

CHIARA SILVA

La deriva del *ne bis in idem* verso il canone di proporzionalità

Da tempo dottrina e giurisprudenza tentano di offrire una soluzione alla cruciale questione del *ne bis in idem* sostanziale in materia di concorso di illeciti penali e amministrativi. Il contributo muove dall'analisi delle pronunce della Grande Camera della Corte di Giustizia UE e della recente sentenza della Corte di Cassazione che è tornata ad occuparsi dell'argomento.

Proprio la crescente importanza attribuita da tali pronunce alla proporzionalità nell'ambito del *ne bis in idem* offre lo spunto per una serie di considerazioni sul contenuto del principio sostanziale e sulla necessità di indagare il suo portato, oltre la sola proporzionalità.

Doctrine and jurisprudence have long been attempting to offer a solution to the crucial question of the prohibition of double jeopardy in the field of the "matière pénale". The article starts with the analysis of the pronouncements of the Grand Chamber of the EU Court of Justice and the recent judgment of the Supreme Court that has returned to deal with the subject.

*It is precisely the increasing importance attributed by these rulings to proportionality in the context of *ne bis in idem* that offers the opportunity for some considerations on the content of this substantive principle and on the need to investigate its scope, further than proportionality alone.*

SOMMARIO: 1. Premesse. 2. L'annosa questione relativa all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE. Per un unico ovvero un doppio principio di *ne bis in idem*. 3. La posizione compromissoria della Corte di Giustizia volta a limitare la portata del principio. 3.1. Il riconoscimento del limite del *ne bis in idem* in materia di manipolazioni di mercato. 3.2. Il discutibile salvataggio del cumulo sanzionatorio in materia di omesso versamento IVA. 4. La recente pronuncia della Cassazione n. 45829/2018 successiva alle decisioni della Corte di Giustizia. 5. La svolta del passaggio dalla dimensione processuale a quella sostanziale. 6. Il faro del principio di proporzionalità nel buio del *ne bis in idem*.

1. Premesse.

Le attese sentenze della Grande Camera della Corte di Giustizia UE della primavera scorsa¹ hanno imposto di tornare ancora una volta sul frequentato, ai limiti dell'abusato, tema del *ne bis in idem*. Del resto, il sempre più fitto "dialogo tra Corti" rende doveroso un continuo approfondimento in materia, tenuto conto che lo scenario, lungi dal semplificarsi o chiarirsi, si delinea sempre più stratificato, controverso e di difficile soluzione.

In questo senso, considerevoli erano le aspettative riposte sulle pronunce della Corte di Giustizia. Il lungo periodo che le ha precedute, inoltre, ha contribuito ad alimentare la speranza che le stesse potessero rivelarsi chiarificatrici, e - in qualche modo - risolutive, quanto meno di alcune tra le questioni affe-

¹ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, C-524/15, in www.penalecontemporaneo.it; Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson e al. c. Consob, C-537/16, *ivi*; e Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob, C-596/16 e C-597/16, *ivi*. Per una primissima lettura, GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, *ivi*.

renti al *ne bis in idem*. Al contrario, invece, il principio trova oggi limiti sempre più sfumati e multiformi.

Da un lato, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in materia, anche con riferimento al mutamento radicale intervenuto nel 2016 con la pronuncia A. e B. c. Norvegia², ha complicato notevolmente lo scenario. In effetti, l'indirizzo dei giudici di Strasburgo ha invertito con decisione la rotta, e, a differenza delle statuizioni più nette degli anni precedenti, negli ultimi tempi taluni nodi interpretativi sono divenuti sempre più oscuri. Il noto *revirement* "A. e B." del 2016 ha segnato, infatti, il passaggio da una lettura rigorosa del principio ad una accezione dai contorni ben più confusi, che concede ampio spazio alla permanenza di sistemi di doppio binario da parte dei singoli Stati, qualora sussista il requisito della stretta connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti.

Nella parabola del *ne bis in idem*, lo statuto forte è stato così repentinamente sostituito da uno statuto debole.

Dall'altro lato, poi, si inserisce la posizione espressa dalla Corte di Giustizia UE, la quale propone letture non del tutto sovrapponibili e uniformi rispetto a quelle della Corte EDU, con ciò rendendo ancor più arduo per l'interprete dell'ordinamento statale districarsi in tale complesso tema. Anch'essa, inoltre, ha scelto di tutelare il principio con garanzie più deboli, ammettendo in determinati casi il doppio procedimento, e tratteggiando così alcuni criteri piuttosto discrezionali e labili.

Per la verità, in passato la Corte di Lussemburgo si era espressa in argomento in termini più cauti rispetto alla Corte EDU³, fornendo una interpretazione autonoma del principio di cui all'art. 50 CDFUE rispetto alla più rigida posizione assunta per diversi anni dai giudici di Strasburgo.

D'altronde, palesi risultavano le ragioni che - in seno all'Unione Europea - rendevano la questione particolarmente problematica. Una presa di posizione più ampia e garantista nel riconoscimento del *ne bis in idem*, inevitabilmente, confliggeva - e tuttora confligge - con gli interessi economici dell'Unione. È ben noto, infatti, che i casi in cui finora si è posto il problema della violazione

² Corte EDU, GC, 15.11.2016, A e B c. Norvegia, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

³ Corte Giust. UE, GS, 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VOZZA, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*; e anche VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *European Criminal Justice in the post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, 192; VERVAELE, *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU*, in *European Criminal Justice*, cit., 213 ss.

del principio riguardano aspetti di interesse dell'Unione, non solo in ambito IVA ma anche finanziario. Innegabilmente, così, l'Unione si è trovata costretta ad assumere una posizione bifronte, salvaguardando, per un verso, il principio fondamentale e, per altro verso, sostenendo e imponendo essa stessa l'aumento delle sanzioni economiche, in parte altresì ammettendo i sistemi di doppio binario in materia di c.d. *market abuse*. In questa materia, si ricorderà, tali opposte esigenze di provenienza comunitaria rendono da tempo particolarmente controversa la soluzione. Nel caso Grande Stevens⁴ il Governo italiano ha utilizzato nelle sue deduzioni proprio il presunto e discusso avvallo da parte dell'Unione Europea del doppio binario, a tutela degli interessi finanziari, quasi a voler intendere che la violazione dell'art. 50 CDFUE sarebbe stata necessitata dall'obbligo di rispettare le disposizioni europee in materia di *market abuse*⁵. In realtà, il Regolamento e la Direttiva devono rispettare anch'essi la Carta dei diritti fondamentali, compreso il *ne bis in idem*⁶. Non è

⁴Corte EDU, Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia. Si vedano, *ex multis*, TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazioni di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it; DE AMICIS, "Ne bis in idem" e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 3-4, 201; FLICK-NAPOLEONI, *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, 4.3.2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle Soc.*, 2014, 5, 953 ss.; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 3-4, 219; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. com.*, 2014, 5, 855 ss.; CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il "ne bis in idem" se la sanzione amministrativa equivale a quella penale*, in *Guida al dir.*, 2014, 82.

⁵Corte EDU, Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, cit., § 91. L'abrogata Direttiva 2003/6/CE (MAD) sembrava infatti imporre un obbligo di doppio binario. In realtà, pur non escludendo il cumulo, essa lasciava liberi gli Stati in ordine all'introduzione delle sanzioni penali (VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 231. *Contra*, tuttavia, Corte Giust., 23.12.2009, C-45/08, Spector Photo Group, §§ 74-77, che sembra esprimersi nel senso della compatibilità del cumulo sanzionatorio). Diversi invece i successivi atti comunitari - Regolamento UE n. 596/2014 e Direttiva 2014/57/UE (MAD II) -, pur confermando un indirizzo dell'Unione non contrario al cumulo sanzionatorio. Cfr. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina euromunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 4, 295 ss.; CONSULICH, *Manipolazione dei mercati e diritto euromunitario*, in *Le società*, 2016, 203 ss. La prospettiva sembra rovesciata rispetto al 2003, ossia l'obbligo introdotto riguarda la previsione di sanzioni penali per i fatti più gravi commessi con dolo (vd. Considerando 5 e 6 e artt. 3, 4, e 5). Il Regolamento invece conferisce potere di adottare sanzioni amministrative precisando che gli Stati possono non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative, se le violazioni descritte sono già soggette a sanzioni penali. L'impressione è quella di rimpallare agli Stati membri la scelta circa il se e il come articolare un sistema a doppio binario, in modo da non violare il *ne bis in idem*: VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 231.

⁶Cfr. Considerando n. 77 del Regolamento e n. 27 della Direttiva. Il considerando n. 23 della Direttiva, peraltro, espressamente prevede che non deve essere violato il principio del *ne bis in idem*. Conforme la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia. Vd. SORBELLO, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 3, 93, nt. 61.

possibile allora invocare, a difesa della violazione del diritto fondamentale, alcun controlimito ai sensi dell'art. 11 Cost., che consista nel dovere di rispetto delle imposizioni convenzionali⁷.

Per tutte queste ragioni, dunque, i tre rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia avevano dato origine a un sentito dibattito in dottrina, che si è a lungo interrogata sulle diverse possibili posizioni della Corte.

Al contempo, è innegabile, le conclusioni dell'Avvocato Generale⁸, rivolte a garantire una più stringente tutela del *ne bis in idem*, avevano aumentato le aspettative, per alcuni, di un riconoscimento del principio nel suo contenuto più rigoroso e, per altri, quanto meno di una uniformità di enunciazione del principio rispetto alla Corte EDU, declinato secondo i medesimi criteri.

Ebbene, alla luce di tali elementi, le sentenze in esame non hanno imboccato alcuna di queste strade. Esse hanno, piuttosto, corroborato il graduale indebolimento del principio e mantenuto una lettura autonoma che non agevola il progressivo percorso verso una definizione del *ne bis in idem*.

A distanza ormai di alcuni mesi, è interessante tornare a riflettere su tali decisioni, alla luce anche di una recente sentenza della Corte di cassazione⁹ che ha affrontato per la prima volta l'argomento, a seguito degli interventi della Corte di Giustizia.

2. L'annosa questione relativa all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE. Per un unico ovvero un doppio principio di *ne bis in idem*.

Da tempo, come noto, è irrisolta la questione relativa alla possibile sovrapposibilità delle letture sul divieto di *bis in idem* da parte delle due diverse Corti.

In particolare, si auspicava la convergenza verso una lettura uniforme, sulla base anche del fatto che la Carta fondamentale prevede l'accoglimento del significato e della portata dei principi corrispondenti garantiti dalla Convenzione europea¹⁰, così come interpretati dalla Corte EDU¹¹. Sul punto, si deve ricordare che le garanzie di cui alla Carta non possono mai essere inferiori al

⁷ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 230.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 12.9.2017 (www.curia.europa.eu). Cfr. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 9, 206; NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Cass., Sez. V, 16.7.2018, n. 45829.

¹⁰ Art. 52 § 3, CDFUE.

¹¹ Spiegazioni relative all'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali.

livello di tutela minimo garantito dalla CEDU¹², ma possono ovviamente collocarsi a un livello superiore¹³. Per questa ragione, la Corte di Giustizia non è tenuta ad adottare necessariamente la medesima posizione espressa dalla Corte EDU. In questo senso, essa potrebbe discostarsi e - mediante differenti letture - garantire maggiori livelli di tutela.

Le pronunce in esame hanno rappresentato così l'occasione per tornare sul tema della possibile uniformità interpretativa e chiarire se i principi precedentemente enucleati dalla Corte sul punto fossero ancora attuali. Già nella celebre decisione *Fransson*, sempre relativa al problema del doppio binario in ambito tributario, era stata rivendicata una nozione parzialmente autonoma del *ne bis in idem* rispetto a quella proposta al tempo a livello convenzionale¹⁴. All'epoca l'interpretazione eurolunitaria risultava senz'altro meno restrittiva rispetto a quella formulata dai giudici di Strasburgo¹⁵.

Per la verità, sotto alcuni profili, le interpretazioni delle Corti sono assolutamente sovrapponibili. In particolare sono ormai consolidati i medesimi criteri - i criteri *Bonda*¹⁶ -utilizzati per definire la *matière pénale* ai fini della qualificazione della sanzione come sostanzialmente penale¹⁷, del tutto coincidenti con i più celebri criteri *Engel*¹⁸. Allo stesso modo può dirsi circa la lettura proposta per il concetto di *idem* dalla CEDU, a partire dalla decisione della Grande Camera del 2009¹⁹, accolta anche a livello europeo²⁰.

Per altro verso, la decisione *Fransson* esprimeva una posizione autonoma²¹, in modo peraltro piuttosto oscuro²², demandando al giudice nazionale il compito

¹² Art. 52, § 3, ult. periodo CDFUE. Vd. VERVAELE, *The Application of the EU Charter*, cit., 217 ss.

¹³ Per tutti, DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, cit., 203.

¹⁴ Corte Giust. UE, GS, 26.02.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit.

¹⁵ In questo senso, VOZZA, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem*, cit., 8.

¹⁶ Recepisce integralmente i criteri *Engel*: Corte Giust. UE, GS, 5.6.2012, *Bonda*, C-489/2010, § 37.

