di IVA e in ogni altro caso in cui vi fosse un richiamo espresso a tale disposizione.

In sostanza, l'aver optato per attribuire una maggiore forza allo strumento penale non riuscì, a produrre gli effetti auspicati; anzi, ottenne risultati contrari ai propositi stessi.

Ad ogni modo, tornando sul piano amministrativo, solo nel 1996 si trovò una reale soluzione ai problemi di coordinamento tra la l. del 1929 e quella del 1981: in quell'anno il Governo elaborò una delega³²⁵ allo scopo di ridefinire la disciplina in materia di sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie e le sanzioni riferite alle singole leggi d'imposta.

Per una riforma degli illeciti tributari penali invece si dovrà attendere il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

5.1. Il d.lgs. 472/1997 e il d.lgs. 74/2000

La legge delega 26 dicembre 1996 n. 662 portò all'emanazione di tre decreti legislativi delegati, in forza della delega contenuta nell'art. 3, co. 133: il d.lgs. 471/1997 *“Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi”*; il d.lgs. 472/1997 *“Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie”*; il d.lgs. 473/1997 *“Revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti”*.

Di particolare rilievo per la nostra trattazione è il secondo decreto, che si occupa di disporre i principi generali in materia di sanzioni amministrative per la violazione delle norme tributarie.

L'intervento legislativo fu accolto con favore dalle forze politiche dell'epoca, consapevoli dell'inadeguatezza della L. 4/1929 e della necessità di allineare il sistema delle sanzioni amministrative tributarie al sistema generale delle sanzioni, rimediando all'intervento di riforma degli anni '70³²⁶.

³²⁵ L. 23 dicembre 1996, n. 662.

³²⁶ Cfr. F. TESAURO, *Una riforma a doppia velocità*, in *Il Sole 24 Ore*, Norme e Tributi, 3 ottobre 1997, n. 270, p. 21

Le disposizioni contenute nel d.lgs. 472/1997 costituiscono una disciplina autonoma della materia: i principi generali che si trovano all'interno rispecchiano quelli previsti dalla l. 689/81, ma non sono rispetto a questa speciali. Certo è che in caso di lacune, l'interprete potrà fare sia riferimento alla legge generale sulle sanzioni amministrative, sia alla disciplina del codice penale; la seconda opzione appare sicuramente preferibile, essendo il codice penale più completo ed omogeneo³²⁷.

L'articolo 1 del decreto definisce subito il suo ambito di applicazione: *“Il presente decreto stabilisce le disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria.”*. Per la prima volta dopo la legge del 1929 si introduce un'omogenea disciplina generale dell'illecito tributario amministrativo, prendendo atto della natura *“punitiva”* dello stesso³²⁸.

Tra le due alternative enunciate pocanzi rispetto alla natura da attribuire alle sanzioni amministrative tributarie, risarcitoria o afflittiva, il legislatore del '97 ha optato per una concezione punitiva di tali sanzioni, attribuendo loro lo scopo di perseguire il soggetto che abbia commesso una violazione ed un'efficacia dissuasiva ed afflittiva: il sistema sanzionatorio amministrativo viene modellato su quello penale. Di questo ne è la riprova il fatto che molti dei principi enunciati nel d.lgs. 472/1997 si rinvenivano anche nel codice penale: all'art. 2, comma 2, è enunciato il principio di personalità, leggendosi nella norma che *“la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione”*³²⁹; all'art. 3 co. 1 è enunciato il principio di legalità e della irretroattività della legge penale, in forza dei quali sia le sanzioni che il fatto vietato devono essere previsti dalla legge o da atti a questa equiparati, entrati in vigore prima della commissione del fatto; all'art. 4 si trova il principio di imputabilità, in forza del quale la sanzione può essere irrogata solo se chi ha commesso il fatto aveva la capacità di intendere e di volere; all'art 5, il principio di colpevolezza che ammette la punibilità del soggetto solo se ha posto in essere l'azione o l'omissione con coscienza e volontà, dolosa o colposa. Si può notare tra

³²⁷ Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2015, pp. 309-312.

³²⁸ Così P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, op.ult.cit. p. 96

³²⁹ Questa fu una grande ed importante innovazione, di segno del tutto contrario rispetto alla legge del '29 e alle riforme degli anni Settanta che invece attribuivano rilevanza agli aspetti oggettivi della violazione. In particolare, la giurisprudenza sosteneva che le sanzioni della legge del '29 fossero riferibili esclusivamente al soggetto passivo d'imposta, persona fisica o giuridica, ed escludeva forme di responsabilità solidale di soggetti diversi per il pagamento di tali sanzioni.

Per un approfondimento sul tema dei soggetti responsabili si rinvia a P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, op.ult.cit

l'altro che i commi 2 e 3 del sopracitato art. 3, nel prevedere che se in un momento successivo alla commissione del fatto entra in vigore una legge con un trattamento più tenue o viene meno del tutto la norma sanzionatoria, al soggetto debba essere applicato il nuovo e più favorevole regime, si ispirino chiaramente al principio del *favor rei*.

Vi sono comunque delle differenze con il sistema penale: per esempio, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, nel caso in cui la violazione di una norma tributaria comporti l'applicazione di una sanzione amministrativa, vige una presunzione di colpa nei confronti del contravventore, che avrà l'onere di dimostrare il contrario.

Un aspetto significativo del d.lgs. 472/1997 è l'unificazione della sopratassa e della pena pecuniaria: l'art. 2, comma 1, infatti stabilisce che *“le sanzioni amministrative previste per la violazione di norme tributarie sono la sanzione pecuniaria, consistente nel pagamento di una somma di denaro, e le sanzioni accessorie”*. Non vi è menzione della sopratassa; il motivo lo spiega specificamente l'art. 26, comma 1: *“il riferimento alla sopratassa e alla pena pecuniaria, nonché ad ogni altra sanzione amministrativa, ancorché diversamente denominata, contenuto nelle leggi vigenti, è sostituito con il riferimento alla sanzione pecuniaria, di uguale importo”*. Notevole la semplificazione effettuata dal legislatore, eliminando alla radice i dubbi sulla funzione e la natura della sopratassa e della sanzione pecuniaria e la soluzione da applicare ai problemi pratici che da esse provenivano³³⁰.

L'ammontare della sanzione pecuniaria può essere fisso, come nel caso della sopratassa, o variabile, come nel caso della sanzione pecuniaria. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 3, d.lgs. 472/1997 la somma irrogata a titolo di sanzione non produce interessi; tale previsione è una novità rispetto al sistema precedente nel quale, invece, gli interessi maturavano non solo sul tributo ma anche sulla sopratassa³³¹.

È l'art. 7 che individua i criteri per la quantificazione della sanzione effettivamente irrogabile: *“si ha riguardo alla gravità della violazione desunta anche dalla condotta dell'agente, all'opera da lui svolta per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze, nonché alla sua personalità e alle condizioni economiche e sociali”*. In sostanza la disposizione conferisce agli organi che irrogano un potere discrezionale

³³⁰ Così E. DE MITA, *Le scorie fiscali di una buona riforma*, in *Il Sole 24 Ore*, Norme e Tributi, 11 aprile 1997, n. 99, p. 21.

³³¹ Cfr. G. MARONGIU, *A proposito di legittimità costituzionale degli interessi tributari di mora*, in *Giur. it.*, 1969, I, p. 6.

analogo a quello attribuito al giudice penale dall'art. 133 c.p. Nello stesso articolo sono previste delle aggravanti per coloro che nei tre anni precedenti, hanno posto in essere *“un'altra violazione della stessa indole”* cioè *“una violazione delle stesse disposizioni e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono e dei motivi che le determinano o per le modalità dell'azione, presentano profili di sostanziale identità”*.

Per quanto riguarda invece il piano penalistico, si è visto come la l. 516/1982, caratterizzata da un'anticipazione della tutela penale, che puniva condotte prodromiche ad un'evasione fiscale e quindi solo astrattamente idonee a cagionare un danno all'erario, si era rivelata una scelta decisamente non vincente: l'effetto di questa politica criminale, infatti, fu quello di una proliferazione di procedimenti per reati tributari, molti dei quali relativi a fatti di lieve entità.

Con d.lgs. 74/2000 che ha dato attuazione all'art. 9, L. 205/1999 *Delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario*, il legislatore ha quindi provveduto a riformare il sistema sanzionatorio penale degli illeciti tributari, con lo scopo di garantire un sistema di repressione di tali illeciti più coerente ed efficace. A tal fine il legislatore restrinse il catalogo delle fattispecie penalmente rilevanti a quelle che costituivano una più grave aggressione agli interessi fiscali dell'erario e connotate da dolo specifico di evasione: gli illeciti penali sono concentrati *“sui soli fatti direttamente correlati, tanto sul versante oggettivo che su quello soggettivo, alla lesione degli interessi fiscali, con correlata rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente “formali” e “preparatorie”*³³².

L'intervento riformatore, ispirato a questi principi fu elogiato dalla dottrina, in cui si legge: *“tali principi costituiscono un chiarissimo programma politico-criminale che persegue un apprezzabilissimo obiettivo: rompere con il passato della penalizzazione a tappeto, fondato su figure di reato prodromiche all'evasione e rivoluzionare il sistema, riportandolo nell'alveo del diritto penale minimo, lesivo di beni giuridici di consistenza afferrabile e rispettoso del principio di offensività, oltre che di*

³³² Cit. par. 1 della relazione governativa, in *Guida dir.*, fasc. 14/2000, p. 31 ss.

Potrebbero far sorgere dei dubbi in merito quelle fattispecie che prescindono dal “momento evasivo” come quella contemplata all'art. 2 di *“Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”* o quella di cui all'art. 10 *“occultamento o distruzione di documenti contabili”*. Per un approfondimento di questa tematica e sulla compatibilità anche di tali fattispecie con il principio di offensività si veda P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, op.ult.cit. p.98

sussidiarietà e frammentarietà. Un diritto penale tributario, insomma, fatto ad immagine del diritto penale comune, delle cui caratteristiche strutturali intende ora rivestirsi”³³³.

Certo l'intento di contrastare il panpenalismo estremo della l. 516/1982 poteva risultare affievolito dai successivi interventi legislativi che ampliarono il catalogo degli illeciti penali tributari. Il riferimento è in particolare alla l. n. 311 del 30 dicembre 2004 (finanziaria 2005), in tema di omesso versamento delle ritenute certificate e al d.l. n. 23 del 4 luglio 2006 – convertito in legge n. 248 del 4 agosto 2006 – in materia di omesso versamento IVA ed indebita compensazione: questi interventi punivano condotte meramente omissive, non connotate dal requisito della fraudolenza e dunque, di nuovo lontane dal principio di offensività e dalla *ratio* ispiratrice del decreto del 2000. Tra il 2010 ed il 2011, due nuovi interventi normativi modificarono il sistema, inasprendo le sanzioni per le condotte di sottrazione fraudolenta dei propri beni al pagamento delle imposte; introducendo un nuovo illecito nell'ambito della procedura di transazione fiscale ed una nuova aggravante collegata all'ammontare dell'imposta evasa; riducendo le soglie di punibilità in materia di delitti di dichiarazione fiscale ecc.

Ad ogni modo, le fattispecie penali di cui al decreto legislativo in esame possono essere divise in due macrocategorie: quelle punite per superamento di determinate soglie di evasione e quelle punite indipendentemente dal *quantum* dell'imposta evasa; mentre nel primo caso la stessa condotta sarà punita in via penale o amministrativa in base all'ammontare dell'imposta evasa, nel secondo la sanzione irrogata sarà sempre penale. Da questa bipartizione si coglie quindi che il doppio binario sanzionatorio delineato dal legislatore sia di tipo alternativo: la medesima violazione delle norme tributarie sarà sanzionata penalmente solo al di sopra di una determinata soglia, mentre in via amministrativa al di sotto.

La scelta del doppio binario alternativo costituisce un'inversione di marcia rispetto agli anni Settanta, in cui abbiamo visto era stato adottato un cumulo sanzionatorio.

Al momento della sua entrata in vigore, il d.lgs. 472/1997 non si era occupato di prevedere una norma che regolasse i rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo, nonostante la delega legislativa fosse chiaramente orientata nel senso di applicare il principio di specialità e quindi di ritornare alla precedente alternatività

³³³ E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto Penale Tributario*, Bologna, 2012

del doppio binario, come prevista già nel 1929. Rimaneva in vigore quindi il criterio del cumulo di sanzioni di cui all'art. 10 della l. 516/1982.

Fu l'art. 9, comma 2, lett. i), della legge del 25 giugno 1999, n. 205, ad esplicitare la necessità di *“prevedere l'applicazione della sola disposizione speciale quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa.”* Così, coerentemente con la delega, l'art. 19 della l. 74/2000 sancisce il criterio di specialità, secondo il quale *“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”*. L'applicazione di tale principio dipende dal confronto logico-formale tra le due fattispecie astratte: delle due norme si applicherà quella caratterizzata da elementi specializzanti.

Tale criterio di raccordo comporta di fatto una prevalenza delle fattispecie penali, che contengono due elementi specializzanti: il dolo specifico di evasione e il superamento delle soglie di punibilità. Per la verità questo non vale per tutti i reati tributari: per le fattispecie di omesso versamento e indebita compensazione di cui agli artt. 10bis, 10ter, e 10quater non è previsto il dolo specifico di evasione, mentre per gli artt. 2, 8 e 10 d.lgs. 74/2000 non solo contemplate le soglie di punibilità.

Le difficoltà nell'applicazione del principio di specialità discendono quindi da due circostanze. In primo luogo, molte delle fattispecie sanzionano penalmente condotte sovrapponibili a quelle amministrative: si pensi alle condotte di omesso versamento (sanzionate penalmente agli artt. 10bis e 10ter d.lgs. 74/2000 e in via amministrativa all'art. 13 d.lgs. 471/1997), di indebita compensazione (illecito penale ex art. 10quater e amministrativo ex art. 13 d.lgs. 471/1997), o di occultamento o distruzione delle scritture contabili (illecito penale ex art. 10 d.lgs. 74/2000 e illecito amministrativo ex art. 9 d.lgs. 471/1997)³³⁴. In secondo luogo, l'interprete spesso si trova di fronte a norme che sono tra di loro in un rapporto di specialità non unilaterale, bensì bilaterale, essendo ciascuna delle due norme generale e speciale rispetto all'altra. In una simile evenienza l'utilizzo del solo criterio di specialità risulta di scarsa utilità, rendendosi

³³⁴ Cfr. A. D'AVIRRO, M. D'AVIRRO, M. GIGLIOLI, *Reati tributari e sistema normativo europeo: la riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, 2017, cap. X, che specificano che le uniche fattispecie di illeciti penali tributari che non presentano profili di sovrapponibilità con le fattispecie amministrative sono quelle di emissione di fatture per operazioni inesistenti e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di cui agli artt. 8 e 11, d.lgs. 74/2000.

necessario il ricorso a criteri ulteriori, tra i quali il principio del *ne bis in idem* sostanziale³³⁵.

Per la verità, a tal proposito, la giurisprudenza si trova su una posizione opposta: riconosce al solo principio di specialità il compito di risolvere i conflitti apparenti di norme, avallando così di fatto una duplicazione sanzionatoria. Il problema si è posto in particolare rispetto alle fattispecie di omesso versamento³³⁶, rispetto alle quali nel 2013, si sono pronunciate le Sezioni unite della Corte di Cassazione nelle c.d. sentenze gemelle³³⁷, affrontando il tema dei rapporti tra l'omesso versamento-reato e l'omesso versamento-illecito amministrativo. Le Sezioni unite hanno escluso che tra i due vi fosse un rapporto di specialità, ritenendo invece che si trattasse di una progressione illecita: *«pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'Erario con le modalità stabilite) e della condotta (omissione di uno o più versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della "certificazione" delle ritenute, richiesto 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 quindici (poi passato al sedici) del mese successivo a quello di effettuazione delle ritenute, e coincidente, per l'illecito penale, con quello previsto per la presentazione (entro le date del 30 settembre ovvero del 31 ottobre) della dichiarazione annuale di sostituto di imposta relativa al precedente periodo d'imposta. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale [...] costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa»*.

Pur ritenendo che tra le due fattispecie vi fosse una progressione illecita, la Corte ha escluso che vi fosse un concorso apparente di norme, negando ogni spazio applicativo al principio del *ne bis in idem* sostanziale (e ai correlati criteri di

³³⁵ Così. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. Pen. cont.*, 9 febbraio 2016

³³⁶ Nell'originario disegno di riforma del 2000 l'omesso versamento non era considerato penalmente rilevante. Il legislatore del 2004 e del 2006, al contrario, vi ha attribuito rilevanza penale all'omesso versamento di ritenute certificate e all'omesso versamento di IVA, aggiunti con gli artt. 10bis e 10ter al d.lgs. 74/2000.

³³⁷ Cass.pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425; Cass.pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424.

sussidiarietà e consunzione), con ripercussioni negative sulle esigenze di equità e razionalità della risposta sanzionatoria.

Rispetto a queste pronunce si può criticamente osservare che la Corte abbia valutato la medesimezza del fatto alla luce del criterio dell'*idem legale* e non dell'*idem factum*, distaccandosi dai criteri indicati dalla Corte EDU³³⁸; se fossero stati applicati, la Corte sarebbe – correttamente – giunta a ritenere che il nucleo storico dell'azione fosse il medesimo, e avrebbe riconosciuto quindi uno spazio applicativo per il principio del *ne bis in idem* sostanziale, che avrebbe dovuto impedire una duplicazione punitiva, avallata invece dalle pronunce in esame³³⁹.

L'alternatività del doppio binario e la previsione del criterio di specialità per risolvere i contrasti tra le norme non hanno posto questo sistema sanzionatorio al riparo dalle censure della Corte EDU. Questo per un duplice ordine di motivi: sia perché, come si è appena visto, l'indirizzo della giurisprudenza è nel senso di non applicare il criterio di specialità di cui all'art. 19 d.lgs. 74/2000³⁴⁰, propendendo peraltro per l'utilizzo del criterio dell'*idem legale* e non dell'*idem factum* per l'identificazione del medesimo fatto, sia perché è lo stesso d.lgs. che all'art. 20 sancisce l'autonomia tra il procedimento penale e quello tributario.

Se l'indirizzo delle sentenze gemelle ha ammesso una – indebita – duplicazione sanzionatoria, gli artt. 20 e 21³⁴¹ hanno legittimato il doppio binario procedimentale:

³³⁸ Così A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 37

³³⁹ M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, op.ult.cit. p. 103

³⁴⁰ Indirizzo che A. D'AVIRRO, M. D'AVIRRO, M. GIGLIOLI, *Reati tributari e sistema normativo europeo: la riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, op.ult.cit. p. 102, criticano ritenendolo non al passo con i tempi.

³⁴¹ Si riporta il testo degli artt. 20 e 21 d.lgs. 74/2000: art. 20“1. 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.”

Art. 21: 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 dall'articolo 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento 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.

3. Nei casi di irrogazione di un'unica sanzione amministrativa per più violazioni tributarie in concorso o continuazione fra loro, a norma dell'articolo 12 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, alcune delle quali soltanto penalmente rilevanti, la disposizione del comma 2 del presente articolo opera solo per la parte della sanzione eccedente quella che sarebbe stata applicabile in relazione alle violazioni non penalmente rilevanti.

da una parte infatti, il primo, esclude la possibilità di sospendere sia il procedimento amministrativo di accertamento, sia il processo tributario, in pendenza del processo penale, al fine di impedire che le differenti regole procedurali ritardino eccessivamente la risposta sanzionatoria e provochino delle distorsioni nell'applicazione delle regole probatorie³⁴²; dall'altra il secondo, pur avendo il lodevole effetto di evitare un *bis in idem* sostanziale, in quanto subordina l'eseguibilità delle sanzioni amministrative – divenute definitive – alla chiusura del processo penale con formula di proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto, non impedisce l'apertura del secondo procedimento *stricto sensu* penale, determinando così una violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale nella sua dimensione processuale.

Ad ogni modo, la nostra Corte di Cassazione si è dimostrata insensibile alle censure adoperate dalla Corte di Strasburgo, escludendo la difformità del doppio binario sanzionatorio tributario rispetto al principio del *ne bis in idem*, anche dopo la sentenza *Grande Stevens*.

5.2. La novella del 2015.

Con la legge 11 marzo 2014, n. 23 il Parlamento ha conferito al Governo una delega per attuare una riforma atta a correggere gli aspetti critici dell'attuale sistema tributario.

Si tratta di una legge delega particolarmente articolata e complessa, che copre diversi campi in cui una revisione era obbligata. Tra questi ci sono: il sistema e la procedura fiscale, la stima e il monitoraggio dell'evasione fiscale, la disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale³⁴³, il sistema sanzionatorio ecc.

Quello che qui interessa particolarmente sono le linee guida elaborate dal legislatore proprio in quest'ultimo ambito e, quindi, le modifiche da apportare al d.lgs. n. 74/2000.

Dalla lettura dell'art. 8³⁴⁴ della legge delega del 2014 emerge chiaramente che il principio al quale si sarebbe dovuto attenere il governo nella revisione del sistema

³⁴² Cfr. Relazione al D.lgs. 74/2000

³⁴³ Su questi temi si rinvia a P. ALDROVANDI, *Elusione fiscale e diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 104

³⁴⁴ «Art. 8. Revisione del sistema sanzionatorio.

1. Il Governo è delegato a procedere, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, alla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti, prevedendo: la punibilità con la pena detentiva compresa fra un minimo di sei mesi e un massimo di sei anni, dando rilievo, tenuto conto di adeguate soglie di

sanzionatorio era quello di proporzionalità. In particolare, rispetto al settore penale: *“Il Governo è delegato a procedere, con i decreti legislativi di cui all’articolo 1, alla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti”*. Lo stesso per il settore amministrativo, in cui la delega richiede al Governo *“la revisione del regime della dichiarazione infedele e del sistema sanzionatorio amministrativo al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni all’effettiva gravità dei comportamenti”*.

La tendenza sembra dunque quella di attenuare sanzioni ritenute evidentemente troppo severe, da un lato correlandole alla gravità della condotta, dall’altro preferendo, quando possibile, le sanzioni amministrative a quelle penali³⁴⁵, nel rispetto dell’idea della sanzione penale come *extrema ratio*.

Si legge infatti nell’art. 8, co. 1 della delega che il Governo è incaricato in particolare di *“tenere conto di adeguate soglie di punibilità”* sia per i *“comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all’utilizzo di documentazione falsa”*, sia per le fattispecie meno gravi, per le quali deve essere privilegiata la sanzione amministrativa.

punibilità, alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all’utilizzo di documentazione falsa, per i quali non possono comunque essere ridotte le pene minime previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; l’individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie; l’efficacia attenuante o esimente dell’adesione alle forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata di cui all’articolo 6, comma 1; la revisione del regime della dichiarazione infedele e del sistema sanzionatorio amministrativo al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni all’effettiva gravità dei comportamenti; la possibilità di ridurre le sanzioni per le fattispecie meno gravi o di applicare sanzioni amministrative anziché penali, tenuto anche conto di adeguate soglie di punibilità; l’estensione della possibilità, per l’autorità giudiziaria, di affidare in custodia giudiziale i beni sequestrati nell’ambito di procedimenti penali relativi a delitti tributari agli organi dell’amministrazione finanziaria che ne facciano richiesta al fine di utilizzarli direttamente per le proprie esigenze operative.

2. Il Governo è delegato altresì a definire, con i decreti legislativi di cui all’articolo 1, la portata applicativa della disciplina del raddoppio dei termini, prevedendo che tale raddoppio si verifichi soltanto in presenza di effettivo invio della denuncia, ai sensi dell’articolo 331 del codice di procedura penale, effettuato entro un termine correlato allo scadere del termine ordinario di decadenza, fatti comunque salvi gli effetti degli atti di controllo già notificati alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi».

³⁴⁵ Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, op.ult.cit. p. 68

Sotto tale profilo, il D.lgs. n. 158 del 2015 appare coerente con le indicazioni del legislatore, avendo ristretto il rilievo penale di numerose condotte ed allo stesso tempo, inasprito le sanzioni per quelle connotate da un maggior grado di insidiosità³⁴⁶.

Le più importanti modifiche riguardanti le sanzioni penali apportate al d.lgs. 74/2000 dal d.lgs. 158/2015 sono l'innalzamento delle soglie di punibilità e l'introduzione di una causa di non punibilità all'art. 13 che consiste nel pagamento del debito tributario e che è applicabile ad un gran numero di reati.

C'è da chiedersi se l'innalzamento delle soglie sia davvero utile ad evitare le frizioni con il principio del *ne bis in idem*, soprattutto alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale vigente che ammette la possibilità di disapplicare il principio di specialità e di riconoscere invece una progressione criminosa. Oltretutto, a sollevare ulteriori perplessità, c'è il fatto che la riforma ha mantenuto inalterato il meccanismo di cui all'art. 21, emblema del *“rischio di una violazione istituzionalizzata del principio convenzionale”*³⁴⁷.

Come si è visto, infatti, l'art. 21 d.lgs. 74/2000 consente all'Agenzia delle Entrate di irrogare sin da subito la sanzione amministrativa in relazione ad un fatto che possa, allo stesso tempo, integrare un illecito penale speciale ex art. 19, co. 2, d.lgs. 74/2000, che possa pertanto essere oggetto di una notizia di reato. In una simile evenienza comunque la sanzione amministrativa diventa eseguibile nei confronti dell'autore dell'illecito, ai sensi dell'art. 21 comma 2, qualora il procedimento penale si chiuda con *“una archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto”*. L'impossibilità, in tale evenienza, di applicare la sanzione penale, perché magari non sono stati provati gli elementi specializzanti del dolo o del superamento della soglia di punibilità, giustifica l'irrogazione di quella amministrativa.

Se non ci fosse questa regola, il solo art. 20 d.lgs. 74/2000 consentirebbe al Fisco di agire in completa autonomia rispetto al giudice penale, elevando il rischio di risultati

³⁴⁶ Per una disamina punto per punto delle modifiche apportate al d.lgs. 74/2000 si rimanda a S. FIOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al D.lgs. 158 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, nonché la *Relazione del Massimario della Suprema Corte di Cassazione n. III/5/2015*, pubblicata il 28 ottobre 2015 sul sito www.cortedicassazione.it

³⁴⁷ Cit. p. 687, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, *op.ult.cit.* p. 104,

processuali contrastanti e di una illegittima duplicazione sanzionatoria in relazione al medesimo fatto³⁴⁸.

Indubbiamente quindi la norma, subordinando l'esecutività della sanzione amministrativa alla mancata irrogazione della sanzione penale, impedisce una violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Il rovescio della medaglia è però la quasi certa violazione del medesimo principio nella sua dimensione processuale, non essendoci alcuna previsione che coordini i due binari.

Le perplessità legate all'art. 21 riguardano due ulteriori aspetti³⁴⁹.

Il primo è l'elenco delle formule assolutorie menzionate, dal quale è esclusa la sentenza di non luogo a procedere. Quest'ultima certamente essendo revocabile non è idonea a formare un giudicato vero e proprio; tuttavia non si spiega perché sia invece menzionato un provvedimento ancora più precario quale quello di archiviazione. Ad ogni modo, il problema legato a questi due tipi di provvedimenti è, come si è detto, che non precludono in modo stabile l'apertura di un nuovo procedimento penale (e quindi eventualmente una sentenza di condanna) per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto.

Il secondo riguarda la generica perifrasi "*formula che esclude la rilevanza penale del fatto*", che si presta a diverse interpretazioni: che il fatto non sussiste per mancata prova degli elementi specializzanti; che il fatto, purchè corrispondente a quello contestato, non rientra in alcuna norma incriminatrice; che il fatto non costituisce reato poichè è intervenuta una causa di giustificazione.

Quid iuris poi se il fatto non sussiste o se l'imputato non lo ha commesso?

Stando alla lettera dell'art. 21 non dovrebbero trovare applicazione le sanzioni amministrative, avendo il processo penale escluso *tout court* che il fatto sia stato commesso o che sia riferibile all'imputato. Se una simile conclusione appare sul piano logico del tutto legittima, nella pratica questa costituirebbe un'eccezione alla regola dell'indipendenza dei due procedimenti: il contenzioso tributario sarebbe precluso dall'accertamento nel merito compiuto in sede penale.

