

QUESTIONI APERTE

Abusi di mercato

La decisione

Abusi di mercato - Divieto di un secondo giudizio - sanzioni formalmente amministrative - *ne bis in idem*- condizioni- valutazione della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio rimesso al giudice comune (CEDU, art. 4 Prot. 7; C.p.p. art. 649; D.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 artt. 185, 187- ter).

*In tema di abusi di mercato (artt. 185 e 187- ter TUF), nel caso in cui la sanzione irrogata da Consob sia già divenuta irrevocabile, la verifica del giudice penale circa la legittimità, rispetto al principio del *ne bis in idem*, del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore degli illeciti può comportare esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in mitius della norma che commina dette sanzioni solo nel minimo edittale.*

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE QUINTA, 05 Febbraio 2019 (ud. 09 Novembre 2018) - SETTEMBRE, *Presidente* - BORRELLI, *Estensore* - O., *ricorrente*.

Il *ne bis in idem* europeo nella sua “nuova” veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell’ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi.

La sentenza in epigrafe offre l'occasione per esplorare il principio del *ne bis in idem* europeo alla luce delle recenti evoluzioni della giurisprudenza sovranazionale, che ne hanno mutato il volto, trasformandolo da canone di garanzia processuale a presidio anche di istanze sostanziali nella prospettiva della proporzionalità (in astratto e in concreto) del trattamento sanzionatorio. Sulla base anche delle novità emerse nell'elaborazione della Corte EDU e della Corte di giustizia dell'U.E. è dunque possibile ora interrogarsi - come si spiega nella nota- circa l'incidenza del canone sovranazionale anche all'interno di un unico procedimento, in materia di cumuli punitivi.

European ne bis in idem: in its "new" substantive form: its possible effectiveness even in the context of a single procedure for punitive accumulation.

*The judgment in epigraph offers an opportunity to explore the principle of *ne bis in idem* in Europe in the light of recent developments in supranational jurisprudence, which have changed its face, transforming it from a procedural guarantee to also cover substantial claims in the perspective of proportionality (in abstract and concrete) of the treatment of penalties. On the basis also of the novelties which emerged in the elaboration of the EDU Court and of the E.U. Court of Justice, it is now possible to question - as explained in the note - the incidence of the supranational canon, even within a single procedure, on the subject of punitive accumulations.*

SOMMARIO: 1. Focalizzazione della questione. - 2. I fatti oggetto del giudizio. - 3. La dimensione prettamente processuale del *ne bis in idem* europeo nell'elaborazione antecedente alla sentenza A. e B. c. *Norvegia*. - 4. Il “recupero” della dimensione anche sostanziale del *ne bis in idem* europeo a seguito della sentenza A. e B. c. *Norvegia*: tra proporzionalità in astratto e in concreto. - 5. *Ne bis in idem* e

interventi di riforma in ambito penale- finanziario: l'applicazione diretta del principio sovranazionale da parte della Cassazione. – 6. Valutazioni conclusive in materia di conflitti normativi all'interno di un unico procedimento.

1. *Focalizzazione della questione.* La sentenza in commento si colloca in quel recente *trend* giurisprudenziale che è tornato ad occuparsi delle implicazioni e dell'estensione del principio del *ne bis in idem* europeo a seguito delle nuove prese di posizione assunte dai giudici convenzionali e comunitari circa la sua fisionomia e i suoi presupposti operativi¹.

Come è noto, il principio del *ne bis in idem* risulta “codificato”, da un lato, nell'art. 4 del Protocollo n. 7 della C.E.D.U. (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)², firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, dall'altro, nell'*acquis* eurounitario, nell'art. 50 C.D.F.U.E. (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea)³, articolato, quest'ultimo, ormai uscito dal limbo della *soft law* ed assunto al rango di *hard law* con la sua “giuridicizzazione” nel Trattato di Lisbona sull'Unione Europea, entrato in vigore nel dicembre del 2009.

Questo principio, peraltro, era già riconosciuto dall'art. 14 § 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché dalle varie Convenzioni del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, oltre che dall'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale.

Il principio adempie ad un doppio ruolo di garanzia, assicurando la certezza del diritto, mediante l'attribuzione alle decisioni penali definitive dell'*autoritas* della *res iudicata*, e tutelando l'individuo dal rischio di nuove persecuzioni penali per lo stesso fatto⁴.

Tale principio, svolge, ancorché in modo differente, la sua efficacia cogente negli Stati aderenti alla C.E.D.U. e all'Unione europea.

D'altronde, il principio in disamina, nella sistematica sovranazionale, è stato elevato al rango di *diritto fondamentale*.

¹ A conclusioni analoghe a quelle a cui è pervenuta la Cassazione con la sentenza in commento era già approdata, Cass., Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, in *Cass. pen.* 2019, 642, con nota di MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*.

² Questa disposizione recita: “Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato”.

³ Questa disposizione recita: “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato: Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

⁴ Così, ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. n. 7 CEDU*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, a cura di Bartole- De Sena- Zagrebelsky, Padova, 2012, 895.

Pertanto, il *ne bis in idem* risulta ormai intangibile e la sua particolare forza è attestata dalla generale inammissibilità – al di là delle eccezionali ipotesi in cui è ammesso il bilanciamento con altri interessi di rango ancora più elevato⁵- di deroghe, neppure in caso di urgenza, ai sensi dell’art. 15 C.E.D.U⁶.

Insomma, l’aver collocato il *ne bis in idem* a fianco del diritto alla vita, al divieto di tortura, al divieto di schiavitù e al principio di non retroattività della legge penale, tra i diritti inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione, è una scelta che ne suggella l’efficacia incondizionata ed il valore assoluto.

Nei paesi membri dell’U.E., perlomeno nelle materie di spettanza comunitaria, tale direttiva, attesa l’“integrazione” tra ordinamento comune e ordinamenti statali, ha immediati riflessi precettivi, senza la preventiva esigenza, a cui è invece subordinata l’applicabilità della disciplina convenzionale in insanabile contrasto con quella interna, di alcun incidente di costituzionalità.

Il *diritto al ne bis in idem* – così come declinato a livello comunitario e convenzionale- preclude adesso, in teoria, la *sequenziale* apertura a carico del medesimo soggetto, per lo stesso fatto, di un procedimento penale e di altro “formalmente” amministrativo (o, perché no, in base al medesimo *iter* logico e argomentativo, anche civile⁷, contabile, disciplinare⁸ *et similia*⁹) da cui deri-

⁵ Si tratta, invero, di garanzia esposta al giudizio di bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione come ha specificato la stessa Grande Camera nella sentenza del 27 maggio 2014, ric. n. 4455/10, *Margiš c. Croazia* (§§ 128 e 140) in www.processopenaleegustizia.it. Sul tema, PIZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 6.

⁶ Si è espresso in questi termini, TOLOMELLI, *Giudicato penale e lex mitior ex art. 7 CEDU: argomenti a difesa della stabilità della preclusione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2718. Inoltre, 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 marzo 2014, sul market abuse*, in https://www.abi.it/Lists/ABI_homepage_calendario/Attachments/67/Incontro%20di%20approfondimento.pdf.

⁷ Sul processo di avvicinamento tra illecito penale e civile determinato soprattutto dal d. lgs. n. 7 del 2016 che, insieme alla depenalizzazione dovuta al d. lgs. n. 8 del 2016, ha proceduto all’abrogazione di una serie di illeciti penali, trasformandoli in nuovi illeciti civili assoggettati a sanzioni pecuniarie civili, associate alla misura del risarcimento dei danni, SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 78 ss. Del resto, a tali sanzioni è stata attribuita una funzione punitiva e deterrente (oltre che compensativa della vittima) anche da Cass. civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Guida al dir.*, 33, 2017, 40, con nota di SACCHETTI, *Una bizzarra categoria di danni estranea al sistema*.

⁸ Il Tribunale di Brindisi ha dichiarato l’improcedibilità dell’azione penale in ragione della preclusione di cui all’art. 649 c.p.p., e dei principi elaborati dalla Corte EDU in tema di *ne bis in idem*, in una vicenda che vedeva un detenuto imputato per danneggiamento aggravato di beni dell’amministrazione penitenziaria custoditi all’interno della sua cella. A causa di queste condotte il soggetto, ai sensi dell’art. 77, n. 13, d.p.r. n. 230 del 2000, era già stato condannato in sede disciplinare con le sanzioni dell’esclusione per 15 giorni dalle attività in comune e del risarcimento dei danni. Ebbene, il Tribunale pugliese, dichiarando la propensione punitiva delle misure disciplinari comminate all’imputato ha di-

vino, tuttavia, conseguenze equiparabili, sul piano afflittivo e teleologico (secondo le indicazioni emergenti nell'attività pretoria delle due Alte Corti internazionali) ad autentiche sanzioni penali¹⁰.

In sostanza, da tale direttiva ci connette il divieto, in una visuale processualistica, di moltiplicare i procedimenti relativi a violazioni di matrice analoga, in nome dell'idea per cui "il processo è già una pena" ed è ingiusto e iniquo incrementarne irragionevolmente il numero.

La ricerca degli esatti confini applicativi di questa garanzia, dopo la sentenza *Grande Stevens c. Italia* della Corte EDU¹¹ - condivisa, nelle sue assunzioni di

chiarato il non doversi procedere per avere subito il prevenuto già una condanna per il medesimo fatto (sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, di cui parleremo diffusamente dopo, in effetti, appare indiscutibile la grave incidenza sulla libertà personale dell'esclusione dalle attività in comune per la durata di 15 giorni, tanto più ove si consideri che, associato a tale sanzione, ricorre anche l'isolamento continuo). Il giudice brindisino ha reputato possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., nel senso di ricomprendere al suo interno l'ipotesi in cui il precedente giudicato, benché formalmente non penale, abbia sostanzialmente ad oggetto un'accusa penale. Così, Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, Giudice Biondi, con nota di FINOCCHIARO, *Improvvisabilità per ne bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 12 dicembre 2014).

⁹ Ha già impeccabilmente illustrato i medesimi concetti, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, n. 4, 2013, 30 ss. Nella giurisprudenza di merito, proprio alla luce del diritto vivente della Corte EDU, si è addivenuti ad un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 173 c.p. Si è, infatti, osservato come l'ordine di demolizione, previsto dall'art. 31, comma 9, d.p.r. n. 380 del 2001, al di là della sua formale qualificazione giuridica interna, sia assimilabile ad una pena ad ogni effetto convenzionale e nazionale. Pertanto, si è detto, tale misura non può essere sottratta all'ambito applicativo delle disposizioni sostanziali in tema di prescrizione della pena, estinguendosi, quindi, ai sensi dell'art. 173 c.p., ove non eseguita nel termine di cinque anni. Così, Trib. Asti, Sez. Esecuzioni penali- Giudice Corato, 3 novembre 2014, con nota di BUCCHI SIENA, *Strasburgo chiama, Asti risponde: l'ordine di demolizione è una pena e si prescrive*, in *questa rivista*, 1, 2015, 1.