¹⁷ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Menci*, cit., §§ 32-33.; Corte Giust. UE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit., § 35.

¹⁸ Corte EDU, GC, 8.6.1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

¹⁹ Corte EDU, GC, 10.2.2009, *Zolotoukine c. Russia*, n. 14949/03, cit., che ha fornito la lettura dell'*idem* di lì in avanti sempre poi ribadita.

²⁰ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Gaslsson*, cit., §§ 36 ss.; ma già ad esempio in Corte Giust., GS, 16.11.2010, C-261/09, § 50.

²¹ *Ex plurimis*, VOZZA, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem*, cit., 5 ss.; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 969; VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle*, cit., 196; WATTEL, *Ne bis in Idem and Tax Offences in EU Law and ECHR Law*, in VAN BOCKEL (a cura di), *Ne bis in idem in EU Law*, cit., 191 ss.

²² VOZZA, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem*, cit., 5 ss.; VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4. Non rinvia invece contrasto tra la posizione delle Corti, ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea*, cit., 870-871.

di verificare l'*idem*²³, oltre che di accertare l'effettività, la proporzione e la dissuasività delle rimanenti sanzioni²⁴. Il cumulo sanzionatorio veniva astrattamente ammesso, introducendo, quale concetto di riferimento, quello di una valutazione del parametro in concreto²⁵.

Rispetto al 2013, tuttavia, il problema relativo alla portata eurounitaria del principio è totalmente mutato all'esito dell'orientamento giurisprudenziale nel frattempo proposto dalla Corte di Strasburgo.

La Corte di Giustizia infatti ha dovuto pronunciarsi dopo il noto *revirement* della Corte EDU della fine del 2016, mentre i rinvii pregiudiziali erano stati proposti precedentemente allo stesso²⁶ e si riferivano alla precedente granitica interpretazione della Corte di Strasburgo, maggiormente garantista del principio.

Se all'epoca dei rinvii pregiudiziali, dunque, la lettura uniforme tra le Corti avrebbe condotto il *ne bis in idem* a una declinazione più rigorosa, successivamente alla pronuncia A. e B. contro Norvegia essa avrebbe sortito un risultato diametralmente opposto.

Sulla base di queste premesse, a fronte della posizione estremamente difficile in cui si è venuta a trovare la Corte di Giustizia, alcuni avevano previsto un avvicinamento alla posizione della Corte EDU così come nel frattempo modificata, con riferimento alla nuova apertura giurisprudenziale. Il criterio della *close connection* dalla stessa enucleato avrebbe consentito alla Corte di Giustizia di uniformare finalmente il contenuto dei due principi, senza frustrare le opposte esigenze sentite dai giudici di Lussemburgo²⁷. Simile orientamento più prudente avrebbe garantito alla Corte inoltre di assicurare la parimenti importante esigenza di rispettare gli obblighi di tutela verso gli interessi finanziari dell'Unione, di natura specificatamente penale²⁸. In definitiva,

²³ Corte Giust. UE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit., § 36 e 38.

²⁴ Corte Giust. UE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit., § 36.

²⁵ Così anche Corte Giust. UE, Sez. III, 23.12.2009, Spector Photo Group NV/CBFA, cit.

²⁶ Trib. Bergamo, ord. 16.9.2015 (caso Menci), con commento di VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA*, cit.; Cass., Sez. trib. civ., ord. 20.9.2016, n. 20675, (caso Garlsson) con nota di VIGANÒ, *A never-ending Story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it; e le gemelle Cass., Sez. II, ord. 15.11.2016, n. 23233, (caso Zecca), e n. 23232, (caso Di Puma), questa commentata da VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ Parla di "provvidenziale via d'uscita" per non mettere in crisi gli assetti punitivi fondati su un approccio integrato (spesso cumulativo) fra sanzioni amministrative e sanzioni penali, SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 4, 335. Vd. anche VIGANÒ, *A Never-Ending Story?*, cit., 2.

²⁸ Secondo l'art. 325 TFUE, alla luce del principio di leale collaborazione tra Unione Europea e Stati

con i medesimi criteri enucleati nella decisione A. e B. si sarebbero potuti salvaguardare i sistemi di doppio binario che tutelano gli interessi dell'Unione nei vari Stati membri²⁹. Tale opzione certamente avrebbe fornito una minore tutela del principio, ma avrebbe quanto meno avviato un'auspicata uniformità interpretativa tra Corti. Simile indirizzo avrebbe potuto essere corroborato poi dalle future pronunce che torneranno a occuparsi del controverso problema.

Viceversa, la posizione autonoma avrebbe potuto costituire l'alternativa per collocarsi nel segno di una tutela più rigorosa e vicina all'antecedente indirizzo interpretativo della Corte EDU³⁰. La consacrazione dell'autonomia interpretativa avrebbe potuto rafforzare il canone rispetto all'indebolimento nel frattempo intervenuto in seno alla Corte EDU, a seguito dell'introduzione dell'indefinito parametro della *sufficiently close connection in substance and time*. Le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona si esprimevano in questo senso, chiaramente a favore di una nozione autonoma, e ciò al fine di consacrare una lettura del *ne bis in idem* maggiormente garantista³¹.

La Corte di Giustizia, ampiamente confermando i pronostici di una posizione compromissoria, si è invece discostata dalle conclusioni dell'Avvocato generale.

In particolare, essa ha rivendicato una lettura autonoma dell'art. 50 CDFUE ma non certo allo scopo di costruire un principio più forte. Pur riconoscendo nelle sentenze Menci e Garlsson che l'art. 52 della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla Convenzione³², i giudici hanno espressamente dichiarato che la Convenzione non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un

Membri di cui all'art. 4 § 3 TFUE.

²⁹ Così, SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit., 335. La stessa ordinanza di rinvio della Suprema Corte nel caso Puma (Cass, Sez. II, ord. 15.11.2016, n. 23232) si chiede se l'eventuale disapplicazione dell'art. 187-bis TUF non produca una contrarietà al diritto dell'Unione sotto il profilo dell'ineffettività della tutela garantita agli interessi tutelati dalla disposizione sanzionatoria. Vd. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale*, cit.

³⁰ Prima della sentenza A. e B. aveva manifestato tale speranza VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva*, cit., 4.

³¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, cit., ove egli afferma che l'interpretazione fornita dalla Corte rappresenta la tutela minima, che può operare in modo più garantista nel contesto eurolunitario (Conclusioni Causa Menci, cit., §§ 76-77). Inoltre, il criterio introdotto nella sentenza A. e B. aggiunge incertezza e complessità al diritto del *ne bis in idem*, quando invece tale diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta necessita di facile comprensione per tutti nonché di essere applicato in modo prevedibile e certo (Conclusioni Causa Menci, cit., § 73).

³² Oltre al fatto che i diritti di cui alla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Così Corte Giust. UE, CS, 20.3.2018, Menci, cit., §§ 22-24, e Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., §§ 24-26.

atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione³³.

In definitiva, i giudici né si sono indirizzati verso una enucleazione autonoma di uno statuto forte del *ne bis in idem*, a cui attribuire una portata maggiore rispetto a quella convenzionale successiva alla sentenza A. e B., né si sono adeguati alle interpretazioni della Corte EDU, neppure a quelle successive al suo mutamento giurisprudenziale.

Disattesa rimane dunque la speranza di una lettura unitaria del *ne bis in idem*, che resta allo stato attuale definito secondo le due nozioni separate della Convenzione e della Carta dell'Unione Europea, con ciò confondendo ancor di più i confini già sbiaditi di un principio che fatica a trovare la propria definizione.

3. La posizione compromissoria della Corte di Giustizia volta a limitare la portata del principio.

Non poche perplessità suscita poi anche l'interpretazione fornita dalla Corte nel disegnare una concezione indebolita del principio, sempre più suscettibile di limitazioni.

Le tre pronunce si occupano del cumulo sanzionatorio in materia, da un lato, di omesso versamento IVA (caso Menci) e, dall'altro lato, di manipolazioni di mercato e di abuso di informazioni privilegiate (caso Garlsson Real Estate e altri e caso Di Puma e Zecca).

Mentre nella vicenda Menci il procedimento penale era stato avviato dopo la definitiva conclusione di quello amministrativo, come peraltro avviene per la maggior parte delle ipotesi, nei casi Di Puma e Zecca e in quello Garlsson Real Estate era - in modo più singolare - il procedimento penale ad essersi concluso definitivamente per primo. In quest'ultimo, peraltro, la sanzione penale irrogata si è successivamente estinta per indulto.

Per entrambi i settori la Corte ha riconosciuto come doveroso il rispetto dell'art. 50 della Carta, poiché essi costituiscono attuazione del diritto dell'Unione. Per un verso, in materia di IVA, è stato subito dato atto che gli interessi finanziari dell'Unione comprendono le entrate provenienti dall'IVA³⁴. Per altro verso, circa gli abusi di mercato e le manipolazioni di in-

³³ Benchè le spiegazioni relative all'art. 52, § 3 della Carta intendano assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, ciò non deve pregiudicare l'autonomia dell'Unione e della Corte di Giustizia. Così Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., §§ 22-23, e Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., §§ 24-25.

³⁴ Gli Stati membri devono lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive ai sensi dell'art. 325 TFUE e, inoltre, gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa (Direttiva 2006/112).

formazioni privilegiate, viene rilevato che la Direttiva UE 2003/6 imponeva agli Stati membri di prevedere sanzioni penali e sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive, ancorché non necessariamente congiunte.

Dalla lettura delle sentenze emerge chiaramente, dunque, il noto conflitto tra la salvaguardia del principio fondamentale del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta e la normativa europea che impone agli Stati membri un intervento sanzionatorio incisivo negli ambiti in questione, che coinvolgono gli interessi finanziari dell'Unione.

Benché le decisioni si occupino di vicende tra loro eterogenee, esse esprimono i medesimi principi in linea generale, per poi aggiungere alcune specifiche considerazioni riferite ai singoli diversi illeciti e giungere così a conclusioni parzialmente differenti tra loro.

In linea con i propri precedenti, la Corte è tornata inoltre a ribadire l'impostazione secondo cui la valutazione in ordine alla violazione del principio debba avvenire in concreto da parte del giudice nazionale, secondo il suo apprezzamento. Non si esclude in astratto che le discipline nazionali consentano doppi procedimenti, rimettendo tale possibilità alla discrezionalità di ciascuno Stato³⁵. Viene confermata, pertanto, una nozione del *ne bis in idem* suscettibile di limitazione, sebbene sulla base di criteri autonomi e diversi rispetto a quelli recentemente individuati dalla Corte EDU³⁶.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il *bis in idem* è ammissibile, purché rispetti il principio di proporzionalità; esso deve risultare necessario e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, in conformità all'art. 52, § 1 della Carta³⁷.

Con riferimento al primo aspetto, viene affermato che sia la normativa finanziaria che quella tributaria risultano tese ad assicurare gli interessi generali, per un verso dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, e per altro verso la riscossione integrale dell'IVA dovuta. In considerazione dell'importanza di tali interessi, la Corte ammette anche il cumulo sanzionatorio, purché i procedimenti e le sanzioni abbiano scopi complementari e vertano, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta interessata, secondo una valutazione effettuata in

³⁵ Vd. Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., § 49.

³⁶ Così Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., § 63; e Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., §§ 43, 54, 56.

³⁷ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., § 41; Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., § 43.

concreto da parte del giudice del rinvio³⁸.

Si precisa in via generale che sia in materia di manipolazioni di mercato sia in quella di omesso versamento IVA uno Stato possa legittimamente infliggere sanzioni amministrative fissate eventualmente su base forfettaria congiuntamente a sanzioni penali per condotte più gravi. In tal modo viene ribadito il principio generale che non esclude il cumulo, ancorchè tra sanzioni entrambe “sostanzialmente” penali.

In secondo luogo, i giudici di Lussemburgo si soffermano sul principio di proporzionalità, secondo cui il cumulo di procedimenti e di sanzioni non deve superare quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa. Tale carattere di stretta necessità deve risultare preliminarmente dalla previsione di norme chiare e precise che consentano di individuare e prevedere quali condotte possano essere oggetto di siffatto cumulo³⁹. Per altro verso, la normativa deve garantire che gli oneri derivanti a carico dell’interessato siano limitati a quanto strettamente necessario a realizzare l’obiettivo di interesse generale. E ciò vale sia con riferimento al cumulo di procedimenti - assicurando un coordinamento che riduca allo stretto necessario l’onere supplementare derivante - che con riferimento al cumulo sanzionatorio, alla severità del complesso delle sanzioni imposte che deve limitarsi a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato⁴⁰.

Il concetto di stretta necessità alla realizzazione dell’obiettivo appare in via immediata di difficile afferrabilità e limitazione.

Sulla base di tali principi generali, la Corte perviene a conclusioni parzialmente differenti nelle diverse pronunce. Nel caso Menci, pur con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, la normativa italiana in materia di omesso versamento IVA viene riconosciuta rispettosa dei criteri limitativi del principio⁴¹.

Le altre due pronunce si occupano invece del tema dei reati finanziari (antecedentemente alla riforma appena intervenuta con il d.lgs. 107/2018⁴²), ove ben noti erano (e non può dirsi che non permangano anche successivamente alla riforma⁴³) i problemi di duplicazione di illeciti penali e dei “corrisponden-

³⁸ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., § 44; Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., §46.