³⁴⁸ Cfr. A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARCADURI, *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, Tomo I, Milano, 2016

³⁴⁹ Le esplicita A. GIOVANNINI, A. DI MARTINO, E. MARCADURI, *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, op.ult.cit. p. 103

Una previsione che invece potrebbe arginare il rischio della violazione del *ne bis in idem* convenzionale è la causa di non punibilità di cui all'art. 13³⁵⁰ ai sensi del quale *“I reati di cui agli articoli 10bis, 10ter e 10quater, comma 1, non sono punibili 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.”*. Similmente al comma 2 è stabilito che *“I reati di cui agli articoli 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, semprechè 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.”*

Tuttavia, subordinando lo stesso articolo al comma 1, e il seguente art. 13bis l'applicazione della causa di non punibilità al pagamento anche della sanzione amministrativa, sembrerebbe permanere il rischio di una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. È giusto osservare comunque che si tratta di un pagamento volontario e non coatto.

In sostanza, la novella in esame pare non aver risolto compiutamente i problemi con il principio del *ne bis in idem*: rimane infatti affidato alla giurisprudenza il compito di trovare una soluzione per risolvere i vizi di tale sistema sanzionatorio³⁵¹.

³⁵⁰ Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, *op.ult.cit.* p. 104, che definisce la possibile attenuazione delle conseguenze del doppio binario penale-amministrativo una circostanza *“del tutto preterintenzionale”*.

³⁵¹ In quest'ordine di idee A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, *op.ult.cit.* p. 107, nonché M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, *op.ult.cit.*

Capitolo III

L'evoluzione del sistema alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1. L'inquadramento del problema.

Nel primo capitolo di questa trattazione sono stati delineati i tratti salienti del principio del *ne bis in idem* nelle sue due dimensioni, processuale e sostanziale; nel secondo si è parlato dei sistemi a doppio binario sanzionatorio presenti nell'ordinamento italiano; nel terzo si intende combinare e fondere le precedenti nozioni per giungere ad esporre il cuore del problema: l'incompatibilità dei sistemi a doppio binario sanzionatorio nei campi del *market abuse* e degli illeciti tributari con il principio del *ne bis in idem*.

Sono le sentenze della Corte EDU ad aver scandito le fasi di un lungo cammino non ancora concluso, e ad aver generato un intricato dialogo tra Corti.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale italiano era terreno fertile per le censure della Corte di Strasburgo.

Da un lato infatti il legislatore aveva scelto di adottare, nel settore del *market abuse*, una politica repressiva particolarmente severa, attuando lo schema del doppio binario cumulativo. Tale approccio era consentito dalla Direttiva 2003/6/CE che all'art. 14 richiedeva ai legislatori degli Stati membri di prevedere delle sanzioni amministrative, ammettendo la possibilità di comminarne anche di penali.

Dall'altro la giurisprudenza era restia ad applicare criteri ulteriori rispetto a quello di specialità nella ricostruzione dei rapporti tra le diverse fattispecie, restringendo lo spazio operativo del concorso apparente di norme e ammettendo spesso un doppio binario cumulativo³⁵².

A titolo esemplificativo, erano vigenti indirizzi giurisprudenziali che ammettevano il concorso tra l'illecito amministrativo di "circolazione abusiva di veicolo sottoposto a sequestro amministrativo", previsto nel codice della strada all'art. 231, comma 4, e il delitto di "sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dell'autorità amministrativa" ex art. 334 c.p.³⁵³.

³⁵² Queste le ragioni individuate da A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, fasc. 3, 1° settembre 2017, p. 1047 ss.

³⁵³ Cass.pen., sez. VI, 29 luglio 2010, n. 30033

Il medesimo problema si riscontrava anche in materia tributaria ed in particolare rispetto alle fattispecie, penale e amministrative, di omesso versamento di ritenute, previste rispettivamente agli art. 10bis d.lgs. 74/2000 e 13 d.lgs. 471/1997. Esemplari a tal proposito le celebri sentenze gemelle della Cassazione penale n. 37425 del 28.3.2013-12.9.2013. In queste pronunce la Corte aveva escluso che tra gli illeciti vi fosse un rapporto di specialità e chiarito che si trattasse piuttosto di una progressione criminosa. Pertanto, non riscontrava profili di incompatibilità tra il sistema sanzionatorio degli illeciti tributari e il principio del *ne bis in idem* processuale come interpretato dalla Corte EDU.

Le censure della Corte EDU si fondano principalmente su due considerazioni.

La prima è che le sanzioni formalmente definite amministrative nell'ordinamento nazionale, attengono in realtà alla nozione di *matière pénale*.

Per giungere a questa conclusione la Corte EDU, come anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, si sono servite dei c.d. criteri Engel, richiamati anche nella sentenza *Grande Stevens c. Italia*, che a breve verrà esaminata. Tali criteri, sono la qualificazione giuridica del fatto, la natura dell'infrazione e la natura e il grado di severità della sanzione. Tra questi, quello ormai divenuto dirimente e dotato di un autonomo valore è quello dello scopo della sanzione, ossia della finalità perseguita dalla stessa³⁵⁴. Dall'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale, discende anche l'equiparazione del procedimento amministrativo a quello penale, con la necessaria e conseguente estensione delle garanzie penalistiche previste nella CEDU.

La seconda è che la valutazione della “medesimezza” dei fatti, circostanza imprescindibile per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, deve essere effettuata sulla base dell'*idem* storico e non dell'*idem* legale.

Confrontare gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte produrrebbe un effetto aberrante: in caso di disomogeneità strutturale verrebbe infatti riconosciuto un concorso formale di reati ed esclusa la sussistenza di un *bis in idem*. Piuttosto, ciò che deve essere verificato è l'omogeneità del nucleo storico del fatto, inteso come insieme

³⁵⁴ Su criteri Engel si rimanda a pag. 25

di circostanze fattuali concrete compiute dallo stesso autore ed indissolubilmente legate tra loro in un certo tempo ed in un certo spazio³⁵⁵.

Un indirizzo garantista dunque quello inizialmente seguito dalla Corte EDU, sconfessato però nel corso degli anni da un vero evidente cambiamento di rotta.

2. Il caso *Grande Stevens c. Italia*.

La vicenda in esame si è protratta per diversi anni, snodandosi in un intricato intreccio di processi e sentenze, penali e amministrative; si intende quindi ripercorrere passo per passo le tappe principali che hanno scandito la vicenda, a partire dal febbraio 2006, quando la CONSOB contestò a Gianluigi Gabetti, presidente della IFIL Investment (poi Exor s.p.a.) e della Giovanni Agnelli s.a.a., a Virgilio Marrone, procuratore di quest'ultima società, all'Avv. Franco Grande Stevens e alle medesime società, l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187ter d.lgs. 58/1998 per aver diffuso un comunicato stampa falso.

La vicenda originava in particolare da un contratto, stipulato il 26 luglio 2002 dalla società FIAT con otto banche; l'oggetto era la sottoscrizione di un prestito da parte di queste, con la previsione che alla scadenza – fissata al 20 settembre 2005 – in caso di mancato rimborso del prestito da parte della società, le banche avrebbero potuto compensare il loro credito sottoscrivendo un aumento di capitale sociale, acquisendo in questo modo il 28% del capitale della FIAT, e comportando una diminuzione della partecipazione della società IFIL Investments (divenuta poi Exor s.p.a.; così verrà denominata in seguito), che sarebbe scesa dal 30,06% al 22% circa.

Il sig. Gabetti, per evitare che la Exor perdesse la sua posizione di azionista di maggioranza, si rivolse per una consulenza all'Avv. Grande Stevens, il quale suggerì la rinegoziazione di un contratto di *equity swap*, cioè un contratto che consentiva di scambiare le performance di un'azione contro un tasso di interesse senza dover anticipare denaro³⁵⁶. Il contratto fu concluso il 26 aprile 2005 con una banca d'affari inglese, la Merrill Lynch International Ltd, e aveva ad oggetto circa 90 milioni di azioni FIAT; la scadenza era fissata al 26 dicembre 2006. Secondo l'Avv. Grande Stevens

³⁵⁵ Questo approccio è stato condiviso anche dalla nostra Corte costituzionale, che con la sentenza 21 luglio 2016, n. 200 – esaminata a pag. 10 – ha sancito 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 reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale”*.

³⁵⁶ Sentenza *Grande Stevens*, par. 8

rinegoziando quel contratto, si sarebbe evitato il lancio di un'offerta pubblica di acquisto («OPA») sulle azioni FIAT. Di questo comunque l'Avvocato, il 12 agosto 2005, chiese conferma alla CONSOB, senza però menzionare la Merrill Lynch International Ltd per timore di violare i suoi doveri di riservatezza. Al tempo stesso cominciò ad informarsi presso la banca inglese, in merito alla possibilità di modificare il contratto di *equity swap*.

Qualche giorno dopo la richiesta dell'Avv. Grande Stevens, precisamente il 23 agosto 2005, la CONSOB chiese alle società Exor e Giovanni Agnelli di diffondere un comunicato stampa che indicasse sia le iniziative assunte in vista della scadenza del prestito con le otto banche, sia i fatti nuovi riguardanti la società FIAT.

Il Sig. Marrone – che nel giudizio sosteneva di essere estraneo alla redazione dei comunicati stampa poi diffusi – mise al corrente di tale richiesta l'Avv. Grande Stevens che inviò una bozza di tale comunicato al sig. Gabbetti, in quel momento ricoverato negli Stati Uniti, spiegandogli che non vi era menzione del contratto di *equity swap* poiché non poteva considerarsi un'opzione concreta e attuale. In tali circostanze, il sig. Gabetti approvò la bozza di comunicato.

Il comunicato stampa emesso, dunque, approvato dall'Avv. Grande Stevens e confermato anche dalla società Giovanni Agnelli, non conteneva menzione alcuna dell'eventuale rinegoziazione del contratto di *equity swap* con la Merrill Lynch International Ltd, limitandosi a indicare che la Exor non aveva «né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo» e che auspicava «di rimanere l'azionista di riferimento della FIAT».

Dal 30 agosto al 15 settembre 2005, l'Avv. Grande Stevens proseguì le trattative con la Merrill Lynch International Ltd per verificare la possibilità di modificare il contratto di *equity swap*. L'accordo venne concluso il 15 settembre 2005, dopo le deliberazioni favorevoli dei consigli di amministrazione della Exor e della Merrill Lynch International Ltd e l'invio alla CONSOB, effettuato il 14 settembre, di una copia dell'originario contratto di *equity swap* e dell'informativa sulle trattative in corso.

Il 17 settembre 2005 la CONSOB, rispondendo alla domanda rivolta dall'Avv. Grande Stevens il 12 agosto 2005 (vedi *supra*), comunicò che, nell'ipotesi prospettata, non vi era l'obbligo di lanciare un'OPA.

Così il 20 settembre 2005 la FIAT aumentò il suo capitale e le nuove azioni emesse furono acquisite dalle otto banche a compensazione dei loro crediti. Lo stesso giorno, entrò in vigore l'accordo che modificava il contratto di *equity swap*, che permise alla Exor di conservare la sua partecipazione del 30% nel capitale FIAT.

Il 20 febbraio 2006 la CONSOB contestò quindi la violazione dell'art. 187^{ter} t.u.f. per aver diffuso un comunicato stampa falso, nella misura in cui non conteneva alcuna menzione dell'accordo con la banca inglese, ritenuto concluso o in procinto di esserlo già prima della diffusione dei comunicati stampa del 24 agosto 2005.

Con provvedimento n. 15760 del 9 febbraio 2007, la CONSOB comminò ai ricorrenti delle pesanti sanzioni amministrative pecuniarie (5 milioni di euro al sig. Gambetti, 3 milioni al sig. Grande Stevens, 500.000 al sig. Marrone, 4 milioni e 500 mila euro alla Exor e 3 milioni alla società Giovanni Agnelli), accompagnate dal divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa per sei, quattro e due mesi, rispettivamente ai sigg. Gabetti, Grande Stevens e Marrone.

Nel gennaio 2008, avverso tale provvedimento, i ricorrenti proposero opposizione ai sensi dell'art. 187^{septies} dinanzi alla Corte d'Appello di Torino che ridusse in maniera significativa sia l'importo di alcune sanzioni pecuniarie, sia la durata delle sanzioni interdittive.

Avverso tale provvedimento venne presentato il ricorso per Cassazione, la quale nel giugno 2009 rigettò tutti i ricorsi, rendendo così definitive le sanzioni irrogate dalla CONSOB.

Nel frattempo, già dal novembre 2008 e quindi prima che divenissero definitive le sanzioni amministrative, Gabetti, Marrone, Grande Stevens, la Exor (a quel tempo ancora Ifil) e la Giovanni Agnelli s.a.a. vennero rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino per aver commesso il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f., per il medesimo fatto di diffusione di un comunicato stampa falso, provocando in tal modo un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT.

Subito dopo il deposito della sentenza della Corte di Cassazione che rendeva definitive le sanzioni amministrative, gli imputati richiesero che fosse pronunciata una sentenza di non doversi procedere, in forza del principio del *ne bis in idem*; in aggiunta a questo, all'udienza del 7 gennaio 2010 chiedevano che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni degli articoli 185 e 187^{ter} t.u.f. e dell'art.

649 c.p.p., nella parte in cui consentivano la prosecuzione di un processo penale in ordine agli stessi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa, per contrasto con gli artt. 117 comma 1 Cost. e 4 Prot. 7 CEDU.

Il Tribunale di Torino rigettò l'istanza ritenendola manifestamente infondata. Sottolineò le differenze intercorrenti tra le fattispecie di cui gli art. 185 e 187^{ter} t.u.f., l'uno costruito come reato di pericolo concreto, punibile quando la condotta fosse stata tale da provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari e l'esistenza del dolo, l'altro come illecito di pericolo astratto, punibile anche a titolo di colpa; rimarcò inoltre che la coesistenza di sanzioni amministrative e penali era autorizzata dall'articolo 14 della Direttiva 2003/6/CE. Nel merito, tuttavia, il Tribunale assolse tutti gli imputati: Marrone per non aver commesso il fatto, gli altri perché non era stato provato che la condotta avesse determinato una alterazione significativa dei prezzi degli strumenti finanziari.

La Cassazione, adita *per saltum* dalla procura torinese, annullò la sentenza del Tribunale di Torino rispetto alle posizioni di Gabetti e Grande Stevens e delle due società imputate, ritenendo errate le conclusioni del giudice di merito, sul presupposto che la mancata prova dell'effettiva alterazione del prezzo degli strumenti FIAT non fosse sufficiente ad escludere la sussistenza del reato.

Nel giudizio di rinvio, la Corte d'appello di Torino condannò le persone fisiche, ritenendo probabile che, senza le false informazioni contenute nel comunicato stampa, il prezzo delle azioni FIAT sarebbe notevolmente sceso. Assolse invece le due società. Rispetto alle eccezioni sollevate dalle difese rispetto alla violazione del principio del *ne bis in idem*, la Corte d'appello condivise le conclusioni del Tribunale, ritenendo manifestamente infondata la relativa eccezione di legittimità costituzionale.

Contro la sentenza di rinvio i due condannati presentarono ricorso per cassazione, reiterando peraltro l'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme del t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p. La Corte, con sentenza n. 19915 del 17 dicembre 2013 dichiarò estinto il reato per prescrizione e, ancora una volta, rigettò l'eccezione di illegittimità costituzionale.

2.1. Il ricorso alla Corte EDU. La posizione dei ricorrenti e del Governo italiano.

Questo è l'intricato contesto in cui si inserisce la sentenza della Corte di Strasburgo, adita nelle more del processo penale di primo grado, il 27 marzo 2010, dalle tre persone fisiche e dalle due società imputate, che lamentavano:

- la violazione di diversi parametri dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU sia nel procedimento amministrativo davanti alla CONSOB che nel successivo giudizio di opposizione davanti alla Corte d'appello di Torino;

- la violazione del diritto di proprietà, garantito dall'art. 1 Prot. 1 CEDU, come conseguenza dell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte della CONSOB;

- la violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, in relazione al rifiuto, da parte del Tribunale di Torino, di pronunciare sentenza di non doversi procedere, una volta divenute definitive le sanzioni amministrative³⁵⁷.

Rispetto al primo motivo di ricorso, i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 6 CEDU per un duplice ordine di motivi: ritenevano che non fosse stato rispettato il principio del contraddittorio e che la CONSOB non fosse un "tribunale" indipendente ed imparziale.

Per quanto riguarda il primo profilo i ricorrenti sostenevano una violazione del diritto di difesa in quanto il procedimento si era sviluppato per scritto, senza alcuna udienza pubblica. Oggetto di censure erano in particolare due delibere della CONSOB, la n. 12697 del 2 agosto 2000 e la n. 15086 del 2 giugno 2005, le quali avevano di fatto eliminato il principio del contraddittorio, nonostante questo fosse espressamente previsto all'art. 187^{septies} t.u.f.: consentivano, come effettivamente avvenuto nel caso di specie, di non trasmettere all'imputato le conclusioni dell'Ufficio Sanzioni, che sono la base della decisione della Commissione. Quest'ultima non riceve memorie degli imputati, che non vengono sentiti prima della decisione, presa tra l'altro senza pubblica udienza. Nel caso di specie, tali circostanze avevano impedito ai ricorrenti di dialogare direttamente con la Commissione, di difendersi dinanzi ad essa rispetto alle conclusioni dell'Ufficio Sanzioni, di rilevare delle incoerenze nell'indagine e di accedere ad informazioni utili per la loro difesa. Per la decisione, la Commissione

³⁵⁷ Non potendosi dilungare eccessivamente in questa sede rispetto a tutte le doglianze esposte dai ricorrenti, ci si concentrerà sul primo e sul terzo motivo di ricorso, che si ritengono maggiormente rilevanti e pertinenti alla trattazione.

aveva tenuto soltanto una riunione interna, nel corso della quale non fu sentito nessuno, ad eccezione di un funzionario dell'ufficio IT (ossia l'organo incaricato dell'«accusa»). Del verbale redatto, i ricorrenti non avevano ottenuto copia alcuna. Ritenevano peraltro di non aver avuto conoscenza in tempo utile dei nuovi documenti sui quali si fondava la nota complementare dell'ufficio IT e di non aver avuto il tempo e le facilitazioni necessarie per difendersi rispetto a quest'ultima, poiché questi documenti sarebbero stati loro comunicati tardivamente. Lamentavano inoltre l'assenza, nel procedimento dinanzi alla CONSOB, di una separazione tra fase istruttoria e fase decisoria, fatto che a loro parere lede il principio della parità delle armi. Specificavano infatti che il *dominus* della fase dell'istruzione fosse il presidente della CONSOB, competente, tra le altre cose, a formulare i capi di imputazione. Nel caso di specie, l'attività istruttoria sarebbe stata unilaterale e fondata su alcune deposizioni dei testimoni rilasciate senza la presenza degli imputati o dei loro legali, i quali non avevano avuto la possibilità di effettuare un controesame di tali testimoni o di assistere al compimento dei vari atti istruttori. I ricorrenti avevano potuto presentare le loro rispettive difese soltanto per iscritto³⁵⁸.

Su tali aspetti era diametralmente opposta la posizione del Governo italiano il quale sosteneva che: l'ufficio IT della CONSOB avesse allegato al suo rapporto tutti i documenti dell'indagine; era stato concesso ai ricorrenti un termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni rispetto alla nota complementare dell'ufficio IT del 19 ottobre 2006. Queste erano state presentate il 24 novembre 2006, senza peraltro contestare il fatto di aver avuto a disposizione un periodo di tempo limitato. Quanto alla contestazione di una mancata audizione degli imputati e dei testi a difesa, e dello svolgimento scritto del processo, il Governo rispondeva che gli interessati non avevano mai chiesto la convocazione e l'audizione di testimoni, e che la natura tecnica degli illeciti oggetto della causa giustificava la scelta di un procedimento essenzialmente scritto. Inoltre, essendo il procedimento di natura “amministrativa”, la sua equità non poteva essere messa in discussione perché svoltosi in forma scritta. L'articolo 6 della CEDU non menziona i procedimenti amministrativi, e dunque i principi del processo equo possono esservi applicati soltanto *mutatis mutandis*. I diritti della difesa erano stati rispettati perché i ricorrenti, avendo avuto accesso al fascicolo investigativo,

³⁵⁸ Queste le posizioni dei ricorrenti come riportate nei paragrafi da 106 a 110 della decisione.

avrebbero potuto formulare osservazioni scritte o chiedere di essere sentiti; specificavano inoltre che una separazione tra indagine e decisione di fatto vi era stata, essendo stata la prima fase di competenza dell'ufficio IT e dell'ufficio sanzioni amministrative, mentre la seconda, della commissione della CONSOB. Il rapporto dell'Ufficio Sanzioni era stato trasmesso anche agli accusati, che avrebbero potuto difendersi rispetto al contenuto di quest'ultimo dinanzi all'Ufficio. Non pregiudicherebbe dunque la legalità del procedimento il fatto che le conclusioni di quest'ultimo ufficio non fossero trasmesse agli accusati o che costoro non fossero stati sentiti personalmente dalla Commissione, visto che neanche nelle procedure giudiziarie l'accusato non ha il diritto di discutere la sanzione durante la fase decisoria³⁵⁹.

Quanto al secondo profilo invece, i ricorrenti negavano che la CONSOB fosse un "tribunale indipendente ed imparziale" nel senso dell'art. 6, par. 1, CEDU, in ragione del duplice ruolo ricoperto dal presidente della CONSOB che, da un lato, supervisiona la fase istruttoria, autorizzando l'esercizio dei poteri di indagine e ordinando ispezioni o altri atti istruttori; dall'altro, presiede la Commissione, incaricata di irrogare le sanzioni. I suoi membri, tra l'altro, verrebbero a conoscenza dei fatti unicamente attraverso il presidente e sulla base della sola versione data dall'ufficio sanzioni, alla quale non sarebbero allegate le difese presentate dagli imputati³⁶⁰.

Il Governo replicava osservando che la CONSOB, composta da membri indipendenti scelti fra personalità indipendenti e con qualità morali appropriate, è autonoma rispetto a qualsiasi altro potere e in particolare dal potere esecutivo, potendo disporre di un proprio bilancio. L'organo di decisione (la Commissione) è separato dagli organi di indagine (l'Ufficio e l'Ufficio Sanzioni) e il presidente, anche se incaricato della supervisione dei vari uffici e dotato di poteri di iniziativa durante l'indagine (può autorizzare ispezioni e chiedere di compiere atti investigativi quali l'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e il sequestro di beni), non può mai interferire con le indagini che riguardano un determinato caso, che sono condotte dall'ufficio competente e dall'ufficio sanzioni. Il suo ruolo consiste nel supervisionare il rispetto, da parte degli uffici preposti, dei criteri generali nella gestione delle

³⁵⁹ Queste le osservazioni del Governo italiano, riportate nei paragrafi da 111 a 115 della sentenza.

³⁶⁰ Cfr. par. 124-126 sent.

indagini³⁶¹. Osserva il Governo che nel caso di specie, peraltro, il presidente della CONSOB non aveva né autorizzato ispezioni né chiesto il compimento di atti investigativi³⁶².

La questione che maggiormente interessa questa trattazione è il terzo motivo di ricorso, relativo alla violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Il Governo riteneva il motivo irricevibile: l'Italia aveva fatto una dichiarazione in sede di attuazione della CEDU, che limitava l'applicazione dell'articolo in esame ai soli illeciti, procedimenti e decisioni che la legge italiana definisce penali. Tale definizione non è prevista per gli illeciti sanzionati dalla CONSOB.

Al contrario i ricorrenti ritenevano che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 fosse, ai sensi dell'art. 15 CEDU, inderogabile, riguardando un diritto che rientra nella sfera nell'ordine pubblico europeo.

La Corte, in contrasto con le osservazioni del Governo, ritenne il motivo di ricorso non manifestamente infondato e quindi lo accolse.

Entrando nel merito della questione, i ricorrenti sostenevano con fermezza di essere incorsi in una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto tratti in giudizio dinanzi al Giudice penale, per il “medesimo fatto” sul quale erano già stati condannati in via definitiva, all'esito di un procedimento da considerarsi sostanzialmente penale, anche se formalmente denominato amministrativo. Nel sostenere che i due processi fossero relativi allo stesso illecito, richiamavano la pronuncia sul caso *Zoluthukin c. Russia*, nella quale la Corte aveva stabilito che realizzava una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU un nuovo giudizio, nei confronti dello stesso individuo, originato dagli stessi fatti o da fatti che sono sostanzialmente identici. Rammentavano anche l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* rispetto all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo: non si era ritenuto di per sé illegittimo che uno Stato membro imponesse un duplice ordine di sanzioni per un unico e medesimo insieme di fatti a condizione che la prima sanzione non fosse di tale natura. I ricorrenti non ritenevano tale condizione soddisfatta, poiché le sanzioni comminate dalla CONSOB sarebbero da ritenersi di natura penale³⁶³.

³⁶¹ Il Governo assimila la sua funzione è assimilabile a quella del presidente di un tribunale. Cfr. par. 129.

³⁶² Questi i tratti salienti della posizione del Governo italiano.

³⁶³ Cfr. par. 213 e 214 della sentenza.

Sul punto il Governo sosteneva che il procedimento dinanzi alla CONSOB non riguardasse una «accusa in materia penale» e che la conseguente decisione non fosse di natura «penale». Il principio del *ne bis in idem* non era stato violato, in quanto era proprio il diritto dell'Unione europea, ed in particolare la direttiva 2003/6/CE, ad autorizzare espressamente l'imposizione di sanzioni amministrative e penali nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari. Inoltre, il ricorso ad un doppio binario costituiva una “tradizione costituzionale comune” agli Stati membri, specialmente negli ambiti della tassazione, delle politiche ambientali e della sicurezza pubblica. Tenuto conto di questo, e del fatto che alcuni Stati avessero emesso dichiarazioni in sede di ratifica del Protocollo 7 e che alcuni non lo avessero ratificato affatto, il Governo era del parere che la Convenzione non garantisse il principio *ne bis in idem* allo stesso modo degli altri principi fondamentali; “*non sarebbe opportuno ritenere dunque che l'imposizione di una sanzione amministrativa definitiva impedisca l'avvio di un'azione penale*”³⁶⁴.

Il Governo dissentiva anche sull'affermazione dei ricorrenti che il fatto sanzionato dalla CONSOB fosse il medesimo del procedimento penale pendente. Tra i due illeciti, previsti rispettivamente dagli articoli 187*ter* e 185 t.u.f. vi erano delle differenze: solo per il secondo era richiesta l'integrazione del dolo (non essendo sufficiente una semplice negligenza) e l'idoneità delle informazioni false o fuorvianti diffuse a produrre un'alterazione significativa dei mercati finanziari. Peraltro, solo il procedimento penale può portare a infliggere pene che siano privative della libertà personale. Il Governo richiamava anche la causa *R.T. c. Svizzera* (n. 31982/96, 30 maggio 2000), in cui la Corte aveva ammesso la compatibilità con l'art. 4 Prot. 7 del fatto che due diverse autorità, amministrativa e penale, infliggevano un doppio ordine di sanzioni. Stando alle differenze evidenziate, la circostanza che un'unica condotta possa violare contemporaneamente l'art. 187*ter* e l'art. 185 t.u.f. sarebbe da ricondursi ad un concorso formale di reati: un unico fatto penale si scinde in due illeciti distinti³⁶⁵.

Veniva evidenziato anche il meccanismo di cui all'art. 187*terdecies*, ai sensi del quale il giudice penale, per assicurare la proporzionalità della pena rispetto ai fatti

³⁶⁴ Cit par. 216 della sentenza.

³⁶⁵ Vengono richiamate le sentenze *Oliveira c. Svizzera*, n. 25711/94, § 26, 30 luglio 1998; *Goktan c. Francia*, n. 33402/96, § 50, 2 luglio 2002; *Gauthier c. Francia*, n. 61178/00, 24 giugno 2003; e *Ongun c. Turchia*, 15737/02, 10 ottobre 2006

contestati, avrebbe potuto tenere conto della sanzione amministrativa precedentemente inflitta e ridurre la sanzione penale, detraendone l'importo dell'altra.