¹⁰ Sull'argomento, in generale, si veda la recente indagine di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 16 ss. e, inoltre, 17 ss. dove si è messo in evidenza come gli *Engel criteria* siano da considerarsi in via alternativa e non cumulativa di talché la *severità* della sanzione costituisce solo uno dei parametri di possibile valutazione per ravvisare la "materia penale". Per la citazione di arresti in punto, ALLEGREZZA, *Sub art. 4 cit.*, 899 ss., la quale, tuttavia, ha espresso perplessità in ordine alla correttezza di tale indirizzo che, in definitiva, ha finito per introdurre un nuovo più restrittivo criterio non previsto nell'art. 4 Prot. n. 7 C.E.D.U.

¹¹ Corte EDU, 04 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. n. 18640/10, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito in data 30 giugno 2014), con nota di DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*. Si tratta di arresto divenuto definitivo, poiché la Grande Camera, in data 07 luglio 2014, ha rigettato il ricorso proposto dallo Stato Italiano, come da comunicato della cancelleria n. 203 del 2014, riportato *ivi* (materiale inserito in data 08 luglio 2014); inoltre in *Cass. pen.*, 2014, p. 3908, con nota di BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*. L'Autore, a p. 3103 ss. del commento, ha notato come i giudici di Strasburgo abbiano sottolineato, al fine di argomentare le loro conclusioni,

fondo, dalla Corte di giustizia dell'U.E. - sembrava ormai essere pervenuta a conclusioni definitive, sino a quando le certezze acquisite sono state scosse da un innovativo indirizzo elaborato dai giudici di Strasburgo - ai cui approdi ci si é poi allineati nell' *acquis* comunitario- che ha alterato i tratti caratteristici della "regola" europea, assegnandole un ruolo in parte nuovo e diverso rispetto al passato.

Con la sentenza *A. e B. c. Norvegia* del 2016 (che si analizzerà più diffusamente nel proseguito), i giudici di Strasburgo hanno articolato proposizioni implicanti, per un verso, l'attenuarsi delle ripercussioni *processuali* del fenomeno, per l'altro, l'accrescersi delle sue ricadute *sostanziali* in materia di cumuli punitivi e proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

La svolta impressa da *A. e B. c. Norvegia* ha determinato il passaggio dal divieto di attivare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati ad un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata.

In questa prospettiva, la Corte, nel disattendere la ricostruzione dell'istituto effettuata in *Grande Stevens c. Italia*, è tornata un po' alle origini quando si vagliava la compatibilità del principio del *ne bis in idem* con il concorso tra illeciti penali e formalmente amministrativi dal punto di vista sostanziale¹².

Rebus sic stantibus, se è vero che la Corte EDU - e con essa, di conserva, la Corte di giustizia dell'U.E.- ha sempre declinato i suoi assunti scrutando il fenomeno con specifico riguardo ad accuse elevate per i medesimi fatti e contro la stessa persona in seno a *diversi* procedimenti tutti di "natura" penale, è altrettanto vero che occorre ormai porsi il problema se le direttive enunciate,

che le fattispecie amministrative contenute nel T.u.f. tutelano interessi analoghi a quelli protetti dalla corrispondenti ipotesi penali; che, per di più, si tratta di fattispecie amministrative con chiaro scopo repressivo e deterrente atteso l'ammontare estremamente elevato delle sanzioni pecuniarie irrogabili, il contenuto notevolmente stigmatizzante delle conseguenze accessorie indicate dall'art. 187- *quater* T.u.f. In questa ottica, nota ancora l'estensore del commento, i giudici di Strasburgo richiamano il precedente ascrivibile alla Sez. II, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, con nota di ZIRULLA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 28 novembre 2011), in cui la Corte EDU ha definito sostanzialmente penali le sanzioni irrogabili dalla AGCM per le violazioni alla normativa italiana sulla concorrenza.

¹² Ha sottolineato questo dato, F. MAZZACUVA, *Le pene cit.*, 287 e, al riguardo, alla nota n. 1 si cita Corte EDU, 29 maggio 2001, *Franz- Fischer c. Austria*. D'altronde, questo aspetto lo si coglie anche dall'analisi risalente all'anno 2012 di ALLEGREZZA, *Sub art. 4 cit.*, 899.

una volta trasposte all'interno del nostro ordinamento, siano capaci di proiettarsi al di là del solo divieto di doppio giudizio, potendone venire *estesa* la portata e fungere da strumenti esegetici per sciogliere, anche nell'alveo di un *unico* procedimento penale, l'alternativa tra concorso formale di reati e concorso *apparente* di norme¹³.

Invero, le Corti europee, nonostante siano state investite della questione in rapporto ad una casistica inerente la moltiplicazione di procedimenti contentutisticamente analoghi a carico dello stesso soggetto (dove, quindi, il canone sovranazionale sembrava vulnerato innanzitutto sul versante processuale), hanno impartito indicazioni ermeneutiche idonee ad evidenziare anche la componente sostanziale del principio, con la correlata esigenza di vagliare la possibilità di *ampliarne* l'efficacia precettiva, per verificare se da questa garanzia discenda l'ulteriore divieto di applicare una pluralità di fattispecie incriminatrici strutturalmente o assiologicamente omogenee all'interno di un *unico* giudizio penale¹⁴.

Insomma, quando i giudici europei, attraverso le loro ultime prese di posizione, sostengono, da una parte, che il *ne bis in idem* assolve principalmente ad una funzione *equilibratrice* della pena, imponendo una risposta sanzionatoria nel complesso *proporzionata*, dall'altra, che la convergente operatività di diverse ipotesi di illecito è ammissibile a patto che ciascuna si riferisca ad aspetti diversi dello stesso accadimento storico, lasciano chiaramente intendere l'intenzione di superare l'orientamento che voleva circoscrivere l'efficacia del principio in una "angusta" dimensione processuale, consentendogli di sprigionare benefici influssi sinanco all'interno di *un solo* giudizio onde prevenire ingiusti cumuli sanzionatori, con tutte le ricadute applicative che ne conseguono in materia di concorso di reati.

¹³ Un'osservazione analoga è stata già formulata da DELBONO, *Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/02/Scarica-il-contributo.pdf>, 8. La stessa domanda, d'altronde, se la è già posta, DONINI, *Septies idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2284 ss. L'Autore, peraltro, si è anche opportunamente posto il problema inerente la compatibilità con il principio del *ne bis in idem* europeo nella sua declinazione sostanziale (tutta incentrata sulla necessaria proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio) degli abnormi cumuli punitivi che si generano all'interno dello stesso sistema *formalmente* penale, in relazione al medesimo fatto, sul quale tendono ormai spesso a concentrarsi pene principali, pene accessorie, confisca a vocazione afflittiva, in caso di gravi reati contro la P.A. anche la riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p. alla quale, al di là di "ipocrite etichette", è difficile negare una natura sanzionatoria ecc.

¹⁴ In questo senso, nell'ambito di un'indagine concentrata sul rapporto di specialità tra illecito penale e amministrativo di cui all'art. 9, l.n. 689 del 1981, PENCO, *Il principio di specialità amministrativa. Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 3, 2015, 68.

Del resto, anche la Corte costituzionale, in tempi recenti, ha chiosato: «*il ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "close connection" è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata*»¹⁵.

In definitiva, la “ storia” di questa prerogativa sovranazionale conosce “ un prima e un dopo”¹⁶, nel senso che è stata attraversata da un “ evento traumatico” - la sentenza *A. e B. c. Norvegia*- che ha segnato uno spartiacque tra quello che era il suo significato originario e la funzione che sarà destinata ad esercitare in futuro.

Con la sentenza in epigrafe i giudici di legittimità si sono nuovamente confrontati con le nuove linee guida elaborate a Strasburgo e a Lussemburgo in materia di abusi di mercato, uno dei terreni di cultura ideali in cui sperimentare le direttive provenienti d'oltralpe, poiché qui - come nel sistema penale tributario d'altronde-, la struttura multilivello con cui è stato concepito l'addentellato normativo, ha innescato le più minute e diffuse discussioni circa le interferenze nel nostro sistema sanzionatorio del principio del *ne bis in idem* europeo.

2. *I fatti oggetto del giudizio.* Con sentenza di patteggiamento, l'imputato era stato condannato per i reati di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2622 c.c. e manipolazione del mercato di cui all'art. 185 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (poi solo T.u.f.) alla pena finale di anni tre di reclusione ed € 200. 000 di multa.

Tale ultima statuizione è stata dichiarata non eseguibile in forza dell'art. 187 *terdecies* T.u.f. - a tenore del quale, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies*, l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria,

¹⁵ Corte cost., n. 43 del 2018.

¹⁶ TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2017, 1047 ss.

avendo l'imputato già corrisposto la sanzione definitivamente irrogata dalla CONSOB per l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187 *ter* T.u.f. - che punisce la manipolazione del mercato sul piano *extra*- penale-, sufficiente a coprire l'ammontare della pena pecuniaria decisa in sede penale.

Infine, il ricorrente era stato condannato alle pene accessorie enucleate nell'art. 186 T.u.f. per la durata di un anno e quattro mesi.

Tra le altre doglianze, l'imputato lamentava la mancata applicazione del principio del *ne bis in idem* europeo, consacrato negli artt. 4 Prot. n. 7 C.E.D.U. e 50 C.D.F.U.E., come lo stesso ha acquistato forma e sostanza cogente nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU e della Corte di giustizia dell'U.E., eccependo di essere stato già definitivamente giudicato e condannato dalla CONSOB alla sanzione pecuniaria di € 200. 000 e alle sanzioni interdittive accessorie della durata di quattro mesi previste dall'art. 187- *quater* T.u.f. in relazione al medesimo fatto posto a fondamento del giudizio penale. In particolare, il ricorrente denunciava la mancata applicazione immediata della " regola europea" e, quindi, l'omesso pronunciamento di una sentenza di non doversi procedere, ovvero, invocava la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. in riferimento ai parametri sovranazionali.

Nell'esaminare e respingere le questioni sottoposte al suo vaglio, la Corte ha preso atto del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo *A. e B. c. Norvegia*¹⁷, nonché di decisioni ad essa conformi emesse a Lussemburgo.

Sulla base dei significativi mutamenti del quadro giurisprudenziale sovranazionale (su cui torneremo dopo), i giudici di legittimità hanno osservato, da un parte, come il *ne bis in idem* europeo abbia ormai cessato di agire in presenza di una *close connection* sul piano temporale e materiale tra i due procedimenti, dall'altra, come questa direttiva risulti, nell'assetto esegetico attuale, più che altro deputata ad assicurare un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato all'entità del fatto.

Di talché, si è soggiunto, nel caso in cui le due procedure abbiano marciato in modo cronologicamente coordinato e abbiano determinato l'irrogazione di sanzioni cumulativamente adeguate all'integrale disvalore del fatto, la regole europea non potrà dirsi disattesa e il combinato disposto dei due giudizi ingiusto.

¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, ric. n. 24130/ 11 e 29758/ 11, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

Nel caso di specie, sulla preliminare constatazione della ricorrenza di un rapporto di stretta connessione temporale e materiale tra le due serie sanzionatorie, i giudici hanno concentrato la loro attenzione sulla compatibilità del trattamento punitivo con il principio del *ne bis in idem* nella sua mutata fisionomia.

In questa prospettiva, hanno osservato – in linea con l’indirizzo ormai in via di consolidamento presso la Suprema corte¹⁸ – come l’operatività della garanzia possa unicamente condurre alla rimodulazione *in mitius* della risposta strettamente penale ove la sua associazione a quella amministrativa, già definitivamente disposta, sia idonea a determinare una reazione dell’ordinamento eccessiva rispetto alla reale gravità del fatto.