³⁹ Così, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., § 51.

⁴⁰ In ordine al principio di proporzionalità di cui all’art. 49, § 3, CDFUE, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., §§ 46, 55; e Corte Giust., GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., § 48.

⁴¹ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., §§ 54 ss.

⁴² Per un commento alla riforma intervenuta, cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³ Sul punto vd. sempre MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 6 ss.

ti” illeciti amministrativi. Nel caso *Garlsson*, relativo alle manipolazioni di mercato, la disciplina italiana ormai da tempo oggetto di discussione - e già segnata da quanto espresso nel celebre caso *Grande Stevens* da parte della Corte EDU - è stata ancora una volta, con percorsi argomentativi diversi, riconosciuta astrattamente in contrasto con il principio di *ne bis in idem*⁴⁴. Quanto infine alla possibile diretta applicazione dell’art. 50 CDFUE nelle materie regolate dal diritto dell’Unione, tale controversa questione è stata sollevata nel rinvio pregiudiziale del caso *Garlsson*. Essa rappresenta uno dei possibili rimedi alla violazione del *ne bis in idem*⁴⁵, con sentenza di non doversi procedere ex art. 529 c.p.p.⁴⁶. Le altre soluzioni proposte sono la difficile interpretazione convenzionalmente conforme dell’art. 649 c.p.p. (estendendone la portata ai procedimenti aventi ad oggetto sanzioni “sostanzialmente” penali⁴⁷), e la dichiarazione di illegittimità dell’art. 649 c.p.p. per violazione

⁴⁴ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Garlsson*, cit., §§ 55 ss.

⁴⁵ A favore, VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 3; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 232 ss.; VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 1, 194 ss.; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea*, cit., 874. Per la diretta applicabilità, invece, dei soli diritti e non dei principi, LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkernberg Fransson alla determinazione dell’ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 883 ss. *Contra*, BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 20.

⁴⁶ *Contra*, BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 396 ss., secondo cui l’elenco delle cause di improcedibilità è tassativo e impedisce l’enucleazione di ulteriori cause.

⁴⁷ Favorevoli TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit., 3 ss.; D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 629 ss.; FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 14; VIGANÒ, *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani. Il libro dell’anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 111; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 227. *Contra*, anche per il chiaro tenore letterale della norma, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 972-973.

In giurisprudenza, contrarie: Cass., Sez. I, 17.12.2013, n. 19915, in *Mass. Uff. Cass. pen. 2014*; Cass., Sez. III, 22.6.2016, n. 25815, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem*, che annulla la decisione di merito che aveva effettuato proprio una interpretazione conforme (Trib. Asti, 7.05.2015, n. 717). Secondo la Corte, il giudice di merito non avrebbe dovuto effettuare una interpretazione conforme ma, semmai, sollevare questione di costituzionalità. Nel merito, Trib. Torino, 24.7.2015; Trib. Monza, ord. 30.6.2016, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, che sollevano entrambe questione di costituzionalità dell’art. 649 c.p.p. escludendo la possibilità di una interpretazione conforme. Favorevoli invece Trib. Brindisi, 17.10.2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di FINOCCHIARO, *Improcedibilità per ne bis in idem a fronte di sanzioni formalmente ‘disciplinari’: l’art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, e in *Giur. it.*, 2015, 1, 215, con

dell'art. 117 Cost., al fine di consentire anche una sua applicazione fuori dal processo penale⁴⁸. Quest'ultima via non ha trovato accoglimento da parte della Consulta, che ha dichiarato la questione inammissibile⁴⁹, dimostrando di evitare di affrontare il tema nel merito⁵⁰.

La diretta applicazione del divieto di *ne bis in idem* tuttavia non è mai stata accolta con facilità dai giudici interni⁵¹, anche per l'effetto dirimpente che potrebbe avere tale sindacato diffuso, non dovendosi il giudice più sottoporre al vaglio di legittimità⁵².

La questione sollevata della diretta applicabilità viene affrontata dunque dalla Corte di Giustizia in modo assai rapido⁵³ nella pronuncia Galsson, come peraltro era prevedibile⁵⁴: la Corte, difatti, aveva già avuto modo di esprimersi chiaramente a favore della diretta applicazione dell'art. 50⁵⁵, ed è così tornata

nota di GALANTINI, *Divieto di bis in idem - il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, e in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 441 ss., con nota di DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit.; e Trib. Asti, 7 maggio 2015, n. 717, poi annullata dall'appena citata Cass., Sez. III, 22.6.2016, n. 25815, cit.

⁴⁸ Così, FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 14; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 974 ss.; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 228 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. V, ord. 10.11.2014, n. 1782, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale del ne bis in idem*, e Cass., Sez. trib. civ., ord. 21.1.2015, n. 950, giudicate entrambe inammissibili da Corte Cost., 12.5.2016, n. 102, in *www.giurcost.org*, con nota di VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit. Ha restituito gli atti al giudice *a quo* con l'invito a rivalutare il principio così come interpretato all'esito della virata giurisprudenziale da parte della Corte EDU con la sentenza A. e B., e a indagare in ordine alla sussistenza del requisito della *close connection*, Corte Cost., sent. 24.1.2018, n. 43, in *www.giurcost.org*, con commento di GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. contro Norvegia*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁵⁰ Così Corte Cost., 12.5.2016, n. 102, cit. Sul punto, VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., 2, afferma che la corte "ha qui evidentemente deciso ... di non decidere" una questione spinosa, che avrebbe almeno meritato di essere decisa nel merito. Così anche PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte Costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1594.

⁵¹ Sul punto, critico VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 196.

⁵² Così FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 977.

⁵³ La Corte afferma che secondo costante giurisprudenza le disposizioni di diritto primario attribuiscono diritti direttamente ai soggetti dell'ordinamento e che l'art. 50 è direttamente applicabile nell'ambito di una controversia, come già riconosciuto nella sentenza Fransson, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Così, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., §§ 65-68. Conformi anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, Di Puma e Zecca, cit., §§ 83-87. Favorevole, VIGANÒ, *Le conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

⁵⁴ Così, VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., 4.

⁵⁵ Corte Giust. UE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit., § 45. Sul punto vd. VOZZA, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem*, cit., 9-10. Dunque, a fronte di tale presa di posizione

a ribadire in chiari termini tale potere-dovere in capo al giudice nazionale.

3.1. Il riconoscimento del limite del *ne bis in idem* in materia di manipolazioni di mercato.

Nel caso *Garlsson*, pur individuando i medesimi limiti in via generale del *ne bis in idem*, la Corte giunge in concreto a riconoscere una possibile violazione del principio *de quo*, con riferimento all'ipotesi di procedimento penale già conclusosi per l'art. 185 TUF a cui è seguita l'apertura di un procedimento per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter. Tale affermazione viene riferita non solo all'onere del doppio procedimento ma anche in ordine alla proporzionalità sanzionatoria complessiva⁵⁶.

Si afferma infatti - rimettendo comunque la valutazione in concreto al giudice nazionale - che è in violazione dell'art. 50 CDFUE una normativa che consenta di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale per condotte di manipolazione di mercato, già giudicate penalmente in via definitiva, nel limite in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva⁵⁷. Quanto meno limitatamente al caso in cui prima sia stata pronunciata la sentenza penale, dunque, la Corte formula diversi rilievi circa l'eccesso di "quanto strettamente necessario", essendo già particolarmente severa la sanzione penale di cui all'art. 185 TUF⁵⁸.

Tale conclusione viene raggiunta a prescindere dal meccanismo di scomputo disciplinato all'art. 187-terdecies⁵⁹.

Con riferimento a tale ultima norma, peraltro, va ricordato che essa è stata oggetto di modifica appunto con la recente riforma approvata con il d.lgs. 107/2018. Non pare tuttavia che gli aggiustamenti proposti siano idonei a risolvere il problema del *bis in idem*⁶⁰ (come d'altronde implicitamente riconosciuto dalla stessa Relazione illustrativa⁶¹).

della Corte, F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story?*, cit., 2, riconosce che "più chiaro di così si muore".

⁵⁶ Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Garlsson*, cit., §§ 57 ss.

⁵⁷ Così, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Garlsson*, cit., § 63.

⁵⁸ Cfr. Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Garlsson*, cit., §§ 57-59.

⁵⁹ Vd. Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Garlsson*, cit., §60.

⁶⁰ MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 6.

⁶¹ Relazione illustrativa al d.lgs. n. 107 del 2018, in *www.camera.it*, 22, ove si rinviene che: "dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel TUF è quello minimale rispetto alla norma vigente".

La Corte di Giustizia, in particolare, rileva che tale articolo - come precedentemente disegnato - non garantiva che la severità nell'insieme fosse limitata allo strettamente necessario rispetto alla gravità del reato, tenuto conto che esso si occupava del solo cumulo delle sanzioni pecuniarie, dimenticando che la fattispecie penale prevede altresì la pena della reclusione⁶². Inoltre, esso non teneva (e non tiene) in considerazione neppure le pene accessorie⁶³.

A questo proposito, va specificato sin da subito che, tuttora, il nuovo art. 187-terdecies TUF continua a occuparsi delle sole pene pecuniarie, regolando lo scomputo di quanto già irrogato in altro procedimento, e ripropone - sotto questo profilo - i medesimi problemi⁶⁴.

A differenza di quanto da alcuni affermato⁶⁵, in ogni caso, benché tale meccanismo possa essere apprezzato in quanto consente di limitare il cumulo sanzionatorio nella fase esecutiva, esso non pare tutelare il principio del *ne bis in idem*. La condanna a duplice sanzione in tali ipotesi già di per sé costituisce violazione del principio, sebbene venga poi quanto meno evitata la duplicazione sanzionatoria (della sola sanzione pecuniaria). In buona sostanza, esso si inserisce nella fase esecutiva, che non impedisce tuttavia che vengano riconosciuti entrambi gli illeciti per il medesimo fatto, pur trovandosi tra loro in rapporto di concorso apparente.

Va sottolineato, infine, che il caso di specie si riferisce alla sola ipotesi in cui sia il procedimento penale ad essersi concluso per primo. Su tale aspetto è stato posto l'accento in dottrina, sottolineando che in tal modo - in linea con il sistema eurolunitario che assicura maggior rilievo allo strumento penale - la Corte di Lussemburgo attribuisce maggior valore alle sanzioni penali *stricto sensu*, delineando un principio "asimmetrico", che rischierebbe di incentivare conclusioni anticipate del procedimento penale al fine di "sbarrare" un secondo procedimento amministrativo⁶⁶. Mentre infatti la chiusura del procedimento penale - ancorché con sanzione concretamente poi non effettiva - viene giudicata limite invalicabile del *ne bis in idem*, nell'ipotesi inversa, in cui il procedimento concluso per primo sia quello amministrativo - caso Menci -, la Corte ammette il cumulo sanzionatorio, secondo i criteri delineati.

In definitiva, le conclusioni a cui addiuvano la Corte di Giustizia confermano

⁶² Così, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Garlsson, cit., § 61.

⁶³ Così BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 5, 280.

⁶⁴ MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 ss.; MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 6.

⁶⁵ Così D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, 217-218.

⁶⁶ MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem*, cit., 3.

la problematicità del sistema di doppio binario della normativa italiana in materia di manipolazioni di mercato, che rischia di violare il *ne bis in idem* non più solo convenzionale ma anche eurounitario.

Non può certo dirsi che il legislatore abbia raccolto proficuamente gli spunti di riflessione offerti da tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di risolvere il problema. A lungo si è confidato che l'occasione per eliminare duplicazioni sanzionatorie e procedurali potesse essere quella del termine di adeguamento al MAD II⁶⁷. E, in quest'ottica, la delega in materia indicava di dare attuazione alla nuova normativa eurounitaria, ricomprendendo espressamente anche l'adeguamento al divieto del *ne bis in idem*⁶⁸. Come noto, dapprima è scaduto il termine per il recepimento della Direttiva MAD II, e poi è intervenuta la successiva legge delega⁶⁹ per il recepimento, questa volta, della sola Direttiva, dettando nuovi criteri, assai meno soddisfacenti⁷⁰.

Prevedibile era allora il clima di sfiducia che ha anticipato la recente novella, la quale in effetti non è riuscita a fornire una soluzione.

Da un lato, la scelta è stata quella di tenere fermo il sistema di doppio binario. Restano invariate, in effetti, le tormentate clausole di riserva presenti nelle fattispecie di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF, che prevedono il cumulo tra illecito penale e amministrativo ed esautorano il principio di specialità previsto all'art. 9 l. 689 del 1981⁷¹.

⁶⁷ FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 984.

⁶⁸ In commento della legge delega n. 114 del 2015, VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 197 ss. La norma (art. 11, lett. m)) non si soffermava sull'aspetto processuale, ma sulla necessità di non violare il divieto di doppia punizione: BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Leg. pen.*, 2015, 19.

⁶⁹ Per un commento allo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016, BASILE, *Una nuova occasione (mancata)*, cit.