Queste dunque le contrapposte posizioni del Governo italiano e dei ricorrenti rispetto alle due principali motivi di ricorso presentati.

2.2. La decisione della Corte.

Il primo profilo che si ritiene di affrontare è quello relativo alla presunta violazione del procedimento tenuto dinanzi alla CONSOB di taluni dei principi di cui all'art. 6 CEDU: l'equità, il principio del contraddittorio, la parità delle armi, l'imparzialità e la terzietà del giudice.

Quanto alla questione preliminare dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo in esame, la Corte non condivide la posizione negativa del Governo, richiamando al contrario i criteri enunciati nella sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, tra loro alternativi e non cumulativi. Per stabilire se si tratti o meno di una «accusa in materia penale», occorre tener presente la qualificazione giuridica della sanzione nel diritto nazionale, la natura dell'infrazione, e la natura e il grado di severità della sanzione.

Nel diritto interno il procedimento dinanzi alla CONSOB e le sanzioni imposte da quest'ultima siano formalmente denominate “amministrative”. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte attribuisce un valore relativo a tale formale denominazione, riconoscendo un peso maggiore alla gravità della sanzione cui a priori è astrattamente passibile il contravventore. Nel caso di specie la Corte riconosce l'afflittività delle sanzioni comminate, sia in astratto che in concreto, come indice della natura penale delle stesse; ritiene dunque applicabile il profilo penale dell'art. 6 CEDU³⁶⁶.

Quanto all'equità del procedimento dinanzi alla CONSOB, la Corte ammette che gli interessati abbiano avuto la possibilità di presentare elementi utili per la loro difesa: l'accusa formulata dall'ufficio IT era stata loro comunicata, congiuntamente all'invito a difendersi; avevano avuto conoscenza del rapporto e della nota complementare dell'ufficio IT, con trenta giorni di tempo – non considerato manifestamente insufficiente, non essendo state richieste proroghe – per presentare eventuali osservazioni rispetto a quest'ultimo.

³⁶⁶ Cfr. par. 94-101 della sentenza.

Tuttavia, ai ricorrenti non era stato comunicato il rapporto che conteneva le conclusioni dell'Ufficio Sanzioni, che avrebbe costituito la base della decisione della commissione: tale circostanza aveva fatto venire meno la possibilità di difendersi rispetto alla fondatezza delle accuse. Oltretutto, gli interessati non avevano avuto la possibilità di interrogare testimoni a favore o di far controinterrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio IT.

Quanto al mancato svolgimento di un'udienza pubblica, la Corte, dopo aver specificato che tale circostanza sia un principio fondamentale tra quelli di cui all'art. 6 CEDU, ammette che non si tratti di un obbligo assoluto³⁶⁷. L'udienza non è requisito imprescindibile di tutte le procedure, soprattutto di quelle in cui non vi sono questioni di credibilità o controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possano emettere un provvedimento equo e ragionevole sulla base delle sole conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo³⁶⁸.

A ben vedere, nella causa in esame, la Corte evidenzia la sussistenza di una controversia sui fatti, segnatamente riguardante lo stato di avanzamento delle negoziazioni con la Merrill Lynch International Ltd. Non solo tale circostanza avrebbe reso necessario lo svolgimento di un'udienza: le sanzioni in cui i ricorrenti rischiavano di incorrere erano molto gravi e avrebbero potuto arrecare un forte pregiudizio all'onorabilità professionale e al credito delle persone interessate.

Per tutti questi motivi, la Corte ritiene il procedimento dinanzi alla CONSOB non interamente conforme ai principi dell'art. 6 CEDU, soprattutto rispetto alla parità delle armi tra accusa e difesa e al mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale su circostanze di fatto dubbie³⁶⁹.

In merito alle questioni riguardanti l'imparzialità e indipendenza della CONSOB, la Corte richiama inizialmente la sua giurisprudenza consolidatasi intorno ai criteri cui fare riferimento per stabilire se un Tribunale possa essere considerato indipendente. Tra questi vi erano le modalità di designazione, la durata del mandato dei membri e l'esistenza di una tutela contro le pressioni esterne.

³⁶⁷ Richiama il caso *Håkansson e Stureson c. Svezia*, 21 febbraio 1990, § 66, serie A n. 171-A

³⁶⁸ Vengono richiamate con riferimento a tale affermazione: *Döry c. Svezia*, n. 28394/95, § 37, 12 novembre 2002; *Pursiheimo c. Finlandia*, n.57795/00, 25 novembre 2003; *Suhadolc c. Slovenia*, n. 57655/08, 17 maggio 2011

³⁶⁹ Cfr. paragrafi da 116 a 123.

In base a questi parametri, la Corte ritiene che non si possa dubitare dell'indipendenza della CONSOB rispetto a qualsiasi altro potere o autorità, e in particolare rispetto al potere esecutivo.

Per quanto riguarda il profilo della imparzialità, la Corte ne esamina sia l'aspetto soggettivo che oggettivo³⁷⁰. Rispetto al primo, constata che non vi è alcun elemento che indichi che qualcuno dei suoi membri abbia un pregiudizio o un favore per una parte. Tale circostanza non si può peraltro desumere dal fatto che siano state prese decisioni sfavorevoli ai ricorrenti (*Cfr., mutatis mutandis, Previti c. Italia*, 12 febbraio 2013). Rispetto al secondo, nota la separazione, prevista nel regolamento della CONSOB, tra organi incaricati dell'indagine e organo competente a decidere sull'esistenza di un illecito e sull'applicazione delle sanzioni: l'ufficio IT formula l'accusa dopo aver svolto le indagini, i cui risultati sono riassunti nel rapporto dell'ufficio sanzioni, completo di conclusioni e proposte sulle sanzioni da applicare. La decisione finale sull'inflizione di queste ultime spetta unicamente alla commissione.

Nonostante questo, la Corte evidenzia che l'ufficio IT, l'Ufficio Sanzioni e la Commissione sono suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. La conseguenza è che l'esercizio delle funzioni di indagine e di giudizio sono esercitate in seno alla medesima istituzione, cosa del tutto incompatibile con i principi vigenti nella materia penale e di conseguenza con l'art. 6 par. 1 della Convenzione³⁷¹.

Questa conclusione non è bastata a portare la Corte a censurare interamente il procedimento dinanzi alla CONSOB. Ha ritenuto infatti che nonostante non si sia trattato di un procedimento equo ed imparziale in senso oggettivo, comunque i ricorrenti abbiano avuto modo di beneficiare del successivo controllo da parte di un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione: la Corte d'appello di Torino.

³⁷⁰ Richiama peraltro una copiosa giurisprudenza in cui sono enunciati i principi generali per valutare l'imparzialità di un "tribunale": *Thomann c. Svizzera*, 10 giugno 1996, § 30; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996, § 58; *Castillo Algar c. Spagna*, 28 ottobre 1998, § 45; *Wettstein c. Svizzera*, n. 33958/96, § 44, CEDU 2000 XII; *Morel c. Francia*, n. 34130/96, § 42, CEDU 2000-VI; e *Cianetti c. Italia*, n. 55634/00, § 37, 22 aprile 2004.

³⁷¹ Questo quanto sostenuto dalla Corte nei paragrafi da 148 a 155.

Dunque, l'unico profilo censurato dalla Corte è stato il mancato svolgimento di un'udienza pubblica, poiché una tale mancanza in sede amministrativa non è stata "sanata" dinanzi alla Corte d'appello di Torino. Anche dinanzi al giudice penale non sono state svolte udienze pubbliche in cui si sia esplicitato un vero e proprio contraddittorio: le parti hanno potuto produrre dei documenti ma senza alcuna audizione orale, avendo proceduto la Corte d'appello esclusivamente in camera di consiglio. L'unica udienza pubblica fu quella davanti alla Corte di Cassazione che però non si può considerare un organo dotato di piena giurisdizione, non essendo competente ad esaminare il merito della causa, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova.

Alla luce di quanto esposto quindi, la Corte ha dichiarato sussistente la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU limitatamente al profilo del mancato svolgimento di un'udienza pubblica.

Per accertare invece la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, la Corte procede preliminarmente con il verificare che i fatti oggetto dei due procedimenti fossero gli stessi, per poi accertare se la prima vicenda processuale fosse riconducibile alla "*matière pénale*".

Quanto al primo profilo, richiama la causa *Sergueï Zolotoukhin c. Russia*, nella quale la Grande Camera aveva difatti precisato che l'articolo 4 del Prot. n. 7 vieta di perseguire o giudicare nuovamente il medesimo soggetto quando il secondo procedimento abbia ad oggetto fatti che sono sostanzialmente gli stessi di quelli su cui si è formato il precedente giudicato, sia esso di condanna o di assoluzione.

In una simile analisi non è rilevante un'indagine volta a evidenziare quali parti delle nuove accuse siano o meno contestate nella procedura successiva: l'art. 4 del Protocollo n. 7 costituisce una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione.

Alla luce di quanto detto, ciò che deve essere esaminato della causa sono i fatti come insieme di circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio e attribuite allo stesso contravventore.

Una simile lettura comporta che, contrariamente a quanto affermato dal Governo la questione sulla "medesimezza" dei fatti non sia da risolversi confrontando gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187^{ter} e 185 t.u.f., ma confrontando i fatti

storici ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali per comprendere se fossero riconducibili alla stessa condotta.

In particolare, dinanzi alla CONSOB, i ricorrenti erano accusati di non aver fatto menzione, nei comunicati stampa del 24 agosto 2005, delle attività di negoziazione portate avanti con la Merrill Lynch International Ltd, e per tali fatti condannati dalla CONSOB e dalla Corte d'appello di Torino (paragrafi 27 e 35 supra). Dinanzi ai giudici penali, l'accusa era di avere dichiarato, negli stessi comunicati, che la Exor non aveva avviato trattative concernenti la scadenza del contratto di finanziamento, mentre nella realtà l'accordo che modificava l'equity swap era già stato esaminato e concluso. Secondo i giudici di merito una simile informazione sarebbe stata tenuta nascosta per evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT.

Rileva quindi che la condotta è la stessa, che è stata tenuta dalle stesse persone, nella stessa data e dunque che il fatto è il medesimo.

È così sciolto il primo nodo interpretativo e integrato il primo requisito di applicabilità del divieto di *bis in idem*.

Quanto alla riconducibilità della prima vicenda processuale alla *matière pénale*, la Corte, già in sede di valutazione dell'ammissibilità del motivo di ricorso che lamentava la violazione dell'art. 6 CEDU, si era pronunciata in merito.

Aveva ritenuto opportuno considerare che il procedimento dinanzi alla CONSOB riguardasse una «accusa in materia penale», facendo propri i criteri della sentenza *Engel* e valorizzando in particolare il terzo, quello della natura e gravità delle sanzioni.

Sanzioni che nel caso di specie erano obiettivamente gravi sia perché concretamente irrogate in una misura particolarmente afflittiva, sia perché astrattamente comminate dalla norma con soglie edittali altissime, elevabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito dall'illecito.

È chiaro che simili livelli sanzionatori evidenzino una natura sostanzialmente repressivo-punitiva e una funzione dissuasiva, tipiche delle sanzioni penali.

Quindi, accertata la natura penale del primo procedimento e delle sanzioni irrogate, la “medesimezza” dei fatti oggetto dei due giudizi, il passaggio in giudicato della prima decisione sull'*idem factum*, la Corte conclude per una piena e manifesta violazione del principio del *ne bis in idem*.

A nulla dunque sono servite le osservazioni del Governo in merito al fatto che fosse lo stesso diritto dell'Unione Europea ad autorizzare il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte di *market abuse*.

Peraltro, a tale proposito, la Corte richiama le sentenze della CGUE 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group* e la sentenza 26 febbraio 2013 *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

Nella prima la Corte ha stabilito che l'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE non impone affatto agli Stati membri di prevedere sanzioni penali; si limita piuttosto a richiedere che tali Stati vigilino sull'applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva.

Nella seconda, riguardante la materia tributaria e in particolare l'imposta sul valore aggiunto, la CGUE ha precisato che, in virtù del principio *ne bis in idem*, uno Stato può sì imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per i medesimi fatti, ma a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale.

Sentenza di condanna dunque per l'Italia, tenuta a risarcire ciascun ricorrente per il danno morale subito e a chiudere, nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti, il procedimento penale ancora aperto.

3. Problemi aperti e soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La sentenza *Grande Stevens c. Italia* ha causato una profonda crisi dei sistemi a doppio binario sanzionatorio, dispiegando i suoi effetti anche in settori diversi dal *market abuse*, come ad esempio quello del diritto penale tributario, o quello delle sanzioni disciplinari.

In un simile contesto, la dottrina è unanime nel ritenere che sia necessario un ripensamento del sistema attraverso una riforma organica del Titolo I-bis t.u.f., che però sembra ancora lontana. Si noti, a titolo esemplificativo, che in alcuni settori dell'ordinamento la tendenza è quella di rafforzare le Autorità indipendenti, attribuendo loro il potere di applicare sanzioni sempre più afflittive.

Dunque, di fronte all'inerzia del legislatore, non incline ad apportare modifiche al sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, la dottrina si è sforzata di trovare delle

soluzioni che permettessero di ricondurre tale materia all'alveo del "convenzionalmente accettabile"³⁷².

Nel caso in esame la decisione della Corte EDU non ha avuto delle ricadute problematiche: il procedimento penale-criminale era infatti già chiuso perché la Cassazione, dichiarando il reato estinto per prescrizione, aveva annullato senza rinvio la sentenza di secondo grado. In questo modo il primo obiettivo indicato dalla Corte di Strasburgo – cioè la chiusura del secondo procedimento – era stato raggiunto. Si potrebbe criticamente osservare che forse lo stesso non si può dire rispetto alla richiesta della Corte di non cagionare ulteriori conseguenze lesive ai ricorrenti. Ragionando in un'ottica "interna" infatti il proscioglimento per prescrizione potrebbe essere considerato pregiudizievole rispetto ad un proscioglimento ai sensi dell'art. 649, comma 2, c.p.p.; resterebbe comunque da verificare che una simile pronuncia sia da considerarsi pregiudizievole anche in un'ottica "convenzionale"³⁷³.

Almeno tre però sono i profili problematici evidenziati dalla dottrina:

a) il primo, riguarda i casi analoghi al caso *Grande Stevens*, in cui sia in corso un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati dalla CONSOB.

b) il secondo, i casi di litispendenza, in cui siano in corso due procedimenti sullo stesso fatto e nessuno dei due sia concluso con sentenza definitiva. Certo una simile evenienza non realizza di per sé una violazione del principio del *ne bis in idem* ma sicuramente la determinerebbe una volta che uno dei due diventi definitivo.

c) il terzo, i casi in cui entrambe le vicende siano state già definite sul piano penale e amministrativo.

Diversi gli approcci adottati dalla giurisprudenza.

Il Tribunale di Brindisi, adottando una lettura convenzionalmente conforme dell'art. 649, ha dichiarato, con sentenza pronunciata il 17 ottobre 2014³⁷⁴, di non doversi procedere per il reato di danneggiamento, nei confronti di un detenuto già sottoposto a procedimento disciplinare, e condannato al risarcimento del danno e all'esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo per quindici giorni. Il

³⁷² N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 87

³⁷³ Così G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, op.ult.cit. p. 72

³⁷⁴ Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014; Cfr. 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 *Dir.pen.cont.*, 12 dicembre 2014

giudice procedente, applicando i criteri Engel, ha ritenuto che la sanzione disciplinare inflitta fosse da considerarsi in realtà penale³⁷⁵. Un punto della sentenza che merita di essere richiamato è quello in cui il Tribunale rileva che l'interpretazione fornita dell'art. 649 c.p.p. non contrasti con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost.: *“D'altra parte, un'interpretazione del genere non può ritenersi in contrasto con il principio di legalità in senso formale di cui all'art. 25 Cost. Invero, il principio di legalità sostanziale, propugnato dalla Corte EDU al fine di garantire il diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto più volte a procedimento penale per lo stesso fatto, non può porsi in contrasto con il principio di legalità formale di cui all'art. 25 Cost., pena una sorta di applicazione in malam partem del principio di legalità citato.”*. In altre parole, *“l'art. 25 Cost. non potrebbe mai essere inteso in modo che ne derivi una compressione del diritto fondamentale dell'individuo ad essere sottoposto più volte a procedimento penale per lo stesso fatto”*³⁷⁶.

Un diverso approccio è stato adottato dal Tribunale di Torino³⁷⁷ in materia tributaria. Il caso riguardava un omesso versamento delle ritenute da parte del rappresentante legale della società, condannato sia via amministrativa ex art. 13 d.lgs. 471/1997 al pagamento di una somma pari al 30% dell'importo non versato, sia penalmente ex art. 10bis d.lgs. 74/2000. Se fino al quel momento un simile regime punitivo non era ritenuto in contrasto con il divieto di *bis in idem*, il giudice di merito ritiene al contrario fondato il dubbio di conformità con le recenti indicazioni della Corte EDU e si rivolse in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ponendo il seguente quesito: *“se, ai sensi degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, sia conforme al diritto comunitario la disposizione di cui all'art. 10-bis d.lgs. 74 del*

³⁷⁵ Alcune osservazioni critiche a questa sentenza sono mosse da R.A. RUGGIERO, *Ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, op.ult.cit. p. 16. L'autrice apprezza la volontà del giudice di merito di fornire una risposta “di buon senso”, alla luce dell'afflittività delle sanzioni inflitte in sede disciplinare. Non può fare a meno di notare tuttavia che la giurisprudenza della Corte EDU è in realtà orientata a ritenere che, non solo ciò che attiene all'esecuzione carceraria sia estraneo alla materia penale, ma anche ciò che attiene ai provvedimenti disciplinari *tout court*. Ritiene peraltro che una lettura opposta genererebbe effetti “devastanti”.

³⁷⁶ Cit. E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale: la giurisprudenza penale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass.pen.*, fasc.7-8, 2015, pag. 2910B. L'autrice assume comunque un atteggiamento critico nei confronti della decisione, sostenendo che una simile lettura prospetti il rischio di un'interpretazione “formalistica” del principio di legalità.

³⁷⁷ Trib. Torino, sez. IV, 27 ottobre 2014; cfr. nota di M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, in *Dir.pen.cont.*, 17 novembre 2014

2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione versamento delle ritenute), sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 d.lgs. 471/97 (con l'applicazione di una sovrattassa)". La CGE si dichiarò tuttavia "manifestamente incompetente". Il principio del *ne bis in idem* è certamente riconosciuto anche nel diritto dell'Unione Europea all'art. 50 CDFUE e, ai sensi dell'art. 52 CDFUE, il suo contenuto debba essere letto alla luce corrispondente principio convenzionale e della giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 4 Prot. 7 CEDU. Tuttavia la materia tributaria, fatta eccezione per la normativa concernente l'IVA, non rientra nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, con la conseguenza che la CGE non sia competente a pronunciarsi sul caso³⁷⁸.

Ultimo *modus operandi* quello della Cassazione civile e penale che nel 2014 hanno sollevato due questioni di legittimità costituzionale, l'una dell'art. 187ter, l'altra dell'art. 187bis, comma 1 t.u.f. rispetto all'art. 4 Prot. 7 CEDU. Le due pronunce verranno analizzate più avanti nel prosieguo della trattazione.

Analizziamo ora le soluzioni ipotizzate dalla dottrina per risolvere le situazioni problematiche di cui sopra e che, come si vedrà, saranno per lo più coincidenti con quelle della giurisprudenza.

3.1. a) i casi analoghi a quello della sentenza *Grande Stevens*: l'interpretazione convenzionalmente conforme e la via dell'art. 117, comma 2, Cost.

Tale soluzione si basa sull'interpretazione convenzionalmente conforme delle seguenti disposizioni: la clausola di salvezza "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*", che si trova nell'incipit dell'art. 187ter (e 187bis) e l'art. 649 c.p.p.³⁷⁹

Fornire un'interpretazione convenzionalmente conforme vorrebbe dire selezionare, tra le varie letture che possono essere date ad una norma, quella che meglio si armonizzi con il diritto convenzionale.

³⁷⁸ Si rammenti, 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". Cfr. CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*

³⁷⁹ 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 *Dir. Pen. cont.*, 9 marzo 2014

Una lettura adeguatrice della norma di cui all'art. 187^{bis}-187^{ter} potrebbe darsi in primo luogo valorizzando i tratti distintivi tra le fattispecie penali e quelle amministrative in modo da rendere più semplice l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 9 della l. 696/1981; in secondo luogo trasformando la clausola di salvezza da deroga al principio di specialità a clausola di sussidiarietà.

Sotto il primo aspetto, giova richiamare in estrema sintesi la sentenza della Corte di Cassazione n. 15199 del 16 marzo 2006, già approfondita nel primo capitolo della trattazione, in cui gli ermellini avevano valorizzato le differenze tra illecito penale e amministrativo di manipolazione del mercato, configurando il primo come reato di pericolo concreto e il secondo di pericolo astratto. Dunque, se già prima della sentenza *Grande Stevens* si è fatto ricorso allo strumento dell'interpretazione per evitare un cumulo sanzionatorio, non si vede perché dopo la sentenza della Corte EDU il problema non possa essere risolto nello stesso modo³⁸⁰.

Per quanto lodevole, la stessa operazione ermeneutica applicata all'illecito di *insider trading*, svuoterebbe di significato la fattispecie amministrativa: verrebbe sempre applicata quella penale di cui all'art. 184 t.u.f. perché, sebbene coincidente, è da considerarsi speciale ai sensi dell'indirizzo appena citato della Cassazione. Una simile evenienza genererebbe un contrasto con la direttiva 2003/6/CE che invece impone l'applicazione delle sanzioni amministrative³⁸¹.

Leggere la formula “*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*” come una clausola di sussidiarietà, e cioè come se vi fosse scritto “*salvo che il fatto non costituisca reato*”, varrebbe ad escludere a monte il concorso tra illecito penale e amministrativo: quest'ultimo avrebbe per l'appunto solo natura sussidiaria, applicandosi nei soli casi che non rientrino nel precetto penale.

“*Si tratta, tuttavia, di una strada in forte salita*”³⁸². Il dato letterale è imprescindibile ed insormontabile: “*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*”. Una simile locuzione non può costituire altro che una deroga al principio di specialità di cui all'art. 9 l. 696/1981, sancendo la possibilità di procedere ad

³⁸⁰ Così A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, op.ult.cit. p. 115

³⁸¹ Certo ormai questo problema non si verificherebbe più dal momento che la MAD II, che ha abrogato la direttiva del 2003, impone l'applicazione di sanzioni penali, lasciando liberi gli Stati di prevederne anche di amministrative.

³⁸² Cit. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, op.ult.cit. p.127

un'applicazione congiunta delle due. Peraltro, gli articoli 187*duodecies* e 187*terdecies* esplicitano in maniera inequivoca la volontà del legislatore di applicare sanzioni sia penali che amministrative: il primo infatti stabilisce che il procedimento amministrativo non può essere sospeso nelle more di quello penale; il secondo che coordina l'applicazione delle sanzioni, prevedendo che dalla sanzione penale pecuniaria venga sottratta quella amministrativa.

Un'ultima considerazione in merito: la nostra giurisprudenza tende (*rectius* tendeva) ad applicare il principio di specialità confrontando gli elementi costitutivi della fattispecie astratte, nel rispetto della lettera dell'art. 9 l. 696/1981 che fa riferimento al "fatto tipico". Una simile linea interpretativa potrebbe porsi in contrasto con l'approccio sostanzialistico, attuato dalla Corte EDU, che nella valutazione sulla medesimezza del fatto, fonda la propria analisi sul fatto storico³⁸³.

È possibile addivenire ora ad analizzare la percorribilità dell'interpretazione convenzionalmente conforme rispetto all'art. 649 c.p.p., che contiene il divieto di un doppio giudizio per "*l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale di condanna divenuti irrevocabili*". Fornire un'interpretazione convenzionalmente conforme di questa norma significherebbe non limitare la sua operatività alle fattispecie formalmente penali ma estenderla anche a quelle che, seppur non qualificate come penali, vadano considerate tali ai sensi del *dictum* di Strasburgo.

In dottrina si trovano voci decisamente ottimiste sulla possibilità di effettuare una simile lettura, sul presupposto che l'art. 649 c.p.p. contenga un principio di garanzia di portata generale, suscettibile dunque di essere interpretato estensivamente³⁸⁴.

Sebbene anche i giudici di merito abbiano sperimentato questa strada, in considerazione della natura di principio generale della regola di cui all'art. 649 c.p.p., le pronunce non hanno resistito al vaglio della Corte di Cassazione.

Esemplare una sentenza emessa dal Tribunale di Asti il 10 aprile 2014, che aveva dichiarato di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., interpretato alla luce della giurisprudenza europea, per il reato di cui all'art. 5 d.lgs. 74/2000 (omessa dichiarazione), poiché per lo stesso fatto erano già state applicate le sanzioni amministrative di cui al d.lgs. 471/1997.

³⁸³ Solleva la questione G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 3-4/2014

³⁸⁴ A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, *op.ult.cit.* p. 115

La Suprema Corte con sentenza del 21 aprile 2016³⁸⁵, ha tuttavia annullato il provvedimento del Tribunale di Asti, sulla scorta dei principi contenuti nelle celebri sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007³⁸⁶. Già allora la Corte di Cassazione aveva rammentato che in caso di contrasto tra una disposizione della CEDU o dei Protocolli e una norma nazionale, il giudice comune certamente in prima analisi deve tentare un'interpretazione convenzionalmente conforme della norma nazionale; quando questo non sia possibile, l'unica strada percorribile è quella della questione di legittimità costituzionale ex art. 117, comma 1, Cost. Fatte tali premesse, la Suprema Corte ritiene non praticabile l'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. essendo inequivoco il dato letterale della norma che richiama esclusivamente le sentenze e i decreti penali di condanna. Il giudice di merito avrebbe quindi dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 469 c.p.p. ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost, assumendo come parametro l'art. 7 Prot. 7 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 Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli"*.

Nonostante comunque la Cassazione abbia esplicitato che il percorso corretto sarebbe stato quello della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, si astiene dal sollevarla lei stessa, per due motivi.

Per prima cosa, in punto di fatto, non era chiaro se il provvedimento che accertava la violazione tributaria fosse definitivo o meno, circostanza che avrebbe influito sulla rilevanza stessa della questione.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale aveva recentemente – sent. 102/2016 – dichiarato inammissibile una questione analoga a quella del caso di specie³⁸⁷.

³⁸⁵ Cass. pen. sez. III, sent. 21 aprile 2016, n. 25815

³⁸⁶ Sul punto più diffusamente C. ZANGHI', *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, su www.giurcost.org

³⁸⁷ Per il commento della sentenza 21 aprile 2016, n. 25815 della Cassazione penale si rinvia al commento di F. VIGANO', *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in *Dir.pen.cont.*, 11 luglio 2016

Tale vicenda conferma peraltro le perplessità di alcuna dottrina, che definisce un simile percorso piuttosto *“accidentato, ma non fino al punto di ritenere che si tratti di ipotesi di pura immaginazione”*³⁸⁸. Basti pensare al fatto che la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione abbia ritenuto che ai fini dell’applicazione dell’art. 673 c.p.p., in tema di revoca del giudicato, equivalga ad una *abolitio criminis* legislativa o derivante da una declaratoria di illegittimità costituzionale, la censura di una norma interna per contrasto con il diritto dell’Unione europea ad applicazione diretta, rilevata dalla Corte di giustizia³⁸⁹.

Si può concludere dunque che l’atteggiamento della giurisprudenza sia restio ad estendere l’ambito di operatività dell’art. 649 c.p.p.

Si è detto che la strada alternativa all’interpretazione convenzionalmente conforme è la presentazione di una questione di legittimità costituzionale. Ebbene nella stessa sentenza della Cassazione che ha chiuso il caso Grande Stevens³⁹⁰, i giudici hanno escluso non solo la praticabilità dell’interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione in esame, ma anche la proponibilità della questione di legittimità costituzionale, ritenuta irrilevante, vertendo lo scrutinio di legittimità *“su sentenza pronunciata su rinvio di questa stessa Corte, laddove gli incidenti de quibus - ben potevano e - dovevano essere sollevati nel precedente giudizio davanti a questa Corte; colla conseguenza, che, in difetto, il giudicato formatosi ai sensi dell’art. 624 cod. proc. pen. sulla investitura del giudice ad quem, sulla esclusione della causa di proscioglimento in relazione alla supposta preclusione, postulata in relazione al pregresso procedimento di applicazione della sanzione amministrativa (già il Tribunale aveva disatteso la correlata eccezione di illegittimità costituzionale dell’art. 649 cod. proc. pen.) e sul principio di diritto stabilito in ordine alla interpretazione della norma incriminatrice, renderebbe affatto ininfluenti, nel presente giudizio, le ipotetiche declaratorie della illegittimità costituzionale delle norme in parola”*.