Si potrebbe persino giungere alla disapplicazione totale della disposizione sanzionatoria che prevede la sanzione non ancora irrevocabile se quella applicata per prima assorbe da sola l’intero disvalore del fatto.

In casi estremi, il giudice comune potrebbe dunque disapplicare le sanzioni penali se quelle amministrative già definitive esauriscono la gravità dei due illeciti.

Da questa angolatura, hanno opinato i giudici nel § 4. 1 del *Considerato in diritto*, in ipotesi limite, quando cioè – soggiungiamo noi – la reazione già definitivamente attivata dall’ordinamento sia sufficiente ad esaurire l’intero disvalore del fatto, anziché accontentarsi di una semplice rimodulazione del trattamento sanzionatorio, si potrebbe persino giungere ad una sentenza di proscioglimento in base al principio del *ne bis in idem*.

Nella fattispecie assoggettata al suo sindacato, la Corte ha optato per la conferma della sentenza impugnata giudicando proporzionata la complessiva risposta sanzionatoria di cui era stato destinatario il soggetto nelle due sedi, amministrativa e penale.

In breve, i giudicanti hanno ritenuto la rispondenza al divieto di *bis in idem*, declinato al lume del canone della proporzionalità, del trattamento sanzionatorio finale, senza, quindi, individuare la necessità di alcuna opera di rivisitazione della misura delle pene inflitte nel merito attesa la gravità dei fatti, la collocazione delle sanzioni in prossimità dei rispettivi minimi edittali, nonché, infine, il ricorso al meccanismo compensativo delineato nell’art. 187- *terde-*

¹⁸ Così, Cass., Sez., 10 ottobre 2018, n. 45829, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità* (materiale inserito il 17 ottobre 2018). Inoltre, Cass., Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/49869_11_2018_no-index.pdf.

cies T.u.f. che, nel caso di specie, ha annientato la pena pecuniaria.

In definitiva, ad avviso del Collegio, al di là di fattispecie di radicale sproporzione del carico punitivo risultante dalla sentenza impugnata, sarebbe inibito qualsiasi intervento, tanto più, si è soggiunto, che nella fattispecie in disamina si era al cospetto di una sentenza di patteggiamento in ordine alla quale si è generalmente ammesso in giurisprudenza un giudizio sul quadro sanzionatorio solo in caso di illegalità della pena per erronea applicazione delle disposizioni di legge che la contemplano, ovvero in caso di illegalità sopravvenuta per rideterminazione dei limiti edittali a seguito di declaratoria di incostituzionalità.

3. *La dimensione prettamente processuale del ne bis in idem europeo nell'elaborazione antecedente alla sentenza A. e B. c. Norvegia.* Come è noto, a livello sovranazionale, la questione circa il contenuto e l'estensione del principio del *ne bis in idem* presuppone l'individuazione della nozione di "accusa in materia penale" in ambito convenzionale ed eurounitario.

In estrema sintesi, ai fini dell'individuazione della reale essenza delle sanzioni "apparentemente" *extra*-penali, la stessa *Corte di Strasburgo* nella prospettiva convenzionale, il *Giudice nazionale* in quella unionale, devono considerare tre parametri alternativi tra loro (che non impediscono un approccio cumulativo se l'analisi atomistica e parcellizzata dei singoli criteri osta ad un responso chiaro in merito alla sussumibilità dell'accusa nella materia penale¹⁹): la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la sua natura e, infine, l'indole e il grado di severità della misura, nel senso che una conseguenza può dirsi equipollente ad una pena qualora presenti una proiezione afflittiva in linea con le indicazioni fornite dalle stesse Alte Corti sovranazionali nei *leading cases Engel e altri c. Paesi Bassi*²⁰, della Corte E.D.U., e *Bonda*²¹, della

¹⁹ Sul punto, BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia. Relazione n. 35 del 2014 dell'ufficio del Ruolo del Massimario della Corte di Cassazione- settore penale*, in http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione_pen_35_2014.pdf, 5.

²⁰ Corte EDU, 08 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, Ric. n. 5100/ 71- 5101/ 71- 5102/71- 5354/ 72- 5370/ 72, §§ 82- 83, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{). Per un lungo commento dei criteri elaborati in questa pronuncia per riconoscere la " materia penale" in senso convenzionale, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 51 ss. Peraltro, ha segnalato l'Autore a p. 37 e a p. 44, è forse con la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, che la nozione di " materia penale" in senso convenzionale acquista un contenuto più definito, soprattutto in ordine al criterio di riconoscimento che fa leva sulla " natura dell'illecito".

²¹ Corte giustizia dell' U.E., 5 giugno 2012, *Bonda*, C- 489, in

Corte di giustizia dell'U.E.²².

Nella giurisprudenza europea sono stati d'altronde particolarmente enfatizzati, al fine di scoprire il reale contenuto di una risposta sanzionatoria, la natura e lo scopo della reazione in discussione, distinguendo a secondo se la stessa presenti un contenuto ripartivo/ compensativo, preventivo o afflittivo²³.

E' infatti ormai consolidato l'orientamento secondo cui sul parametro della gravità della sanzione debba prevalere l'aspetto finalistico, nel senso che, riconosciuta la proiezione repressiva (e non semplicemente preventiva o riparatoria) della reazione, la sua intensità afflittiva non viene neppure considerata²⁴, così come, viceversa, in assenza di una finalità - *voluta e necessaria*- punitiva, l'oggettivo tasso di " sofferenza" collegato alla misura viene ritenuto un effetto collaterale inidoneo a determinare l'insorgenza di una sanzione di natura penale²⁵.

La sanzione è stata ritenuta deputata ad assolvere ad una funzione punitiva,

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-489/10>.

²² Per amore di completezza occorre osservare come la sentenza *Engel* sia stata emessa in riferimento all'art. 6 C.E.D.U. (sul giusto processo convenzionale). Con più specifico riguardo all'art. 7 C.E.D.U. (dove è sancito il principio di legalità convenzionale) il *leading case* è, invece, il seguente: 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito, Ric. n. 307- A*, in *Leg. pen.*, 1995, 522, dove la Corte ha precisato, rispetto a quanto aveva già statuito in precedenza, come uno dei parametri da considerare onde riconoscere i connotati distintivi di una pena, al di là delle etichette formali, sia costituito anche dalla consequenzialità della misura rispetto ad una condanna per reato. La Corte ha inoltre enfatizzato, al fine di scoprire il reale contenuto di una conseguenza sanzionatoria, la natura e lo scopo della misura in discussione, distinguendo a secondo se la stessa presenti un contenuto preventivo o afflittivo.

²³ Per un'ampia disamina della giurisprudenza in materia, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il " doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1906 ss. e DE AMICIS- GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 471 ss.

²⁴ Così, di recente, SILVA, *Sistema cit.*, 73. Ma già si era lucidamente espresso in questi termini proprio in base alle indicazioni contenute in Corte EDU, Grande Camera, 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania cit.*, ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 868 ss. Ha segnalato come la finalità punitiva sia stata particolarmente enfatizzata in Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 307 cit., per qualificare la misura della confisca introdotta dopo la commissione del reato di traffico di sostanze stupefacenti di natura penale e, quindi, insuscettibile di applicazione retroattiva, LABIANCA, *La nuova dimensione del ne bis in idem: dal caso Grande Stevens a C. cost. n. 102 del 2016*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, diretto da Cadoppi- Canestrari- Manna- Papa, Torino 2017, 134.

²⁵ Infatti, tutte le sanzioni hanno una portata afflittiva per l'individuo, ma solo in quelle realmente " punitive", e non meramente riparative e preventive, tale effetto è voluto e necessario. Così, MANES, *Profili e confini dell'illecito para- penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 995 e 1002. Nel caso di compresenza tra finalità diverse, occorrerà verificare quale sia quella prevalente in base alla sua incidenza su beni personalissimi. Ancora, sul punto, F. MAZZACUVA, *Le pene cit.*, 27 ss. e 71 ss. Già aveva sottolineato questo aspetto, PALIERO, *" Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione " classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 911 ss.

non soltanto quando questa assurga a sua finalità principale²⁶, ma anche quando alla stessa si accompagnino finalità diverse, eventualmente di carattere preventivo volte ad arginare la pericolosità di una persona o di una cosa²⁷, con esclusione, di conseguenza, di misure permeate da soli scopi riparatori e ripristinatori.

Su di una simile premessa di ordine generale, attinente alla configurazione del concetto di “materia penale”, si è innestato, come detto, un profilo peculiare, condizionato in modo decisivo da quelle acquisizioni di base, concernente l’enucleazione del principio del *ne bis in idem* valevole in ambito convenzionale e comunitario.

Un punto di approdo fondamentale di tale elaborazione concettuale è rappresentato, in riferimento alla specifica nicchia degli abusi di mercato, ma con enunciazioni di respiro generale, estendibili a qualsiasi fatto coinvolto in una logica di tutela multilivello, dall’ “epocale” sentenza della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia*²⁸.

Qui, oltre ad essere stata ribadita l’efficacia vincolante del principio in disamina in tutti gli ordinamenti aderenti alla C.E.D.U., si è proceduto ad una compiuta e organica perimetrazione dei suoi confini applicativi sottolineando in sintesi: i) che simile direttiva inibisce di avviare più procedimenti fondati sulla contestazione di *fattispecie storico-naturalistiche identiche* – il presupposto dell’*idem factum* in luogo dell’*idem* legale era stato per la prima volta elaborato nella sentenza della Grande Camera *Zolotukhin c. Russia* del 2009²⁹-, avocabili a modelli astratti, *anche strutturalmente differenti* tra loro,

²⁶ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95.

²⁷ Come finalità preventive, pensiamo a Corte EDU, sez. II, 30 agosto 2007, *Fondi Sud e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01. In particolare, la Corte ha osservato, con riferimento alla confisca urbanistica: “*Questa pena è quindi da considerarsi contemporaneamente preventiva e repressiva, e quest’ultima caratteristica è quella che generalmente consente di distinguere le diverse sanzioni penali*” (§ 1 del *Considerato in diritto*).

²⁸ Per un’analisi di questa pronuncia nel contesto di uno studio monografico sui reati economici, GAMBARDILLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 354 ss.