⁷⁰ Art. 8, comma 3, l. n. 163 del 25 ottobre 2017. Cfr. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la topa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁷¹ *Ex multis*, D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato*, cit., 217; CONSULICH, *La giustizia e il mercato: miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, 398 ss.; CERQUA, *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, I, Padova, 2009, 893; MIEDICO, *La manipolazione del mercato: illecito penale o illecito amministrativo?*, in *Le società*, 2007, 626 ss.; VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 709; AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2006, 991 ss.; LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1479; MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1473; PALIERO, "Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. merito*, 2005, 811.

Avevano proposto invece una interpretazione "adeguatrice" nel senso di un rapporto di sussidiarietà, DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, IX, *I reati del mercato finanziario*, Padova, 2007, 153; MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 671 ss.; MASUCCI, *Gli abusi di mercato. Tutela dell'investitore e profilassi morale*

In assenza di dette clausole, si riuscirebbe ad addivenire a una soluzione rispettosa del *ne bis in idem* sostanziale, risolvendo il concorso apparente di norme, sia per gli abusi di informazioni privilegiate che per le manipolazioni di mercato. Nella prima ipotesi, infatti, la norma amministrativa era - prima della riforma - costruita pedissequamente su quella penale⁷², salva la maggiore genericità dell'illecito amministrativo per la rilevanza della colpa e la maggiore ampiezza del soggetto attivo. Tra le norme sussisteva un rapporto di specialità unilaterale, e si sarebbe potuto applicare il principio di specialità in astratto. Quanto alle manipolazioni di mercato, le due figure interferivano - e tuttora interferiscono - notevolmente, secondo un rapporto di specialità bilaterale⁷³, prevedendo entrambe elementi generali e specializzanti⁷⁴. Per questa ragione a tale relazione non si può applicare il principio di specialità in astratto. Tuttavia, si potrebbe in ogni caso far riferimento al principio di consunzione, esaurendo la fattispecie penale integralmente il disvalore del fatto. L'illecito amministrativo dovrebbe restare assorbito per consunzione nella più grave figura del delitto. Il caso peraltro è piuttosto singolare, poiché gli inasprimenti sanzionatori hanno condotto oggi alla previsione, anche dopo la riforma, di una sanzione amministrativa pecuniaria addirittura più afflittiva di quella penale. Il delitto però aggiunge alla pena pecuniaria quella detentiva⁷⁵, oltre al fatto che è preferibile privilegiare la gravità del disvalore previsto dalla fattispecie penale. Non sarebbe dunque neppure necessario ricorrere alla specialità in concreto⁷⁶, come taluno ha proposto, poiché - qualora venisse

dell'“economia” nelle nuove policy d'intervento penale, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 322 ss. e 349 ss. Tuttavia il tenore letterale delle clausole e il disposto sul piano processuale da altre norme chiaramente volte a regolare il cumulo sanzionatorio (artt. 187-*duodecies* e 187-*terdecies* TUF) hanno dimostrato l'impossibilità di accogliere tali esegesi adeguatrici.

⁷² Così, MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, cit., 1473; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 982.

⁷³ D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato*, cit., 215.

⁷⁴ Similmente, FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. delle Soc.*, 2015, 880 ss.; SORBELLO, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano*, cit., 99, che tuttavia si riferisce al criterio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689 del 1981, ricomprensivo del principio di consunzione.

⁷⁵ Il livello della sanzione pecuniaria, dopo il 2005, si rivela più elevato rispetto al reato, invertendo così l'originario rapporto (gli illeciti amministrativi ora prevedono la sanzione massima rispettivamente di 15 e 25 milioni). Il delitto, tuttavia, stabilisce anche la pena della reclusione da uno a sei anni, che non può non incidere nel determinare la gravità della sanzione. La limitazione della libertà personale prevista dal delitto dovrebbe determinare la maggiore gravità dell'illecito.

⁷⁶ Cfr. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3107; LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione “eterna” all'esame della Corte Costituzionale*, in *Arch. pen. online*, 2016, 16; parzialmente, DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario sanzionatorio”*, cit., 214.

meno il limite imposto dalle clausole “cumulative” - i criteri ricostruiti in via generale per il concorso apparente già da sé potrebbero fornire risposta alla questione problematica, senza alcuno stravolgimento interpretativo del criterio di specialità⁷⁷.

In questo senso, dopo la sentenza Grande Stevens il sistema di doppio binario sembrava definitivamente segnato. Anche per questo motivo, quanto alle clausole, si sono proposte - in attesa di una riforma - diverse soluzioni, sia orientate a interpretazioni convenzionalmente conformi⁷⁸, sia rivolte a ipotizzare, sotto diversi profili, la loro illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost.⁷⁹ nonché per violazione del principio inespreso del *ne bis in idem* sostanziale (ai sensi degli artt. 25, co. 2, e 27, ma anche degli artt. 3, 2, e 13 Cost)⁸⁰. La questione, tuttavia, è stata ritenuta inammissibile dalla Corte Costituzionale con la nota pronuncia n. 102 del 2016⁸¹, la quale ha anche rigettato le già prospettate questioni relative all'art. 649 c.p.p.

Lo scenario è mutato tuttavia radicalmente all'esito della recente posizione della Corte di Giustizia. Benchè si riconosca la violazione del principio - nei limiti sopra evidenziati -, la questione si complica non di poco, ammettendo la sussistenza del sistema di doppio binario, nella discrezionalità di valutazione del giudice nazionale e soprattutto focalizzandosi sul diverso aspetto del principio di proporzionalità. A questo proposito si deve notare l'assenza nelle pronunce di qualsiasi cenno al tema delle clausole e del principio di specialità di cui all'art. 9 l. 689/1981, dalle stesse esautorato.

⁷⁷ Sia consentito sul punto il rinvio in tema di criteri risolutivi del concorso apparente infra-sistematico e in particolare in materia finanziaria, a SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 231 ss.

⁷⁸ TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit., 4. Così anche Cass., Sez. VI, 16.3.2006, Labella, n. 15199, in *Cass. pen.*, 2007, 56 ss., con nota di MAGRO, *Le manipolazioni di mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, e pure CASS., UFF. DEL RUOLO E DEL MASSIMARIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, Relazione*, in *www.cortedicassazione.it*, 25 e 27, che evidenzia come una lettura che consentisse di vedere “una clausola di riserva vera e propria nell'incipit dell'art. 187-ter (...), operativa nel caso in cui siano presenti le condizioni di configurabilità dell'illecito penale in luogo di quello amministrativo, risolverebbe in senso coerente con i dicta della Corte EDU la questione controversa”.

⁷⁹ *Ex multis*, DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 490; BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale*, cit., 399 (favorevole peraltro anche all'interpretazione conforme di tali clausole).

⁸⁰ Ci si permette ancora di richiamare, per tale ricostruzione, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 187 ss.

⁸¹ Corte Cost., 12.5.2016, n. 102, cit., con riferimento alla questione relativa all'art. 187-ter TUF sollevata da Cass., Sez. trib. civ., ord. 21.1.2015, n. 950, per il carattere dubitativo e perplesso della motivazione dell'ordinanza; quanto alla questione in ordine all'art. 187-bis TUF proposta da Cass., Sez. V, ord. 10.11.2011, n. 1782, essa risulta irrilevante, in quanto tale articolo riguarda il giudizio amministrativo già concluso ed è invece estraneo al secondo giudizio penale (vd. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse*, cit., 1).

Alla luce di tali affermazioni, sebbene la normativa italiana paia comunque compromessa da quanto dichiarato dai giudici di Lussemburgo, sempre più impervio pare giungere a espungere dall'ordinamento dette clausole, tenuto conto anche della scarsa considerazione ottenuta nelle pronunce esaminate.

È in questo quadro che si inserisce quindi la riforma che, nonostante l'integrale riscrittura degli illeciti amministrativi in esame, ha scelto di lasciare invariato il sistema di doppio binario, riproponendo in modo pedissequo le clausole di riserva precedentemente previste all'interno degli illeciti amministrativi.

La deliberata e ostinata volontà di proteggere tali clausole conferma e lascia immutate a questo punto le difficoltà dell'interprete⁸², costretto a districarsi all'interno di un quadro giurisprudenziale che ha disegnato un principio sempre più debole e discrezionale.

In ordine poi al tema dell'appena ricordata sovrapposibilità in astratto delle fattispecie delittuose e amministrative, le ipotesi di reato sono rimaste sostanzialmente inalterate anche all'esito della novella legislativa. Mentre la normativa europea tenta di disegnare, ancorché con una tecnica legislativa molto dettagliata, ipotesi di reato e di illeciti amministrativi tra loro distinte, il legislatore italiano ha deciso di richiamare integralmente la disciplina europea per i soli illeciti amministrativi, senza mutare invece le fattispecie delittuose⁸³.

Seppure in modo diverso, e probabilmente minore, permangono fortemente le problematiche di riconducibilità delle condotte di cui agli illeciti amministrativi nell'alveo delle ipotesi di reato, con ciò lasciando invariate le interferenze tra le fattispecie astratte, e dunque i problemi di violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Si è già detto di come tali difficoltà possano considerarsi solo parzialmente temperate dall'art. 187-terdecies, anche come rivisto, che comunque non risolve le questioni sostanziali di moltiplicazione di qualificazioni giuridiche.

Ci troviamo oggi così di fronte a uno scenario normativo che non è intervenuto a risolvere il nodo del *ne bis in idem* e ad un quadro giurisprudenziale delle Corti che certo non giunge in aiuto a dipanare l'avviluppata matassa.

Se è vero che la Corte di Giustizia ha riconosciuto la violazione del *ne bis in idem*, è altrettanto vero che simile affermazione non solo è limitata all'ipotesi

⁸² BASILE, *Riforma del market abuse*, cit., 2, parla di "inerzia legislativa sempre più ostinata e difficile da rimediare in via interpretativa".

⁸³ Tale differenziazione nel disegno delle fattispecie a livello europeo viene riconosciuta da MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem*, cit., 1. La normativa italiana richiama agli artt. 187-bis e 187-ter TUF gli artt. 14 e 15 del Regolamento, ma non effettua la medesima operazione con riferimento ai delitti.

più singolare in cui sia il procedimento penale ad essersi concluso definitivamente per primo ma è rimessa, altresì, all'apprezzamento del giudice nazionale a cui è demandata la valutazione. Evidentemente considerevole diviene la discrezionalità giudiziaria, a fronte di canoni a tal punto elastici.

Simile sindacato giudiziale non può che indurre la giurisprudenza interna a proteggere la normativa vigente, tenuto conto che essa si è sempre dimostrata finora a dir poco cauta e attendista⁸⁴ nell'accogliere gli indirizzi sovranazionali più rigorosi. Peraltro, già il precedente cambio di rotta della Corte EDU facilmente consente di accogliere le limitazioni al principio mediante il parametro della *sufficiently close connection*, facendo salva la disciplina interna. Benchè enucleato con riferimento ad altro settore, sin da subito ci si è resi conto difatti che, nella materia in esame, può risultare sussistente quella stretta connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, tale da poter escludere la violazione del principio⁸⁵.

3.2. Il discutibile salvataggio del cumulo sanzionatorio in materia di omesso versamento IVA. Differenti sono le considerazioni a cui la Corte perviene nel caso Menci, con riferimento al settore tributario.

In particolare, essa valorizza la presenza del meccanismo della sospensione dell'esecuzione delle sanzioni amministrative nel corso del procedimento penale e del divieto di esecuzione a seguito della condanna penale definitiva di cui all'art. 21 comma 2 d.lgs. 74 del 2000. Dall'altro canto, viene fatto riferimento alla circostanza attenuante speciale di cui all'art. 13 del d.lgs. 74 del 2000, del pagamento del debito tributario ai fini della sanzione penale. Tali due aspetti assicurerebbero - secondo la Corte - il rispetto di una severità complessiva nei limiti di quanto strettamente necessario.

Poco convincenti paiono tuttavia tali richiami, tenuto conto che - come noto - anche il comma 2 dell'art. 21 si limita ad introdurre un proficuo meccanismo il quale interviene meramente nella fase esecutiva della sanzione comminata, ma non impedisce - sotto un profilo della duplicazione dei procedimenti - l'apertura di un nuovo procedimento⁸⁶.

⁸⁴ DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 484 ss.

⁸⁵ FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B C. Norvegia*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 2, individua in materia gli indici *de quibus*, di eterogeneità di scopi, la prevedibilità dei procedimenti, la connessione degli elementi di prova e la proporzionalità. In giurisprudenza, riconosce tale connessione, Trib. Milano, Sez. I. pen., 6.12.2016, con nota di FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria*, ne bis in idem e legislazione interna, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁶ Così FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 16; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra il Ne bis in idem processuale e il Ne bis*

Dall'altro canto, poi, la circostanza attenuante di cui all'art. 13 *-bis* (art. 13 prima della riforma del 2015), certamente apprezzabile, consente l'applicazione della circostanza esclusivamente all'esito del pagamento del debito tributario. Si deve ricordare anche che a partire dal 2011 la fruizione dell'attenuante è condizione per la richiesta del rito del patteggiamento. L'imposizione per il riconoscimento della circostanza e per l'accesso al rito premiale di una duplicazione sanzionatoria per il medesimo fatto⁸⁷, comporta una evidente violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale⁸⁸. Deve considerarsi però che il pagamento *de quo* avviene in via volontaria, rivolto all'ottenimento di un beneficio sanzionatorio e, dunque, non costituisce una duplicazione necessaria⁸⁹. Infine, va segnalato che la riforma del 2015 ha introdotto la causa di non punibilità sopravvenuta al riscritto art. 13 comma 1, previo pagamento dei debiti tributari comprese le sanzioni amministrative, modificando lo scenario e attenuando il rischio di simile cumulo sanzionatorio, sia pure volontario⁹⁰.