In linea generale comunque la declaratoria di illegittimità costituzionale non sembra una strada così impervia, a meno che la Corte costituzionale non rinvena dei controlimiti tra le norme costituzionali, che impediscano di conformarsi al *dictum* di Strasburgo.

³⁸⁸ Cit. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, *op.ult.cit.* p. 130

³⁸⁹ Lo sottolinea G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, *op.ult.cit.*

³⁹⁰ Cass.pen., sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915

Si ritiene ad esempio non possa essere un controlimite l'art. 25, comma 2, Cost. Si vuole dire che non confligge con il principio di riserva di legge in materia penale il fatto che la Corte EDU abbia qualificato "penale", una sanzione che la legge italiana definisce "amministrativa". L'interpretazione della Corte infatti, espressione della logica multilivello della tutela dei diritti fondamentali, incrementa le garanzie per l'individuo, non danneggiandolo affatto³⁹¹.

Un secondo controlimite che si ritiene di poter escludere è il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.³⁹². L'azione penale è obbligatoria fino a che non sia già stata esercitata la potestà punitiva in un altro procedimento, cosa che certamente si può ritenere avvenuta in un processo che seppur definito amministrativo, sia in realtà da considerarsi penale. Una simile lettura si può assimilare al meccanismo del *ne bis in idem* internazionale: la potestà punitiva italiana cede di fronte a quella già esercitata in un altro Stato in relazione ai medesimi fatti. Oltretutto, osservazione forse banale ma necessaria, l'azione penale è obbligatoria a patto che sia legittima; di certo non lo sarebbe se esercitata in violazione di un diritto fondamentale quale è il *ne bis in idem*³⁹³.

Allo stesso modo non può essere addotto come controlimite il fondamento costituzionale degli interessi tutelati dalle norme in materia di *market abuse*, come per esempio il principio della tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.: non si vuole qui mettere in discussione la rilevanza di un simile interesse – e di altri affini – ma si vuole negare che debba essere tutelato ledendo il fondamentale diritto dell'individuo a non essere sottoposto due volte ad un procedimento penale per il medesimo fatto. *“Un processo, esso stesso rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, basta e avanza per proteggere gli interessi in gioco, così come basta e avanza per tutti gli interessi più rilevanti che l'ordinamento conosca – a cominciare dalla vita umana.”*³⁹⁴

Un ultimo controlimite potrebbe essere quello dell'obbligo di rispetto dei vincoli eurounitari, che avevano espressamente autorizzato il ricorso al doppio binario sanzionatorio. L'adeguamento a tale previsione sarebbe da considerarsi prevalente

³⁹¹ Così G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, op.ult.cit.p. 133

³⁹² *Contra* G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 3-4/2014

³⁹³ F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir.pen.cont.*, 3-4/2014

³⁹⁴ *Cit.* F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, op.ult.cit.

rispetto agli obblighi di adeguamento alla CEDU ed ai suoi Protocolli, in quanto l'Italia ha accettato una limitazione di sovranità, ai sensi dell'art. 11 Cost., solo nei confronti dell'Unione Europea e non anche del diritto di Strasburgo. In questi termini dunque l'art. 11 Cost. costituirebbe un controlimite rispetto al dovere di rispettare gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, Cost.³⁹⁵.

Un simile ricostruzione non appare comunque legittima per tre ragioni.

La prima risiede nel dato letterale della Direttiva che all'art. 14 fa semplicemente salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali. Il doppio binario dunque, ai sensi della direttiva, non è in alcun modo imposto, bensì autorizzato.

La seconda risiede nell'art. 6, par. 3, TUE sancisce che *“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.”*; pertanto tutti gli atti normativi dell'Unione devono rispettare il contenuto della Convenzione, pena l'invalidità. Se la MAD avesse davvero imposto agli Stati membri un risultato lesivo dei diritti fondamentali della Convenzione, sarebbe stata colpita da tale censura di invalidità.

L'ultima risiede invece nella clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, CFDEU: *“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.”*

Quest'ultima norma consente di addivenire all'analisi del percorso alternativo, tracciato dalla dottrina, rispetto all'interpretazione convenzionalmente conforme: quello della diretta applicazione dell'art. 50 CFDEU.

³⁹⁵ Cit. F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, op.ult.cit.p. 134 nonché G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, op.ult.cit.p. 134

Giova sottolineare che la questione si sia tutto sommato “sgonfiata” in seguito all'abrogazione della Direttiva 2003/6/CE, sostituita con una seconda che prevede espressamente che gli Stati rispettino il principio del *ne bis in idem* e che rovescia la base sanzionatoria che ad oggi è la sanzione penale e non quella amministrativa.

3.1.1. La diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE.

Affrontate tutte le problematiche connesse all'interpretazione convenzionalmente conforme e alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale, c'è da chiedersi se quest'ultimo modo di procedere sia l'unico che assicuri l'adeguamento del diritto processuale italiano al *dictum* di Strasbugo³⁹⁶.

Il principio del *ne bis in idem* è sancito anche nell'art. 50 CDFUE, cioè una norma di diritto primario dell'Unione ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, che pertanto è idonea a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri e destinata a prevalere sulle norme nazionali contrastanti.

Queste considerazioni aprono la strada ad un'altra possibile opzione per adeguare il nostro diritto processuale all'obbligo sovranazionale: consentire al giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento o non luogo a procedere direttamente sulla base dell'art. 50 CDFUE, senza la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Si rende necessaria una notazione: essendo i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta vincolanti per gli Stati membri solo quando attuino il diritto dell'Unione³⁹⁷, occorre preliminarmente stabilire se la materia degli abusi di mercato sia parte del diritto dell'Unione europea. A ben vedere, non vi può essere alcun dubbio: la disciplina del *market abuse* è contenuta nella Direttiva 2003/6/CE, ora abrogata e sostituita con la Direttiva 2014/57/UE e il Regolamento n. 596/2014. La conseguenza è che le disposizioni della CDFUE hanno un effetto diretto nell'ordinamento nazionale e conferiscono al giudice il potere-dovere di non applicare la normativa interna incompatibile con il diritto eurounitario.

Si noti però che le disposizioni della Carta possono produrre un effetto diretto nel nostro ordinamento solo quando contengano dei precetti chiari, precisi e incondizionati. L'art. 50 sembra rispettare questi criteri, poiché non contiene semplicemente un principio ma un vero e proprio diritto individuale, riconosciuto “*in termini incondizionati e perfettamente definiti*”³⁹⁸.

³⁹⁶ F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio*, op.ult.cit. p. 135

³⁹⁷ F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio*, op.ult.cit.

³⁹⁸ Cit. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, op.ult.cit.p. 135. L'autore sottolinea la differenza tra “principio” e “diritto” in ossequio alla “*diffusa convinzione*”, che fa leva sull'art. 52, par. 5, CDFUE, secondo la quale il giudice avrebbe il potere di disapplicare la norma nazionale solo quando questa si ponga in contrasto con disposizioni della Carta che “*conformano in modo esaustivo*”

È utile richiamare in questo contesto la sentenza *Fransson*³⁹⁹ in cui la CGE, proprio in riferimento all'art. 50 CDFUE ha affermato che il giudice nazionale che operi in un ambito regolato dal diritto dell'Unione è tenuto ad assicurare la piena efficacia della Carta, *“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”*⁴⁰⁰. La Corte afferma anche che *“il diritto dell'Unione osta ad una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore letterale della medesima o dalla 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”*⁴⁰¹.

La conclusione secondo cui il giudice penale italiano si troverebbe abilitato *omisso medio* – cioè senza doversi rivolgere preliminarmente alla Corte Costituzionale – a pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per un fatto già sanzionato in maniera definitiva sul piano amministrativo, disapplicando l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui si trova in contrasto con i principi della *Grande Stevens*, è avvalorata da una sentenza della nostra Corte costituzionale, la n. 80/2011. In questo caso la Corte aveva negato che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il giudice fosse *tout court* legittimato a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con la CEDU, poiché una simile evenienza sarebbe autorizzata dall'art. 51, par. 1 CDFUE e dell'art. 6, par. 1 TUE solo in caso di attuazione del diritto dell'Unione, circostanza che nel caso di specie non sussisteva. Ragionando *a contrariis* si perviene a confermare quanto detto precedentemente, e cioè che il giudice disponga di un simile potere in materia di abusi di mercato, poiché tale materia rientra a pieno titolo nel diritto dell'Unione.

una posizione giuridica attiva (i diritti) e non anche con quelle che si limitano a prefissare obiettivi, affidandone il perseguimento ad organi politici (i principi)”.

³⁹⁹ CGE, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

⁴⁰⁰ Cfr. par. 45 e 47.

⁴⁰¹ Cfr. par. 49.

Chiusa questa parentesi però è d'obbligo aprirne un'altra: è necessario ora stabilire se l'art. 50 CDFUE e l'art. 4 Prot. 7 CEDU abbiano il medesimo contenuto e pertanto se il primo debba essere interpretato in maniera conforme all'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo in relazione al secondo, soprattutto rispetto alla nozione di *matière pénale*.

Leggendo l'art. 52 par. 3 CDFUE e le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in realtà il quesito sembrerebbe non avere ragion d'essere⁴⁰². Il primo prescrive che *“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”*; le seconde invece chiariscono che *“Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. [...] La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore rispetto a quello garantito dalla CEDU*.

Come si può notare dunque il riferimento alla CEDU comprende anche i Protocolli, tra i quali quindi anche il n. 7, assunti peraltro come standard minimo di tutela, nell'estensione loro fornita dalla Corte di Strasburgo, dei corrispondenti diritti della Carta.

Non v'è dubbio a questo punto che *“l'art. 50 CDFUE debba essere letto come incorporante almeno l'insieme delle garanzie enucleate dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU”*⁴⁰³.

Sul punto però è necessario muoversi con cautela. Nel corso della causa Fransson, l'Avvocato generale Villalon aveva posto in dubbio che l'art. 50 CDFUE incorporasse tutte le garanzie dedotte dalla Corte di Strasburgo dall'art. 4 Prot. 7. Non tutti gli Stati membri dell'Unione, sottolineava l'Avvocato, avevano ratificato il protocollo 7 e molti di quelli che lo avevano fatto, avevano previsto delle riserve con lo scopo di circoscriverne la portata. Villalon si discostava dunque dal criterio di “equivalenza

⁴⁰² Così F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio*, op.ult.cit. p. 136

⁴⁰³ Cit. F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio*, op.ult.cit.

minima”, di cui all’art. 52, par.3, tra la tutela offerta dalle norme della Carta e quelle offerte dalla CEDU, in favore di un’interpretazione “autonoma” dell’art. 50, nel senso che *“l’articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che non impedisce agli Stati membri di perseguire dinanzi alla giurisdizione penale gli stessi fatti già sanzionati con decisione definitiva nell’ambito di un procedimento amministrativo, purché il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale.”* Una simile interpretazione non è stata comunque seguita dalla CGE, che invece invitava il giudice nazionale a valutare la natura penale della sanzione già inflitta, sulla base dei criteri Engel.

Dunque, in definitiva, pare di poter dire che il giudice penale potrà – anzi dovrà – pronunciare, in diretta applicazione della Carta, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere del tutto analoga a quella che pronuncerebbe ex art. 649 c.p.p. Lo stesso provvedimento dovrà essere pronunciato dall’autorità amministrativa – o da quella giurisdizionale adita in sede di opposizione – nell’ipotesi, seppur remota, che il procedimento penale si sia chiuso prima di quello amministrativo.

3.1.2. Le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione civile e penale.

Alla luce del complicato quadro descritto nei paragrafi precedenti, non sorprende che all’indomani della sentenza Grande Stevens vennero sollevate delle questioni di legittimità costituzionale⁴⁰⁴.

In particolare, si vuole qui esaminarne due, una sollevata dalla Corte di Cassazione, sezione penale; l’altra dalla Corte di Cassazione sezione civile. Le due relative pronunce della Corte Costituzionale sono ormai considerate dei *leading cases*, poiché

⁴⁰⁴ E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale: la giurisprudenza penale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in Cass.pen., fasc.7-8, 2015, pag. 2910 specifica che la stessa strada è stata percorsa ai giudici francesi che analogamente hanno proposto al *Conseil Constitutionnel* delle questioni di legittimità delle norme del *Code monétaire et financier* in materia di abusi di mercato che prevedono, similmente al nostro ordinamento, un cumulo di sanzioni penali e amministrative, sia dell’art. 6 codice di procedura penale in tema di *bis in idem*. Il *Conseil* ha scelto di non censurare la norma processuale, ritenendo invece illegittime le norme del *Code monétaire et financier* che consentono il cumulo sanzionatorio, rispetto all’art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, che impone al legislatore di comminare solo pene strettamente necessarie. A giudizio del *Conseil* il sistema sanzionatorio degli abusi di mercato non rispetta tale parametro, comminando sanzioni sproporzionate e ridondanti. Una decisione che di fatto cancella il doppio binario anche se per la verità tale effetto risulta attenuato per il modo in cui è stata data concreta attuazione alla sentenza.

chiariscono i rapporti tra la legislazione italiana e la CEDU, assumendo l'art. 117, comma 1 Cost. come parametro di riferimento per valutare la compatibilità delle norme interne di recepimento con la CEDU⁴⁰⁵.

Il primo incidente è stato sollevato dalla Quinta sezione penale della Corte di Cassazione, a valle di una vicenda giudiziaria concernente un fatto di *insider trading* il cui iter era stato il medesimo di quello alla base della sentenza *Grande Stevens*: si era concluso un procedimento dinanzi alla CONSOB, all'esito del quale erano state irrogate sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 187bis, comma 1, e 187quater, ed era pendente un procedimento penale ex art. 184.

La Corte di Cassazione si è dunque rivolta al Giudice delle leggi con ordinanza del 10 novembre 2014, n. 1789⁴⁰⁶, articolata in due quesiti.

In via principale la Corte ha richiesto di verificare la legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 187bis, comma 1 t.u.f., nella parte in cui prevede “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”. L'accoglimento di una simile questione condurrebbe ad una sentenza manipolativa costituita da due parti: una *pars destruens*, volta ad eliminare la formula cesurata ed una *pars construens*, volta ad inserire la formula suggerita⁴⁰⁷. Con una simile pronuncia l'illecito amministrativo non troverebbe applicazione quando il fatto rientri nell'ambito della fattispecie penale ex art. 184 t.u.f.

In via subordinata, la Cassazione ha richiesto alla Corte Costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ancora una volta rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU, “*nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nel caso in cui l'imputato sia già 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*

⁴⁰⁵ M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza Grande Stevens: Pronuncia europea e riflessi nazionali*, nota a Corte EDU, *Grande Stevens e a. c. Italia*, in www.dirittopenaleeuropeo.it

⁴⁰⁶ Cass.pen., ordinanza del 10 novembre 2014, n. 1789 (dep. 15 gennaio 2015)

⁴⁰⁷ Così M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Dir.pen.cont.*, 17 novembre 2014

natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi protocolli". L'accoglimento di questo secondo motivo condurrebbe ad un esito opposto rispetto al primo: essendo decisamente più frequente che il binario amministrativo si concluda per primo, rendendo definitive delle sanzioni da considerarsi sostanzialmente penali, l'effetto sarebbe quello di una impossibilità di procedere penalmente per la maggior parte dei casi, escludendo dunque l'applicabilità delle sanzioni penali. Questo di certo genererebbe un *"incongruenza sistemica"*: l'applicazione di una sanzione amministrativa o penale dipenderebbe esclusivamente da quale delle due diventi definitiva per prima, circostanza che dipenderebbe delle contingenze delle singole vicende processuali. Ritiene ad ogni modo che una tale «incongruenza» non possa impedire la dichiarazione di illegittimità costituzionale, quando costituisca l'unico modo per riparare una lesione costituzionale dei diritti della persona.

La seconda questione di legittimità costituzionale venne sollevata dalla sezione tributaria civile della Corte di Cassazione, con ordinanza del 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015).

Il caso che aveva dato origine alla questione riguardava la contestazione di una condotta di manipolazione del mercato, questa volta sanzionata penalmente ex art. 185 t.u.f.⁴⁰⁸; il binario penale si era dunque chiuso mentre risultava pendente quello amministrativo avanti alla CONSOB. La Corte rimettente sottolinea che tale situazione testimonia l'operatività *"bidirezionale"* del principio del *ne bis in idem*, nel senso che questo *"trova applicazione sia nel caso di sanzione amministrativa precedente a quella penale, sia nel caso inverso"*. La Corte dunque *"dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187ter punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce l'applicazione del principio del "ne bis in idem" di cui agli artt. 2 e 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in ragione della definitività della sentenza del Tribunale di Roma n. 24796/08 del 10.12.2008, passata in giudicato. Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del giudizio."*⁴⁰⁹ Si noti che il ricorrente aveva altresì specificato che *"in forza del principio del favor rei, va*

⁴⁰⁸ Il processo penale si era già giuro con una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

⁴⁰⁹ N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 127; ritengono di poter trarre la conclusione che in via generale la strada dell'interpretazione conforme, in astratto prospettata dalla dottrina, non sia di fatto percorribile.

assimilata la sentenza di patteggiamento a quella di condanna”, con la conseguenza che tale sentenza sia idonea a supportare il divieto di *bis in idem* come affermato dalla Corte di Strasburgo.

La Corte Costituzionale ha trattato congiuntamente le doglianze contenute nelle due ordinanze, dichiarandole tutte inammissibili con la sentenza n. 102/2016.

Affronta preliminarmente la questione sollevata in via principale dalla quinta sezione penale della Corte di Cassazione, quella riguardante l’art. 187*bis* co. 1 t.u.f. ritenuto in contrasto con l’art. 117 co. 1 Cost., in relazione all’art. 4 prot. 7 CEDU così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, nella parte in cui la disposizione impugnata prevede «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» anziché «*Salvo che il fatto costituisca reato*».

La questione viene dichiarata inammissibile in quanto non rilevante nel giudizio *a quo*. L’art. 187*bis* t.u.f. era già stato applicato nell’ambito del procedimento amministrativo dinanzi alla CONSOB, e pertanto non spiegava più alcun ruolo nel processo penale pendente dinanzi al giudice *a quo*, che concerneva piuttosto della disposizione di cui all’art. 184 t.u.f. La Corte inoltre sottolinea la mancanza di una qualsiasi utilità dell’eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale: non sarebbe in alcun modo valso a impedire la violazione del diritto convenzionale. Anche l’eventuale revoca, prospettata dal giudice *a quo*, della precedente sanzione CONSOB ex art. 30 co. 4 l. 87/1953 in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale, non avrebbe impedito la celebrazione del processo penale, con l’effetto addirittura di contribuire al verificarsi della violazione. “*Tale abnorme effetto tradirebbe l’esigenza che non si produca nel processo principale la violazione della Costituzione, cui è sotteso il carattere pregiudiziale della questione di costituzionalità, e con esso il requisito della rilevanza. Difatti, il divieto di bis in idem prescritto dall’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU verrebbe irrimediabilmente infranto, anziché osservato, arrestando, come si dovrebbe, il corso del secondo giudizio.*”⁴¹⁰

Anche la questione prospettata in via subordinata, cioè quella concernente l’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*

⁴¹⁰ Cit. par. 6.1 della sentenza.

irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale", è stata dichiarata dalla Corte inammissibile. Sottolinea innanzitutto che lo stesso giudice rimettente avesse delle perplessità in ordine a tale questione, il cui accoglimento "determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente." Una simile situazione genererebbe il pericolo di violazione di altri importanti principi: di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost. L'unico effetto dell'intervento additivo richiesto sarebbe quello 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"*⁴¹¹; la determinazione della concreta risposta sanzionatoria è affidata solo all'imprevedibile circostanza della maggior celerità del procedimento.

Parimenti inammissibile è secondo la Corte la questione sollevata dalla sezione tributaria civile della Corte di Cassazione *"in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa."*: la Cassazione non aveva sciolto i dubbi sulla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte EDU e i principi del diritto dell'Unione europea, *"che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata."*,

Parte della dottrina rispetto a questa sentenza ritiene che la Corte abbia *"deciso di non decidere"*⁴¹². Non si vuole negare che i motivi di irricevibilità rispetto alla questione posta in via preliminare dalla quinta sezione penale della Corte di Cassazione fossero difficili da superare, ma sembra che al contrario la questione sollevata in via subordinata fosse piuttosto ragionevole: era sicuramente rilevante nel giudizio *a quo* e precisa nel *petitum*. Non vi è alcun dubbio che l'accoglimento di una simile richiesta non risolverebbe i problemi sistemici esistenti, che per essere rimossi

⁴¹¹ Cit. F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir.pen.cont.*, 16 maggio 2016

⁴¹² Cit. F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, *op.ult.cit.*

in via definitiva necessiterebbero di un intervento del legislatore. Tuttavia, in attesa di tale intervento, spetta ai giudici garantire un simile diritto già esistente con gli strumenti che l'ordinamento conferisce loro, eventualmente integrati da pronunce additive della Corte Costituzionale. Dunque, nonostante un intervento sistemico possa essere effettuato solo dal legislatore, nella situazione attuale spetta alla giurisdizione il compito di evitare che si producano, o continuino a prodursi, lesioni del diritto al *ne bis in idem* da parte dei pubblici poteri, lasciando poi al legislatore il compito di rimuovere le eventuali ripercussioni sistematiche create da questo intervento, obbligato, di tutela del diritto fondamentale in gioco.

In definitiva la Corte Costituzionale ha perso un'occasione preziosa per cercare di correggere, nei limiti di quanto le compete, i vizi del nostro sistema sanzionatorio in materia di *market abuse*. Questo soprattutto in considerazione del fatto che in altre circostanze non ha esitato a pronunciare una declaratoria di illegittimità costituzionale⁴¹³.

3.2. b) *Quid iuris* in caso di litispendenza?

Il fenomeno della litispendenza si verifica quando due procedimenti siano contemporaneamente pendenti e dunque non ancora conclusi.

In questo stadio, la frizione con il principio del *ne bis in idem* non è ancora attuale, creandosi solo quando vi sia una *res iudicata*⁴¹⁴.

Il contrasto è però inevitabilmente destinato a prodursi: l'art. 187 *duodecies*, “fondamento normativo della litispendenza”⁴¹⁵, stabilisce infatti che “*Il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'articolo 187-septies non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione*”

Di fatto la prosecuzione parallela dei due procedimenti è imposta dalla norma, fino a che uno dei due non venga definito con sentenza passata in giudicato: solo allora è imposto l'arresto. Ci si chiede tuttavia se una simile opzione sia compatibile con il principio del buon andamento dei pubblici poteri, visto che la prosecuzione di un

⁴¹³ Questo il pensiero di F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, op.ult.cit. p. 143; Cfr. Corte cost., sent. 113/2011.

⁴¹⁴ Cfr. Corte EDU, sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*

⁴¹⁵ Cit. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 142

procedimento destinato a chiudersi costituisce un inutile dispendio di energie processuali.

Diverse dunque le soluzioni prospettate dalla dottrina per far fronte a questo inconveniente.

La prima di queste è sicuramente la disapplicazione delle norme interne incompatibili con l'art. 50 CDFUE. Tale norma è infatti direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, e pertanto il giudice nazionale ha il potere-dovere di disapplicare le norme in contrasto, in forza del reticolo normativo multilivello che si dispiega tra ordinamento interno, Carta di Nizza e Convenzione europea.

Tuttavia, può essere utile in questo proposito richiamare la sentenza Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767, pronunciata in tema di raccolta abusiva di scommesse, che approfondisce anche il tema del rapporto tra diritto interno e diritto dell'UE. In particolare, al paragrafo 5 della motivazione la Corte afferma che "la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile soltanto allorché si sia in presenza di un diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. Situazione questa che può verificarsi, ad esempio, quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo (queste ultime evidenziazioni e sottolineature sono nostre) e dandosi pertanto luogo non ad un rapporto di conformità-non conformità ma di applicabilità-non applicabilità, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra".

L'automatica incidenza interna dell'art. 50 CDFUE dovrebbe dunque condurre alla diretta disapplicazione delle norme interne confliggenti, quali in questo ambito, sono sicuramente l'art. 187 *duodecies* t.u.f. e l'art. 649 c.p.p.

La prima nora, non prevedendo alcun meccanismo di coordinamento tra il procedimento penale e quello amministrativo di fatto legittima il prodursi di un fenomeno di litispendenza, cagionando una menomazione del principio del *ne bis in idem*, destinata a consumarsi quando uno dei due procedimenti giunga al capolinea.

Essendo una norma di sfavore, contraria all'art. 50 CDFUE, deve necessariamente essere oggetto di disapplicazione, non essendo possibile interpretare il suo contenuto con una lettura adeguatrice, impedita dal tenore letterale.

La sua diffusa disapplicazione dovrebbe però essere necessariamente accompagnata dall'introduzione di norme che coordinino i procedimenti penale e amministrativo, al fine di evitare di instaurare un secondo iter procedimentale, a seguito di uno già cominciato.

Allo stesso risultato – la disapplicazione dell'art. 187*duodecies* – si potrebbe pervenire anche utilizzando come parametro l'art. 4 Prot. 7 CEDU. Il settore degli abusi di mercato è diretta espressione delle attribuzioni comunitarie e pertanto si deve necessariamente adeguare anche ai principi convenzionali che sono confluiti nel diritto dell'Unione europea attraverso il Trattato di Lisbona che, all'art. 52 par. 3, impone il riconoscimento, da parte del diritto dell'Unione, di una soglia di protezione equivalente a quella garantita dal diritto convenzionale.

La disapplicazione dell'art. 187*duodecies* non basterebbe da sola ad eliminare il problema della litispendenza, essendo – in teoria – necessario procedere allo stesso modo anche rispetto all'art. 649 c.p.p., norma che di fatto non si frappona alla duplicazione di procedimenti coesistenti: l'art. 649 c.p.p. impedisce infatti l'apertura di un secondo procedimento sullo stesso fatto, nei confronti della stessa persona solo quando si tratti di procedimenti “penali”. Il requisito della natura penale sembra difettare – formalmente – nel caso in cui si tratti di un doppio livello di tutela penale e amministrativo; così però non è, secondo le linee guida della giurisprudenza convenzionale.

Di ulteriore ostacolo all'impedimento della litispendenza è il diritto vivente. La Corte di Cassazione⁴¹⁶ subordina infatti il dovere del giudice investito della litispendenza di definire il giudizio con sentenza di improcedibilità, alla condizione che tutte le procedure siano pendenti dinanzi alla medesima sede giudiziaria. Nell'ambito degli abusi di mercato una simile condizione sarà difficilmente realizzabile: ai sensi dell'art. 187*septies* t.u.f. sarà competente a conoscere le impugnazioni delle sanzioni CONSOB, la Corte d'appello nella cui circoscrizione si trova la sede legale della società, mentre la competenza penale deve essere individuata secondo le norme del codice di rito. È quindi assai probabile che le due autorità giurisdizionali siano diverse.

⁴¹⁶ Cfr. sent. Cass.pen., Sez. V, 7 luglio 2012, n. 37670

Certo si potrebbe sostenere a riguardo che una simile regola sia di derivazione giurisprudenziale e pertanto soggetta a letture che tengano conto dell'evoluzione del diritto vivente.

In definitiva, solo la disapplicazione congiunta degli artt. 187*duodecies* t.u.f. e 649 c.p.p. “*permetterebbe di liberarsi dalla morsa della litispendenza e di fronteggiare la immanente inosservanza del principio del ne bis in idem sovranazionale da essa discendente*”⁴¹⁷.