²⁹ Invero, il confronto tra fatti storici, anziché tra fattispecie astratte, è stato imposto dalla Corte EDU a seguito del *revirement* operato dalla Grande Camera, con sentenza del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia* cit. Per un giro d’orizzonte sulla nozione di “stesso fatto” poi sposata nella sentenza appena citata, GARIN, *Ne bis in idem et Convention européenne des droits de l’homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2016, 416 ss.; KARAKOSTA, *Ne bis in idem: une jurisprudence peu visible pour un droit intangible*, *ivi*, 2007, 34 ss.; PUECHAVY, *L’arrêt Zolotukhin c. Russia*, in AA.VV., *Le principe ne bis in idem*, a cura di Puechavy, Limal, 2012, 20 ss. In quella italiana, anche per le ripercussioni in materia di concorso di reati, MANNA, *Corso di diritto penale, Pt. gen.*, Padova, 2017, 463, il quale ha osservato: “*Nell’ottica della Corte EDU orientata ai fatti più che alle norme, è la specialità in concreto oppure i criteri sostanzialistici che dovrebbero orientare i giudici nel verificare che ci sia o non ci sia violazione del ne bis in idem, non invece la specialità in astratto*”. Come ha segnalato PROCACCINI, *Metamorfosi del ne bis in*

ma, al di là della loro catalogazione formale, contemplanti tutti sanzioni di natura *effettivamente* penale secondo i c.d. criteri *Engel* (§ 224)³⁰; ii) che, per quel che concerne la definizione del *bis*, ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 7 alla C.E.D.U., è irrilevante che il secondo procedimento si sia chiuso con una condanna o un'assoluzione, poiché l'infrazione al *ne bis in idem* dipende dalla *mera* apertura di una seconda procedura di accertamento anche qualora questa non porti ad una decisione di merito³¹; iii) che la valutazione circa *l'identità degli addebiti e la comune matrice penale dei rispettivi apparati sanzionatori* è rimessa, in ciò stagliandosi un tratto distintivo rispetto agli approdi raggiunti a Lussemburgo come vedremo, non già al *Giudice interno*, bensì all'insindacabile avviso della *Corte EDU* (§§ 222- 223)³²; iv) che normative interne volte a permettere la celebrazione di diversi procedimenti relativi ai medesimi *fatti concreti*, da cui possano scaturire sanzioni penali, si pongono in contrasto con il parametro "interposto" di cui all'art. 4 Prot. n. 7 C.E.D.U. (§§ 222- 223); v) che, nelle materie, come quella dei c.d. "abusi di mercato" (e, aggiungiamo noi, quella penale-tributaria), concepite secondo la logica del doppio binario, questo fenomeno degenerativo è connaturato all'impianto della normativa di settore dove sono previste fattispecie dichiaratamente penali e fattispecie "nominalmente" amministrative, ma, *nella prospettiva della Corte EDU*, di fatto penali, avuto riguardo - in ottemperanza ai parametri escogitati sin dalla sentenza *Engel*- alla natura degli illeciti (ossia all'importanza dei beni protetti e alla funzione deterrente assegnata alle fattispecie in questione), al contenuto e al grado di severità delle sanzioni previste dalla legge (pecuniarie e interdittive, criterio, quest'ultimo, particolarmente valorizzato dalla Corte nell'arresto in esame) e, nello specifico caso sottoposto al giudizio del Collegio, concretamente comminate ai ricorrenti (§§ 96- 99); vi) che, in simile evenienze emerge una divaricazione endemica tra ordinamento interno e convenzionale che, se non emendabile in via esegetica, esige

idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati", in AA.VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici- Gaito, Padova, 2018, 336 ss., nella "piccola Europa", questo concetto di "stesso fatto concreto" era stato già effigiato da Corte giust. UE, 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C- 436/ 04, sebbene con riferimento nell'art. 54 CAAS.

³⁰ Sul punto si rinvia alle osservazioni di NOTARGIACOMO, *Illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio*, in *Cass. pen.*, 2015, 284 ss. .

³¹ Ma già, in questo senso, Corte EDU, Sez. I, 3 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*, n. 31982/ 96.

³² Ha efficacemente rilevato DE AMICIS, *Ne bis cit.*, 11 ss. come la valutazione del giudice nazionale possa divergere da quella del giudice convenzionale, con il connesso rischio di addivenire a soluzioni contrapposte - secondo i diversi canoni nazionali e convenzionali- in relazione a identiche fattispecie materiali.

- è l'implicito invito, ha convenuto anche la Corte di Cassazione³³, evincibile dal *dictum* in disamina-interventi correttivi del legislatore finalizzati a “ smantellare” il sistema del doppio binario, ovvero, aggiungiamo noi, come pionieristicamente auspicato da autorevole dottrina e come in qualche modo messo in pratica sul terreno positivo in sede di riforma del comparto degli abusi di mercato (su cui torneremo diffusamente *infra*), la sua conservazione, accompagnata, però, da una rimodulazione della disciplina atta a distinguere bene illecito “ *maior*” e “ *minor*”³⁴.

Nel contesto europolitano, in ordine all'efficacia dell'art. 50 C.D.F.U.E. (“ trattatizzato”, insieme all'intera Carta di Nizza, per effetto dell'art. 6 T.U.E.³⁵), la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'U.E., per il tramite della fondamentale sentenza del 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Fransson*, C-

³³ In questo senso si è espressa la Corte di cassazione, a seguito della sentenza *Grande Stevens*, allorché ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 187- *bis*, comma 1 T.u.f. (nel proseguo di questo capitolo si analizzerà la risposta della Consulta), nella parte in cui istituisce il cumulo tra sanzioni penali e amministrative, e 649 c.p.p. laddove, secondo questa lettura, pretende che il pregresso giudicato sia il parto di un'autorità giudiziaria penale e non formalmente amministrativa. La Corte, nel *Considerato in diritto*, § 3.2, ha testualmente osservato: “ (...) la pronuncia, infatti, ha comunque accertato una violazione del *ne bis in idem*, ossia un'incompatibilità - tra sanzione penale e sanzione amministrativa comminate dal TUF- di tipo sistemico (neretto e sottolineatura nostra), (...)”: Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2014, ord., n. 1782, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 22 gennaio 2015).

³⁴ Così, SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 683; in senso analogo, PULITANO, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 77 ss. DE AMICIS, *Ne bis in idem*, 25. Anche AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 291 ss. e MASUCCI, *Abusi di mercato*, in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2012, 258 ss. hanno caldeggiato la necessità di una netta differenziazione tra le fattispecie penali e amministrative così da escludere la contemporanea presenza di due illeciti e di due procedimenti. D'altronde, come si vedrà a tempo debito, è esattamente questa la direzione imboccata dal legislatore comunitario come dimostra quanto osservato nel *Considerandum* n. 23 della nuova Direttiva in materia di abusi di mercato 2014/ 57/ UE del 16 aprile 2014. In questo documento, il legislatore europeo, pur auspicando il mantenimento del regime del doppio binario, invita le parti a tracciare la linea distintiva tra illeciti penali e amministrativi, sottolineando che i primi devono attenersi a condotte dolose gravi, mentre i secondi riguardano condotte rispetto a cui non occorre provare il dolo o che siano idonee ad integrare illeciti qualificati come gravi. Inoltre, si precisa, mentre gli illeciti penali risultano punibili conformemente alla direttiva, quelli amministrativi configurano infrazioni al Regolamento UE n. 596 del 2014.

³⁵ L'art. 6, § 1, T.U.E., dando ingresso alla Carta di Nizza tra le fonti del diritto comunitario, riconosce, in via mediata, anche la C.E.D.U. a cui la Carta, in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, § 3, si conforma. Ma lo stesso art. 6, ai commi §§ 2 e 3, riconosce in via immediata i precetti C.E.D.U. sancendo: “ 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

617/ 10³⁶, chiamata a esprimersi sull'ipotizzata infrazione al divieto del *double jeopardy* nel caso di simultanea pendenza di un procedimento penale e di altro amministrativo- tributario relativo ai medesimi fatti, ha precisato e puntualizzato la portata *del principio* in sede unionale³⁷, formulando alcuni crucia-

³⁶ Consultabile in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VOZZA, Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatore e giudici nazionali e sovranazionali (materiale inserito in data 5 giugno 2014).

³⁷ Abbiamo tenuto a sottolineare questo aspetto in ragione di un orientamento emerso nella Suprema Corte e, in particolare, in Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767, con nota di PARODI- VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito in data 25 maggio 2012). Si tratta di una sentenza in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporto tra diritto interno e diritto dell'UE, in cui, nel paragrafo 5 della motivazione, si afferma che *"la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile soltanto allorché si sia in presenza di un diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. Situazione questa che può verificarsi, ad esempio, quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo e dandosi pertanto luogo non ad un rapporto di conformità-non conformità ma di applicabilità-non applicabilità, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra"*. Nel caso invece di una situazione di non conformità di una norma nazionale con un principio generale del diritto comunitario, continua la Corte - così come segnala l'estensore di questa parte della nota, Francesco Viganò-, il giudice nazionale avrebbe anzitutto il dovere di tentare un'interpretazione conforme; laddove questa strada si riveli impraticabile, egli sarebbe tenuto a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, ovvero una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost: *"non si tratterebbe, infatti, di 'non applicare' la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, 'disapplicare' o 'eliminare' la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria"*. Sebbene, dunque, occorra considerare tale indirizzo (che nel nostro caso non scalfisce la tenuta del discorso, essendosi già espressa la Corte di Giustizia sul divieto del doppio giudizio), tuttavia Francesco Viganò, nel commentare la pronuncia, ha ritenuto la distinzione, così enunciata dalla Corte, non fondata. Infatti, ha osservato l'Autore, la distinzione tra norme comunitarie dotate e non dotate di effetto diretto non dipende affatto - come invece sembra ritenere la Cassazione nella sentenza in discorso- dalla natura di norma-precetto (puntuale) o di norma-principio della disposizione comunitaria, essendo invece pacifico che l'effetto diretto debba essere riconosciuto - concorrendo tutte le condizioni enunciate per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Van Gend en Loos del 5 febbraio 1963, C- 26/ 62, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:IT:PDF> - anche alle norme dei trattati che stabiliscono libertà o principi in termini assolutamente generali, certamente non riducibili allo schema di una puntuale norma-precetto. A fronte di questo quadro - aggiunge Francesco Viganò- perdono ogni pratica consistenza le sottili distinzioni terminologiche operate dalla Corte di cassazione, nella sentenza qui in commento, tra "disapplicazione" della legge interna (che dovrebbe essere preceduta da una dichiarazione di illegittimità costituzionale della medesima) e sua mera "non applicazione", così come tra "conformità-non conformità" e "applicabilità-non applicabilità". Il punto di vista della Corte di giustizia - nota conclusivamente l'Autore-, che è decisivo per il giudice italiano, stante il principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno - è molto più semplice e lineare: la legge

li enunciati, sintetizzabili secondo il seguente schema riepilogativo³⁸: i) il principio del *ne bis in idem* è sancito nell'art. 50 C.D.F.U.E.; ii) *la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione (ivi incluso l'art. 50) si applica, in via immediata, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto europeo ai sensi dell'art. 51, § 1, dello stesso articolato* (asserto sviluppato dalla Corte in seno ai §§ 26- 28 nell'affermare la propria competenza)³⁹; iii) per medesimo fatto si

interna contrastante con il diritto dell'Unione dotato di effetto diretto - non importa se con un principio generale o con un puntuale precetto espresso da un singolo atto normativo europeo - non può trovare applicazione nelle controversie pendenti avanti i giudici ordinari, e deve pertanto essere disapplicata da parte di costoro, senza necessità di alcun intervento da parte della Corte costituzionale, e a prescindere altresì dal (possibile, ma non necessario) esperimento di un ricorso pregiudiziale di interpretazione avanti la Corte di giustizia. Proprio in argomento si rinvia, inoltre, alle considerazioni esposte nel fondamentale lavoro monografico di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 230 ss.