Anche nella sentenza Menci, la posizione compromissoria espressa dalla Corte di Giustizia non può che destare preoccupazione, confermando le perplessità che già le limitazioni introdotte dalla Corte EDU avevano suscitato con la

in idem *sostanziale*), in *Arch. pen.*, I, 2015, 120.

⁸⁷ SORBELLO, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano*, cit., 85.

⁸⁸ Con riferimento all'art. 13 comma 2 d.lgs. n. 74 del 2000, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale (Gup Torino, 15.12.2014). Tuttavia, la Corte ha restituito gli atti al Tribunale per una valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione all'esito dell'intervenuto d.lgs. n. 158 del 2015. La Consulta rileva infatti che l'art. 13-*bis* comma 2 ripropone la medesima disciplina ma con non poche differenze e che, dunque, sarà necessario verificare nuovamente se anche tale nuova disciplina ponga la medesima questione di legittimità (Corte Cost., ord. 5.11.2015, n. 225, in *www.giurcost.org*). Nello stesso senso, Corte Cost., ord. 8.3.2016, n. 112, in *www.giurcost.org*; in relazione alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Bologna (Trib. Bologna, Sez. I, ord. 21.4.2015, n. 136, cit., con nota di CAIANIELLO, *Ne bis in idem e reati tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale, che tuttavia non aveva sollevato questione in ordine all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000*).

⁸⁹ FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 16, secondo cui assomiglia di più a un traffico delle indulgenze.

⁹⁰ L'art. 13 comma 1, così come sostituito dal d.lgs. n. 158 del 2015, prevede infatti la causa di non punibilità in relazione ai reati di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, dubitano che si tratti di intervento diretto a salvaguardare il *ne bis in idem* sostanziale, DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16; CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Arch. pen. online*, 2016, 4-5, il quale evidenzia come per i reati tributari fraudolenti il cumulo permanga e il pagamento tempestivo resti condizione per l'accesso al patteggiamento. Fuori dai casi della causa di non punibilità, in ogni caso, rimane la circostanza attenuante di pagamento del debito tributario comprensivo della sanzione amministrativa così pure la previsione del suo necessario riconoscimento per accedere al rito del patteggiamento (nuovo art. 13-*bis*, comma 1 e 2, d.lgs. n. 158 del 2015).

sentenza A. e B.. Pur essendo stato preso in esame finora dalla Corte EDU⁹¹ il sistema tributario solo in altri ordinamenti⁹², la limitazione del parametro della stretta connessione sostanziale e temporale sembra poter facilmente trovare applicazione anche in Italia e consentire il cumulo sanzionatorio. Anche in questo ambito pare infatti piuttosto agevole individuare quegli indici indicati dalla Corte EDU nella pronuncia A. e B., così elastici da essere idonei a ricomprendere una pluralità di ipotesi⁹³.

In effetti, la Corte di Cassazione è già pervenuta a tale riconoscimento e ha ravvisato la sussistenza della *close connection* in materia tributaria, facendo proprio il criterio introdotto dalla Corte EDU, escludendo la violazione del principio del *ne bis in idem* per la presenza della connessione temporale⁹⁴.

Mentre per il delitto di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000 operano esclusivamente i *dicta* della Corte EDU, poiché esso non rientra nella materia eurounitaria⁹⁵, per il reato di cui all'art. 10 *ter* d.lgs. n. 74 del 2000 e il relativo illecito tributario si deve ora aggiungere a tale panorama quanto espresso dalla Corte di Giustizia. Ancora più facilmente i principi espressi possono condurre quindi la giurisprudenza nazionale a negare la violazione del *ne bis in*

⁹¹ Per la verità, la Corte di Giustizia si è pronunciata su due rinvii pregiudiziali in materia tributaria, ma la questione afferiva a una presunta violazione del *ne bis in idem* ove la sanzione amministrativa era stata comminata alla persona giuridica. Così, la Corte ha potuto facilmente negare la violazione sulla base della diversità del soggetto, senza entrare nel merito: Corte Giust., Sez. IV, 5.4.2017, Orsi, C-217/15, e Baldetti, C-350/15, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit.

⁹² Si pensi a Corte EDU, Sez. IV, 20.5.2014, Nykänen c. Finlandia, n. 11828/11, cit.

⁹³ In Italia, sotto il profilo della connessione sostanziale, la sanzione tributaria persegue scopi differenti, compreso quello della compensazione per il considerevole lavoro e dei costi dell'autorità per verificare e identificare tali irregolarità di cui al §144 della pronuncia A. e B. Sarebbe ravvisabile anche la prevedibilità del duplice procedimento. Quanto alla proporzione, essa è ravvisabile nell'art. 21 comma 2 d.lgs. n. 74 del 2000 che prevede che non venga data esecuzione alla sanzione amministrativa in caso di condanna penale, consentendo di rispettare la proporzionalità complessiva. Può anche considerarsi sussistente il raccordo in ordine agli elementi di prova, acquisiti nel procedimento penale. La connessione temporale, infine, dipende dal caso concreto, ma è assai elastica ed è già stata riconosciuta dalla Corte EDU anche in ipotesi di non integrale sovrapposizione temporale tra i due procedimenti (nel caso A. e B. sono decorsi due anni dopo che è divenuta definitiva la sanzione tributaria, vd. § 54).

⁹⁴ Cass., Sez. III, 22.9.2017, n. 6993, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*; e GAETA, *Dove non arriva il principio: il ne bis in idem tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 1 ss. La Corte esclude la violazione del *ne bis in idem* proprio richiamando la *close connection*. Genera qualche dubbio tuttavia il fatto che essa concretamente si riferisca esclusivamente all'aspetto temporale della complessiva contemporaneità tra i procedimenti, che considera idonea da sé a integrare il requisito, senza vagliare in alcun modo gli indici sostanziali della *close connection*, e in particolare quello di proporzionalità.

⁹⁵ Corte Giust. UE, ord. 15.4.2015, Burzio, C-497/14.

idem.

Doveroso appare sottolineare che nessun cenno viene rivolto dalla Corte di Lussemburgo all'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000, ossia al principio di specialità che dovrebbe regolare i rapporti tra le due categorie di illeciti, penali - i primi - e di natura sostanzialmente penale - quelli amministrativi.

Il silenzio della Corte di Giustizia desta ancora più preoccupazione se si considera la resistenza da tempo manifestata dalla giurisprudenza domestica nel riconoscere il principio di specialità, oltre che nell'attribuire natura sostanzialmente penale alle sanzioni amministrative⁹⁶, benché ormai risulti in modo palese che gli illeciti tributari superino il vaglio degli *Engel criteria*⁹⁷. Oltre a ciò, la Cassazione in diverse occasioni ha continuato a negare - come d'altronde effettua da tempo - il rapporto di specialità tra l'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000 e l'illecito di cui all'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 471 del 1997⁹⁸. Celebri sono infatti le sentenze "gemelle" Favellato e Romano⁹⁹ che hanno escluso il rapporto di specialità in astratto tra i delitti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter e i relativi illeciti tributari. In particolare, la Cassazione ha ravvisato una progressione tra gli illeciti, espressamente identificando un rapporto di continenza. Si è convinti che sussista un rapporto di specialità in astratto

⁹⁶ Spesso la Cassazione ha escluso la natura penale dell'illecito amministrativo, in quanto solo il legislatore può individuare gli illeciti penali ex art. 25 Cost.: Cass., Sez. VI, 13.1.2014, n. 510, in *Giust. civ. mass.*, 2014; Cass., Sez. III, 8.4.2014, n. 20266, cit.; Cass., Sez. III, 14.1.2015, n. 31378, cit.

⁹⁷ E' ormai pacifico infatti che questi ultimi rientrano nella *matière penale*, come riconosciuto sia dalla Corte EDU che dalla Corte di Giustizia, che ha posto l'accento sulla finalità afflittiva e il grado di rigore elevato delle sanzioni tributarie italiane. Cfr.: Corte EDU, Sez. IV, 20.5.2014, Nykänen c. Finlandia, cit. ove la sovrattassa finlandese ammontava solo ad euro 1.700,00; Corte EDU, Sez. V, 27.11.2014, Lucky Dev. c. Svezia, con nota di DOVA, Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile, in *www.penalecontemporaneo.it*; Corte EDU, Sez. IV, 10.2.2015, Küveri c. Finlandia, con nota di DOVA, Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione, in *www.penalecontemporaneo.it*; e con riferimento all'art. 6 CEDU già Corte EDU, GC, 23.11.2006, Jussila c. Finlandia, n. 73053/01, cit., §§ 37-38. Inoltre, Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., §§ 26 ss.

⁹⁸ Vd. Cass., Sez. III, 8.4.2014, n. 20266, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 66, con nota di CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio di ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2014; Cass., Sez. III, 14.1.2015, n. 31378, con nota di VALSECCHI, *Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento di ritenute previdenziali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, in ordine invece all'art. 10-bis.

⁹⁹ Cass., sez. un., 28 marzo 2013, Favellato, n. 37425, e Cass., sez. un., 28 marzo 2013, Romano, n. 37424, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'Iva per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, e in *Riv. dir. trib.*, 2013, 208, con nota di CARACIOLI, *Riflessioni sui reati di omissione propria e sulle cause di non punibilità suscitate dalle Sezioni Unite della Cassazione*, e in *Cass. pen.*, 2014, 38 con nota di CIRAUOLO, *La punibilità degli omessi versamenti dell'Iva e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite*, l.

unilaterale tra le norme¹⁰⁰, in cui i delitti presentano l'elemento specializzante della soglia di punibilità, mentre la diversità dei termini temporali di adempimento, valorizzato dalla Suprema Corte, rappresenta un dato estrinseco che non influisce sulla valutazione del rapporto tra tali norme¹⁰¹. In ogni caso, anche a voler escludere tale relazione, dovrebbe darsi ingresso al canone di consunzione, poichè la fattispecie delittuosa contiene l'illecito amministrativo e ne esaurisce integralmente il disvalore¹⁰². Tale rapporto di previo necessario passaggio attraverso l'illecito amministrativo è, peraltro, espressamente riconosciuto dalla stessa Cassazione.

Il superamento dei precedenti orientamenti eccessivamente rigorosi garantirebbe, tramite il riconoscimento del principio di specialità, di risolvere parte delle problematiche attuali¹⁰³. Nella maggior parte dei casi di concorso di illeciti tributari si potrebbero, infatti, considerare prevalenti i delitti rispetto agli illeciti amministrativi¹⁰⁴. Negli ultimi anni solo la giurisprudenza di merito ha dato segnali di apertura sul punto, anche proponendo questioni di legittimità, in relazione sia all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 - con riferimento al canone del *ne bis in idem* sostanziale - sia all'art. 649 c.p.p. In entrambi i casi la Corte, però, non ha deciso le questioni nel merito e ha ordinato la restituzione degli atti, alla luce della novella del 2015¹⁰⁵. In aggiunta, sia il rinvio pregiudiziale - appunto nel caso Menci - del Tribunale di Bergamo in relazione all'art. 10-ter¹⁰⁶, sia il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Torino¹⁰⁷ appro-

¹⁰⁰ MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016, 361-362.

¹⁰¹ In questi termini anche l'importante Cass., Sez. III, 8.2.2012, Germani, n. 18757, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VALSECCHI, *Sull'inapplicabilità del delitto di omesso versamento delle ritenute d'acconto (art. 10 bis d.lgs. 74/00) all'omesso versamento delle ritenute relative al 2004 e sulle possibili ripercussioni di tale principio sul delitto di cui all'art. 10 ter*. In senso conforme, anche VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento Iva*, cit.

¹⁰² A favore del criterio di consunzione *ex multis*, FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 16-17; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*. Parzialmente, anche CASS., UFF. DEL RUOLO E DEL MASSIMARIO, *Considerazioni sul principio di ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, cit., 18.

¹⁰³ In senso simile, DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., 448, la quale insiste sulla prospettiva sostanziale ma propone soluzioni scarsamente convincenti, di aprire il canone di specialità alla lettura della specialità in concreto, indistintamente riferendosi a tale possibilità e al criterio di assorbimento. Anche TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2, 18.

¹⁰⁴ Così, DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., 15.

¹⁰⁵ Con riferimento all'art. 13 comma 2 d.lgs. n. 74 del 2000, Gup Torino, ord. 15.12.2014, cit., poi seguita da Corte Cost., ord. 5.11.2015, n. 225, cit. In ordine all'illegittimità dell'art. 649 c.p.p., Trib. Bologna, Sez. I, ord. 21.4.2015, cit., a cui è seguita Corte Cost., 20.5.2016, n. 112, su cui si veda anche CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario*, cit., 8 ss.