La dottrina⁴¹⁸ ha individuato un'altra opzione per superare l'*impasse* della litispendenza: il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 19, par.3, lett.b), TUE e dell'art. 287, par. 2, TFUE. Il ricorso alla CGE sarebbe diretto a comprendere se il combinato disposto degli artt. 187*duodecies* t.u.f. e 649 c.p.p. sia effettivamente compatibile con il divieto di *bis in idem*. In questo modo sarebbe possibile ottenere dei parametri chiari e universali cui il giudice nazionale possa fare riferimento nella sua valutazione sull'identità dei fatti oggetto del duplice giudizio e sulla natura punitiva o meno delle sanzioni inflitte.

Un altro possibile percorso che eliminerebbe il problema alla radice è l'interpretazione convenzionalmente conforme della clausola di apertura degli artt. 187*bis* e 187*ter*. Le considerazioni in questo caso sono le medesime di quelle fatte in precedenza: le difficoltà stanno nel dato letterale della norma, chiaramente diretta a legittimare un cumulo sanzionatorio. Volontà confermata peraltro dagli artt. 187*duodecies* e 187*terdecies*.

3.3. c) Le vicende già definite su entrambi i piani.

Il tema delle vicende già divenute definitive su entrambi i piani è decisamente complesso. Si inserisce infatti nella più ampia questione sui limiti dell'intangibilità del giudicato nazionale di fronte ad una sentenza della Corte EDU. Di quanto il giudicato interno può recedere per porre rimedio alle violazioni dei diritti convenzionali?⁴¹⁹

⁴¹⁷ Cit. N. MADIA, *Il ne bis in idem comunitario e convenzionale alle prese con la litispendenza*, in *Dir.pen.cont.*, 9 giugno 2015

⁴¹⁸ Le sintetizza tutte ancora N. MADIA, *Il ne bis in idem comunitario e convenzionale alle prese con la litispendenza*, *op.ult.cit.*

⁴¹⁹ Non potendo approfondire in questa sede il tema, si rimanda a F. VIGANO', *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir.pen.cont.*, 18 aprile 2012; KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014; GRASSO, GIUFFRIDA, *L'incidenza del giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir.pen.cont.*, 22 maggio 2015

La giurisprudenza ha più volte dovuto fronteggiare il caso in cui fosse sopravvenuta una sentenza della Corte EDU che censurava le decisioni ormai passate in giudicato a seguito di un processo che aveva violato i principi della Convenzione.

Tra le tante vi è la sentenza sul caso Dorigo della Cassazione penale, Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800. Il caso riguardava un soggetto, condannato per reati di associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda armata, detenzione e porto illegale di armi, attentato per finalità terroristiche e rapina, che si era rivolto alla Corte EDU per una presunta violazione dell'art. 6 CEDU. Secondo il ricorrente il processo nei suoi confronti non era stato equo, in quanto la condanna era stata pronunciata esclusivamente sulla base di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati che non erano stati esaminati in dibattimento, essendosi avvalsi della facoltà di non rispondere.

Per questi motivi la Corte EDU riconosceva una violazione dell'art. 6 CEDU.

In forza della decisione della Corte, il Procuratore della Repubblica sollevò un incidente di esecuzione volto a scarcerare il condannato. La Corte d'Assise, che ricopriva la veste di giudice dell'esecuzione, respinse la richiesta, opponendo l'intangibilità del giudicato, anche se derivante da un processo iniquo. Rilevava inoltre l'assenza nel nostro ordinamento di alcun meccanismo che consenta di rinnovare il giudizio già concluso, anche se riconosciuto non equo dalla Corte EDU.

Il PM si rivolse così alla Corte di Cassazione, sostenendo l'ineseguibilità di un giudicato emesso in violazione dei principi fondamentali della CEDU.

La Cassazione accolse il motivo di ricorso del PM sottolineando che le norme della CEDU che riconoscono diritti inviolabili abbiano valore immediatamente precettivo nel nostro ordinamento. Tra queste vi è sicuramente l'art. 6 TUE, norma peraltro molto precisa riguardo alla formazione della prova: l'imputato ha il diritto di far esaminare i testimoni a carico e a discarico, nel rispetto del principio del contraddittorio. Riconosce la medesima forza precettiva anche alle sentenze della Corte EDU che accertino una violazione di tali fondamentali diritti, con il conseguente obbligo per lo Stato di conformarvisi: obbligo che nel caso di specie si sostanzia nella rinnovazione del processo non equo, a nulla rilevando l'assenza, nell'ordinamento italiano, di uno strumento idoneo a tale scopo. Suggerisce comunque la Corte come base normativa l'art. 670 c.p.p., che chiama il giudice a valutare la validità e l'efficacia del titolo

esecutivo, in questo caso illegittimo: ciò che comporta il diritto del condannato all'immediata scarcerazione⁴²⁰.

La via dell'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. non è però idonea a garantire la cd. *restitutio in integrum* cui avrebbe diritto il condannato, il quale cioè dovrebbe essere rimesso nella situazione antecedente alla violazione della Convenzione: si limita infatti a "congelare" il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina e soprattutto non restituisce al condannato la possibilità di essere processato nel rispetto delle garanzie assicurate dalla Corte EDU⁴²¹.

Sul caso Dorigo intervenne anche la Corte Costituzionale, adita su eccezione del Procuratore generale che eccepiva l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 46, par. 1, CEDU, che sancisce l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, rimuovendo ogni effetto contrario.

La Corte richiamò innanzitutto il consolidato indirizzo della giurisprudenza che a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 era costante nel ritenere che le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, integrassero, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». In questa prospettiva, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale dovrebbe tentare di interpretare la prima in senso conforme alla Convenzione, procedendo alla disapplicazione della norma interna contrastante. Quando una simile interpretazione non sia praticabile, dovrebbe denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. Dal canto suo, la Corte Costituzionale, quando investita dello scrutinio, sarebbe legittimata a

⁴²⁰ All'esito della motivazione enuncia quindi il seguente principio di diritto: *"il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo."*

⁴²¹ Cfr. S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, Nota a margine a C.cost, 113/2011, Pres. De Siervo, Rel. Frigo, in *Dir.pen.cont.*, 19 maggio 2011

verificare se la norma della Convenzione fosse eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione.

Richiamò inoltre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo la quale l'obbligo delle parti contraenti di conformarsi alle proprie sentenze definitive ex art. 46, par. 1, della CEDU, implica che lo Stato contraente permetta la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, *“quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo.”*

Una simile richiesta non può di certo ritenersi contrastante con le tutele offerte dalla Costituzione: nonostante la certezza e la stabilità della cosa giudicata siano valori rilevanti, non possono ritenersi prevalenti rispetto alla necessità di operare una *restitutio in integrum* per la violazione delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona. Garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.

La Corte condivise la scelta del giudice *a quo* di individuare la norma base per tale intervento nell'art. 630 c.p.p., poiché *“al fine di assicurare la restitutio ad integrum della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda sanzionata”*⁴²²; è proprio questo che è in grado di assicurare l'istituto della revisione.

La posizione dell'Avvocatura dello Stato, che riteneva di ostacolo all'accoglimento della questione la circostanza che *“l'ipotesi della riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma censurata”*, venne valutata dalla Corte come non rilevante. Precisò infatti che: *“Posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte (sentenza n. 59 del 1958), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati*

⁴²² Cit. considerato in diritto n. 5.

rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione.”

Concluse dunque per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. *“nella parte in cui non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell'art. 629 cod. proc. pen.) la riapertura del processo – intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio – quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (cui, per quanto già detto, va equiparata la decisione adottata dal Comitato dei ministri a norma del precedente testo dell'art. 32 della CEDU).”*

Parte della dottrina⁴²³ ha dunque prospettato la possibilità di risolvere i casi di violazione del *ne bis in idem* convenzionale accertati dopo il passaggio in giudicato delle sentenze pronunciate nei due binari, proprio attraverso l'istituto della revisione di cui all'art. 630 c.p.p. All'emanazione di una sentenza della Corte di Strasburgo che abbia accertato la violazione del divieto di *bis in idem*, sarebbe possibile richiedere la revisione della seconda sentenza di condanna irrevocabile, pronunciata dopo che anche la prima sia divenuta definitiva.

Un'altra opzione percorribile potrebbe essere quella dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 669, comma 1 c.p.p. Questa norma impone al giudice, nel caso in cui nei confronti dello stesso soggetto, per lo stesso fatto, siano divenute definitive più sentenze, di ordinare l'esecuzione di quella che ha inflitto la sanzione meno grave e di revocare le altre. L'interpretazione conforme di questa norma sarebbe simile a quella dell'art. 649 c.p.p.: occorrerebbe estendere il concetto di *“sentenze di condanna divenute irrevocabili”* per farvi rientrare anche quelle formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

⁴²³ D'ALESSANDO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, 614 ss.

Come per l'art. 649 c.p.p. anche in questo caso si riscontrano delle difficoltà notevoli: mentre la prima esprime, quantomeno, un principio generale dell'ordinamento, la seconda è una disciplina del tutto eccezionale, come si intende dalla previsione di un novero tassativo di casi in cui si può applicare⁴²⁴.

La soluzione migliore sembra essere quella dell'incidente di costituzionalità, con cui sollecitare una sentenza manipolativa della Corte Costituzionale analoga a quella pronunciata in relazione all'art. 630 c.p.p.

3.4. Gli effetti sul sistema sanzionatorio tributario.

Anche il sistema sanzionatorio tributario, da sempre considerato compatibile con il principio del *ne bis in idem* da parte della giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale⁴²⁵, è stato affetto dai principi enunciati dalla Corte di Strasburgo. Quest'ultima distingue tra materia fiscale in generale e le sanzioni amministrative tributarie: la prima è esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU, mentre le seconde sono state ritenute perfettamente rientranti nel perimetro della norma quando abbiano una finalità deterrente o punitiva e non meramente risarcitoria⁴²⁶.

Una sentenza importante, emanata ad un mese di distanza dalla sentenza *Grande Stevens* è stata quella sul caso *Nykänen c. Finlandia*⁴²⁷. La sua importanza non è dovuta tanto ai principi enunciati, che ricalcano quelli di orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati in tema di *ne bis in idem* e di criteri per determinare quando una sanzione sia di natura penale, quanto per le conseguenze interne⁴²⁸.

Solo qualche giorno prima infatti la Corte di Cassazione⁴²⁹, in linea con quanto affermato dalle Sezioni Unite un anno prima⁴³⁰, aveva escluso che il concorso tra sanzioni amministrative e penali previste in caso di omesso versamento di ritenute (art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471) costituisse una violazione del principio del *ne bis in idem* Convenzionale.

⁴²⁴ Così . G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, op.ult.cit.p. 136 e G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 30 giugno 2014

⁴²⁵ Cfr. Corte cost., 12 novembre 1991, n. 409

⁴²⁶ Una simile distinzione è presente in Corte EDU, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*.

⁴²⁷ Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*.

⁴²⁸ Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Dir.pen.cont.*, 5 giugno 2014.

⁴²⁹ Cass. civ., 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014) n. 20226.

⁴³⁰ Cass.civ., sent. 28 marzo 2013, n. 37425, *Favellato*

Il fatto all'origine dell'intervento della Corte EDU coinvolgeva il sig. *Nykänen*, accusato di aver ricevuto, in modo occulto, dividendi pari a 33.000 euro: violazione per la quale, nel 2005, le autorità fiscali finlandesi avevano inflitto al sig. *Nykänen* una sanzione amministrativa pecuniaria (nello specifico una sovrattassa) pari a 1.700 euro. Nel 2008 cominciò invece il processo penale, all'esito del quale, per gli stessi fatti, il sig. *Nykänen* fu condannato dalla Corte di appello di Helsinki, poi confermata dalla Corte suprema finlandese, per frode fiscale ad una pena di 10 mesi di reclusione e al pagamento di euro 12.420, una somma pari all'importo delle tasse evase.

Il sig. *Nykänen* si rivolse quindi alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art 4 del Prot. 7 della CEDU.

Per stabilire se, al di là delle etichette formali utilizzate dal legislatore nazionale, una sanzione abbia o meno natura penale (par. 38-41) la Corte applicò i criteri Engel. Richiamò altresì il precedente GC, sent. 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, nel quale aveva riconosciuto, sebbene nel contesto dell'art. 6 CEDU, la natura penale della sovrattassa imposta in via amministrativa proprio dall'ordinamento finlandese, poiché questa secondo la Corte non costituisce un semplice risarcimento dei danni, essendo in realtà una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive. Precisò inoltre che la tenuità della risposta sanzionatoria non valesse a sottrarre l'infrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione.

Anche nel caso in esame dunque la Corte concluse nel senso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione.

Un aspetto che è importante sottolineare è quello che riguarda i confini del diritto a non essere giudicato o punito due volte. Secondo la Corte la celebrazione di due procedimenti paralleli non costituisce di per sé una violazione della Convenzione, purché il secondo venga interrotto quando il primo sia divenuto definitivo.

Nel caso di specie la violazione era stata perpetrata, dal momento che, a causa della insussistenza di meccanismi di coordinamento tra i due procedimenti, completamente indipendenti tra loro, il sig. *Nykänen* era stato condannato in via definitiva nel 2009 al pagamento della sovrattassa, mentre contestualmente era sottoposto a procedimento penale, iniziato nel 2008, non interrotto in alcun modo e addirittura divenuto a sua volta definitivo nel 2010.

Nonostante la celerità del legislatore finlandese nel rimediare alla violazione tramite l'introduzione di meccanismi di coordinamento tra procedimento amministrativo e penale, la Corte ritenne che lo Stato finlandese avesse violato il principio del *ne bis in idem*.

A livello nazionale, si è occupata di questioni analoghe la Corte di Cassazione nella sentenza 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014) n. 20226.

Nel caso di specie l'imputato era stato assolto in primo grado dal reato di omesso versamento delle ritenute (art. 10-bis d.lgs. n. 74/2000) e la sentenza era stata impugnata *per saltum*. Dinanzi alla Cassazione, il difensore dell'imputato sosteneva che fosse stata perpetrata una violazione del principio del *ne bis in idem* come delineato, *mutatis mutandis*, dalla Corte EDU nella sentenza *Grande Steves*, poiché il suo assistito era già stato sanzionato per la stessa violazione della disciplina fiscale ai sensi dell'illecito amministrativo di all'art. 13 del d.lgs. 471/1997.

La Corte di Cassazione tuttavia respinse il ricorso. Ritenne il richiamo al caso *Grande Stevens c. Italia* del tutto inconferente, sostanzialmente per due ragioni: la sanzione amministrativa tributaria non aveva natura penale e l'omesso versamento-illecito amministrativo e l'omesso versamento-illecito penale, non erano tra loro in rapporto di specialità ma di progressione criminosa, avendo elementi costitutivi parzialmente divergenti. Era possibile dunque applicare al trasgressore entrambe le sanzioni.

Mentre il primo argomento utilizzato dalla Corte di Cassazione per escludere la violazione del principio del *ne bis in idem*, fa leva sulla già menzionata sentenza *Fransson* della Corte di giustizia dell'Unione Europea, il secondo trae, origine da un proprio precedente e cioè una sentenza delle Sezioni unite⁴³¹ in cui si legge: “*pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'Erario con le modalità stabilite) e della condotta (omissione di uno o più versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della "certificazione" delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per*

⁴³¹ Cass.pen., SS.UU., sentenza 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato

l'assunzione di rilevanza dell'omissione, fissato, per l'illecito amministrativo, al giorno quindici (poi passato al sedici) del mese successivo a quello di effettuazione delle ritenute, e coincidente, per l'illecito penale, con quello previsto per la presentazione (entro le date del 30 settembre ovvero del 31 ottobre) della dichiarazione annuale di sostituto di imposta relativa al precedente periodo d'imposta. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale [...] costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa".

Questo orientamento della nostra giurisprudenza solleva alcune osservazioni.

In primo luogo, sembra difficile escludere che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 d.lgs. 471/1997 abbia natura penale, per via delle tracce di una *"componente repressiva para-penalistica che si propone, anche in ambito tributario, come variante di "serie B" del diritto penale, la cui disciplina generale (non a caso) riecheggia i cardini forti del diritto penale"*⁴³². Oltre a ciò, se nel caso *Nykänen* la Corte aveva considerato di natura repressiva una soprattassa pari ad euro 1.700, a maggior ragione dovrebbe valere tale conclusione in relazione alle sanzioni amministrative comminate nel nostro ordinamento di importo ben più alto, pari al trenta per cento dell'importo non versato.

In secondo luogo, si rileva una divergenza rispetto ai criteri in base ai quali vengono ricostruiti i rapporti tra gli illeciti: i giudici italiani infatti operano un confronto, in astratto, tra fattispecie tipiche; quelli di Strasburgo, invece, effettuano una verifica in concreto tra i fatti che stanno alla base del procedimento amministrativo e di quello penale, al fine di dotare di maggiore effettività la garanzia sottesa al divieto di *bis in idem*.

Infine, in merito alla ricostruzione della Corte di Cassazione sorgono delle perplessità, legate al fatto che *"anche escludendo il rapporto di specialità, occorre comunque soddisfare quell'elementare esigenza di giustizia che, proprio nei casi di progressione illecita - tra i quali ricade quello in esame, come evidenziato dalle SSUU nel 2013 -, trova risposta nel principio del ne bis in idem"*⁴³³.

⁴³² Cit. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, op.ult.cit. p. 152

⁴³³ Cit. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, op.ult.cit.. L'autore condivide le motivazioni della Cassazione nel caso *Germani* (Cass., Sez. III, Cass., sez. III, 8 febbraio 2012 (dep. 16 maggio 2012), in cui si legge:

Anche il sistema sanzionatorio tributario non è andato esente da censure: il sistema a soglie non si è rivelato sufficiente ad evitare la violazione del *ne bis in idem*. Il problema è infatti, come nel settore del *market abuse*, alla base: le sanzioni amministrative sono da considerarsi sostanzialmente penali e le fattispecie astratte sono tra loro sovrapponibili.

4. I nuovi interventi del legislatore europeo: la Direttiva 2014/57/UE e il Regolamento UE n. 596/2014.

Nel quadro giurisprudenziale così delineato si sono inseriti due nuovi strumenti normativi, che hanno sostituito la vecchia Direttiva 2003/6/CE: la Direttiva 2014/57/UE (d'ora in poi MAD II) e il Regolamento UE n. 596/2014 (d'ora in poi MAR).

Avendo precedentemente illustrato sia le ragioni che hanno portato alla loro emanazione, sia il loro contenuto, si richiamano ora alcuni concetti fondamentali.

La MAD abrogata non aveva sortito gli effetti sperati: la tutela del mercato non era stata adeguata e la scelta di incentrare il sistema sanzionatorio sulla sanzione amministrativa non si era rivelata una scelta efficace. Con la nuova Direttiva quindi si adottò un approccio opposto: gli Stati membri questa volta sono obbligati ad adottare sanzioni penali e liberi di prevederne anche di amministrative. L'irrogazione di sanzioni penali viene percepita come strumento necessario e centrale, in considerazione del suo maggiore effetto dissuasivo (considerando n. 5), essendo *“una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative”* (considerando n. 6).

«appare invece esservi, in realtà, una sostanziale identità tra la condotta prevista e punita in via amministrativa dal D.Lgs. n. 671 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 irrilevante è 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».

La MAD II aveva quindi il compito di armonizzare in contenuto dei precetti penali mentre il MAR quello di dettare le coordinate sostanziali di riferimento della materia e di fissare le sanzioni amministrative che la autorità nazionali hanno la facoltà di irrogare⁴³⁴. All'art. 30 infatti il regolamento prevede al primo comma che *“Fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'articolo 23, gli Stati membri conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni [...]”*.

Emerge dunque chiaramente il favore del legislatore eurounitario nei confronti del doppio binario sanzionatorio.

Nel considerando n. 71 del regolamento si legge infatti che *“è opportuno prevedere una serie di sanzioni amministrative e altre misure amministrative per assicurare un approccio comune negli Stati membri e potenziarne l'effetto deterrente”*: per quanto quindi le sanzioni amministrative siano facoltative, sono raccomandate.

Il considerando 22 della direttiva precisa che *“gli obblighi previsti nella presente direttiva di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014”*.

La previsione delle sanzioni amministrative appare fortemente raccomandata, forse sottovalutando i profili di frizione con il principio del *ne bis in idem*.

Allo stesso tempo però l'impressione è che, essendo l'epilogo della sentenza *Grande Stevens* largamente previsto nel periodo di stesura della MAD II e del MAR, il legislatore abbia tentato di rimediare, lasciando la possibilità agli Stati di non applicare anche le sanzioni amministrative, dettagliatamente disciplinate.

L'art. 30, comma 1, capoverso, del regolamento infatti prevede che *“Gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni di cui alle lettere a) o b) di tale comma sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016.”*.

Non è difficile immaginare perché gli organi politici dell'Unione avrebbero preferito conservare un sistema a doppio binario: questo coniuga la speditezza

⁴³⁴ Cfr. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, op.ult.cit. p. 144

nell'irrogazione delle sanzioni amministrative e il potere deterrente delle sanzioni penali.

Per utilizzare le parole di certa dottrina, *“tanto la nuova direttiva quanto il nuovo regolamento scelgono una via per così dire “agnostica”⁴³⁵*, lasciando agli Stati membri la responsabilità di decidere se e come strutturare un doppio binario sanzionatorio.

Indice di questo è il considerando 23 della direttiva che prescrive inoltre 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”*.

In sostanza, i due provvedimenti appaiono privi di indicazioni di merito su come gli Stati membri possano effettivamente attuare un doppio binario sanzionatorio e allo stesso tempo rispettare il principio del *ne bis in idem*. Anche in questo caso la responsabilità ricade interamente sul legislatore nazionale.

Interessante una teoria avanzata da certa dottrina secondo la quale dalla lettura complessiva del Regolamento e della Direttiva emergerebbe una prospettiva diversa: *“più che due universi punitivi in qualche misura paralleli e necessariamente separati, potenzialmente concorrenti sullo stesso fatto (sulla stessa fattispecie?), il legislatore eurounitario pare aver riguardo a un modello unitario chiamato a disciplinare il settore dell'abuso di mercato”⁴³⁶*. In particolare, una simile lettura sarebbe possibile alla luce del fatto che il Considerando 7 MAR, nel definire il concetto di “abuso di mercato” fa riferimento alle “condotte illecite” in termini generici, senza qualificarle in modo ulteriore, sì da non poter rinvenire né una caratterizzazione nel senso dell'illecito penale, né di quello amministrativo. Dunque, posto che anche le sanzioni amministrative che abbiano natura afflittiva rientrano nella *matière pénale*, la violazione delle norme in materia di *market abuse* condurrebbe ad una risposta sanzionatoria unica e graduata. Ai sensi della direttiva infatti le sanzioni propriamente penali sono previste solo per le violazioni più gravi, con la conseguenza che per quelle meno gravi gli Stati membri possano prevedere delle sanzioni formalmente

⁴³⁵ Cit. F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *op.ult.cit.* p. 138

⁴³⁶ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir.pen.cont.*, 17 settembre 2015

amministrative ma in effetti sostanzialmente penali. Le due costituirebbero quindi *un unicum*, e l'applicazione dell'una sanzione o dell'altra dipenderebbe dal grado dell'offesa, con l'incombenza per lo Stato di modulare di conseguenza l'entità della sanzione applicabile.

La tesi appena esposta del sistema unitario avrebbe il pregio di garantire un discreto equilibrio tra esigenze efficientiste e il rispetto dei diritti fondamentali, implicando comunque la necessità di definire dei criteri che raccordino i due tipi di risposta sanzionatoria che siano più precisi di quelli selezionati dalla direttiva della gravità del fatto e del dolo.

Sul piano sostanziale le nuove norme eurounitarie non hanno introdotto grandi novità.

Per quanto riguarda l'abuso di informazioni privilegiate, c'è innanzitutto da specificare che l'art. 3 MAD II, l'art. 8 MAR hanno un contenuto precettivo praticamente identico, con varianti puramente lessicali e di disposizione sintattica, sicché gli ambiti di applicabilità delle due fattispecie astratte sono i medesimi. Tale evenienza rende ancora più difficile per il legislatore nazionale evitare contrasti con il principio del *ne bis in idem*, anche qualora voglia accogliere l'indicazione, piuttosto minimalista, che compare nel § 1 dell'art. 3 Dir. 57/2014, di imporre le sanzioni penali (anche) detentive ai soli “*casi gravi e allorquando commessi con dolo*”.

Un'altra innovazione riguarda il cd. *insider secondario*: all'art. 3, par. 3 della MAD II si legge infatti che “*il presente articolo si applica anche a chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni*”. Rientra dunque ora nell'area del penalmente rilevante anche la condotta dell'*insider secondario*. Sul punto sarà necessario un adeguamento della normativa nazionale, ai sensi della quale l'*insider secondario* è punito solo in via amministrativa all'art. 187bis.

La MAD II ha anche introdotto una differenziazione nell'ambito delle tre condotte integranti un abuso di mercato, prevedendo all'art. 4, in via autonoma, un trattamento sanzionatorio inferiore per la fattispecie di comunicazione illecita di informazioni privilegiate (*tipping*).

L'art. 7 del MAR fornisce una definizione di informazione privilegiata ben più dettagliata della precedente, in grado di sciogliere i dubbi sulla rilevanza delle tappe

intermedie delle fattispecie a formazione progressiva. Ci si interrogava, per esempio, sul carattere di informazione privilegiata, dello scambio di una lettera di intenti che preceda una fusione aziendale.

Ora l'art. 7 chiarisce che la risposta è affermativa: *“Una tappa intermedia di un processo prolungato è considerata un’informazione privilegiata se risponde ai criteri fissati nel presente articolo riguardo alle informazioni privilegiate”*.

Quanto alla manipolazione di mercato, le condotte incriminate sono rimaste le medesime, nonostante l'elenco di cui all'art. 15 MAR sia particolarmente articolato. Per la verità la *ratio* di una simile elencazione è quella di tentare una differenziazione tra le condotte integranti un illecito penale e quelle integranti un illecito amministrativo. Confrontando le diverse disposizioni si nota come le fattispecie di cui all'art. 5, par. 2, MAD II siano perfettamente speculari a quelle di cui all'art. 12 par. 1 MAR, il che significa che tali fattispecie siano ritenute dal legislatore eurounitario meritevoli di tutela penale. Diversamente, quelle di cui al par. 2 dello stesso art. 12 MAR non sono state trasposte nel tessuto della direttiva; da questo si desume dunque che tali condotte non siano state ritenute connotate dal requisito della gravità e per ciò da non assoggettarsi a sanzione penale. Il legislatore sembra quindi aver assegnato un diverso disvalore alle numerose condotte integranti una manipolazione di mercato, delineando una partizione sintetizzabile in questo modo: le fattispecie di cui all'art. 5, par. 2, Dir. 57/2014 dovrebbero costituire ipotesi di illecito punite con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (ex art. 7, par. 2, Dir.); quelle indicate all'art. 12, par. 2 Reg. 596/2014 dovrebbero essere punite con sanzioni penali meno severe, ovvero scelte dal catalogo indicato dall'art. 30 Reg. 596/2014 (sanzioni amministrative e altre misure amministrative)⁴³⁷.

In teoria dunque un simile assetto dovrebbe essere idoneo ad evitare rischi di violazione del divieto del *ne bis in idem*, essendo le fattispecie descritte nell'art. 5, par. 2, Dir. 57/2014 e nell'art. 12, par. 2, Reg. 596/2014, differenti.

Sarà compito del legislatore nazionale valorizzare queste differenziazioni anche nella disciplina interna per non far sorgere frizioni con il fondamentale principio appena menzionato.

⁴³⁷ Queste le conclusioni di F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, op.ult.cit. p. 158

5. Un passo indietro di Strasburgo. La sentenza *A e B c. Norvegia*: il caso e le posizioni dei ricorrenti e del Governo.

La decisione della Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, nasce dai ricorsi presentati da due cittadini Norvegesi che contestavano la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, per essere stati giudicati due volte, in sede penale e amministrativa, in merito agli stessi fatti di natura fiscale.

I ricorrenti erano titolari di una società registrata in Gibilterra, la Estora Investment Ltd., per mezzo della quale avevano compiuto complesse operazioni di carattere finanziario.