³⁸ E' opportuno ricordare che, poco tempo dopo tale pronuncia, la Corte EDU ha affermato la violazione del *ne bis in idem* convenzionale da parte del sistema repressivo penal-tributario finlandese: Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, ric. n. 11828/ 11 cit.. Successivamente, la Corte EDU ha nuovamente condannato la Finlandia per la violazione del *ne bis in idem* in ambito tributario: Sez. IV, 10 febbraio 2015, *Kiiverii c. Finlandia*, ric. n. 53753/ 12, con nota di DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prime aperture della Cassazione, ivi* (materiale inserito il 27 marzo 2015), a p. 2 l'Autore segnalava come la giurisprudenza della Corte EDU in materia cominciasse a fare breccia nella giurisprudenza della Cassazione. In tal senso, l'Autore riportava una sentenza dove, seppure in un *obiter dictum*, i giudici, trovandosi a valutare un'ipotesi di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-ter del d. lgs. 74/ 2000), avevano notato testualmente - come trascritto dall'estensore del commento- l'emersione di: "non irrilevanti dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria (si veda a tale proposito quanto stabilito con la sentenza della CEDU del 4 marzo 2014 sul caso *Grande Stevens contro Italia*), che l'illecito amministrativo e quello penale possano avere ad oggetto sostanzialmente il medesimo fatto, rendendo ingiustificata la duplicità di sanzioni in caso di ritenute che superino la soglia". La sentenza richiamata è stata pronunciata da Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475 ed è visionabile attraverso il collegamento ipertestuale segnalato in epilogo al contributo di Massimiliano Dova.

³⁹ Condizione che, sia detto per inciso, nel caso di specie è stata ravvisata attraverso un'esegesi da taluno giudicata estensiva della regola, trattandosi di materia fiscale e, come tale, tendenzialmente "gelosamente" custodita dalla potestà normativa nazionale e, soprattutto, in quanto l'apparato sanzionatorio in materia di repressione delle evasioni IVA è riservato ai singoli Stati. Sul punto, MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* "à la carte". *Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. Riv trim.*, 3, 2013, 248 ss.; VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/ 10, ivi* (materiale inserito il 15 aprile 2013), 4. Ha notato tale Autore come la Corte abbia giudicato come le basi normative per l'applicazione della sovrattassa e per l'avvio di un procedimento penale per frode fiscale nel sistema svedese fossero attuative dei dettati comunitari sebbene non delle autentiche trasposizioni. In particolare, si è osservato: "Duplice è stato il collegamento tra il diritto interno e il diritto dell'Unione rinvenuto dalla Corte di Giustizia. Innanzitutto, essa ha messo in relazione le sovrattasse e i procedimenti penali relativi alle violazioni degli obblighi dichiarativi in materia di IVA con talune disposizioni della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006 (in particolare, con l'art. 273), nonché con l'art. 4 § 3 TUE, in base al quale "ogni Stato membro ha l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e a lottare contro la frode" (§ 25). Inoltre la Corte ha collegato

deve intendere, non già coincidenza tra fattispecie tipiche a confronto, bensì, più propriamente, *identico accadimento materiale*, contestato da due autorità differenti, insignite del potere di infliggere sanzioni la cui natura, a scanso dalle etichette, sia di matrice penale; iv) ai fini dell'individuazione della reale assenza delle sanzioni "apparentemente" *extra*-penali, il *Giudice nazionale* - e non quello eurounitario (§§ 36 e 38), come invece avviene in ambito convenzionale dove è a Strasburgo che si decide circa la natura giuridica di un apparato punitivo- deve considerare tre parametri alternativi tra loro (che di nuovo non impediscono un approccio cumulativo se l'analisi atomistica e particellata dei singoli criteri osta ad un responso chiaro in merito alla sussumibilità dell'accusa nella materia penale⁴⁰): la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la sua natura e, infine, l'indole e il grado di severità della misura, nel senso che una conseguenza può dirsi equipollente ad una pena qualora presenti una proiezione afflittiva in linea con le indicazioni fornite dalla stessa Corte nel *leading case* 5 giugno 2012, *Bonda*, C- 489⁴¹ e con i cc.dd. " *Engel criteria* ", enunciati, come visto, nel diritto vivente convenzionale (§§ 34 e 35)⁴²;v) da tale angolo prospettico, occorre, dunque, che il *giudice del rinvio* valuti (stagliandosi così la dimensione sostanziale del *ne bis in idem* collegata alla proporzionalità della pena complessiva da subito esaltata da parte del giudice eurounitario a differenza di quello convenzionale⁴³),

la violazione dei suddetti obblighi dichiarativi in tema di IVA alla lesione degli interessi finanziari dell'Unione, contemplati dall'art. 325 TFUE, precisando che da tali violazioni consegue la mancata messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse non oggetto di riscossione (§ 26)". Peraltro, ha notato CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road map" e l'impatto delle nuove direttive, ivi* (materiale inserito il 4 febbraio 2015), 18, nel caso di specie si discuteva di IVA, imposta di origine europea e, dunque, confacente ad attrarre la materia nella competenza U.E. Sulla tendenza della Corte di Giustizia ad intendere in senso lato il concetto di " attuazione del diritto U.E.", SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero- Viganò, Milano, 2013, 208.

⁴⁰ Sul punto, come già segnalato, BRANCACCIO, *Considerazioni* cit., 5.

⁴¹ In <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-489/10>.

⁴² Le indicazioni fornite nella sentenza *Bonda* sono simmetriche a quelle impartite dalla costante giurisprudenza della Corte EDU a cominciare, per l'appunto, dalla sentenza 08 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/ 71- 5101/ 71- 5102/71- 5354/ 72- 5370/ 72, §§ 82- 83, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#\[{"itemid":\["001-57479"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#[{). Ad avviso di DE AMICIS- GAETA, *Il confine* cit., 479 la Corte di Lussemburgo si sarebbe discostata sul punto dagli approdi della Corte di Strasburgo, non sposando una nozione *sostanziale* di materia penale ma più formale e legata ad una qualificazione espressa in tale senso. E questo, sul presupposto che la Corte di Giustizia, anziché impiegare la locuzione " materia penale" ha impiegato l'espressione " provvedimenti di natura penale", adottando così un concetto che evocerebbe approcci formali.

⁴³ Così, GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *giur. it.*, 2015, 221; F. MAZZACUVA, *Le pene* cit., 290 ss. e VERVAELE, *Ne bis in idem verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 44, i quali hanno sottolineato come la

l'adeguatezza delle "residue" sanzioni a soddisfare i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività (§ 36). A tale ultimo riguardo, la Corte, indicando ai giudici nazionali un elemento di valutazione ulteriore rispetto ai criteri enucleati dalla Corte EDU, ha soggiunto come, se è vero che le regole europee possono essere applicate in armonia con gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, è altrettanto vero che, in ossequio al primato del diritto dell'Unione ribadito nel caso *Melloni*⁴⁴, i diritti fondamentali, ivi compreso quello al divieto di un secondo giudizio⁴⁵, possono essere asserviti a finalità euro unitarie⁴⁶.

Tale ultimo asserto non aveva persuaso ove calato nella materia in disamina, poiché, seppure in via implicita, il principio del *ne bis in idem* risulta ricompreso nel novero dei valori costituzionali, assumendo il ruolo di autentico contro limite, con la conseguente impossibilità di subordinarne l'operatività a interessi europei ai sensi dell'art. 4, § 2, T.U.E. a tenore del quale l': "*Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*"⁴⁷.

Corte UE, in origine, avesse addirittura limitato l'operatività del principio al divieto di doppia punizione senza estenderlo a quello di doppio procedimento. In particolare, nel settore della concorrenza, dove il principio ebbe le sue prime e più diffuse applicazioni, si accettava la duplicità di giudizi avallata anche nel Regolamento 1/ 2003 che prevede la concorrente competenza sanzionatoria sia della Commissione UE che delle Autorità *antitrust* nazionali. La stessa Corte di giustizia aveva invece annesso una rilevanza prettamente processuale al *ne bis in idem* transnazionale, come in qualche modo stigmatizzato, attesa la sostanziale sovrapposibilità della *ratio* sottesa alle due dimensioni del principio, da ZEDER, *Ne bis in idem als (ältestes) Grundrecht: Kritischer Blick auf die Judicatur des EuGH im Wettbewerbsrecht und bei bestimmten Sanktionen*, in AA.VV., "Ne bis in idem" in Europa, a cura di Hochmayr, Baden-Baden, 2015, 145 ss.

⁴⁴ Ci si riferisce alla sentenza della Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, C- 399/ 11, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso "Melloni". Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia* (materiale inserito il 7 giugno 2013), che ha escluso che uno Stato membro possa applicare uno *standard* di protezione dei diritti fondamentali più elevato rispetto a quello accordato in ambito comunitario (al fine di preservare il primato e l'unitarietà del diritto dell'U.E.). Peraltro, come notato in dottrina, resterebbe precluso ai singoli ordinamenti di derogare *in pieus* ai predicati inalienabili della persona sanciti a livello comune. Così, si è pronunciato anche SCOLETTA, *La legalità* cit., 209 ss. Nello stesso senso TRIPODI, *Cumuli* cit., 1067.

⁴⁵ TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di Cadoppi-Canestrari- Manna- Papa, Torino, 2016, 679.

⁴⁶ Hanno messo in rilievo tale snodo argomentativo nella sentenza *Fransson*, DE AMICIS- GAETA, *Il confine* cit., 478.

⁴⁷ Sul punto AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs. identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/ 2017 della Corte costituzionale*, a cura di Bernardi- Cupelli, Napoli, 2017, 14 ss. ha osservato come: "*Siffatta strada non pare percorribile se si accoglie quell'impostazione per cui tale clausola può essere impiegata solo in assenza di uno standard comune europeo di tutela* - che, nel nostro caso, parrebbe

In effetti, il divieto al *bis in idem*, nella sua doppia dimensione processuale e sostanziale, si collega direttamente a valori basilari del nostro edificio costituzionale, quali il diritto di difesa, il giusto processo⁴⁸, nonché la giustizia, equità e proporzionalità della pena⁴⁹.

D'altronde, sussiste una duplice differenza tra la questione in disamina e la vicenda posta a fondamento del caso *Melloni* in cui, da un canto, si discettava di normativa – quella sul mandato d'arresto europeo- approvata all'unanimità dal Consiglio in base alle regole del terzo pilastro allora vigenti e la Spagna (ordinamento coinvolto nella *querelle*) non si era opposta all'approvazione invocando la propria identità costituzionale – argomento che l'Esecutivo iberico non aveva addotto neanche in sede di giudizio⁵⁰; d'altro canto, come è stato messo in evidenza dalla Consulta nel caso *Taricco*, al fine di delineare la

ritrovarsi- (...)”. Questa strada, prosegue l'Autrice, sarebbe invece percorribile ove si aderisse all'impostazione adottata nei casi *Omega* (prima del Trattato di Lisbona) e *Sayn-Wittgenstein*: “ (...) dove a fronte di un livello condiviso (degli Stati membri dell'Unione) di tutela di un certo valore (...) – si è ammesso che gli Stati interessati (...) concedessero a quei valori un livello di tutela (diverso e) più elevato rispetto a quello condiviso”.