¹⁰⁶ Trib. Bergamo, ord. 16.9.2015, Menci, cit., con nota di VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva*, cit., su cui è intervenuta appunto Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit.

fondiscono il carattere sostanziale e non squisitamente processuale della questione, soffermandosi in particolar modo sul concorso apparente infra-sistemico sussistente tra illecito penale e tributario.

Ebbene, non ostante l'importanza del principio di specialità e del concorso di norme e la presenza di apprezzabili considerazioni nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la sentenza della Corte di Giustizia omette comunque ogni riferimento sul punto.

4. La recente pronuncia della Cassazione n. 45829/2018 successiva alle decisioni della Corte di Giustizia.

Nell'ambito del quadro sinora delineato, particolarmente interessante risulta la recente decisione della Cassazione che è tornata sul tema del *ne bis in idem* per la prima volta dopo le importanti decisioni della Corte di Lussemburgo.

La sentenza prende in esame nuovamente il problema relativo al doppio procedimento e alla duplicazione sanzionatoria in materia di manipolazioni di mercato, all'epoca dei fatti ancora disciplinate dalla previgente normativa del TUF. Il caso concreto rientra, tuttavia, nella più frequente ipotesi in cui è il procedimento amministrativo ad essersi concluso per primo.

La Suprema Corte coglie l'occasione per ripercorrere il complesso argomento, richiamando brevemente gli indirizzi giurisprudenziali succedutisi e l'attuale stato della giurisprudenza nel panorama sovranazionale ed europeo. Vengono così ricordate alcune celebri decisioni della Corte EDU relative al suo precedente indirizzo più rigoroso¹⁰⁸ nonché le recenti diverse impostazioni intervenute all'esito della pronuncia A. e B. contro Norvegia¹⁰⁹. Infine, vengono riepilogati i principi espressi dalla Corte di Giustizia nelle decisioni della Grande Camera.

All'esito di tale sintetico percorso, la Cassazione giunge a talune interessanti conclusioni.

Con riferimento al principio dello stretto nesso materiale e temporale proposto dalla Corte EDU, probabilmente allo scopo di mitigare effetti

¹⁰⁷ Trib. Torino, Sez. IV, ord. 27.10.2014, cit., con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, e di BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit., per la quale la Corte di è dichiarata incompetente non rientrando la questione interpretativa pregiudiziale in materia di competenza dell'Unione. Così Corte Giust. UE, ord. 15.4.2015, Burzio, C-497/14, cit., con nota di SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute di imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁸ Cass., Sez. V, 16.7.2018, n. 45829, cit., §§ 3.3.1 ss.

¹⁰⁹ Cass., Sez. V, 16.7.2018, n. 45829, cit., §§ 3.3.4 ss.

dell'applicazione del troppo rigido divieto *di ne bis in idem* processuale, i giudici di legittimità riconoscono che - tra i sub-criteri individuati a Strasburgo - prevalente è pacificamente quello della proporzionalità tra il cumulo di sanzioni irrogate e la gravità dell'illecito¹¹⁰.

Allo stesso modo, in relazione alla più recente posizione della Corte di Giustizia, la sentenza evidenzia il particolare rilievo attribuito, anche in questo caso, al principio di proporzionalità¹¹¹.

In definitiva, la Cassazione si spinge a individuare un principio comune alle posizioni delle due Corti, riconoscendo che “va quindi conclusivamente affermato che non sussiste la violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso in cui le sanzioni penale ed amministrativa complessivamente irrogate rispettino il principio di “proporzionalità”, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (...) e della Corte europea dei diritti dell'uomo”¹¹². Nell'evidenziare tale principio, la Suprema Corte ammette, come è evidente, che “di certo, tutto ciò comporta, in mancanza di un chiaro riferimento normativo, l'esercizio di compiti interpretativi molto complessi e articolati, che non possono prescindere da una attenta valutazione dei singoli casi concreti con i quali il giudice si deve confrontare”¹¹³.

Sulla base di tali premesse, i giudici procedono a effettuare un giudizio di proporzionalità complessiva del cumulo sanzionatorio, quale unico criterio sulla base del quale valutare la possibile violazione del *ne bis in idem*.

E' così che il Collegio considera complessivamente proporzionate le sanzioni inflitte rispetto alla gravità dei fatti addebitati, nonché la limitazione della severità allo strettamente necessario, in modo da non risultare eccessivamente oneroso per i soggetti sanzionati.

Significativo pare il fatto che la Corte giunga ad esprimersi in questi termini utilizzando i medesimi principi enucleati dalla Corte di Giustizia, proprio con riferimento alle medesime fattispecie, nonostante le opposte conclusioni a cui appunto era pervenuta la Corte di Giustizia.

La Cassazione argomenta il suo percorso decisionale rilevando che in concreto le sanzioni penali inflitte erano attestate al minimo edittale per la pena detentiva, mentre la pena pecuniaria era commisurata ad un livello di poco superiore del minimo edittale. E le sanzioni amministrative, dal canto loro, risultavano di molto distanti dalla fascia sanzionatoria più elevata.

Oltre a ciò, viene valorizzato il meccanismo di compensazione di cui all'art.

¹¹⁰ Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, cit., §§ 3.3.4. e 4.

¹¹¹ Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, cit., § 3.3.6.d.

¹¹² Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, cit., § 5.4.

¹¹³ Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, cit., § 4.1.

187-*terdecies*, ossia proprio quel meccanismo ritenuto non idoneo dalla Corte di Giustizia, in quanto nel caso di specie esso comporterebbe la mancata esecuzione delle pene pecuniarie.

Infine, il Collegio conclude che “il principio affermato dalla sentenza *Garlsson*, secondo il quale l’art. 187- *terdecies* non garantisce che la severità nell’insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario e proporzionato rispetto alla gravità del reato, non appare aderente alla peculiarità del caso in esame, caratterizzato da una significativa incidenza dell’attività degli imputati sul prezzo del titolo anche a causa della sua protrazione per un lungo periodo, rispetto al disvalore del quale, invece, la sola sanzione penale inflitta (...) non appare idonea a reprimere il delitto in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva ed il trattamento sanzionatorio derivante dall’insieme delle pene in concreto applicate non risulta eccessivamente oneroso per i soggetti interessati”.

La sentenza della Suprema Corte rappresenta una prima evidente prova dell’estrema discrezionalità derivante dalla valutazione da parte del giudice domestico della possibile violazione del principio di *ne bis in idem*, mediante la quale è possibile giungere - come nel caso di specie - ad una conclusione opposta rispetto a quella cui è pervenuta la Corte di Giustizia nei confronti della medesima materia. Interessante notare come sia stata proprio la stessa norma, l’art. 187-*terdecies* TUF a fondare un giudizio, in un caso, di non idoneità e dunque di non proporzionalità sanzionatoria complessiva, e a motivare, in questo caso, invece un giudizio diametralmente opposto.

La circostanza che davanti alla Cassazione fosse il procedimento penale a celebrarsi successivamente rispetto a quello amministrativo certamente ha inciso, tenuto conto che la Corte di Giustizia aveva valorizzato proprio l’aspetto che nel caso *Garlsson* si fosse concluso per primo il procedimento penale (ancorché la pena poi non sia stata eseguita). Non può essere tuttavia solo tale inversione cronologica a giustificare risultati così confliggenti.

I ragionamenti in relazione all’art. 187- *terdecies* TUF della Corte di cassazione destano non poche perplessità. È vero infatti che nel caso in esame lo scomputo normativamente previsto garantiva di non eseguire concretamente le pene pecuniarie, poiché non eccedenti rispetto a quelle amministrative, a seguito dell’incameramento da parte della Consob delle sanzioni amministrative. È altrettanto vero però che agli imputati era stata irrogata nel processo penale altresì la pena della reclusione - sebbene nel minimo edittale - che come noto non viene presa in considerazione in detto meccanismo compensativo. Lo stesso può dirsi in relazione alle sanzioni interdittive accessorie irrogate dalla Consob *ex art.* 187-*quater* TUF, e alle pene accessorie interdittive

ex art. 186 TUF, anch'esse escluse dal computo di cui all'art. 187-*terdecies* TUF.

La sentenza pare di particolare interesse in quanto recepisce integralmente lo statuto "debole" del principio declinato dalle Corti, e si sofferma sul criterio di proporzionalità.

Anche in questo caso, si deve riconoscere che nessun cenno viene rivolto al problema del *ne bis in idem* sostanziale riferito al concorso apparente di norme. Ed è così che ancora una volta gli aspetti relativi alla sovrapposibilità delle fattispecie in astratto non vengono neppure richiamati, anche solo al fine di ridimensionarli o persino di escluderli, evitando di dar conto della problematicità delle clausole cumulatorie che esautorano il principio di specialità di cui all'art. 9 l. 689/1981.

5. La svolta del passaggio dalla dimensione processuale a quella sostanziale.

Il primo importante aspetto che sembra doveroso segnalare con riferimento ai più recenti arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e pure della Corte EDU riguarda il fondamentale passaggio della prospettiva di analisi, da quella processuale a quella sostanziale, e in particolare al principio di proporzionalità, su cui poi si avrà modo di ritornare.

Esso sancisce, in effetti, uno sviluppo essenziale nella disamina del *ne bis in idem*. Ancorchè sia la CEDU che la Carta di Nizza, rispettivamente all'art. 4 Prot. 7 e all'art. 50 CDFUE, tutelino espressamente sia la dimensione processuale che quella sostanziale del principio, è evidente che i giudici per lungo tempo si siano soffermati sempre e precipuamente sulla sua tutela nella prospettiva processuale. Indiscutibile risulta, infatti, l'approfondimento svolto con particolare riferimento al divieto di doppio procedimento, senza indagare invece l'imprescindibile - e si ritiene preliminare - ambito sostanziale. Per la verità, solo nella celebre pronuncia Grande Stevens si rinvengono considerazioni relative alla questione sostanziale e alla possibile risoluzione del problema mediante il canone di specialità, ma esclusivamente nella *dissenting opinion* dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque¹¹⁴.

¹¹⁴La più volte citata parziale *dissenting opinion* dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque al § 27 della pronuncia Corte EDU, Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, cit., infatti riconosce che "(...) Sebbene il procedimento penale ed il procedimento amministrativo riguardassero esattamente la stessa situazione, la Corte di cassazione e la Corte d'appello di Torino hanno ripetutamente dichiarato, in modo non convincente, che il principio di specialità non trovava applicazione nei loro confronti. Il reato previsto dall'articolo 185 e l'illecito amministrativo previsto dall'articolo 187-*ter* hanno entrambi per oggetto una violazione derivante da una sola condotta e le relative norme tutelano lo stesso 'bene giuridico', ossia la trasparenza del mercato. La differenza tra l'uno e l'altro è che il primo è un 'reato di pericolo concreto' ed il secondo un 'reato di pericolo astratto'. È quindi eviden-

Coglie tale significativo mutamento anche la Cassazione, riconoscendolo come una considerevole novità rispetto al precedente orientamento. Esso muta “profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale”¹¹⁵.

Simile recente virata sembra davvero apprezzabile, inaugurando auspicabilmente una nuova stagione dedicata ad approfondire gli aspetti sostanziali, diversi e preliminari rispetto a quelli processuali. L’inversione di rotta risulta particolarmente positiva, alla luce anche del fatto che il *ne bis in idem* sostanziale ha sempre trovato un riconoscimento minore rispetto al suo corrispondente processuale, non fosse altro perché quest’ultimo trova da tempo espressa positivizzazione a livello codicistico all’interno del nostro ordinamento.

La dimensione precipuamente processuale del principio convenzionale ed europeo aveva condotto finora anche le riflessioni interne a concentrarsi principalmente sul divieto di doppio giudizio.

Senza un ripensamento legislativo idoneo a risolvere il problema¹¹⁶, però, la tutela del canone processuale, affidata nel frattempo all’intervento giurisprudenziale, si rivelava assolutamente irragionevole. La giurisprudenza, infatti, non ha modo di stabilire alcuna priorità tra procedimenti. L’unico limite invalicabile sarebbe divenuto il procedimento aperto per secondo, lasciando al caso la determinazione di quale esso fosse, se quello penale o amministrativo¹¹⁷. Al mero criterio temporale si sarebbe affidato il compito di stabilire il

te che il principio di specialità doveva essere applicato: la norma relativa a un rischio reale rappresentava la disposizione speciale rispetto a quella concernente un rischio astratto di pregiudizio allo stesso ‘bene giuridico’ e di conseguenza il procedimento penale doveva prevalere sul procedimento amministrativo ed escluderlo. La sovrapposizione materiale di sanzioni penali ed amministrative non soltanto sovraccarica lo Stato, che deve farsi carico di due inchieste autonome, con il rischio di giungere a conclusioni differenti sui medesimi fatti, ma viola altresì il principio di specialità”.

I giudici, tuttavia, omettono di richiamare la clausola di riserva che allo stato attuale impedisce l’operatività dell’art. 9 l. n. 689 del 1981.

¹¹⁵ Così, Cass., Sez. V, 16.7.2018, cit., § 3.3.4.b.

¹¹⁶ Cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 238; VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 200; PULITANÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1594; VALSECCHI, *Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem*, cit., 3; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio*, cit., 201; NOTARGIACOMO, *Illecito penale e illecito amministrativo*, cit., 288.