Nello specifico, dopo aver acquistato le azioni della società Wnet AS, la Estora Ltd le rivendette ad un prezzo notevolmente superiore comportando un guadagno per il primo ricorrente di circa 360.000 euro e per il secondo di circa 500.000 euro. Queste somme vennero trasferite ad altre due società off-shore, di cui i due ricorrenti erano gli unici azionisti, senza dichiarare le ingenti plusvalenze ottenute al Fisco norvegese, che riscontrò una perdita di circa 3.6 milioni di euro.

Nel 2005, però, una verifica fiscale portò alla luce le menzionate transazioni e le relative evasioni, con conseguente comunicazione della notizia di reato all'autorità giudiziaria penale.

Nei confronti del primo ricorrente l'azione penale veniva esercitata nel 2008.

Nel frattempo, sulla base delle dichiarazioni fatte dal soggetto in sede di indagini preliminari, con le quali aveva ammesso le condotte contestate ma negato la loro illegittimità, l'Autorità fiscale gli aveva inflitto una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta evasa. Il ricorrente aveva deciso di non impugnare il provvedimento sanzionatorio e di versare l'intero importo dovuto prima della scadenza del termine per l'impugnativa, chiudendo così in breve tempo il procedimento amministrativo.

Nel 2009 si concluse il processo penale di primo grado, con una condanna ad un anno di reclusione per frode fiscale. Nella quantificazione della pena, il Tribunale aveva precisato di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta all'imputato e già versata da costui al Fisco. La decisione aveva trovato conferma in appello e dinanzi alla Corte Suprema, nonostante il ricorrente avesse già sollevato di fronte agli organi giurisdizionali interni l'eccezione sull'inosservanza del proprio diritto al *ne bis in idem*, in violazione dell'art. 4 Protocollo 7 CEDU.

Al medesimo percorso è stato sottoposto il secondo ricorrente, che, dopo aver ammesso in sede di indagini la propria responsabilità in ordine al reato di frode fiscale, era stato condannato sia dall'Amministrazione finanziaria al pagamento di una somma pari al 30% dell'imposta evasa – pagata senza contestare il provvedimento –, sia dall'Autorità giudiziaria ad un anno di reclusione. Anche nel suo caso il Tribunale specificava di aver tenuto conto della sanzione irrogata dalla prima Autorità. La condanna era poi stata confermata nei successivi gradi di giudizio, nonostante il ricorrente avesse lamentato la violazione del *ne bis in idem*, per essere stato giudicato due volte in ordine alla medesima vicenda di evasione fiscale. Anche nei suoi confronti e con argomentazioni pressoché identiche, la Corte Suprema norvegese aveva escluso la sussistenza di una simile violazione.

I giudici norvegesi riconobbero senza alcun dubbio che le circostanze che avevano condotto all'imposizione di due sanzioni e allo sviluppo di due procedimenti, fossero le medesime. Riconobbero anche che la sanzione amministrativa irrogata aveva natura sostanzialmente penale e che la prima decisione (in entrambi i casi quella tributaria) era divenuta definitiva. Nonostante questo, ritennero che non fosse stata perpetrata alcuna violazione dei diritti fondamentali dei ricorrenti perché i due procedimenti erano stati condotti parallelamente ed in modo tale che si integrassero a vicenda. Tanto è vero che l'amministrazione finanziaria aveva conferito rilevanza alle prove assunte nel corso del procedimento penale e in sede di indagini preliminari, e che il giudice penale, nella quantificazione della pena, aveva espressamente tenuto conto di quella già inflitta in sede amministrativa, evitando così un irrazionale aggravio delle sanzioni.

La Suprema Corte norvegese ritenne che le due sanzioni fossero non autonome e disgiunte ma piuttosto *“due facce della stessa reazione sanzionatoria approntata dall'ordinamento interno contro la condotta antigiuridica dei ricorrenti: l'una era da considerarsi il completamento dell'altra.”*⁴³⁸

Esauriti i ricorsi interni i due soggetti si rivolgevano alla Corte di Strasburgo sostenendo di essere stati soggetti ad una doppia incriminazione per lo stesso fatto. Concordavano sia con l'analisi della Suprema Corte svolta rispetto al riconoscimento della natura penale del procedimento dinanzi all'autorità finanziaria e della

⁴³⁸ Cit. C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in *Giurisprudenza penale*

conseguente sanzione irrogata, sia con quella relativa alla medesimezza dei fatti oggetto dei due giudizi. In entrambi i casi si trattava infatti dell'omessa indicazione di introiti nelle dichiarazioni fiscali.

Ritenevano anche che le decisioni fossero definitive, poiché passate in giudicato, e che il passaggio in giudicato fosse avvenuto prima che fossero giudicati colpevoli, per lo stesso fatto, anche dal Tribunale di Oslo.

Essendo dunque integrati tutti i presupposti di operatività del principio del *ne bis in idem*, il P.M. avrebbe dovuto porre fine a procedimento penale nel momento in cui era divenuto definitivo il provvedimento amministrativo, anch'esso sostanzialmente penale. Questo peraltro anche alla luce delle nuove linee guida della Procura Generale, che imponevano al P.M. di chiedere l'annullamento del giudizio e la chiusura del procedimento in simili situazioni.

Al contrario invece, secondo i ricorrenti, le autorità avrebbero sfruttato la possibilità accordata dall'ordinamento interno di procedere con due binari sanzionatori per eludere il divieto di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU e "incastrare" i due soggetti e sanzionarli due volte, utilizzando disposizioni penali⁴³⁹.

Sul punto era di diverso avviso il Governo norvegese, secondo il quale l'art. 4 Prot. 7 CEDU consente, a certe condizioni, lo svolgimento di procedure parallele. In particolare, dal rapporto esplicativo del Protocollo 7 e dalla sentenza sul caso *Zolotoukhin c. Russia* emergerebbe che la garanzia dell'art. 4 Prot. 7 opera quando una delle due decisioni sul medesimo fatto sia divenuta definitiva. Ragionando *a contrariis*, fino al passaggio in giudicato di uno dei due provvedimenti, la prosecuzione di due procedure parallele sarebbe legittima. Il principio del *ne bis in idem* costituirebbe infatti un corollario della cosa giudicata⁴⁴⁰.

Altro punto in cui lo Stato convenuto dissentiva rispetto ai ricorrenti era quello sulla natura sostanzialmente penale delle prime procedure. Riteneva che i criteri Engel non potessero essere applicati *tout court* nella determinazione della natura sostanzialmente penale della sanzione, nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, poiché erano stati infatti enunciati rispetto ad un altro articolo della Convenzione, precisamente l'art. 6 CEDU, riguardante il diritto ad un equo processo penale.

⁴³⁹ Cfr. par. 61-62 della sentenza.

⁴⁴⁰ Cfr. par. 73

Le due disposizioni avrebbero, secondo il Governo, un diverso ambito di applicabilità, anche alla luce della differente terminologia usata: da un lato “accusa penale” (art. 6), dall’altro “perseguito” o “condannato penalmente” (art. 4 Prot. 7).

L’art. 4 Prot. 7 avrebbe un ambito più ristretto rispetto a quello dell’art. 6, limitato dunque ai procedimenti penali *stricto sensu* intesi⁴⁴¹.

A supporto di tale interpretazione intervenne anche il governo francese⁴⁴², sostenendo che i criteri cui fare riferimento nel caso concreto sarebbero dovuti essere quelli elaborati dalla giurisprudenza rispetto all’art. 7 CEDU, che sancisce il principio di legalità. L’art. 4 Prot. 7 e l’art. 7 CEDU sarebbero connotati da concetti più definiti e rigorosi – come si evince dall’uso di termini quali “condannato” e “punito” – rispetto a quelli usati nella formulazione dell’art. 6 CEDU. Per queste ragioni, la Suprema Corte norvegese avrebbe dovuto applicare, ai fini dell’accertamento della natura penale della sanzione, criteri quali la qualificazione giuridica della violazione nel diritto interno; la natura e il fine della misura; la gravità della sanzione e il tipo di procedure correlate all’adozione della medesima. Più precisamente, sarebbe stato necessario verificare se la misura fosse stata adottata da un organo che potesse essere identificato come giurisdizionale e che si fosse pronunciato su elementi di una violazione da considerarsi penale, ai sensi dell’art. 6 CEDU.

In base a tali criteri la Corte norvegese avrebbe dovuto escludere la natura sostanzialmente penale della sovrattassa e conseguentemente l’applicabilità dell’art. 4 Prot. 7 al caso concreto. Nell’ordinamento norvegese infatti la sovrattassa non era classificata come una sanzione penale ma come sanzione amministrativa da applicare al contribuente che non aveva adempiuto agli oneri fiscali, ed imposta a seguito di un procedimento non tenuto di fronte un organo giurisdizionale.

5.1. La decisione della Corte. In particolare, il criterio della “*sufficient close connection in substance ad in time*”.

Pare opportuno inizialmente soffermarsi sulla prima questione sottoposta all’attenzione della Corte e cioè quella riguardante la natura penale delle sanzioni inflitte dall’autorità finanziaria.

⁴⁴¹ Cfr. par. 66-71.

⁴⁴² Cfr. par. 90-92.

Il contrasto tra le due parti riguardava i criteri da adottare per verificare se le sovrattasse potessero essere considerate sanzioni “sostanzialmente penali” agli effetti dell’art. 4 Prot. 7.

La Corte EDU riconosce la validità delle argomentazioni sollevate dai governi sul punto, essendovi diverse ragioni che potrebbero giustificare un’interpretazione particolarmente rigorosa della norma. La lettera della norma sembra fare riferimento ai procedimenti penali in senso stretto; il principio è parte dell’elencazione di cui all’art. 15 CEDU contenente i diritti inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minaccia la vita della nazione, accanto all’art. 7 CEDU; le conseguenze che comporta nell’applicazione delle norme nazionali possono essere alquanto limitanti.

Nonostante questo, la Corte ritiene che il divieto contenuto nell’art. 4 Prot. 7 miri principalmente a garantire l’equità procedurale, inserendosi dunque nel contesto dell’art 6 CEDU, piuttosto che dell’art. 7 CEDU. Pertanto, la Corte ritiene applicabili al caso di specie i criteri Engel, nell’ottica di una interpretazione globale e coerente delle disposizioni convenzionali. Concorda con la Corte Suprema norvegese e riconosce la natura penale delle sanzioni e, conseguentemente, la potenziale applicabilità del principio del *ne bis in idem*.

Il tema centrale e maggiormente rivoluzionario della sentenza che, a detta di alcuni, “segna un netto superamento rispetto ai principi enunciati dalla stessa Corte in tema di *ne bis in idem* convenzionale e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale”⁴⁴³, è comunque un altro. Alla Corte veniva chiesto di stabilire se l’art. 4 Prot. 7 precludesse solo i procedimenti consecutivi o anche quelli paralleli per il medesimo fatto.

La Corte rileva nella propria *case law* tre filoni interpretativi che avevano come tratto comune il fatto di ritenere pacifico che il divieto di *bis in idem* fosse applicabile anche in caso di procedimenti paralleli sul medesimo fatto, quando uno di questi si fosse concluso con provvedimento definitivo.

In alcuni di questi casi la Corte aveva rilevato una violazione del principio in caso di procedimenti paralleli perché tra questi non c’era una “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*”.

⁴⁴³ Cit. P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia*, in *Dir.pen.cont.*, 8 febbraio 2017

Questo criterio era già stato applicato dalla Corte nel 2000 e nel 2005, nei casi *R.T. c. Svizzera e Nilsson c. Svezia*, ma anche più recentemente, in una sentenza del 2015, *Boman c. Finlandia*. In quei casi non era stata ritenuta sussistente la violazione del *ne bis in idem* convenzionale poiché il provvedimento amministrativo di revoca della patente, disposto in relazione al medesimo fatto per cui il soggetto era già stato sanzionato anche penalmente, era stato irrogato dall'autorità amministrativa senza alcun ulteriore accertamento, dopo aver preso atto che nel frattempo era intercorsa una condanna penale per guida senza patente. Lo stesso criterio era stato poi utilizzato dalla Corte nella recente sentenza *Nykanen c. Finlandia*, in questo caso per confermare la violazione del principio del *ne bis in idem* perché tra i due procedimenti paralleli, penale e amministrativo, non vi era stata alcuna connessione.

In altre sentenze invece il criterio non era stato in alcun modo menzionato, come nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* in cui si era accertata la violazione dell'art. 4 Prot. 7 per la sola circostanza della pendenza del processo penale, una volta conclusosi definitivamente quello amministrativo.

Alla luce della propria giurisprudenza, la Corte espone i seguenti principi.

Innanzitutto, sottolinea la necessità di riconoscere agli Stati la discrezionalità nel decidere in che modo garantire il rispetto, da parte dei propri ordinamenti, del principio di cui all'art. 4 Prot. 7. Protocollo peraltro non ratificato da tutti gli Stati, e rispetto al quale alcuni hanno espresso delle riserve per limitarne la portata e confinarne l'applicazione alle sole decisioni qualificate anche formalmente come “penali” nei rispettivi ordinamenti. Sul punto la Corte richiama anche la giurisprudenza della CGE, in particolare l'opinione dissenziente dell'Avvocato generale nel caso *Fransson*. Questi aveva sottolineato che quello il “doppio binario” rappresenta una pratica diffusa negli Stati membri, ciascuno dei quali ne gestisce l'applicazione in maniera diversa. Questo, nell'ottica della Corte è assolutamente legittimo: *“In the view of the Court, States should be able legitimately to choose complementary legal responses to socially offensive conduct (such as non-compliance with road-traffic regulations or non-payment/evasion of taxes) through different procedures forming a coherent whole so as to address different aspects of the social problem involved, provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual*

concerned.”⁴⁴⁴ Cioè gli Stati sono legittimamente liberi di scegliere di prevedere delle risposte sanzionatorie complementari per condotte socialmente offensive che si dispieghino in diversi tipi di procedimenti, purchè, nell’ottica di un approccio unitario e coerente, le risposte sanzionatorie così cumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l’interessato. Il compito della Corte consiste allora nel verificare che la strategia adottata dallo Stato chiamato di fronte a lei sia o meno 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*”⁴⁴⁵.

In particolare, la Corte afferma che l’art. 4 Prot. 7 non contiene un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa, anche se da considerarsi sostanzialmente penale ai fini delle garanzie dell’equo processo. Ci sono infatti dei casi in cui le condotte hanno una componente ulteriore, non suscettibile di trovare una risposta sanzionatoria adeguata con una procedura amministrativa. Nel caso dell’evasione fiscale, per esempio, l’elemento ulteriore della frode della condotta, non troverebbe una effettiva risposta sanzionatoria in sede amministrativa.

Ritiene dunque la Corte che nell’ottica di operare un bilanciamento tra gli interessi dell’individuo e quelli dello Stato ad attuare un approccio con sanzioni “integrate” tra loro, la carta vincente sarebbe la valorizzazione del test della “*sufficiently close connection in substance and time*”, già enunciato nei suoi precedenti giurisprudenziali, ai quali aveva aderito peraltro la stessa Corte suprema norvegese.

Non c’è dubbio che il modo più sicuro per assicurare il rispetto dell’art. 4 prot. 7 sarebbe delineare un meccanismo che, giunti ad un certo stadio, unifichi i diversi procedimenti in modo tale da consentire sì l’irrogazione di differenti sanzioni, ma da parte di un’unica autorità e nell’ambito di un unico processo.

In definitiva, “*the respondent State must demonstrate convincingly that the dual proceedings in question have been “sufficiently closely connected in substance and in time”. In other words, it must be shown that they have been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole. This implies not only that the purposes pursued and the means used to achieve them should in essence be complementary and linked in time, but also that the possible consequences of organising the legal treatment of*

⁴⁴⁴ Cit. par. 121.

⁴⁴⁵ Cit. par. 122 come tradotto da F. VIGANO’, *La Grande Camera delle Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir.pen.cont.*, 18 novembre 2016.

the conduct concerned in such a manner should be proportionate and foreseeable for the persons affected.”⁴⁴⁶ Lo Stato deve dimostrare che i due procedimenti paralleli siano strettamente connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico e che appaiano come un insieme coerente. Questo implica che non solo gli scopi perseguiti e i mezzi usati nei due procedimenti siano tra loro complementari e collegati nel tempo, ma anche che le possibili risposte sanzionatorie siano proporzionate e prevedibili da parte del contravventore.

Per riconoscere la sussistenza di una stretta connessione sostanziale e temporale, si dovrà dunque valutare:

- se i procedimenti perseguono scopi complementari, ed hanno ad oggetto, non solo in astratto ma anche in concreto, diversi aspetti della stessa condotta antisociale;

- se la duplicità dei procedimenti era una prevedibile conseguenza, sia sul piano giuridico che sul piano pratico, della stessa condotta;

- se i due procedimenti sono 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*”;

- e, soprattutto, se la sanzione imposta nel procedimento che per primo sia diventato definitivo era stata tenuta in considerazione nel procedimento divenuto definitivo per ultimo, per rispettare le esigenze di proporzionalità complessiva della pena.

Il rischio di violazione del *ne bis in idem* convenzionale sarà tanto più grande quando la fattispecie amministrativa sia connotata di un significativo stigma sociale; tanto inferiore quando sia lontana da una simile connotazione⁴⁴⁷.

La sussistenza di un collegamento cronologico tra i due procedimenti è un fattore assolutamente rilevante. Questo non vuol dire che debbano procedere esattamente e strettamente in parallelo; certo è che maggiore sarà la distanza temporale, maggiore sarà il rischio di violare la convenzione per il perdurante stato di incertezza in cui si troverà il soggetto.

Parrebbe dunque che la Corte potrebbe escludere che violi il divieto di *bis in idem* anche l'inizio di un procedimento successivo alla definitiva conclusione del primo.

⁴⁴⁶ Cit. par. 130.

⁴⁴⁷ Cfr. par. 133.

Restava da statuire se vi fosse stata una duplicazione idonea a costituire un *bis* vietato dall'art. 4 prot. 7 CEDU.

Le sanzioni amministrative-tributarie e quelle *stricto sensu* penali, hanno nell'ordinamento norvegese un diverso scopo: le prime una finalità deterrente e uno scopo "compensatorio" rispetto al dispendio di energie umane e finanziarie che l'amministrazione fiscale compie per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali; le seconde, una finalità strettamente punitiva nei confronti di una condotta antisociale, con uno scopo di rimprovero di un comportamento doloso e fraudolento.

La Corte ritiene legittima la scelta, operata dall'ordinamento norvegese, di affidare la risposta sanzionatoria a un doppio ordine di sanzioni. Questo alla luce del fatto che l'esposizione ad entrambi i procedimenti e ad entrambe le sanzioni era prevedibile da parte dell'individuo e che i rispettivi procedimenti, portati avanti in parallelo, sono stati in concreto strettamente interconnessi. Da un lato infatti l'amministrazione tributaria aveva basato la propria sanzione sulle dichiarazioni che i soggetti avevano reso in sede di indagini preliminari; dall'altro i giudici penali, nel commisurare la pena, avevano tenuto conto delle sanzioni già irrogate dall'amministrazione tributaria.

In conclusione, per entrambi i ricorrenti *"the Court finds no indication that the first applicant suffered any disproportionate prejudice or injustice as a result of the impugned integrated legal response to his failure to declare income and pay taxes. Consequently, having regard to the considerations set out above (in particular as summarised in paragraphs 132-134), the Court is satisfied that, whilst different sanctions were imposed by two different authorities in different proceedings, there was nevertheless a sufficiently close connection between them, both in substance and in time, to consider them as forming part of an integral scheme of sanctions under Norwegian law for failure to provide information about certain income on a tax return, with the resulting deficiency in the tax assessment"*. I ricorrenti non hanno subito un pregiudizio sproporzionato e ingiusto, essendo esistita tra i due procedimenti una *"connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta"*, tale da considerare i due procedimenti come facenti parte di un unico schema sanzionatorio.

Dunque, la Corte esclude la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU, nonostante avesse riconosciuto che le sovrattasse del 30 % irrogate a entrambi i ricorrenti avessero natura penale; che i fatti storici alla base delle due decisioni fossero i medesimi, nonostante

l'elemento specializzante della frode che caratterizza l'illecito penale; che il provvedimento amministrativo fosse venuto definitivo.

La sentenza è corredata da un'unica opinione dissenziente, quella del giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

Il giudice muove una feroce critica alla sentenza della Corte, che finisce per disintegrare l'approccio garantista della sentenza *Zolotukhin c. Russia*. Il criterio della "connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta" tra i due procedimenti, enunciato nella sentenza in parola, è troppo vago e arbitrario, basato su dei meri indicatori manipolabili *ad libitum* dall'interprete.

In buona sostanza, l'accusa è quella di "*aver dimenticato la ratio di tutela dell'art. 4 Prot. 7 CEDU: garantire il fondamentale e inderogabile diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio procedimento e giudicato due volte per il medesimo fatto, non la proporzionalità della sanzione o le esigenze finanziarie degli Stati membri*".⁴⁴⁸

5.2. Prime applicazioni del principio nella giurisprudenza italiana.

I principi enunciati in questa fondamentale sentenza hanno trovato attuazione anche in Italia, già dal dicembre 2016⁴⁴⁹.

Una prima applicazione si ebbe un processo avente ad oggetto un caso di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.), per il quale i tre imputati erano già stati sanzionati con una sanzione amministrativa pecuniaria, inflitta ex art. 187^{ter}, comma 3, lett. a) e b) t.u.f.

Dinanzi al Tribunale le difese degli imputati, rifacendosi ai principi della sentenza *Grande Stevens* che aveva censurato i doppi binari sanzionatori evidenziando la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative, eccepivano la violazione del *ne bis in idem* e chiedevano di adottare una sentenza predibattimentale di improcedibilità ex art. 649 c.p.p. In subordine veniva richiesto al Tribunale di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea perché valutasse la compatibilità della norma con l'art. 50 CDFUE.

⁴⁴⁸ Cit. C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, op.ult.cit. p. 162

⁴⁴⁹ Si fa riferimento all'ordinanza del 6 dicembre 2016 del Tribunale di Milano.

Il giudicante tuttavia non accolse le istanze difensive, proprio alla luce del *revirement* della Corte di Strasburgo. Ritenne sussistente la “sufficiente connessione sostanziale e temporale”. La normativa italiana esplicita chiaramente la possibilità di essere soggetti ad un doppio procedimento; l’interazione tra i due procedimenti è garantita dai meccanismi di cui agli articoli 187*octies*, che fornisce penetranti poteri istruttori agli organi amministrativi, 187*decies*, che prevede un rapporto collaborativo con l’Ufficio del Pubblico ministero, e 187*terdecies*, che “*prevede l’esazione della pena pecuniaria limitatamente alla parte eccedente quella già riscossa in sede amministrativa*”.

Alla luce di queste considerazioni, rigettò quindi la questione sottopostagli dalle parti.

Una seconda applicazione dei nuovi principi enunciati nella sentenza *A e B c. Norvegia* si è avuta da parte della Corte di Cassazione⁴⁵⁰. Il caso coinvolgeva un imprenditore individuale, indagato per i delitti di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, *ex art. 2 d.lgs. 74/2000* e di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti *ex art. 8*: al soggetto era già stata inflitta una sanzione amministrativa, da parte dell’Agenzia dell’Entrate, per un importo pari a 4,3 mln di euro, divenuta definitiva. Successivamente, in sede penale, veniva condannato ad una pena pari a due anni e otto mesi di reclusione.

La Suprema Corte, investita della causa, rigettava il ricorso: “*nel caso in esame deve escludersi, alla luce degli orientamenti interpretativi espressi dalla giurisprudenza della Corte Edu, la violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Convenzione EDU sussistendo, 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.*” Nello specifico venne ritenuta indicativa della stretta connessione la “*contemporaneità dell'irrogazione della due sanzioni, [avvenuta] a pochi mesi di distanza*”.

⁴⁵⁰ Cass.pen., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, con nota di L. BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficient close connection in substance and in time*, in *Giur.comm. fasc.6*, 2018, pag. 907

Secondo la dottrina⁴⁵¹ una simile conclusione non sarebbe del tutto condivisibile. Innanzitutto, occorre rilevare che il giudice di legittimità fa immediatamente proprio il criterio enunciato nella sentenza *A e B c. Norvegia*, senza però interrogarsi sulla sua utilizzabilità. Un simile passaggio sarebbe stato per la verità obbligato: la Corte Costituzionale infatti stabilisce che il giudice nazionale, prima di porre a fondamento della propria opinione una sentenza convenzionale, è tenuto a verificare che quello generato dalla giurisprudenza europea sia un “*diritto consolidato*”⁴⁵².

In tale prospettiva, la sentenza *A e B c. Norvegia* non sembra perfettamente allineata rispetto agli indicatori che la Consulta richiede al giudice di considerare per valutare se una sentenza convenzionale rappresenti o meno «diritto consolidato». E di questo si potrebbe dubitare, vista la novità di un simile indirizzo, anche se già presente in alcuni precedenti di Strasburgo.

La sentenza appare poi fallace sotto altri due punti di vista.

In primo luogo, sembra che la Corte abbia riconosciuto la sussistenza della connessione tra i due procedimenti, e quindi l’inoperatività del *ne bis in idem*, valutando solo la connessione temporale e tralasciando quella sostanziale, nonostante la Corte EDU avesse specificato che i due profili della connessione fossero elementi complementari e inscindibili.

Testimonia la necessaria compresenza di entrambi i requisiti anche la sentenza resa nel caso *Johannesson e a. c. Islanda*, 18 maggio 2017, nel quale la Corte EDU ha ritenuto che fosse stato violato il principio del *ne bis in idem* perché pur sussistendo la connessione sostanziale, i due procedimenti erano cronologicamente così distanti tra loro, da escludere la connessione sul versante temporale.

“*La semplificazione del parametro interpretativo convenzionale da parte della Suprema Corte finisce per restringere ulteriormente l'ambito di estensione del ne bis in idem convenzionale*”⁴⁵³: a voler seguire questo indirizzo infatti sarebbe sufficiente una mera connessione temporale per ritenere rispettato l’art. 4 Prot. 7 CEDU.

In secondo luogo, non condivisibile appare anche la scelta di non operare un rinvio alla Corte di Giustizia. Tale decisione è fondata su una premessa errata, e cioè che la

⁴⁵¹ Cfr. L. BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficient close connection in substance and in time*, *op.ult.cit.* p. 171

⁴⁵² Cfr. Corte cost., sent. 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 49.

⁴⁵³ Cit. L. BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficient close connection in substance and in time*, *op.ult.cit.*

Corte di giustizia, nell'interpretare i diritti fondamentali "comuni" al sistema CEDU-CDFUE, si conformi sempre all'accezione ad essi conferita dalla Corte di Strasburgo. Nonostante il primo periodo dell'art. 52, par. 3, sembrerebbe avallare la tesi della Suprema Corte, il secondo la smentisce, nella misura in cui ammette che il diritto dell'Unione europea possa concedere, per i medesimi diritti, una protezione più estesa.

Probabilmente sarebbe stata auspicabile, da parte della Corte, una pronuncia più prudente, anche in considerazione dei tre rinvii pregiudiziali in materia di *ne bis in idem* in quel momento pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia, uno dei quali atteneva specificamente alla materia fiscale.

Oltre a questo, bisogna considerare anche che pochi giorni prima dell'udienza della Cassazione, l'Avvocato Generale Sanchez-Bordona aveva reso delle conclusioni particolarmente significative, con le quali aveva esplicitato la necessità che la Corte di Giustizia si discostasse dal mutamento giurisprudenziale di Strasburgo, elaborando piuttosto una nozione eurounitaria autonoma di *bis in idem*, in linea con la pregressa sentenza Fransson e idonea a garantire un più elevato grado di tutela.

La decisione della Suprema Corte si inserisce dunque in uno scenario complessivo ancora in evoluzione, in attesa di risposte dalla Corte di Giustizia, che avrebbero potuto provocare l'ennesimo capovolgimento interpretativo in materia.

6. I rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia: le cause *Menci*, *Garllson Real Estate* e *Di Piuma e Zecca*.

Recentemente la CGE ha avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio con l'art. 50 della Carta di Nizza e anche di chiarire se, in caso di contrasto, fosse possibile dare diretta applicazione all'art. 50 e disapplicare la norma interna confliggente.