⁴⁸ Corte costituzionale, 16 aprile 2008 (dep. 30 aprile 2008), n. 129, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁹ Per l'implicito riconoscimento costituzionale del principio nel suo versante processuale, RANALDI-GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *questa rivista*, 1, 2017, 107. Inoltre, LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2017, 64. Nella giurisprudenza costituzionale, Corte costituzionale, 16 aprile 2008 (dep. 30 aprile 2008), n. 129, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰ Così, di recente, Corte cost., 23 gennaio 2019 (dep. 8 marzo 2019), n. 40, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito l'11 marzo 2019 (cfr. § 5. 2 del *Considerato in diritto*). In dottrina, MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Treccani. Il libro dell'anno 2013*, Roma, 2013, 49, ha già sottolineato (anche riprendendo le parole di VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII) come: “Il principio di proporzione (o proporzionalità) rappresenta un “grande principio costituzionale di carattere generale”, se non persino di rango sovra costituzionale (Überverfassungsgrang) (...)”. Circa l'“implicita costituzionalizzazione” del principio di proporzionalità, INSOLERA, *Controlli cit.*, 188 ss. Inoltre, PALMIERI, *Il giudizio cit.*, 1452. Di recente, da questi disposti e dai principi di offensività e personalità della responsabilità penale è stato ricavato il principio del *ne bis in idem* sostanziale quale canone costituzionale inesplicito, svincolato dal principio di proporzionalità, SILVA, *La deriva cit.*, 35. Si rinvia, per un ulteriore approfondimento circa la natura di principio generale di questo canone, alle fondamentali indagini di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 321 ss. Per una messa in discussione della natura di principio generale del *ne bis in idem*, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 7 ss. e 93 ss. Nello stesso senso, di recente, SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. Pen.*, 2017, 467 ss. Meno convinto della legittimazione costituzionale del principio in parola, BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 557 ss.

⁵⁰ Nello stesso senso, nel sottolineare le differenze tra il caso *Melloni* e quello *Taricco*, AMALFITANO, *Primato cit.*, 13.

linea discrezionale tra quest'ultima vicenda e quella *Melloni*⁵¹, anche in materia di *ne bis in idem* non si discute di un possibile attentato all'unità giuridica europea in un ambito, come quella sul mandato d'arresto europeo, basato sulla reciproca fiducia tra i paesi membri nel quadro di un intervento normativo volto ad armonizzare le diverse legislazioni nazionali (essendo stato oggetto di talune regolamentazioni unitarie solo il *ne bis in idem* c.d. transazionale), bensì unicamente della ricorrenza di un impedimento di rango costituzionale all'immissione diretta della regola sovranazionale nella misura in cui la stessa entri in contrasto con valori supremi.

E questo, in ossequio anche all'art. 53 della Carta di Nizza che, come precisato nell'ordinanza *Taricco* della Corte costituzionale (cfr. § 8 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*)⁵², consente un livello di protezione più elevato negli ordinamenti nazionali rispetto a quello riconosciuto da fonti europee a patto che, contrariamente a quel che sarebbe avvenuto nel caso *Melloni*, questo non implichi una violazione dell'unità e della primazia dell'ordinamento europeo⁵³.

Ma al di là di tali considerazioni, quello che preme osservare è come in questa “prima” fase evolutiva, la giurisprudenza europea, seppure, come visto, con accenti e sfumature diverse nella “piccola” e nella “grande” Europa, si sia mostrata concorde nell'annettere alla garanzia in disamina una connotazione principalmente *processuale* tesa ad impedire la celebrazione di un nuovo giudizio di “natura” penale nei confronti della stessa persona in relazione al medesimo fatto.

4. *Il “recupero” della dimensione anche sostanziale del ne bis in idem europeo a seguito della sentenza A. e B. c. Norvegia: tra proporzionalità in astratto e in concreto.* Con la sentenza della Grande Camera, del 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, la Corte EDU ha lasciato emergere un'altra dimensione del principio del *ne bis in idem* convenzionale.

Infatti, nell'individuare “nuovi” criteri di rilevazione dell'infrazione a tale ca-

⁵¹ Parliamo di Corte cost., ord. 23 novembre 2016 (dep. 26 gennaio 2017), n. 24, in www.cortecostituzionale.it. In particolare, tra i diversi contributi su questo provvedimento e, nello specifico, sulle differenze tra questo caso e quello *Melloni* evidenziate dalla Consulta, DE AMICIS, *Il caso Taricco e le Corti nel prisma dei contro limiti*, in AA.VV., *Il caso Taricco* cit., 137 ss.

⁵² Cfr. n. 51.

⁵³ Sul punto, si veda, di recente, MASERA, *La nozione* cit., XIV. Inoltre, sul principio di maggiore protezione, ancora più di recente, GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *questa rivista*, 1, 2019, 10 ss. Ma già, SALCUNI, *Europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 411 ss.

none, ne ha enfatizzato l'impronta sostanziale, tramite svolgimenti argomentativi all'evidenza tendenti a tale approdo nella misura in cui il giudizio di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio è stato elevato a parametro fondamentale di valutazione in materia⁵⁴.

In questo senso, - come già accennato- la Corte, nel disattendere la ricostruzione dell'istituto effettuata in *Grande Stevens c. Italia*, è tornata un po' alle origini quando - seppur con prese di posizione sporadiche e contingenti, assimilabili a casualità non caratterizzate da una consapevole elaborazione sistematica del principio in chiave sostanziale e, quindi, inidonee a trasformarsi in un orientamento consolidato⁵⁵- si vagliava la compatibilità del principio del *ne bis in idem* con il concorso tra illeciti penali e formalmente amministrativi dal punto di vista sostanziale⁵⁶.

E così, in *A. e B. c. Norvegia* si è esclusa - nonostante la lunga e severa *dissenting opinion* del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque⁵⁷- la violazione del *ne bis in idem* convenzionale in caso di attivazione di un processo penale, e di condanna dell'imputato, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia stato attinto, in via definitiva, da un provvedimento sanzionatorio " formalmente " amministrativo, ma, in realtà, di matrice penale, a condizione che le due procedure siano avvinte da un rapporto di connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretto; criterio, quest'ultimo (quello della sussistenza di un *sufficiently close connection in substance and in time*) peraltro già prospettato dalla Corte EDU, seppure, come rilevato in dottrina, senza una delimitazione precisa e compiuta⁵⁸, con le pronunce *R.T. c. Svizzera* e *Nilsson c. Svezia*, nonché rievocato nella più recente *Nykänen c. Finlandia*⁵⁹.

Nel specifico caso deciso dalla Corte, non è stata, dunque, ravvisata la sussistenza di alcun " torto " nei confronti di un soggetto sottoposto ad un giudizio penale in relazione alle stesse contestazioni fiscali già irrevocabilmente sanzionate in sede erariale.

⁵⁴ In questi termini, DE AMICIS-GAETA, *Il confine* cit., 481.

⁵⁵ Tali considerazioni le abbiamo formulate sulla base della ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU antecedente addirittura alla sentenza *Grande Stevens* effettuata da NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 88 ss.

⁵⁶ Ha sottolineato questo dato, F. MAZZACUVA, *Le pene* cit., 287 e, al riguardo, alla nota n. 1 si cita Corte EDU, 29 maggio 2001, *Franz- Fischer c. Austria*. D'altronde, questo aspetto lo si coglie anche dall'analisi risalente all'anno 2012 di ALLEGREZZA, *Sub art. 4* cit., 899.

⁵⁷ Ben illustrata da VIGANÒ, *La Grande* cit., 7 ss.

⁵⁸ DE AMICIS-GAETA, *Il confine* cit., 472. Gli stessi osservano come il massiccio ricorso a tale parametro sia stato preannunciato in Corte EDU, 4 ottobre 2016, *Rivard. C. Svizzera*, §§ 29 ss.

⁵⁹ Corte EDU, 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*, ric. n. 31982/ 96; Corte EDU, Sez. II, 13 dicembre 2005, *Nilsson vs. Svezia*, ric. n. 73661/ 01; Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* cit.

Seppure, come notato, evocato in altri precedenti, il criterio dei procedimenti *paralleli* non era stato neppure considerato nel fondamentale arresto *Grande Stevens*⁶⁰,

I giudici hanno ritenuto opportuno, anzitutto, lasciare un certo margine di discrezionalità agli Stati contraenti circa il *quomodo* in cui regolare al loro interno la materia, anche tenendo presente che taluni paesi non hanno ancora ratificato il Prot. n. 7 (Germania, Paesi Bassi, Turchia e Regno Unito), mentre talaltri (l'Italia) lo hanno sottoscritto con riserva - sebbene, come sancito nella sentenza *Grande Stevens*, tale riserva sia stata formulata in modo talmente generico da risultare invalida- allo scopo di delimitare la portata del principio soltanto in ordine a giudicati qualificati in termini espressi e formali come “ penali” (§ 117).

D'altronde, hanno tenuto ancora a premettere i giudicanti (§ 118), forme di tutela multilivello sono sempre state ritenute coerenti con le tradizioni costituzionali di molti paesi europei, come ha dimostrato plasticamente, a riprova della diffusa volontà politica delle stesse nazioni vincolate all'osservanza dell'art. 4 Prot. n. 7 della C.E.D.U. di preservare gelosamente questo assetto ordinamentale, l' intervento, *ad adiuvandum* del governo resistente, di ben altri sei Stati (Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera).

In questa ottica, la Corte ha attribuito dignità di cittadinanza a sistemi nazionali comprendenti molteplici risposte sanzionatorie collegate a procedimenti distinti, a condizione che tale convergenza non determini un sacrificio eccessivo per l'interessato (§ 121).

Nella mutata prospettiva della Corte EDU, dunque, allo scopo di accertare la ricorrenza dei presupposti legittimanti il “ doppio binario”, i giudici nazionali - i quali fanno ora il loro debutto tra i soggetti deputati a verificare ipotesi di violazione del *ne bis in idem* europeo in linea con l'indirizzo già sposato sul punto dalla Corte di giustizia dell' U.E.⁶¹- dovranno verificare: i) se gli scopi perseguiti dai *procedimenti* avviati a seguito dell'illecito siano analoghi o diffe-

⁶⁰ Così, VIGANÒ, *La Grande* cit., 4 il quale, inoltre, non trascura di passare in rapida ma esaustiva rassegna quei precedenti dove questo parametro era stato invece menzionato e utilizzato anche per respingere i ricorsi degli istanti.

⁶¹ In dottrina, in questi termini, DE AMICIS- GAETA, *Il confine* cit., 480 ss. Gli Autori hanno sostenuto proprio che tali valutazioni sono state rimesse al giudice nazionale il quale, quindi, come avviene nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, fa ingresso tra i soggetti deputati a verificare ipotesi di violazione del *ne bis in idem* europeo. In questo, la Corte di Strasburgo, che prima si era arrogata l'esclusiva in materia, si sarebbe adesso adeguata alle direttive provenienti da Lussemburgo, devolvendo la valutazione circa la congruità della complessiva risposta sanzionatoria al giudice interno.

riscano tra loro, considerando, in particolare, se le procedure sanzionatorie si appuntino su “*profili diversi della medesima condotta antisociale*”⁶²; ii) se sia una prevedibile conseguenza della condotta illecita la pluralità dei procedimenti; iii) se i diversi procedimenti siano gestiti al fine di “*evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova*”⁶³, mediante un’ “*adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento*”⁶⁴; iv) se la sanzione collegata al procedimento definitivo per primo sia computata, in ossequio alla *ratio* istitutiva di un sistema unitario e integrato, nell'altra serie procedimentale, di talché la complessiva reazione punitiva risulti proporzionata (§ 133); v) se, infine, i procedimenti siano connessi sul piano temporale, essendo evidente che, nonostante gli stessi non debbano necessariamente scorrere in chiave strettamente simultanea - potendo addirittura desumersi dalle parole della Corte la legittimità di un secondo giudizio azionato dopo la definizione del primo⁶⁵-, l'infrazione ai dettami convenzionali sarà tanto più probabile quanto maggiore sarà il pericolo che il soggetto si trovi in una situazione di perdurante incertezza circa il rischio di venire sottoposto ad un secondo *iter* sanzionatorio (§ 134).