¹¹⁷ Tra i vari, BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale*, cit., 393 ss.; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit., 131 ss.; DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 483; FUSCO, *La tutela del mercato finanziario*, cit., 7; CORSO, *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *Arch. pen.* 2017, 1, 18; CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario*, cit., 16. Così anche Trib. Monza, 30.6.2016, cit., che parla di “aleatoria circostanza del procedimento - amministrativo o penale - che per primo acquisti il

“binario morto”¹¹⁸. Così ragionando, inoltre, le scelte processuali dell’autore sono capaci di “pilotare” l’esito della maggior celerità¹¹⁹. Come noto, l’ipotesi più frequente è che si concluda definitivamente per primo il procedimento amministrativo, caratterizzato da tempi ben più rapidi rispetto al processo penale. Tuttavia, non mancano le ipotesi opposte - come è avvenuto nelle vicende *Garlsson e Di Puma e Zecca*, oggetto delle decisioni della Corte di Giustizia, - in cui successivo è il procedimento amministrativo¹²⁰. Si tratta evidentemente di un criterio casuale e irragionevole, offensivo del principio di uguaglianza¹²¹, con il conseguente rischio di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento¹²². Tale dato inequivocabile è stato riconosciuto pacificamente dalla stessa Corte Costituzionale¹²³.

La precedente impostazione delle Corti fortemente improntata al canone processuale si rivelava inoltre lesiva del principio a carattere sostanziale. La pacifica divaricazione da tempo riconosciuta tra il livello processuale e quello sostanziale¹²⁴ impedisce che la tutela del canone processuale garantisca sempre anche quello sostanziale. Ciò può avvenire per la sola area di coincidenza dei due principi, in tutti quei casi di concorso apparente infra-sistematico in cui la preclusione del secondo giudizio contemporaneamente tuteli anche il divieto di essere punito due volte per lo stesso fatto.

crisma della definitività”.

¹¹⁸ FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 984; PULITANÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1593; VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 197.

¹¹⁹ DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., 15.

¹²⁰ Nei casi *Di Puma e Zecca* era stato chiuso per primo il procedimento penale con sentenza definitiva di assoluzione (Cass., Sez. II, ord. 15.11.2016, n. 23232, e n. 23233, cit.). Sul punto, la Corte di Giustizia ha affermato che la prosecuzione del procedimento amministrativo eccederebbe manifestamente quanto necessario per eseguire l’obiettivo di proteggere l’integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari una volta che esiste una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l’assenza degli elementi costitutivi dell’infrazione che nell’art. 14 §1 della Direttiva 2003/6 si intende sanzionare (Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, *Di Puma e Zecca*, cit., §§ 44-46). Anche nel caso *Garlsson* primo a concludersi è stato il procedimento penale con sentenza definitiva di patteggiamento (Cass. civ., Sez. trib., ord. 13.10.2016, n. 20675, cit.).

¹²¹ FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 984.

¹²² Così anche Corte EDU, Sez. IV, 20.05.2014, *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11, cit. Parla di lesione di legalità e certezza del diritto, poi, FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, in *Arch. pen. online*, 2016, 4, con riferimento alla sentenza della Corte Cost., 12.5.2016, n. 102, cit.

¹²³ Corte Cost., 12.5.2016, n. 102, cit., esplicitamente richiama il legislatore ordinario ad intervenire, evidenziando le irragionevoli conseguenze che deriverebbero invece da una declaratoria di illegittimità. Sul punto, BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale*, cit., 392 ss.

¹²⁴ La principale distinzione sempre è stata individuata nelle finalità di equità e giustizia sostanziale per il canone sostanziale, a differenza delle esigenze di economia processuale e certezza di diritto di quello processuale. Per tutti, *ex multis*, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 101; o CAPRIOLI, *Sui rapporti tra Ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 1181.

Le due dimensioni del *ne bis in idem* ancor più divergono, poi, a fronte di una tutela del canone processuale garantita esclusivamente mediante il casuale criterio temporale del procedimento concluso per primo. A ben guardare, in presenza di un concorso apparente di norme, arrendendosi alla prima sanzione irrogata a livello temporale con il procedimento concluso per primo, si rischierebbe di punire un soggetto con la sanzione prevista dall'illecito non prevalente secondo i criteri relativi alla risoluzione del concorso apparente infra-sistematico. Potrebbe essere punito un soggetto per l'illecito generale in violazione della regola della specialità, ovvero per l'illecito meno grave in violazione del canone di consunzione, solo perché giudicato cronologicamente per primo. In definitiva, anche per tali ragioni, la possibile risoluzione del complesso problema esclusivamente mediante le soluzioni sopra prospettate condurrebbe ad approdi, oltre che irragionevoli, non sempre rispettosi dei canoni risolutivi del concorso apparente.

Alla luce di tali considerazioni e in ragione del fatto che, più in generale, la dimensione sostanziale va considerata in via preliminare rispetto a quella processuale¹²⁵, l'intervenuto mutamento nella prospettiva della giurisprudenza europea e convenzionale risulta particolarmente importante, indirizzandosi finalmente nella corretta e necessaria direzione di approfondimento della dimensione, appunto, sostanziale del *ne bis in idem*.

In realtà, forte è la convinzione che, nei settori interessati dall'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, la chiave di risoluzione del *ne bis in idem* andrebbe individuata proprio nei principi che regolano la risoluzione del concorso apparente di norme infra-sistematico. Riportando la tematica nell'alveo dei principi del diritto penale, infatti, più convincenti appaiono le conseguenze che discendono da una applicazione rigorosa del concorso apparente di norme infra-sistematico¹²⁶.

In questa direzione si pongono quelle soluzioni formulate nel panorama dottrinale, che hanno sollecitato una prospettiva sostanziale di analisi. Così può dirsi con riferimento a tutti coloro che hanno riportato l'attenzione sul principio di specialità¹²⁷.

Proprio nelle materie oggetto delle pronunce della Corte di Giustizia si è già

¹²⁵ Sul punto, così, DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 197; AZZALI, *Art. 515 e 517 c.p.: concorso ideale di reati o concorso apparente di norme*, in *Boll. ist. dir. proc. pen. un. Pavia*, 1961-1962, 29. Similmente, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 423. In senso esattamente contrario, invece, recentemente TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1051.

¹²⁶ Sempre in questo senso, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 298 ss.

¹²⁷ Ancorchè tramite impostazioni non condivisibili di stampo naturalistico. Vd. *supra*, nt. 76.

detto come il recupero della prospettiva del *ne bis in idem* sostanziale, mediante una attenta definizione del concorso apparente di norme infra-sistematico, aiuterebbe a risolvere molte problematiche. Entrambi i settori, tributario e finanziario, sono caratterizzati da una considerevole sovrapposibilità delle fattispecie astratte che evidenziano una duplicazione di qualificazioni, e - dunque - una duplicazione sanzionatoria.

Anche se la Corte di Giustizia si sposta verso i nuovi territori del diritto sostanziale, stupisce che essa si astenga totalmente da ogni riferimento alla questione del rapporto tra le norme in astratto, nonostante si tratti di un tema cruciale in entrambe le materie sottoposte al suo vaglio. Essa si limita a focalizzarsi sui meccanismi di salvaguardia del divieto di doppia punizione che compensano nella fase esecutiva il cumulo sanzionatorio di cui agli artt. 187-terdecies e al comma 2 art. 21, circoscritti appunto alla fase esecutiva e in ogni caso considerarsi insufficienti a garantire il rispetto del *ne bis in idem*.

Lo scarso spazio attribuito al principio di specialità, e più in generale al concorso apparente infra-sistematico, si rivela sempre più allarmante poiché, in attesa di una riforma legislativa, esso dovrebbe rappresentare lo strumento più affidabile a cui attribuire il ruolo risolutivo del problema¹²⁸, in ossequio al principio di legalità e di certezza del diritto¹²⁹.

6. Il faro del principio di proporzionalità nel buio del *ne bis in idem*.

Lo scenario giurisprudenziale più recente appena delineato consente agilmente di affermare che il percorso del *ne bis in idem* nel tempo è divenuto sempre più tortuoso e ambiguo. Le decisioni della Corte di Giustizia, di certo, non hanno contribuito a dare consistenza al suo portato. Auspicabile sarebbe stato, per un tema così articolato e stratificato in una tutela multilivello¹³⁰, addivenire a una lettura uniforme, ancorché non sufficientemente garantista, che avrebbe reso più agevole il compito dell'interprete di mediare il contesto giuridico interno con quello europeo¹³¹.

Questioni a tal punto caratterizzate da torsioni interpretative non possono cer-

¹²⁸ Richiamano una risoluzione per il tramite del *ne bis in idem* sostanziale e dei principi del diritto penale, DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., 15; MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, 1033 ss.

¹²⁹ E ciò non tanto stravolgendo i criteri generali e avvicinandosi ad un principio di specialità in concreto, quanto tramite il principio di specialità in astratto, a cui affiancare anche il criterio generale di consunzione.

¹³⁰ Evidenzia la difficoltà in ambito eurounitario di interpretare principi del "diritto senza Codice", SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 18 ss.

¹³¹ FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio*, cit., 19.

to considerarsi esaurite dai recenti arresti giurisprudenziali. Sarà necessario altro tempo, quindi, affinché la giurisprudenza con i prossimi interventi possa gradualmente scolpire un principio in evoluzione, dai contenuti oggi divenuti troppo incerti. In questo senso, l'attuale divergenza di letture tra le Corti diviene incentivo per la riapertura di un dialogo mai risolto.

Le soluzioni adottate dalle due Corti, pur non coincidenti, senz'altro accolgono entrambe un'accezione affievolita del principio, e si allineano nell'ammettere in via generale possibili limitazioni al *ne bis in idem*, a differenza delle più rigorose interpretazioni anteriormente proposte dalla Corte EDU che lo intendono quale divieto assoluto di doppio procedimento. L'indirizzo di quest'ultima peraltro sembra ormai consolidato¹³² nel senso di non riconoscere violazioni dell'art. 4 Prot. 7 in presenza della *sufficiently close connection in substance and time*, così come la Corte ha confermato anche successivamente alla pronuncia A. e B. contro Norvegia¹³³.

A fronte di confini sempre più sfumati e della discrezionalità attribuita ai giudici interni, la Corte di Giustizia si assesta così in una posizione di compromesso, volta evidentemente a proteggere i sistemi di doppio binario interni, e a consentire cumuli sanzionatori mediante l'indicazione di limiti molto elastici e vaghi. I giudici di Lussemburgo, d'altro canto, preferiscono non far proprio il parametro della *close connection* proposto dalla Corte di Strasburgo e, in particolare, non prendono proprio in considerazione l'elemento temporale valorizzato dalla Corte EDU, la *connection in time*¹³⁴.

Le due posizioni, tuttavia, convergono integralmente nell'attribuire entrambe particolare rilievo al principio di proporzionalità. Esso costituisce infatti uno degli indici principali della *sufficiently close connection* descritti nella sentenza A. e B. da parte della Corte EDU, e assume ancora più importanza nelle pronunce in esame, che dedicano particolare attenzione al principio di proporzionalità sanzionatoria complessiva.

La proporzionalità diviene così l'unico criterio che emerge da un coacervo di parametri troppo fumosi e si staglia nel buio scenario del *ne bis in idem*. In tal modo, prende forma la scelta di attribuire ruolo centrale a detto principio,

¹³² Afferma che l'orientamento della Corte EDU è giunto a un approdo definitivo con la sentenza A. e B., Cass., Sez. II, 15.12.2016, n. 9184, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³³ Corte EDU, Sez. I, 18.5.2017, Jóhannesson c. Islanda, cit., con nota di VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it; Cfr. anche TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le società*, 2018, 1, 84 ss.

¹³⁴ Requisito semplicemente richiamato quale criterio seguito dalla Corte EDU, in Corte Giust. UE, GS, 20.3.2018, Menci, cit., § 61.

a cui viene sostanzialmente assegnato il difficile compito di stabilire il limite invalicabile del *ne bis in idem*. Perfettamente coglie tale direzione la Cassazione nella recente pronuncia richiamata che, mediante un lucido esame dell'attuale panorama sovranazionale ed europeo, sintetizza lo stato della giurisprudenza proprio individuando il nucleo del *ne bis in idem* nel rispetto della proporzionalità sanzionatoria complessiva¹³⁵.

Riconosciuto dunque l'indiscutibile pregio delle recenti pronunce di volgere l'attenzione verso gli aspetti sostanziali e non più solo quelli processuali, si deve altresì prendere atto che le stesse hanno chiaramente deciso di assegnare al principio di proporzionalità il ruolo di criterio-guida nel disegnare il perimetro del *ne bis in idem*.

Simile posizione si trova totalmente allineata con gli orientamenti espressi da alcuna dottrina volti a valorizzare l'indice di proporzionalità¹³⁶. Essi ritengono che la direzione vada individuata nella proporzionalità, intesa quale limite a un trattamento sanzionatorio che non ecceda il disvalore della condotta posta in essere dall'agente, divenendo così sproporzionato e irragionevole¹³⁷. In questa linea era stata formulata la proposta di addivenire a una "upgradation" del *ne bis in idem* sostanziale sotto l'egida della copertura costituzionale del principio di proporzionalità, consentendo al *ne bis in idem* di assumere forma e contenuto di principio¹³⁸. Tali affermazioni, evidentemente, dimostrano in chi manifesta simile posizione di negare allo stato attuale di per sé forma e contenuto di principio al *ne bis in idem*.