Le cause che hanno originato il ricorso alla CGE sono *Menci*, *Garllson Real Estate*, *Di Puma e Zecca*⁴⁵⁴.

La causa *Menci*, generata da un rinvio del Tribunale di Bergamo⁴⁵⁵, aveva ad oggetto un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 10bis del d.lgs. 74/2000, al cui imputato era già stata inflitta, in via definitiva, una sanzione pecuniaria

⁴⁵⁴ *Menci* (Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015), *Garllson Real Estate* (Cass., ord. 20 settembre 2016, n. 2067/16), *Di Puma e Zecca* (cass., ord. 15 novembre 2016, n. 23232/16)

⁴⁵⁵ F. VIGANO', *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Dir.pen.cont.*, 28 settembre 2015

amministrativa, ma ritenuta sostanzialmente penale, all'esito del procedimento tributario, ex art. 13 d.lgs. 471/1997, relativa allo stesso importo IVA non pagato.

La causa *Garlsson Real Estate* e altri, originata da un rinvio pregiudiziale della Sezione tributaria della Cassazione civile⁴⁵⁶, riguardava una vicenda di manipolazione di mercato in cui il procedimento penale si era già concluso in via definitiva con una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. I ricorrenti dunque si opponevano, questa volta, al provvedimento sanzionatorio emesso nei loro confronti dalla CONSOB.

Le ultime, le cause *Di Puma e Zecca*, generate da due identici rinvii pregiudiziali della seconda sezione della Cassazione civile⁴⁵⁷ e riunite dalla Corte di Giustizia, riguardavano un caso di *insider trading*. Di nuovo i ricorrenti si erano opposti alle sanzioni irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187ter t.u.f., dopo che era divenuta definitiva nei loro confronti una sentenza penale di assoluzione, in relazione ai medesimi fatti storici.

Le questioni sollevate erano similari⁴⁵⁸. Nella causa Menci il rimettente chiedeva: «*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*».

Nella seconda *Garlsson Real Estate* «*Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 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 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della*

⁴⁵⁶ F. VIGANO', A never ending story? *Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio e in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir.pen.cont.*, 17 ottobre 2016

⁴⁵⁷ F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *Dir.pen.cont.*, 28 novembre 2016

⁴⁵⁸ Occorre esplicitare che le questioni sono state sollevate prima della sentenza A e B c. Novegia.

relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale”.

Nell'ultima, Di Puma e Zecca *“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”* e 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]”.*

Riassunti in maniera estremamente sintetica i fatti, è possibile addivenire all'esposizione del quadro di insieme delineato dalla Corte.

Tutte le sue valutazioni ruotano intorno all'art. 50 CDFUE, ai sensi del quale *“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”.*

La Corte condivide sia il concetto di sanzione penale che quello di medesimo fatto delineati dalla Corte di Strasburgo, che del resto erano rimasti immutati anche dopo la sentenza A e B c. Norvegia.

In particolare, si legge che *“ai fini della valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni come quelli in discussione nel procedimento principale, occorre rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere”*⁴⁵⁹. Dunque sostanzialmente trovano conferma i criteri Engel, di natura convenzionale.

Per quanto riguarda l'identità del fatto invece la Corte ritiene che *“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 circostanze*

⁴⁵⁹ Cit. Menci par. 26. La Corte richiama sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35. Lo stesso è stabilito nella sentenza Garlsson.

concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato”⁴⁶⁰.

Due delle tre pronunce dedicano poi uno spazio alla “*giustificazione della limitazione del diritto garantito all’articolo 50 della Carta*”⁴⁶¹.

La Corte richiama a proposito la sentenza Spasic⁴⁶², nella quale aveva statuito che si può giustificare una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito all’articolo 50 CDFUE sul fondamento dell’articolo 52, paragrafo 1, della medesima. Nel primo periodo dell’art. 52 par. 1, si legge infatti che sono ammesse delle limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciute dalla stessa purchè siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e il principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Con particolare riferimento alla materia in esame, la Corte delinea dei criteri più specifici per valutare se la previsione di un doppio binario sanzionatorio sia una limitazione legittima del principio del *ne bis in idem*.

Innanzitutto, il cumulo di procedimenti e sanzioni deve essere una conseguenza “*prevista dalla legge*”⁴⁶³. Secondariamente, le sanzioni e i procedimenti devono essere tesi alla realizzazione di un comune “*obiettivo di interesse generale*” e a “*scopi complementari riguardanti [...] aspetti diversi del medesimo comportamento illecito dell’interessato*”⁴⁶⁴. Infine, devono essere previsti dei meccanismi atti a coordinare i

⁴⁶⁰ Cit. Menci par. 35, nonché cfr. Garlsson par. 36-41

⁴⁶¹ Menci par. 40-64; Garlsson par. 42-63.

⁴⁶² CGE, 27 maggio 2014, Spasic

⁴⁶³ Cfr. Menci, par. 42 e Garlsson, par. 44: “*Nella fattispecie in esame è pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge.*”

⁴⁶⁴ Cfr. Menci, par. 44: “*Per quanto attiene alla questione di accertare se la limitazione del principio del ne bis in idem che risulta da una normativa nazionale come quella in discussione nel procedimento principale risponda a un obiettivo di interesse generale, dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che tale normativa è intesa ad assicurare la riscossione integrale dell’IVA dovuta. In considerazione dell’importanza che la giurisprudenza della Corte attribuisce, al fine di realizzare detto obiettivo, alla lotta contro i reati in materia di IVA (v., in tal senso, sentenza del 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, punto 34 nonché giurisprudenza ivi citata), un cumulo di procedimenti e di sanzioni 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, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.*” Similmente anche Garlsson par. 46.

due procedimenti, al fine di *“ridurre allo stretto necessario l’onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati”*⁴⁶⁵.

Nelle parole della CGE riecheggia dunque il criterio della sufficiente connessione sostanziale e temporale di cui alla sentenza A e B c. Norvegia. In questo caso però la Corte di Lussemburgo, a differenza di quella di Strasburgo, non fornisce alcuna indicazione su quali possano essere gli indici dai quali desumere la sussistenza di tale connessione. Tralascia peraltro il fattore temporale, menzionando solo quello sostanziale del coordinamento tra procedimenti.

Il passaggio più significativo delle sentenze è quello riguardante la proporzionalità del carico sanzionatorio rispetto al fatto commesso. Se nella sentenza *Menci*, riguardante un caso di doppio binario sanzionatorio tributario, la Corte ha ritenuto che il complessivo trattamento sanzionatorio fosse proporzionato e che le norme di settore fossero idonee a garantire che le sanzioni irrogate fossero limitate allo stretto necessario⁴⁶⁶, nella sentenza *Garlsson* la conclusione è opposta: *“il fatto di proseguire un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi di tale articolo 187ter eccederebbe quanto strettamente necessario per conseguire l’obiettivo”* che la normativa in materia di abusi di mercato si prefigge, e cioè il legittimo interesse alla tutela dei mercati finanziari dell’Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Secondo la Corte, la disposizione di cui all’art. 187terdecies non è idonea a garantire *“che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione”*, *“poiché sembra limitarsi a prevedere 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.”*⁴⁶⁷. Una previsione quindi destinata ad operare solo in caso di cumulo di pene pecuniarie

⁴⁶⁵ Cfr. *Menci*, par. 52-53 nonché *Garlsson* par. 54-55. In entrambe le sentenze il testo è lo stesso. *“Inoltre, una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, deve garantire che gli oneri risultanti, per gli interessati, da un tale cumulo siano limitati allo stretto necessario per realizzare l’obiettivo indicato al punto 46 della presente sentenza. Per quanto riguarda, da un lato, il cumulo di procedimenti di natura penale che, come emerge dagli elementi contenuti nel fascicolo, sono condotti in modo indipendente, il requisito ricordato al punto precedente implica l’esistenza di norme che assicurino un coordinamento volto a ridurre allo stretto necessario l’onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati.”*

⁴⁶⁶ Cfr. *Menci*, par. 54-56

⁴⁶⁷ Cit. *Garlsson*, par. 59-60.

e non anche quando siano state irrogate una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e una pena della reclusione.

In definitiva, alla luce di tutte queste argomentazioni, i principi di diritto enunciato dalla CGE sono i seguenti: *“L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea 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 dell’imposta sul valore aggiunto dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa:*

- sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari,*
- contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l’onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e*
- preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.”.*

La Corte specifica inoltre che *“Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l’onere risultante concretamente per l’interessato dall’applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso.”*⁴⁶⁸ In sostanza, è al giudice nazionale che spetta la valutazione in ordine alla proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Nella sentenza *Garlsson* la Corte è stata tenuta a rispondere ad un secondo quesito sollevato dalla Cassazione, e cioè quello della diretta applicabilità dell’art 50 CDFUE. In linea con il precedente indirizzo della sentenza *Fransson* il Corte statuisce che *“il giudice nazionale incaricato di applicare, nell’ambito di propria competenza, le*

⁴⁶⁸ Questo il principio di diritto della sentenza *Menci*, più analitico di quello della sentenza *Garlsson* che si limita al primo periodo.

norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Occorre pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale.”⁴⁶⁹.

Nelle sentenze *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*, la Corte ravvisa poi delle situazioni in cui certamente un doppio procedimento viola il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE.

La prima è quella in cui la sanzione penale sia intervenuta prima della sanzione – formalmente – amministrativa. In una simile circostanza è *in re ipsa* il difetto di proporzione: quando infatti la sanzione penale sia già “*idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva*”, è chiaro che l'ulteriore inflizione di una sanzione amministrativa, peraltro da ritenersi sostanzialmente penale, comporterebbe un eccessivo aggravio sanzionatorio⁴⁷⁰.

La seconda situazione che per certo costituisce una violazione dell'art. 50 CDFUE è quella in cui il procedimento penale si sia concluso prima di quello amministrativo, con una sentenza di assoluzione. A questa conclusione la CGE giunge nella sentenza *Di Puma e Zecca*, in cui al paragrafo 44 si legge 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 cui al punto 42 della presente sentenza, una volta che 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.*”

⁴⁶⁹ Cit. *Garlsson* par. 67-68.

⁴⁷⁰ Cfr. *Garlsson* par. 61: “*Pertanto, emerge che una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, che permette, dopo una condanna penale divenuta definitiva, alle condizioni indicate al punto precedente, la celebrazione di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.*”

In definitiva, l'art. 4 Prot. 7 e l'art. 50 CDFUE non devono più essere letti nel senso che impediscono *tout court* di perseguire lo stesso soggetto, in relazione al medesimo fatto storico, con due procedimenti, l'uno *stricto sensu*, l'altro sostanzialmente, penali.

Questo a condizione che:

- il primo procedimento penale si sia concluso con una risposta sanzionatoria che non sia idonea da sola a reprimere il reato in maniera efficace proporzionata e dissuasiva;

- che i due procedimenti siano finalizzati a tutelare un obiettivo di interesse generale;

- i due procedimenti siano previsti specificamente da norme, in modo da rendere prevedibile per il soggetto la doppia sanzione;

- il carico sanzionatorio sia proporzionato;

- sia garantito un coordinamento tra i procedimenti;

- la sottoposizione a doppio procedimento non sia un eccessivo onere per l'interessato.

Il rispetto di queste circostanze deve essere valutato dal giudice nazionale.

Viola per certo il principio del *ne bis in idem* il caso in cui la sanzione penale sia intervenuta prima della sanzione formalmente amministrativa, quando la prima sia da sola idonea a reprimere efficacemente il reato e il caso in cui il procedimento formalmente amministrativo sia esperito a seguito di una sentenza definitiva di assoluzione pronunciata all'esito del procedimento penale.

7. Il decreto legislativo n. 107/2018 e i perduranti problemi ermeneutici.

I problemi derivanti dai *dicta* delle diverse Corti sovranazionali non hanno tardato a manifestarsi anche in Italia. I giudici nazionali sono infatti chiamati a confrontarsi con un panorama nuovo e piuttosto complesso e a dover sciogliere nodi interpretativi che il legislatore non accenna a risolvere.

Nel quadro giurisprudenziale finora descritto si inserisce infatti un intervento riformatore del legislatore, il d.lgs. 107/2018, che, si sente di poter dire, non essere stato risolutivo.

Si è già avuto modo di esporre il travagliato iter che ha portato all’emanazione del decreto legislativo in parola; per questo motivo ci si soffermerà ora sull’approfondimento dei contenuti, sotto i profili che interessano questa trattazione⁴⁷¹.

Innanzitutto, il testo degli artt. 187**bis** e 187**ter** t.u.f. è stato integralmente sostituito. Nella formulazione previgente l’illecito amministrativo ex art. 187**bis** era formulato in maniera del tutto analoga allo speculare delitto di cui al 184 t.u.f. La descrizione normativa degli artt. 187**ter** e 185 t.u.f. era invece differente ma nonostante questo non vi era una così profonda discrepanza tra le diverse condotte, costituendo l’illecito amministrativo una sorta di specificazione di quello penale⁴⁷².

Ora gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di *insider trading* rinviano in toto alle disposizioni degli artt. 14 e 15 del MAR, che sono particolarmente dettagliate nella descrizione delle fattispecie.

Come le disposizioni del MAR disciplinavano in maniera dettagliata le fattispecie amministrative, così la Direttiva 2014/57/UE (MAD II) disegnava le condotte penalmente rilevanti in maniera puntuale, precisa ed analitica, cercando di differenziarle da quelle amministrative, nell’ottica di riservare la tutela penale alle sole fattispecie più gravi. Purtroppo, tale direttiva è rimasta pressoché inattuata: il legislatore italiano ha infatti ritenuto di non dover modificare le fattispecie criminose nel t.u.f., rimaste immutate⁴⁷³.

Di conseguenza in più punti la direttiva non ha trovato applicazione.

In particolare, tra le tre condotte di *insider trading*, fino a quel momento poste sullo stesso piano quanto ad entità della sanzione, quella di *tipping* era stata prevista in via autonoma dall’art. 4 della MAD II, che fissava il relativo trattamento sanzionatorio in maniera differenziata e meno grave rispetto alle rimanenti ipotesi di abuso di informazioni privilegiate (e, per vero, anche di manipolazione di mercato)⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Per una precisa analisi delle singole modifiche apportate al d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) si consenta di rinviare a F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. (Osservazioni a prima lettura sul d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107)*, in *Dir.pen.cont.*, 10 ottobre 2018; nonché A. MACRILLO’, G. CANINO, *Il diritto penale e gli intermediari finanziari*, in G. CASSANO, N. TILLI, G. VACIAGO, (a cura di) *Tutele e risarcimento nel diritto dei mercati e degli intermediari*, 2018.

⁴⁷² 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 *Dir.pen.cont.*, 17 ottobre 2018

⁴⁷³ Almeno nel punto che qui interessa della descrizione delle condotte penalmente rilevanti.

⁴⁷⁴ L’art. 7, par 3, MAD II prevede per il *tipping* “la pena della reclusione per una durata massima non inferiore ad anni due”, mentre per tutte le altre fattispecie di abusi di mercato (*insider trading*, *tuyautage* e manipolazione del mercato) la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (art. 7, par. 2 MAD II).

Non ha trovato applicazione neanche la richiesta criminalizzazione dell'insider secondario, imposta dal combinato disposto degli art. 3, co. 3, e 7 MAD II. Sarebbe dovuta diventare penalmente rilevante anche la condotta del soggetto che abbia ottenuto l'informazione privilegiata a qualsiasi titolo, non soltanto in ragione delle particolari circostanze indicate nell'art. 184, co. 1, t.u.f., sostanzialmente identiche a quelle contemplate nell'art. 3, co. 3, lettere a), b) e c) MAD II.

Quanto al nodo del *ne bis in idem* sia nella direttiva che nel regolamento si trovavano ben poche indicazioni per il legislatore italiano, essendo solo raccomandata una differenziazione tra le fattispecie penali e amministrative, da attuarsi attribuendo rilevanza penale alle sole condotte più gravi.

Il tentativo del legislatore di trovare un raccordo tra i due binari si è risolto in una riscrittura dell'art. 187 *terdecies* poco convincente.

Pare opportuno ricordare la sua precedente formulazione: *“Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa.”* Restavano dunque fuori dalla funzione di riequilibrio la pena della reclusione e le pene accessorie interdittive e sembrava operare per così dire “a senso unico”. Dal tenore della norma sembrerebbe che tale scomputo possa operare solo rispetto alle sanzioni penali, dando quasi per scontato che quelle amministrative intervengano per prime. Circostanza che, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale, non sempre si verifica.

Invero la situazione non è ora mutata. La nuova formulazione dell'articolo, rubricato *Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative* è infatti la seguente:

“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:

a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;

b) 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 amministrativa ovvero da quella giudiziaria."

La prima parte della norma, in ossequio alle indicazioni provenienti dalla nuova disciplina eurounitaria che impongono il rispetto del principio del *ne bis in idem*, fa esplicito riferimento all'*idem factum* («quando per lo stesso fatto») e alla circostanza 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”, nei confronti “del reo, dell’autore della violazione o dell’ente”⁴⁷⁵.

La norma non opera più in un’unica direzione. Ora il riequilibrio sanzionatorio potrà essere effettuato indipendentemente dal fatto che l’individuo sia stato già sanzionato definitivamente in via penale o amministrativa (“sia stata applicata una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’art. 187-septies, ovvero una sanzione penale”).

Per garantire che il cumulo sanzionatorio non sia troppo gravoso per il condannato, la lett. a) stabilisce che “l’autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento dell’irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate”. La disposizione risulta piuttosto vaga, non essendo chiaro cosa debba intendersi per “tener conto”. L’interpretazione più plausibile è quella che il giudice possa scomputare dalla sanzione che intende applicare, la quota corrispondente a quella già irrogata⁴⁷⁶.

Con particolare riferimento alla compensazione delle sanzioni pecuniarie, la lett. b) stabilisce che la loro esazione sia “limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall’autorità giudiziaria amministrativa o da quella giudiziaria”.

Appare evidente che la disciplina di nuovo conio non tenga conto della dimensione processuale del *ne bis in idem*. Il problema del cumulo è “risolto” – se così si può dire – solo sul piano sostanziale, garantendo unicamente una proporzione sanzionatoria.

⁴⁷⁵ Si noti che il legislatore ha preso in considerazione sia la persona fisica che l’ente, che quindi potrà essere soggetto a sanzioni amministrative sia ex art. 187-quinquies t.u.f., sia come sanzione amministrativa dipendente da reato ex art. 25-sexies d.lgs. 231/01.

⁴⁷⁶ Così F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, op.ult.cit. p. 181

Anche a voler accettare una simile limitazione, emerge un'ulteriore problematica. Tale meccanismo di raccordo è applicabile alle sole sanzioni pecuniarie; sono così lasciate – nuovamente – fuori dall'ambito applicativo della norma le sanzioni interdittive, che hanno ormai raggiunto, anche sul versante dell'illecito amministrativo, entità di altissimo livello e che, dal punto di vista strutturale, sono per nulla diverse dalle omologhe sanzioni interdittive comminate per le violazioni degli artt. 184 e 185 t.u.f.

Tutte le problematiche evidenziate si ripercuotono sulla giurisprudenza, che ha il compito di ricercare soluzioni che evitino frizioni con il principio del *ne bis in idem*.

Un primo tentativo venne approntato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 16 luglio 2018, n. 45829⁴⁷⁷.

La Cassazione sottolinea il ridimensionamento apportato al principio del *ne bis in idem* da parte della sentenza *A e B c. Norvegia* e richiama i parametri che il giudice è tenuto a valutare per riconoscere la sussistenza di una sufficiente connessione sostanziale e temporale. Osserva che *“i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del ne bis in idem convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancora prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale.”* La mutata natura sostanziale implica che il criterio della proporzione ricopra un ruolo fondamentale e preminente tra tutti quelli individuati dalla Corte EDU.

La Suprema Corte però centra il nodo problematico: *“di certo, tutto ciò comporta, in mancanza di un chiaro riferimento normativo, l'esercizio di compiti interpretativi molto complessi ed articolati, che non possono prescindere da una attenta valutazione dei singoli casi concreti con i quali il giudice si deve confrontare”*. Il riferimento è chiaramente all'art. 187^{terdecies}, giudicato inadeguato anche dalla stessa CGE nelle sentenze del marzo 2018.

⁴⁷⁷ Cass.pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829. In realtà la decisione è antecedente al d.lgs. 107/2018 e quindi si riferisce alla precedente formulazione dell'art. 187^{terdecies}: *“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.”* Della sanzione penale doveva quindi essere eseguita solo la parte che residuava a quella già riscossa in sede amministrativa.

Individuano quindi i giudici della Cassazione nell'art. 133 c.p. il riferimento normativo cui il giudicante potrebbe fare riferimento al momento della commisurazione della pena, poiché la norma *“impone in via generale al giudice di commisurare la pena alla “gravità” del fatto commesso; tale norma vincola infatti il decidente nell'esercizio del potere discrezionale attribuitogli dall'ordinamento in relazione alla determinazione della pena da infliggere, in linea con il principio di legalità della pena [...]. Spetta dunque al giudice nazionale il compito di verificare la proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate con riguardo a tutte le circostanze della fattispecie concreta oggetto del giudizio”*⁴⁷⁸.

Un altro esempio che rende piuttosto manifesti i problemi esegetici cui vanno incontro i giudici nazionali è una importante ed innovativa sentenza del Tribunale di Milano⁴⁷⁹, trovatosi di fronte ad un caso del tutto peculiare.

Gli imputati, ai quali era stata già applicata in via definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 100 mila per la violazione dell'art. 187-ter TUF, erano stati tratti in giudizio per lo stesso fatto storico, integrante il delitto di manipolazione del mercato ex art. 185 t.u.f. Ritenuta la penale responsabilità degli stessi, il Tribunale, valutato l'art. 133 c.p., fissò la pena applicabile nel minimo edittale (anni due di reclusione e euro quarantamila di multa).

La sanzione amministrativa pecuniaria già inflitta in via definitiva aveva però un importo ben maggiore di quella che il giudice penale riteneva adeguata al caso specie. Si registrava dunque una significativa eccedenza tra le due sanzioni, che avrebbe inciso negativamente sulla necessaria proporzione tra cumulo di sanzioni e gravità del fatto.

In mancanza di parametri legali univoci l'opera di coordinamento è affidata al giudice. *“L'art. 187terdecies t.u.f. non può essere assunto quale parametro normativo [...], dal momento che non permette al giudice di modulare la risposta sanzionatoria tenendo conto del cumulo della sanzione pecuniaria e detentiva”*⁴⁸⁰.

Nonostante questa lacuna, il giudice è chiamato a *“verificare la sussistenza del requisito della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato;*

⁴⁷⁸ Più diffusamente sulla sentenza della Cassazione si rimanda a 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 *Dir.pen.cont.*, 17 ottobre 2018

⁴⁷⁹ Trib. Milano, sentenza 15 novembre 2018, n. 14767

⁴⁸⁰ Cit. Cass.pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829. La modifica del testo dell'art. 187terdecies non è rilevante poiché anche nell'attuale formulazione si rileva il medesimo problema.

qualora questa valutazione conduca a ritenere detto trattamento lesivo della garanzia del ne bis in idem il giudice nazionale dovrà dare diretta applicazione al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, disapplicando in mitius le norme che questo trattamento definiscono"⁴⁸¹.

In accordo con la sentenza della Cassazione pocanzi citata, specifica che, nella commisurazione della pena, farà riferimento ai parametri dell'art. 133 c.p.

Dunque, in concreto, per quanto riguarda la sanzione pecuniaria, il Tribunale richiama i limiti edittali: multa da euro quarantamila a dieci milioni. Alla luce delle circostanze del caso, avrebbe applicato il minimo edittale della pena, ma, viste le sanzioni amministrative già inflitte, pari ad euro centomila, ritiene infine di non dover infliggere alcuna ulteriore sanzione pecuniaria.

“Come già detto, gli imputati sono stati condannati al pagamento di una sanzione amministrativa di euro 100.000,00; si tratta di sanzione pecuniaria superiore a quella che questo Tribunale avrebbe applicato agli imputati e che si sarebbe attestata nel minimo edittale (dunque 40.000,00 euro)”.

Per quanto attiene invece alla pena detentiva il Tribunale si serve dell'art. 135 c.p. Rileva che la differenza di 60.000,00 euro tra la sanzione CONSOB e quella che il Tribunale avrebbe irrogato, corrisponderebbe ad otto mesi di reclusione. *“Sulla base di queste considerazioni, si ritiene di condannare gli imputati alla pena detentiva di anni uno e mesi quattro di reclusione, disapplicando – in mitius – il minimo edittale di anni due di reclusione, e sottraendo al minimo edittale di anni due di reclusione, la pena di mesi otto di reclusione (corrispondente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da CONSOB eccedente la multa che questo Tribunale avrebbe irrogato)”*.

Si può certamente affermare che la decisione in parola *“si muove con acume e acribia argomentativa in un territorio accidentale e coglie in segni normativi appena percettibili spunti esegetici”*⁴⁸². Il Tribunale ha allargato le maglie dell'art. 187terdecies, facendo rientrare nelle *“misure punitive già irrogate”* anche la pena detentiva e nella vaghissima locuzione *“tenere conto”*, anche la commutazione della pena ex art. 135 c.p.

⁴⁸¹ Cit. sentenza in parola che richiama però anche quella della Cass.pen., Sez. V, n. 2249/2018

⁴⁸² Cit. F. MUCCIARELLI, *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica.*, in Dir. pen.cont., 15 marzo 2019

Un'opera dunque di grande ingegno che, seppure non del tutto appagante, sembra aver trovato per il caso concreto una soluzione compatibile con l'esigenza di rispettare il principio del *ne bis in idem* e quello di proporzionalità.

Diversi sono comunque i problemi che solleva questa decisione. Un siffatto meccanismo sviscerisce il principio del *ne bis in idem*, riducendolo di fatto ad una circostanza attenuante, essendogli affidato oramai solo il compito di garantire la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio. Oltretutto cosa accadrebbe se la differenza tra la sanzione pecuniaria amministrativa già irrogata e la multa che il giudice riterrebbe di applicare fosse ancora più alta? Il rischio è che il ragguaglio comporti la totale disapplicazione della pena detentiva, ciò che renderebbe il processo penale inutile, fine solo alla sua celebrazione⁴⁸³.

In definitiva, la conclusione è sempre la stessa: l'inerzia del legislatore costringe l'interprete a ricercare soluzioni che sono inevitabilmente foriere di incertezze, particolarmente pericolose nel diritto penale.

⁴⁸³ Queste le preoccupazioni di F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio, *op.ult.cit.*p. 186

8. Osservazioni conclusive.

Il principio del *ne bis in idem* è uno dei cardini del nostro ordinamento, indice di civiltà giuridica e della sussistenza di uno stato di diritto.

Nella sua duplice natura, sostanziale e processuale, consente di tutelare l'individuo, rispettivamente, sia dall'inflizione di un irragionevole cumulo di sanzioni penali, sia dalla sottoposizione ad un numero potenzialmente imprevedibile di procedimenti penali, in ordine al medesimo fatto. Due facce della stessa medaglia, indissolubilmente legate ma comunque diverse. Nell'accezione sostanziale, infatti, il principio è espressione di esigenze di equità, poiché finalizzato ad “evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato”⁴⁸⁴; nell'accezione processuale risponde invece ad “esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi”⁴⁸⁵. Il divieto di doppia incriminazione è posto a salvaguardia del divieto di doppia sanzione e il secondo rende effettivo il primo, non essendo possibile instaurare un nuovo procedimento nei confronti del soggetto che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto.

Nel nostro ordinamento il principio, nella sua dimensione processuale, è contemplato all'art. 649 c.p.p. ai sensi del quale “*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 69 comma 2 e 345.*”. Al contrario, l'accezione sostanziale non ha un espresso riferimento normativo, potendosene solo desumere l'esistenza dal combinato disposto di diverse norme: gli articoli 15, 84, 61, 62, prima parte, e 68 c.p.

Il principio del *ne bis in idem* processuale non è sancito solo nel diritto interno, essendo formalmente riconosciuto anche dalla CEDU, all'art. 4 del Protocollo n.7, e dall'art. 50 della CDFUE. Per questo motivo, l'interpretazione nazionale del principio risente inevitabilmente dell'importante opera ermeneutica svolta dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, le quali si sono soffermate in particolare sui presupposti applicativi del principio del *ne bis in idem*, in particolare l'*idem factum*, e sulla nozione di *matière pénale*.