Questi ultimi tre elementi servono principalmente a verificare se, al di là delle possibili connessioni discendenti dal modo in cui sono stati concepiti i due procedimenti *in astratto* dal legislatore, *in concreto* gli stessi si siano realmente articolati in guisa da rivelare un rapporto di correlazione effettivamente stretta.

Insomma, i primi parametri del *test* sono funzionali a valutare la struttura degli addentellati disciplinari a confronto, mentre gli ultimi tre risultano propeedeutici a saggiare l'*effettivo* intreccio tra le procedure.

La Corte ha precisato che legame temporale e materiale sono requisiti congiunti, dovendo essere presenti entrambi affinché ricorrano le condizioni per la sua operatività (§ 132).

Attesa la mutata “*criteriologia*” elaborata dalla Corte EDU e la focalizzazione di entrambe le facce della medaglia del principio in disamina, è giocoforza inferire, sul piano logico, che, in questa rinnovata visuale convenzionale (e comunitaria come si dirà), soltanto laddove il *ne bis in idem* processuale non risulti infranto, in ragione della stretta connessione materiale (nel senso di

⁶² VIGANÒ, *La Grande* cit., 6.

⁶³ VIGANÒ, *La Grande* cit., 6.

⁶⁴ VIGANÒ, *La Grande* cit., 6.

⁶⁵ In questo senso, VIGANÒ *La Grande* cit., 6.

coordinamento nella raccolta dei mezzi di prova) e temporale tra le due sequenze procedimentali, si potrà passare all'indagine, tutta di matrice sostanziale, volta a stabilire se la sanzione irrogata nel procedimento definito per primo sia computata, in ossequio alla *ratio* istitutiva di un sistema unitario e integrato, nell'altra serie procedimentale, di talché la complessiva reazione punitiva risulti proporzionata.

In breve, la Corte EDU, in *A. e B. c. Norvegia* (e di conserva, come si dirà, la Corte di giustizia dell'U.E.), nel lasciare emergere la duplice dimensione processuale e sostanziale del *ne bis in idem*, ha imposto due diverse attività di verifica poste in ordine sequenziale tra loro.

Prima, sul piano processuale, occorre accertare la legittimità del doppio giudizio in ossequio al parametro della *sufficiently close connection in substance and time*; successivamente, sul piano sostanziale, soltanto ove la concorrente apertura delle due serie procedimentali sia giudicata ammissibile, occorrerà accertare l'adeguatezza del complessivo trattamento sanzionatorio.

Si tratta di due piani d'indagine separati, subordinati l'uno all'altro, che non possono, dunque, essere *bypassati*, ovvero sovrapposti e confusi in un magma concettuale indistinto idoneo ad annacquare i tratti caratterizzanti.

Dall'analisi svolta emerge che la Corte EDU ha cambiato nel profondo il significato del *ne bis in idem* trasformandolo da canone eminentemente processuale, volto a precludere essenzialmente il doppio processo (adesso invece consentito, seppure a determinate condizioni la cui esistenza dovrà essere verificata in concreto dal singolo giudice nazionale), a principio di garanzia prevalentemente sostanziale, finalizzato ad evitare l'inflizione di una molteplicità di sanzioni idonee a colpire aspetti analoghi dello stesso fatto e a punire il medesimo accadimento storico in misura iniqua e sproporzionata⁶⁶.

Infatti, aveva già notato la stessa Suprema Corte di cassazione italiana nel vagliare e negare la ricorrenza di un'ipotesi di violazione del *ne bis in idem* europeo in un caso di manipolazione del mercato alla luce dei mutati approdi della Corte EDU in materia, «(...) purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità

⁶⁶ Così, di recente, GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 21 marzo 2018), 2. Ancora più di recente, PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *questa rivista*, 2, 2018, 18.

preposte di percorrerle fino alla decisione»⁶⁷.

A seguito di questa innovativa presa di posizione, la Corte di Lussemburgo è intervenuta onde decidere se sposare in materia l'orientamento restrittivo adottato dalla Corte EDU con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, sancendo che anche nel diritto europeo vigano le *limitazioni* al principio del *ne bis in idem* recentemente stabilite sul versante convenzionale, ovvero se mantenere un livello di protezione più elevato, attivando così la clausola effigiata nell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza, secondo cui l'obbligo di interpretare in modo uniforme le disposizioni della stessa Carta di contenuto analogo a quelle enunciate nella C.E.D.U. “*non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”, ovvero, infine, se elaborare un indirizzo autonomo determinando a quali condizioni vi sia compatibilità con l'art. 50 della Carta nei c.d. “*procedimenti misti (amministrativi e penali) che presentano un nesso sufficiente*”⁶⁸.

La Corte UE ha colto l'occasione per chiarire la sua posizione nel vagliare una serie (per la precisione tre) di questioni pregiudiziali proposte, ai sensi dell'art. 19, § 3, lett. *b*), T.U.E. e dell' art. 267, § 2, T.F.U.E., dal Tribunale di Bergamo⁶⁹, dalla Sezione Tributaria della Cassazione civile⁷⁰ e dalla seconda sezione civile dalla Cassazione⁷¹, al fine di ricevere indicazioni circa la possibilità di cumulare sanzioni amministrative e penali nell'ambito, rispettivamente, di un caso di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, di un caso

⁶⁷ La lettura della sentenza della Corte EDU riportata è da attribuirsi a Cass. pen., Sez. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta commessione e proporzionalità* (materiale inserito il 17 ottobre 2018). Il passaggio della motivazione citato si trova nel punto 3.3.4.b del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Queste tre opzioni alternative sono state prospettate nelle considerazioni e nei riferimenti giurisprudenziali citati nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez- Bordona presentate il 12 settembre 2017 nella Causa C- 524/ 15 che possono essere consultate in www.edotto.it (materiale pubblicato il 12 settembre 2017), 7 ss.; in www.penalecontemporaneo.it, con nota di 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* (materiale inserito il 18 settembre 2017), 9.

⁶⁹ Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, Giud. Bertoja, con nota di VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 28 settembre 2015), 2.

⁷⁰ Cass., Sez. trib. civ., ord. 13 ottobre 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 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* (materiale inserito il 17 ottobre 2016).

⁷¹ Cass. civ., Sez. II, ord. 15 novembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: un nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate* (materiale inserito il 28 novembre 2016).

di manipolazione del mercato e di un caso di abuso di informazioni privilegiate.

I Giudici, in particolare nella sentenza *Garlsson Reale Estate e a*⁷² - alla quale, peraltro, si sono allineate sul punto le coeve sentenze *Di Puma e Zecca* (§§ 41 e 42), sempre in materia di abusi di mercato⁷³, e *Menci* (§§ 40 e 41), in ambito penale-tributario⁷⁴, sul piano degli enunciati di carattere generale e al di là delle ricadute nel caso concreto, hanno ribadito - sulla scorta di quanto già anticipato nella sentenza del 27 maggio 2014, *Spasic*, C- 129/ 14, nei §§ 55 e 56- come il diritto al *ne bis in idem*, ancorché non possa subire compressioni che si risolvano in un suo annullamento, può soffrire *limitazioni* giustificate sulla base dell'art. 52, § 1, della C.D.F.U.E., ovvero a condizione, per un verso, che siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà ivi contemplate, per l'altro, che tali *limitazioni* siano osservanti il principio di proporzionalità e siano necessarie, nonché rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (§§ 42 e 43 della sentenza *Garlsson Reale Estate e a*).

In particolare nella sentenza *Menci* si è sottolineato come la normativa nazionale debba comunque garantire che dal cumulo di procedimenti derivino a carico dell'interessato oneri circoscritti allo stretto necessario per perseguire il pubblico obiettivo sotteso al regime del doppio binario e tale garanzia sussiste quando, nonostante le serie procedurali si dispieghino in modo indipendente, la legge interna assicuri forme di coordinamento volte a ridurre al minimo indispensabile i "costi" supplementari che il cumulo comporta (§§ 52 e 53). E questo, fermo restando, sia detto tra parentesi, come peraltro hanno tenuto a ribadire i giudici di Lussemburgo nelle sentenze qui richiamate (e così, ad esempio, nel § 59 della sentenza *Menci*), che, al di là dell'astratta previsione

⁷² Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a*, C- 537/ 16 e a, C- 537/ 15, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GALLUCCIO, *La Grande* cit. (materiale inserito il 21 marzo 2018).

⁷³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C- 596/ 16 e C- 597/ 16, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GALLUCCIO, *La Grande* cit. (materiale inserito il 20 marzo 2018).

⁷⁴ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C- 524/ 15, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GALLUCCIO, *La Grande* cit. (materiale inserito il 20 marzo 2018). Ha commentato questa pronuncia anche D'ANDREA, *Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali*, *Nota A CGUE*, 20 marzo 2018, c- 524% 15, *Luca Menci*, in file:///C:/Users/nik/Downloads/Patrizio%20I.%20D'Andrea%20-%20definitivo_.pdf Corte giust., Grande Sezione, 20 marzo 2018, C- 596/ 16 e C- 597/ 16.

normativa di meccanismi di collegamento tra i procedimenti, dovrà poi verificarsi in concreto se, a prescindere dalle generali formule legislative, i due giudizi si siano effettivamente collegati tra loro sul piano materiale e temporale.

In breve, i giudici lussemburghesi hanno consentito che affiorasse la doppia dimensione processuale e sostanziale del *ne bis in idem*, osservando, sotto il primo aspetto, l'esigenza che i due procedimenti siano intrecciati tra loro sul piano materiale e temporale, sotto il secondo aspetto, che il trattamento sanzionatorio finale, derivante dalla sommatoria di reazioni tutte di natura penale, sia idoneo a "remunerare" l'intero disvalore del fatto e non sia dunque sproporzionato.

Per tale via, la Corte di giustizia dell'U.E. ha recepito il mutamento genetico impresso al divieto al *bis in idem* nell'elaborazione della Corte EDU con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, nella misura in cui si è ammessa ormai la possibilità del cumulo di procedimenti e sanzioni a patto che sia prevedibile, che ricorra una sufficiente connessione materiale e temporale e che la complessiva risposta punitiva non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario a conseguire gli scopi di pubblico interesse perseguiti (§ 48 della sentenza *Garlsson Reale Estate e a*, §§ 47 e 61 della sentenza *Menci*).

Di talché, ed è qui che si coglie la crescente inclinazione sostanziale acquisita dalla prerogativa in disamina, non sarebbero rispettose del diritto enucleato nell'art. 50 della Carta discipline - come, almeno in parte, quella sugli abusi di mercato secondo i Giudici - le quali autorizzassero l'infliczione di ulteriori sanzioni, anche volte a colpire aspetti diversi dello stesso fatto storico, laddove però l'intero disvalore del fatto sia già interamente coperto dall'apparato punitivo connesso al procedimento attivato per primo (§§ 60 e 61).