Sotto questo profilo, sono necessarie talune considerazioni.

Per un verso, è tangibile il crescente spazio acquisito dalla proporzionalità penale, elevata sempre più a metro di giudizio¹³⁹ nel nostro ordinamento¹⁴⁰, ed altresì in Europa¹⁴¹, e indirizzata verso uno statuto forte¹⁴².

¹³⁵ Cass., Sez. V, 16.7.2018, n. 45829, cit.

¹³⁶ TRIPODI, *Ne bis in idem* e sanzioni tributarie, cit. 273; TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.; MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 4578 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 328.

¹³⁷ MATTARELLA, *Le recenti pronunce*, cit., 4581.

¹³⁸ TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1081.

¹³⁹ TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1078.

¹⁴⁰ MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 104 ss.

¹⁴¹ L'art. 49 CDFUE tutela la proporzionalità formale, anche nel suo versante negativo di divieto di sproporzione; vd. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 1, 118.

¹⁴² TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1078. Il principio precedentemente veniva ricostruito in via consolida-

A conferma del maggiore rilievo assunto, si deve richiamare l'importante recente pronuncia della Consulta relativamente alle pene accessorie nei delitti di bancarotta, che si sofferma a lungo sul principio di proporzione rispetto alla gravità del fatto¹⁴³. Nel valutare la durata fissa di dieci anni delle pene accessorie previste dalle disposizioni censurate, la Corte torna a ribadire la rilevanza costituzionale del principio di proporzione, affermando che le pene manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato profilano “una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., giacchè una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa”¹⁴⁴.

Che il *ne bis in idem* sostanziale sia profondamente avvinto con la proporzionalità, d'altronde, è un dato inequivocabile. Il vincolo che li lega, infatti, è da molto tempo evidenziato in dottrina¹⁴⁵. Gli studi in materia di *ne bis in idem*, tuttavia, hanno già in passato avuto modo di rilevare gli innegabili limiti insiti nel complesso giudizio di valore della proporzionalità, la quale risulta totalmente carente di preventiva predeterminazione e individuazione certa¹⁴⁶.

Di conseguenza, l'indiscutibile nesso che collega il *ne bis in idem* con la proporzione sanzionatoria va senz'altro riconosciuto e valorizzato. Esso rischia

ta (Corte Cost., 10.11.2016, n. 236, in *www.dejure.it*), limitatamente al divieto di manifesta sproporzione (MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giust. Cost.*, 2016, 5, 2109, che in particolare si sofferma all'irragionevolezza limitata interamente al giudizio di meritevolezza di pena e alla sua dosimetria legislativa segnata dal *quantum* della sanzione), mentre ora viene letto direttamente nella prospettiva di cui all'art. 27 Cost, e non tramite l'irragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Vd. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 47; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.

¹⁴³ Corte cost., n. 222 del 2018, con nota di GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rimme obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁴⁴ Corte cost., n. 222 del 2018, cit., § 7.1, che si allinea ai propri precedenti riferiti all'art. 27 Cost., ed espressamente richiama la pronuncia n. 236 del 2016.

¹⁴⁵ Sul punto, sempre in materia di legame con il principio di proporzione, vd. SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, 471, che sulla base dell'esigenza di proporzione riconduce la consunzione alla materia del concorso di reati e non del concorso di norme. Sul punto, egli richiama DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, cit., 12, che a sua volta ritiene che non è possibile “nella materia in esame, trarre indicazioni decisive dai criteri del concorso apparente (...). Per l'appunto, nei casi esaminati, non si tratta di ragionare in termini di specialità, ovvero assorbimento, ovvero ancora ‘consunzione’ tra norme (...); o ancora CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 73.

¹⁴⁶ In questi termini PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 75 ss., relativamente al legame con il labile principio valoriale della proporzionalità, secondo cui la proporzione finirebbe per impoverire il complessivo significato del *ne bis in idem*.

però di condurre a una pericolosa inversione argomentativa, qualora si voglia far coincidere il suo contenuto con la proporzione. Attribuire addirittura alla stessa il pregio di far raggiungere rilievo costituzionale, suo tramite, al divieto di doppia punizione rischia, poi, letteralmente di capovolgere il posizionamento dei due distinti principi.

Il *ne bis in idem* sostanziale già da sé trova portata precettiva¹⁴⁷ e rilevanza costituzionale tramite i principi di legalità, personalità della responsabilità penale e offensività, da cui deriva la necessità che ciascun soggetto sia chiamato a rispondere della propria condotta nei limiti dell'offesa arrecata e dunque il divieto di duplicare la risposta sanzionatoria, qualora una sola fattispecie di per sé esaurisca integralmente il disvalore del fatto. Esso è dotato di uno statuto autonomo di principio costituzionale inespresso¹⁴⁸, e non necessita - a tal fine - di affidarsi al complesso e ancora in evoluzione principio di proporzione.

Deve segnalarsi inoltre che il *ne bis in idem* deve essere collocato in una fase diversa rispetto a quella della risposta sanzionatoria e, per questa ragione, non può identificarsi con il principio di proporzionalità.

Il problema del concorso apparente di norme e della duplicazione di qualificazioni giuridiche infatti va riferito alla teoria della norma, preliminare per certo rispetto alla fase che attiene alla proporzione tra le conseguenze sanzionatorie che ne derivano¹⁴⁹.

Sono queste ultime, piuttosto, a essere garantite grazie al previo rispetto del *ne bis in idem*, il quale - mediante un'adeguata risoluzione del concorso apparente di norme con i criteri strutturali della specialità ovvero valoriali della consunzione - tutela nella fase applicativa la proporzionalità sanzionatoria.

Infine, e non da ultimo, si deve evidenziare un ulteriore rilevante problema. Affidare integralmente la determinazione relativa al *bis in idem* a un principio così elastico e del tutto valoriale implica un'estrema discrezionalità giudiziale e permette di giungere - come si è verificato anche nelle sentenze analizzate - a conclusioni confliggenti, pur se con riferimento alle medesime disposizioni normative. D'altro canto, non può dirsi che la risoluzione del concorso appa-

¹⁴⁷ In molti hanno riconosciuto il principio, ma per un particolare approfondimento della sua portata si rinvia agli studi di MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., che ne effettua una ricostruzione in termini di principio generale dell'ordinamento, e di PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit. Contrario invece al riconoscimento di per se stesso del *ne bis in idem* sostanziale, SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, cit., 467.

¹⁴⁸ Così SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di norme*, cit., 187 ss.

¹⁴⁹ *Ex plurimis*, CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 1009; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 37 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 50 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 59 ss.

rente di norme sia dotata di criteri sicuri e precisi. La consunzione, in particolare, è notoriamente criticata per i suoi pericolosi legami con il bene giuridico e l'offensività, che la rendono canone indefinito. La proporzione, tuttavia, non può considerarsi meno arbitraria, tenuto conto che anch'essa attraversa molteplici principi fondamentali del diritto penale e appare oltre modo avvinata al principio di offensività, ancorché traslato sul piano sanzionatorio.

In definitiva, è innegabile che la proporzione complessiva costituisca garanzia fondamentale e limite invalicabile che tutela, anche se parzialmente, il *ne bis in idem*. Eppure non ci si può accontentare di un così vago principio espresso dalla Corte di Giustizia, che dimentica ogni altra considerazione di carattere sostanziale, e omette di riferirsi all'imprescindibile aspetto della moltiplicazione delle qualificazioni giuridiche.

In conclusione, non è possibile appiattare la tutela del *ne bis in idem* al mero canone della proporzione, non solo e non tanto per la sua intrinseca discrezionalità, quanto perché così facendo si finisce per limitare un principio fondamentale e ben più esteso alla sola fase applicativa delle conseguenze sanzionatorie.

In un momento dunque in cui il legislatore ignora simili aspetti e - anzi - trascura la situazione inaccettabile di sovrapposizione di fattispecie, è necessario che almeno la giurisprudenza torni a focalizzarsi, preliminarmente, sulla risoluzione del concorso di norme, per occuparsi solo successivamente della proporzione sanzionatoria. E sotto questo profilo, quanto meno i reati tributari e i relativi illeciti amministrativi consentirebbero di raggiungere valide soluzioni utilizzando i canoni di specialità e di consunzione mediante i quali troverebbe riconoscimento una sola tra le fattispecie concorrenti in via infra-sistemica, ed in specie quella delittuosa.

Sebbene il tempo sempre più dimostri il naufragio delle aspirazioni di realizzare le teorizzazioni penalistiche¹⁵⁰, non è possibile rassegnarsi a una garanzia così confusa e imprecisata del *ne bis in idem*.

Il sistema punitivo ormai idoneo a ricomprendere una *matière penale* multiforme e in continua espansione si manifesta sempre più caratterizzato da un affastellamento di fattispecie, tra loro troppo spesso sovrapposte. Imprescindibile risulta allora un ripensamento complessivo che muova da una più consapevole e meditata costruzione delle norme, rispettose sin dalla loro creazione del divieto di *bis in idem*.

L'eterno problema della moltiplicazione di qualificazioni giuridiche penali e para-penali può trovare svariate soluzioni, siano esse più coraggiose scelte di

¹⁵⁰ *Ex plurimis*, FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 11.

abolire uno dei due binari e di ritornare al solo “buon vecchio diritto penale”¹⁵¹, o più ponderate opzioni di mantenimento del doppio binario, realizzato però con fattispecie differenziate e disegnate in modo da interferire il meno possibile tra loro¹⁵².

Quest’ultima ipotesi, peraltro, se percorsa mediante consapevoli scelte di politica legislativa, consentirebbe di raggiungere graduazioni di tutela fondate su distinzioni di disvalore, allo scopo di stabilire un confine tra l’area del penalmente rilevante e quella para-penale, in ossequio ai principi di sussidiarietà e di *extrema ratio*.

Una redistribuzione del sistema punitivo che consenta di differenziare le fattispecie penali ed extra-penali sulla base di criteri più precisi e chiari è auspicata da tempo in dottrina e, proprio in questi cruciali settori, appare strumento necessario di risoluzione dei problemi di *bis in idem*¹⁵³.

Nonostante il legislatore infatti abbia omesso di intervenire in questa direzione in materia tributaria nell’ultima riforma del 2015, e allo stesso modo abbia evitato un serio percorso di differenziazione degli illeciti in materia finanziaria nella recente novella¹⁵⁴, si continua ad auspicare che si possa addivenire quanto prima a tale risultato.

Solo in questo modo, dall’apprezzabile valorizzazione dell’aspetto sostanziale della proporzione, quale garanzia imprescindibile, la tutela potrebbe esten-

¹⁵¹ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 238. Similmente, TORTORELLI, *L’illecito penale tributario e il suo doppio*, cit., 21 ss.

¹⁵² Contrario alla permanenza dei soli illeciti penali in materia di abusi di mercato, MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, cit., 318 ss. A favore della differenziazione nella tipizzazione delle fattispecie negli abusi di mercato, MUCCIARELLI, *L’insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Le società*, 2016, 194; e VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 200, che evidenzia tuttavia come si tratti di operazione molto complessa. Da tempo, infatti, si dibatte sui possibili criteri di riparto e indici di gravità. Taluno recentemente si è concentrato sulle modalità della condotta tali da esprimere un disvalore di azione mercato, che giustifichi l’intervento penale (BASILE, *Una nuova occasione (mancata)*, cit., 283 ss.).

¹⁵³ FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 17, che si riferisce a una distinzione rispettosa dei criteri di ragionevolezza, sussidiarietà e proporzionalità nell’uso della sanzione penale; MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico - funzionale della “materia penale”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15; NOTARGIACOMO, *Illecito penale e illecito amministrativo*, cit., 288; FUSCO, *La tutela del mercato finanziario*, cit., 11. In una prospettiva diversa, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit.; MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 988 ss.

¹⁵⁴ In questo senso, all’esito della riforma in materia di *market abuse*, circa il problema del *ne bis in idem*, afferma che “tale risultato può essere raggiunto unicamente diversificando le fattispecie astratte, anziché mediante il conferimento al giudice del caso singolo del delicato compito di assicurare la proporzione della “pena” (indipendentemente dalle etichette formali delle varie componenti di un trattamento punitivo da ricondurre a unità)”, MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 8.

dersi a evitare la pluralità di qualificazioni giuridiche, nella costruzione, prima, e nella risoluzione del loro concorso, poi. La proporzione diverrebbe dunque un elemento del divieto di doppia punizione, ma non certo l'unico indice, troppo debole all'interno di un principio svuotato di ogni altro più definito contenuto.

Si compirebbe così il passaggio da un *ne bis in idem* sostanziale che si estrinseca allo stato attuale nella sola fase sanzionatoria a un *ne bis in idem* che retrocede a tutela delle fasi antecedenti, fino addirittura a quella di tipizzazione della norma.