⁴⁸⁴ Cit. G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit. p. 27

⁴⁸⁵ Cit. G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.ult.cit

Per quanto riguarda il concetto di *idem factum*, Corte EDU ha stabilito⁴⁸⁶, risolvendo il contrasto giurisprudenziale che sussisteva prima di questo intervento⁴⁸⁷, che il fatto è il medesimo quando sono coincidenti le circostanze storiche che, interconnesse tra loro, lo compongono. Non è possibile dunque adottare un approccio formalistico nella valutazione sulla medesimezza del fatto; non ci si può limitare a confrontare gli elementi costitutivi della fattispecie così come descritti nelle norme che vengono di volta in volta in rilievo.

A tale indirizzo si è conformata la nostra Corte Costituzionale⁴⁸⁸, anche se non in maniera perfettamente aderente. Nel caso di specie, il giudice rimettente lamentava la violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, poiché il diritto vivente nazionale avrebbe accolto l'accezione legale di *idem* al posto di quella storica. La Corte esclude però un simile contrasto tra l'orientamento giurisprudenziale interno e quello della Corte EDU: entrambe sarebbero allineate nel ritenere che debbano essere raffrontati, nella valutazione sulla medesimezza del fatto, la condotta, il nesso causale e l'evento, ma intesi in senso naturalistico e non legale. Occorre sottolineare però che la Corte EDU, non sia mai stata così esplicita nel fare riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie; si è limitata infatti a stabilire che il giudizio dovrebbe ricadere su quelle circostanze concrete che riguardano una stessa persona e che sono strettamente connesse tra loro nel tempo e nello spazio.

Fondamentale la giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di *matière pénale*, concetto importante poiché delimita l'ambito di applicabilità del principio del *ne bis in idem*. L'art. 649 c.p.p. fa infatti riferimento all'*imputato* prosciolto o condannato e al *decreto penale di condanna*; l'art. 4 Prot. 7 CEDU impedisce di perseguire o condannare penalmente l'individuo che sia "*già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.*"

Prima facie potrebbe dunque ritenersi che il principio in esame operi solo quando ci si trovi nell'ambito penale inteso in senso stretto. Una simile conclusione è però errata.

⁴⁸⁶ Cfr. CEDU, GC, sentenza 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

⁴⁸⁷ Il tema è stato approfondito a pag. 36 ss.

⁴⁸⁸ Cfr. Corte Cost., sentenza 21 luglio 2016, n. 200.

Già nel 1976, con la sentenza *Engel c. Paesi Bassi* infatti la Corte di Strasburgo aveva delineato gli indici di riconoscimento della *matière pénale*: a) la qualificazione giuridica interna; b) la natura dell'infrazione; c) la natura e gravità della sanzione.

Il primo dei tre è certamente il punto di partenza dell'indagine ma è dirimente solo quando l'illecito o la sanzione siano definiti "penali"; in caso contrario lo studio deve essere approfondito. Numerosi sono i fattori dai quali è possibile desumere la natura penale dell'infrazione o della sanzione: il carattere e la struttura della norma trasgredita, l'autorità che ha instaurato il procedimento ed irrogato la sanzione, la finalità della sanzione.

In definitiva, non ci si può arrestare alla forma ma è necessario indagare la sostanza.

L'ampia nozione di *matière pénale* delineata dalla Corte EDU è ciò che ha comportato la crisi dei sistemi a doppio binario sanzionatorio, cioè di quei sistemi che sanzionano le condotte rilevanti sia con sanzioni penali, che con sanzioni amministrative.

Nel nostro ordinamento i settori in cui il legislatore ha adottato un simile sistema sanzionatorio sono due: quello del *market abuse* e quello degli illeciti tributari.

Integrano un abuso di mercato due tipi di condotte: l'abuso di informazioni privilegiate e (cd. *insider trading*) e la manipolazione del mercato.

La prima fattispecie consiste nell'indebito utilizzo, da parte di alcuni soggetti, di informazioni non ancora rese pubbliche, con la conseguenza che il prezzo degli strumenti finanziari non sia determinato in base a tutte le informazioni disponibili. La seconda si sostanzia nella diffusione di notizie false o ingannevoli; il prezzo degli strumenti finanziari non rispecchia, in questo caso, il valore reale dei titoli.

Questa materia è disciplinata in Italia dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recentemente riformato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107. L'emanazione di quest'ultimo è stata necessaria perché l'Italia adeguasse la normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 596/2014 (MAR) e alla Direttiva 2014/57/UE (MAD II)⁴⁸⁹, che abrogavano la previgente Direttiva 2003/6/CE.

⁴⁸⁹ Giova ricordare che il titolo del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107 recita: "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.". Non è fatta menzione alcuna della Direttiva 2014/57/UE poiché la vigente disciplina sanzionatoria degli illeciti penali era ritenuta già in linea con le indicazioni eurounitarie.

È in forza di queste fonti normative che il legislatore italiano ha optato per il doppio binario sanzionatorio: la MAD II impone di sanzionare penalmente le condotte più gravi, commesse con dolo; il regolamento di infliggere sanzioni amministrative per le violazioni delle norme ivi contenute. L'attuazione di un doppio comparto di sanzioni è espressamente raccomandata da numerosi considerando, sia della direttiva che del regolamento: *“è opportuno prevedere una serie di sanzioni amministrative e altre misure amministrative per assicurare un approccio comune agli Stati membri e potenziarne l'effetto deterrente”*⁴⁹⁰.

Dunque, il legislatore italiano non ha rinunciato al presidio della sanzione amministrativa, indubbiamente vantaggiosa per la maggiore celerità con cui può essere irrogata. Nel d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) si trovano infatti una fattispecie penale e una amministrativa sia dell'abuso di informazioni privilegiate (rispettivamente art. 184 e 187bis) che della manipolazione di mercato (rispettivamente artt. 185 e 187ter). In forza della clausola *“Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”*, ed essendo le fattispecie penali quasi interamente sovrapponibili con le rispettive fattispecie amministrative, il doppio binario sanzionatorio che ne deriva è di tipo cumulativo. La maggior parte delle volte dunque al medesimo soggetto, per l'unica condotta posta in essere, vengono inflitte sia sanzioni penali che amministrative.

Il secondo settore in cui il legislatore ha adottato un doppio binario sanzionatorio è quello degli illeciti tributari di omesso versamento. In questa materia, le sanzioni penali sono previste agli artt. 10bis e 10ter del d.lgs. 74/2000 mentre quelle amministrative all'art. 13 del d.lgs. 471/1997 e art. 2 d.lgs. 472/1997. Nonostante anche in questo ambito le fattispecie astratte siano sovrapponibili, il carico sanzionatorio non è cumulativo, bensì alternativo: sono infatti previste delle soglie di punibilità, al di sotto delle quali la condotta non è penalmente rilevante.

Come si è anticipato pocanzi, i sistemi a doppio binario sanzionatorio sono stati posti in discussione dalla Corte EDU. Il riferimento è certamente al celebre caso *Grande Stevens c. Italia*, nel quale i giudici di Strasburgo hanno sancito l'incompatibilità di tali sistemi con il principio del *ne bis in idem*. Ad un primo esame, solo formale, potrebbe non comprendersi il motivo di una simile conclusione: il principio in parola trova applicazione solo quando il doppio procedimento o la doppia

⁴⁹⁰ Cfr. considerando 22 MAR.

sanzione siano penali; i sistemi a doppio binario prevedono invece sanzioni penali e amministrative.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, nella sentenza *Grande Stevens*, richiama i criteri Engel, rifiutando un'interpretazione rigidamente formalistica. L'attenzione è rivolta in particolare all'ultimo dei tre, cioè quello della natura e della gravità delle sanzioni. La natura afflittiva delle stesse emerge chiaramente dalle norme: i limiti edittali delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui agli artt. 187*bis* e 187*ter* sono altissimi, tra i ventimila e i cinque milioni di euro, elevabili fino al triplo o al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito con l'illecito. Nel caso di specie dunque, il secondo procedimento, quello penale-criminale, non poteva essere iniziato.

La sentenza in parola offre certamente una tutela molto ampia all'individuo. Accogliendo infatti una nozione così estesa di *matière pénale* preclude allo Stato la possibilità di perseguire nuovamente lo stesso soggetto, in ordine al medesimo fatto, in via amministrativa, poiché in realtà le sanzioni dei cui artt. 187*bis* e 187*ter* sono sostanzialmente penali.

Gli effetti di questa pronuncia si sono riversati anche nel settore tributario. Nel caso *Nykanen c. Finlandia*⁴⁹¹, per esempio, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto una valenza afflittiva all'imposizione di una sovrattassa pari a millesettecento euro.

Il principio del *ne bis in idem* era dunque garantito *in toto*: impedendo un secondo procedimento, a seconda dei casi, quello penale in senso stretto o amministrativo/penale, si escludeva anche l'imposizione di un iniquo e sproporzionato cumulo di sanzioni.

Inidoneo a garantire questo livello di tutela il quadro normativo nazionale ed europeo. Nel 2014, poco tempo prima della vicenda *Grande Stevens* – il cui epilogo era stato largamente previsto – il legislatore eurolunitario aveva emanato la Direttiva 2014/57/UE e il Regolamento (UE) n. 596/2014 (MAR). La prima fissava le sanzioni penali (obbligatorie), mentre il secondo quelle amministrative, che, seppur non imposte, erano fortemente raccomandate nei diversi “considerando”. Un atteggiamento dunque, quello del legislatore europeo, forse poco attento ai presagiti rischi di frizione tra il doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem*.

⁴⁹¹ CEDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*.

Sono gli Stati membri, in definitiva, a doversi preoccupare di comminare sanzioni penali e amministrative senza ledere l'importante principio.

L'adeguamento dell'Italia ai due atti comunitari, lo si vedrà a breve, sarà tardivo e piuttosto insoddisfacente.

Nel frattempo, una nuova sentenza veniva emanata dalla Corte di Strasburgo: quella nel caso *A e B c. Norvegia*, con la quale si dice che la Corte abbia effettuato un vero e proprio *revirement*. Rivoluzionario infatti il principio sancito: la prosecuzione di due procedimenti strettamente connessi nella sostanza e nel tempo, pur se da considerarsi entrambi di natura penale, non determina una violazione del principio del *ne bis in idem*. Detto in altri termini, la Corte riconosce agli Stati la possibilità di prevedere una risposta sanzionatoria complementare, irrogata a seguito di procedimenti penale-criminale e penale-amministrativo, purchè questi siano tra loro connessi nella sostanza e nel tempo e le sanzioni cumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'individuo.

La Corte ha di fatto introdotto una clausola di operatività del divieto di *bis in idem* di cui non vi è alcuna menzione nell'art. 4 Prot. 7 CEDU. La Convenzione è infatti piuttosto chiara nello stabilire che il secondo procedimento, sia esso penale in senso stretto o da considerarsi sostanzialmente penale, debba concludersi quando il primo sia divenuto definitivo.

La clausola introdotta dalla Corte è peraltro piuttosto vaga. I giudici di Strasburgo non si occupano di definire precisamente cosa debba intendersi per "sufficiente connessione temporale" e forniscono degli indici⁴⁹² dai quali desumere la sussistenza di una connessione sostanziale, il cui apprezzamento è rimesso alla discrezione del giudice.

Un quadro questo piuttosto sconcertante per l'individuo, cui l'unica garanzia riconosciuta è la proporzionalità del cumulo sanzionatorio. Delle due dimensioni del *ne bis in idem* solo una, quella sostanziale, è tutelata; all'individuo è stata sottratta una parte importante della tutela cui avrebbe diritto.

Eppure, la lettera dell'art. 4 Prot. 7 è cristallina: "*Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrizione per*

⁴⁹² Tra questi: che i due procedimenti perseguano scopi complementari; che siano condotti in modo da evitare, per quanto possibile, duplicazioni

cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.”

Perseguito o condannato.

Per usare le parole del giudice Pinto nella sua *dissenting opinion* espressa nel caso *A e B c. Norvegia*, “*la maggioranza sembra aver dimenticato che in Grande Stevens la Corte decise che lo Stato doveva assicurare che il nuovo procedimento aperto contro il ricorrente in violazione del ne bis in idem, dovesse essere chiuso il più rapidamente possibile senza conseguenze negative per il ricorrente.*”⁴⁹³

Sembra che si sia persa di vista l’idea che già la sottoposizione al processo penale sia di per sé, in senso lato, una pena e che lo stigma sociale in capo all’imputato è un pesante fardello.

Anche la Corte di Giustizia dell’Unione Europea si è conformata al nuovo indirizzo della Corte EDU, in tre recentissime sentenze, tutte emanate il 20 marzo 2018: *Menci, Garlsson Real Estate, Di Piuma e Zecca*. Riecheggiano anche in queste sentenze i criteri enunciati dalla Corte EDU della stretta connessione sostanziale e temporale e della proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al fatto commesso. Anche l’art. 50 CDFUE non sembra impedire *tout court* di perseguire lo stesso soggetto, in relazione al medesimo fatto storico, con due procedimenti, l’uno *stricto sensu*, l’altro sostanzialmente, penali. È necessario però che sia garantito un coordinamento tra procedimenti e che il carico sanzionatorio sia proporzionato. Proporzione che l’art. 187terdecies, nella formulazione precedente alla riforma, non era idoneo ad assicurare: “*sembra limitarsi a prevedere 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*”.⁴⁹⁴ Mancava qualsiasi indicazione in ordine ad un possibile bilanciamento tra sanzione pecuniaria e pena detentiva.

La nuova formulazione dell’art. 187terdecies t.u.f., come risulta dalla riforma attuata con il d.lgs. 107/2018 risolve in parte il problema. Al primo comma, lett. a), è stabilito infatti che “*l’autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento*

⁴⁹³ Cit par. 66 dissenting opinion: “*The majority seem to have forgotten that in Grande Stevens the Court decided that the respondent State had to ensure that the new set of criminal proceedings brought against the applicants in violation of ne bis in idem were closed as rapidly as possible and without adverse consequences for the applicants.*”

⁴⁹⁴ Cit. sent. Garlsson, par. 60.

dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate". Si potrebbe dunque interpretare la locuzione "*misure punitive già irrogate*" come comprensiva anche dell'eventuale pena detentiva già irrogata⁴⁹⁵ che diventerebbe in questo modo oggetto di compensazione. Permangono comunque dei problemi, non essendo chiaro cosa debba intendersi per "*tengono conto*", secondo quali criteri i giudici dovrebbero operare un simile bilanciamento.

Emblematico in proposito un caso sottoposto al Tribunale di Milano: la sanzione amministrativa pecuniaria, già inflitta in via definitiva, aveva un importo maggiore rispetto alla sanzione pecuniaria penale che il giudice riteneva di dover irrogare. Allargando le maglie dell'art. 187^{terdecies} il Tribunale ha, con acume, risolto il problema, facendo rientrare nelle "*misure punitive già irrogate*" anche la pena detentiva e nella locuzione "*tenere conto*", anche la commutazione della pena ex art. 135 c.p.

Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, della CGE e delle riforme provenienti dal nostro legislatore sembra che la tendenza sia quella di confinare il *ne bis in idem* a principio posto a garanzia della proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

Tendenza che non si condivide.

È ormai pacifico che, allo stato della legislazione attuale, le sanzioni formalmente qualificate come amministrative, siano da considerarsi penali. È quindi inaccettabile che l'indirizzo della giurisprudenza sia di permettere che un individuo possa essere perseguito *penalmente* due volte, per lo stesso fatto di reato, in spregio di quando sancito agli artt. 649 c.p.p., 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE; preoccupandosi peraltro solo di garantire che tra le due sanzioni vi sia proporzionalità.

Non appare idoneo supportare questo indirizzo sostenendo che il trattamento sanzionatorio degli abusi di mercato sia in realtà un sistema unitario, e che le sanzioni comminate siano facce diverse della medesima risposta sanzionatoria. Se le sanzioni amministrative sono in realtà penali, allora queste dovrebbero essere irrogate dal giudice penale, con tutte le garanzie del processo penale; farle irrogare dall'autorità amministrativa, con le norme del processo amministrativo, appare una scorciatoia atta

⁴⁹⁵ Opzione attuata dal Tribunale di Milano, sentenza 15 novembre 2018, n. 14767

ad infliggere in maniera più rapida ma con meno garanzie, sanzioni con un'alta efficacia deterrente e profondamente afflittive.

Queste criticità non sono superabili se non con una riforma legislativa che però non sia volta, come quella del 2018, a ricercare dei meccanismi che permettano di compensare le sanzioni e di connettere i procedimenti perché, lo si ripete, quando uno dei due giunga ad una sentenza definitiva, l'altro deve essere immediatamente chiuso.

La riforma dovrebbe dunque muoversi nel senso di rimodulare l'entità delle sanzioni amministrative in modo da estrarle dall'area della *matière pénale*.

Non si ritiene quindi che debba essere eliminato il doppio binario sanzionatorio, in favore, per esempio, della previsione di sole sanzioni penali. I vantaggi del procedimento amministrativo sono infatti indubitabili e vi sono condotte che non sono caratterizzate da una pericolosità sociale tale da giustificare una sanzione criminale. Si pensi per esempio alla condotta dell'*insider* secondario (la cui criminalizzazione è stata inspiegabilmente imposta dalla MAD II ma disattesa dal legislatore italiano) che involontariamente viene a conoscenza di un'informazione privilegiata e agisce di conseguenza nel mercato mobiliare. Un simile comportamento è certamente illegittimo ma non connotato dalla stessa gravità che invece sussisterebbe qualora fosse stato posto in essere da un dirigente di una importante azienda.

Certo è che per evitare frizioni con il principio del *ne bis in idem* deve essere eliminata la connotazione afflittiva e la finalità repressiva di cui sono oggi connotate le sanzioni amministrative. Questo scopo può essere realizzato alleggerendone l'entità e correlandole a condotte meno gravi, tipizzate in modo che non siano più sovrapponibili con le corrispettive fattispecie penali.

Bibliografia

Aldrovandi P., *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Verona, 2005

Alessandri A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2014, pag. 855

Allegrezza S., Art. 4 Prot. 7, in S. Bartole-B. Conforti-G. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 897 ss.

Amati E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012

Amati E., *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, pp. 991-1004

Annunziata F., *Il recepimento della market abuse directive*, in *Il corriere giuridico*, 2005, pp. 745 ss

Antolisei F., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2003

Astarita S., voce “Ne bis in idem”, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, Torino, 2008, p. 733.

Baron L., *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficient close connection in substance and in time*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc.6, 2018, pag. 907

Basile E., *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Legislazione penale*, 10.12.2015, 12 ss.

Basile E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 maggio 2017

Basile E., *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2017

Basile E., *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc.1, 1 febbraio 2019, pag. 129

Batistoni Ferrara F., *La riforma del sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Rivista Della Guardia di Finanza*, 1997, 4, pp. 1429 e ss

Bausilio G., *Il principio del ne bis in idem: dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017

Benenati A.M., *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del “ne bis in idem”?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, III, p. 1549

Bigiarini A., *Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Diritto penale e processo*, 2016, pp. 262 ss

Brancaccio M., Fidelbo G., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia* (relazione orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 35/2014), in www.cortedicassazione.it, 2014.

Bricola F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 18

Buffon C., *Interferenze tra ne bis in idem processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio*, in www.processopenaleegiustizia.it

Callari F., *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, 2009

Caprioli F., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 1182 ss.

Caraccioli I., *Tutela penale del diritto d’imposizione fiscale*, Bologna, 1992

Carrara F., *Il ne bis in idem internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 1022 ss

Confalonieri F., *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B contro Norvegia?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 dicembre 2016

Conso G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955

Conso G., Grevi V., Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016

Coppi F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322 ss.

Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2012

Corso P., *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Archivio penale*, 2016, n. 3

Crippa E., *“Repressione efficiente” e ne bis in idem: la Corte di giustizia si pronuncia sul doppio binario sanzionatorio italiano*, in *Diritto e procedura penale*, 2018, fascicolo 3, pag. 1851

Costantino F., Salerno S., *Le sanzioni penali ed amministrative per gli intermediari ed i mercati: insider trading e la manipolazione*, in Amorosino S. (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2014

D'Avirro A., D'Avirro M., Giglioli M., *Reati tributari e sistema normativo europeo: la riforma della frode fiscale e della dichiarazione infedele*, 2017

De Amicis G., *Il principio del “ne bis in idem” europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2009, pp. 3162 ss.

De Amicis G., *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2014

De Amicis G., Gaeta P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, fasc. 2, 2017, pag. 0469B

Del Federico L., *Violazioni e sanzioni amministrative nel Diritto Tributario*, in AA.VV. *Lezioni di Diritto Tributario sostanziale e processuale*, Milano, 2009

De Mita E., *Le scorie fiscali di una buona riforma*, in *Il Sole 24 Ore*, Norme e Tributi, 11 aprile 1997

Dova M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2014

Dova M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 febbraio 2016

Fatta C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in www.giurisprudenzapenale.com

Ferrarini G., *La nuova disciplina europea degli abusi di mercato*, in *Rivista delle società*, fasc.1, 2004, pag. 43

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014

Fidelbo M., *Il principio del ne bis in idem e la sentenza Grande Stevens: pronuncia europea e riflessi nazionali*, in www.dirittopenaleeeuropeo.it, 2014

Fimiani P., *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2017

Flick G.M., *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – nella lunga marcia verso la trasparenza*, in *Rivista delle società*, 1991, p. 989

Flick G.M., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2014, pag. 953

Foffani L., *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, *Annuario di scienze penalistiche*, 2010

Frazzani S., *Riforma della disciplina sugli abusi di mercato e sanzioni penali*, in Sistema Società Edizione, 07/2014 - Numero OnLine

Fusco E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016

Fusco E., Baggio G., *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2019

Galantini N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 97

Galantini N., *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2011

Galantini N., *Divieto di bis in idem - il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 215 ss.

Galluccio A., *La Grande Sezione della Corte di giustizia di pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2018

Giovannini A., Di Martino A., Marcaduri E., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, Tomo I, Milano, 2016

Golino F., Golino A., *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d'impresa articoli ne bis in idem: rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte EDU in materia di abusi di mercato*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc.1, 2015, pag. 139

Golia A., Elia F., *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1.

Grasso G., Giuffrida F., *L'incidenza del giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2015

Grosso C.F., *Sanzioni penali e sanzioni non penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 1978

Grosso D., *L'udienza preliminare*, Milano, 1991

Kostoris R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014

Jannelli E., *La cosa giudicata*, in Aimonetto M.G. (a cura di), *Le impugnazioni*, Torino, 2005

Lonati S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, Nota a margine a C.cost, 113/2011, Pres. De Siervo, Rel. Frigo, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 maggio 2011

Lo Monte E., *L'illecito penale tributario tra tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Padova, 1996

Lozzi G., "Giudicato", in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, 1969

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*, Torino, 2013,

Macrillò A., Canino G., *Il diritto penale e gli intermediari finanziari*, in Cassano G., Tilli N., Vaciago G. (a cura di) *Tutele e risarcimento nel diritto dei mercati e degli intermediari*, Giuffrè, 2018

Madia N., *Il ne bis in idem comunitario e convenzionale alle prese con la litispendenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2015

Madia N., *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, nota a sent. Cassazione penale, 21 settembre 2018, n.49869, sez. V, in *Cassazione Penale*, fasc.2, 2019, pag. 662

Manacorda S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?* in Manes V., Zagrebelsky

G. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

Manacorda S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 maggio 2013

Mancini M., *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 25 giugno 2018.

Manes V., *La lunga macia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale europeo*, in V. Manes-G. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

Mantovani F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966

Mantovani F., *Diritto penale*, Padova, 2015

Marchetti M.R., *Commento all'art. 4 prot. 7 Cedu*, in *Legislazione penale*, 1991, p. 248 ss

Marongiu G., *A proposito di legittimità costituzionale degli interessi tributari di mora*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, I, p. 6.

Maugeri A. M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017

Mazzacuva N., Amati E., *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2018

Mazzacuva F., *Le pene nascoste: tipografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017

Mazzini F., *Abusi di mercato, con la disciplina "Mar" vigilanza trasversale*, in *Guida al Diritto*, 10 gennaio 2018, n. 3

Mazzini F., *Multe: censurato il doppio binario detentivo-pecuniario*, in *Guida al Diritto*, 13 ottobre 2018, n. 42 pag. 65-72

Megliani M., *La direttiva comunitaria sugli abusi di mercato e il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Diritto commerciale internazionale*, fasc.2, 2006

Melis G., *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2016

Mucciarelli F., *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995

Mucciarelli F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 1467 ss.

Mucciarelli F., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2015

Mucciarelli F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. (Osservazioni a prima lettura sul d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2018

Mucciarelli F., *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2019

Musco E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007

Musco E., Ardito F., *Diritto Penale Tributario*, Bologna, 2012

Napoleoni V., *I reati societari: falsità nelle comunicazioni e agiotaggio societario*, Milano, 1996

Nascimbene B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2018

Neagu N., *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012.

Negri G., *Market abuse, dopo la sentenza Grande Stevens doppie sanzioni soft*, in *Il sole 24 ore*, 3 maggio 2016

Paliero C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, p. 894

Paliero C.E., *“Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corriere merito*, 2005, 810 ss.

Papa M., *Le qualificazioni giuridiche multiple*, Torino, 1997

Pedrazzi F., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Protocollo addizionale n 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992

Pepe F., *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, Nota a: Corte Costituzionale , 02 marzo 2018, n.43, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.2, 2018, pag. 520

Rafaraci T., *Ne bis in idem*, in *Annali III*, 2010, in *Enciclopedia del diritto*

Ranaldi G., Gaito F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, fasc. 1, 2017

Recchia N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna ed internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2016

Riccio S., *Ne bis in idem e market abuse: quali prospettive (aspettando la Consulta)*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, pp. 185- 192.

Rivello P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2018

Roccatagliata L., *La Cassazione salva il doppio binario sanzionatorio. Impossibile interpretare l’articolo 649 c.p.p. in modo conforme alla CEDU*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016.

Romano M., *Commentario sistematico al codice penale*, 2004, vol. I, sub art. 15 c.p.

Ruggiero R. A., *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cassazione Penale*, fasc.10, 1 ottobre 2017

Scaroina E., *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale: la giurisprudenza penale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cassazione Penale*, fasc.7-8, 2015

Scoletta M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 novembre 2014

Scoletta M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 novembre 2014

Seminara S., *L'aggrottaggio (art. 2637)*, in Barazzetta A., Giarda A., Seminara S., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda, Seminara, Padova, 2002

Seminara S., *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005

Seminara S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 9 ss

Sgubbi F., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, p. 340

Sgubbi F., *Abusi di mercato*, in *Annali II-2*, 2008

Sgubbi F., Fondaroli D., Tripodi A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2018

Sorbello P., *Il ne bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2016

Spanger G., sub Art. 4 Prot. n. 7 Cedu, in Bartole S., Conforti B., Raimondi G., *Commentario breve alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

Tesauro F., *Una riforma a doppia velocità*, in *Il Sole 24 Ore*, Norme e Tributi, 3 ottobre 1997, n. 270.

Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2015.

Tripodi A.F., *Commento agli artt. 180-187 quaterdecies t.u.f.*, in *Leggi penali complementari. Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007.

Tripodi A.F., *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012

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 *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014

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*, nota alla sent. Corte Costituzionale, 12 maggio 2016, n.102, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2016

Tripodi A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 1047

Tripodi A.F., *Ne bis in idem e reati tributari*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M., *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2017.

Ventoruzzo M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2014.

Viganò F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 aprile 2012

Viganò F., *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio 2014

Viganò F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2014

Viganò F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2016

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 *Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2016

Viganò F., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?* in *Diritto penale contemporaneo*, 11 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 e in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2016

Viganò F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2016

Viganò F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017

Viganò F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto penale contemporaneo*, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 18 settembre 2017

Viganò F., Mancuso A.M., *Art. 4 Prot. 7 – diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in Viganò F., UBERTIS G., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016

Vizzardi M., *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2, 2006

Vozza D., *Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell’Unione europea?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 maggio 2012

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*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2013

Zanghì C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, su www.giurcost.org