Insomma, si desume da questi approdi, se, in base a qualunque criterio di risoluzione di conflitti tra norme - sia esso strutturale o di valore-, l'antigiuridicità di un accadimento storico si annulla integralmente in una delle fattispecie astratte applicabili, diventa impossibile il simultaneo intervento di altre sanzioni.

E' vero, infatti, che nella giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* la valutazione inerente la proporzionalità del trattamento sanzionatorio è stata tendenzialmente svolta in concreto - in funzione delle pene effettivamente decise⁷⁵ - ma è altrettanto vero che tale giudizio non può non implicare una

⁷⁵ A titolo esemplificativo, nel § 57 della sentenza *Garlsson Reale Estate e a* si legge: " Tuttavia va sottolineato che, nel caso in cui sia stata pronunciata una condanna penale in forza dell'articolo 185 del TUF al termine di un procedimento penale, la celebrazione del procedimento riguardante la sanzione an-

comparazione tra le fattispecie astratte, come peraltro emerge dalla stessa elaborazione eurounitaria dove la disamina della proporzione tra reato e pena ha aperto la strada al controllo, già a monte, sulle scelte sanzionatorie effettuate dai legislatori nazionali⁷⁶. Invero, se già da un raffronto tra le figure legali concorrenti (ovvero, in caso di tutela multilivello, tra gli assetti punitivi convergenti) emerge che l'apparato sanzionatorio correlato ad una di esse sia in grado di esaurire l'integrale disvalore del fatto, significa che la concorrente applicazione dei due disposti (o dei diversi addentellati repressivi nei sistemi costruiti con la logica del doppio binario), al di là di qualsiasi congegno di compensazione attivabile in concreto, si tramuta di per sé in una violazione del principio di adeguatezza della pena. Insomma, ove dal raffronto tra paradigmi legislativi si inferisca una relazione di assorbimento, il c.d. *giudizio di secondo livello*, avente ad oggetto le sanzioni inflitte in concreto, diventa inutile, potendosi già a monte escludere la coeva applicazione di due disposti, in ossequio alla *ratio* istitutiva del principio del *ne bis in idem* sostanziale così come declinato nella sistematica nazionale. Se è così, le affermazioni dei giudici europei volte a sollecitare una valutazione in concreto la congruenza della complessiva risposta sanzionatorio non possono che sottintendere - ad una riflessione più meditata e consapevole non espressamente sollecitata in quelle sedi sinora- un esame comparativo tra paradigmi normativi. E questo in linea con la *ratio* sottesa al *ne bis in idem* sostanziale e al connesso canone della proporzionalità della pena, che postulano, come sopra osservato, un rapporto di assorbimento, impostato su logiche strutturali o valoriali, tra fattispecie astratte.

Ciò significa che, nella mutata strategia delle Corti europee, si è determinato un allargamento ulteriore degli spazi di valutazione *discrezionali* del giudice comune.

Egli, se sul versante processuale del *ne bis in idem* è chiamato a vagliare il presupposto costituito dall'unità o pluralità del fatto concreto e della connessione materiale e temporale tra procedimenti (*test* il cui esito dipende da elementi giudicati, non solo nell'opinione dissenziente del giudice Paulo Alberto de Albuquerque alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, ma anche in dottrina, eccessivamente vaghi - evocando una dimensione fluida tipica dei diritti

ministrativa pecuniaria di natura penale eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l'inflazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo".

⁷⁶ In questi termini, e anche per una rassegna esemplificativa della giurisprudenza della Corte U.E. in materia, SALCUNI, *Europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 428 ss. e 433 ss.

umani- con la conseguenza che le valutazioni del giudice domestico non saranno ragionevolmente così prevedibili⁷⁷), su quello sostanziale dovrà accertare i rapporti tra le astratte fattispecie di illecito (ovvero dei diversi comparti sanzionatori in caso di tutela multilivello) onde verificare se il disvalore dell'una sia ricompreso nell'altra (e, nei comparti a doppio binario, non è detto che tale attitudine sia da ascrivere a quello *formalmente* penale, come ha recentemente ipotizzato la Consulta nel settore degli abusi di mercato⁷⁸), ovvero, laddove nessuna figura (o sistema punitivo nei settori a doppio binario) sia in astratto in grado di “ remunerare” per intero il disvalore dei fatti sanzionati, dovrà verificare se la pena concretamente inflitta per una violazione abbia l'attitudine, ed eventualmente in quale misura (per gli opportuni conguagli), di colpire adeguatamente l'accadimento storico.

5. Ne bis in idem e interventi di riforma in ambito penale- finanziario: *l'applicazione diretta del principio sovranazionale da parte della Cassazione*. Il legislatore italiano, attraverso la legge delega 9 luglio 2015, n. 114 (*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014*) e, nello specifico, con l'art. 11, comma 1, lett. m), ha demandato all'Esecutivo l'adempimento della direttiva n. 2014/57/UE (MAD II), che impone agli Stati membri di implementare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo, e permette loro di aggiungere una sanzione amministrativa, nel solco dell'art. 30 del Regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 (MAR) del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli abusi di mercato, che abroga la direttiva 2003/ 6/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le Direttive 2003/ 124/ CE, 2003/ 125/ CE e 2004/ 72/ CE⁷⁹.

⁷⁷ Così, TRIPODI, *Cumuli cit.*, 1065.

⁷⁸ Corte cost., 25 ottobre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 223, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di GATTA, *Non sempre “ depenalizzazione” equivale a “ mitigazione”: la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative “ punitive” più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'Insider trading secondario)* (materiale inserito il 13 dicembre 2018). Qui i giudici hanno osservato che l'apparato sanzionatorio amministrativo in materia di abusi di mercato risulta connotato da elevatissima carica afflittiva, idonea ad avere un impatto sui diritti fondamentali della persona paragonabile – se non talvolta maggiore - a quello delle misure penali propriamente intese. Tali asserti sono poi stati condivisi da Corte cost., 20 febbraio 2019 (dep. 21 marzo 2019), n. 63, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale* (materiale inserito il 2 aprile 2019). In questo caso la Corte, coerentemente con la affermata iscrivibilità di tali misure al concetto di “ materia penale”, ha stabilito l'applicabilità alle stesse delle regole della retroattività della *lex mitior*.

⁷⁹ Per un'analisi dettagliata di questa disciplina e sui ritardi e le carenze del legislatore italiano nel recepirlo, si rinvia al recente lavoro monografico di GAMBARDILLA, *Condotte cit.*, 301 ss. Inoltre, BASILE,

Il recepimento del Regolamento è stato invece previsto attraverso la legge delega 25 ottobre 2017, n. 163 (*recante Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017*) che, all'art. 8, ha per l'appunto demandato al Governo l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento n. 596/2014.

L'art. 11, comma 1, lett. m), del primo corpo legislativo citato, proprio in un'ottica di superamento del doppio binario o, comunque, di attenuazione dei suoi effetti più nefasti collegati alla moltiplicazione di riverberi sanzionatori distribuiti in procedimenti diversi, ha delegato il Governo a rimodulare la disciplina di settore onde evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie mediante previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'Autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate.

Nella medesima ottica, il comma 3 dell'art. 8, l. n. 163 del 2017 prevede, in ambito punitivo amministrativo, non soltanto l'attribuzione alla CONSOB dei poteri sanzionatori amministrativi contemplati dal MAR, ma altresì di rivedere l'art. 187-*terdecies* d.lgs. n. 58 del 1998. Si stabilisce a tale riguardo che l'Autorità giudiziaria o la CONSOB tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate, nonché si dispone che l'esecuzione delle sanzioni, penali o amministrative, aventi la medesima natura, sia limitata alla parte eccedente a quella già eseguita o scontata⁸⁰.

In realtà, il Governo, nella seduta del Consiglio dei Ministri dell' 08 agosto 2018, ha definitivamente approvato il decreto legislativo di adeguamento della normativa nazionale alle sole disposizioni comunitarie contenute nel Regolamento UE n. 596 del 2014 (MAR), designando la CONSOB quale autorità amministrativa competente ai fini della corretta applicazione del Regolamento⁸¹.

Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?, in *www.penalecontemporaneo.it*, Riv. trim, n. 5, 2017, 271 ss.

⁸⁰ In argomento, GAMBARDELLA, *Condotte* cit., 304.

⁸¹ Parliamo del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 107 contenente *Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (U.E.) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la Direttiva 2003/6/CE e le Direttive 2003/124/U.E., 2003/125/CE e 2004/72/C.E. (18G00130)* (G.U. n.214 del 14-9-2018). D'altronde, secondo GAMBARDELLA, *Condotte* cit., 360 “ Per quanto concerne poi la direttiva del 2014 MAD II, nel “considerando” 23 si è stabilito che nell'applicare la normativa

L'Esecutivo ha invece omesso di attuare la Direttiva 57/ 2014/ UE (MAD II) lasciando immutato il comparto penalistico e conservando⁸², per tale via, il modello del doppio binario⁸³.

Il legislatore italiano, da un lato, non ha dunque modificato le fattispecie criminose in guisa da differenziare gli illeciti penali da quelli amministrativi (rimasti pressoché identici alla versione passata per quel che qui interessa); dall'altro, ha tuttavia introdotto, mediante la riscrittura dell'art. 187- *terdecies* T.u.f., un meccanismo compensativo tra sanzioni *pecuniarie* concorrenti, allo scopo di assicurare l'adeguatezza al disvalore complessivo del fatto del trattamento sanzionatorio finale⁸⁴.

Insomma, e a dimostrazione della portata prevalentemente sostanziale attribuita al principio del *ne bis in idem* europeo anche dal nostro legislatore, la riforma si è praticamente disinteressata dei riverberi processuali della garanzia in disamina⁸⁵, lasciando intatto il regime del doppio binario, per occuparsi

nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del ne bis in idem. E dunque si postula la presenza di un doppio binario sanzionatorio, con un cumulo di sanzioni; nel rispetto tuttavia dell'elaborazione giurisprudenziale delle Corti sovranazionali sul divieto del bis in idem "processuale".

⁸² In dottrina, si è messo in luce come tale atteggiamento sia stato il frutto di una scelta consapevole poiché nella " *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016*" si è chiaramente affermato che «per quanto riguarda le sanzioni penali e amministrative pecuniarie previste rispettivamente dal regolamento (UE) n. 596/2014 e dalla direttiva 2014/57/UE, l'attuale relativa disciplina sanzionatoria di riferimento è contenuta nella parte V del TUF. Nell'ordinamento interno, le condotte dolose previste dalla direttiva risultano già oggetto di previsione sanzionatoria». Così, BASILE, *Una nuova* cit., p. 271 ss. Analogamente, GAMBARDELLA, *Condotta* cit., 304.

⁸³ Per osservazioni critiche avverso l'inadempienza del legislatore italiano, BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 11, 2017, 228 ss.; ID., , *Mini- riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini del d. lgs. n. 107/2018*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 336.

⁸⁴ L'art. 187-*terdecies* (*Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative*) del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nella sua rimodellata versione, prevede in particolare: " 1. *Quando per lo stesso fatto e' stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorita' giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa e' limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorita' amministrativa ovvero da quella giudiziaria* ».

⁸⁵ D'altronde, secondo GAMBARDELLA, *Condotta* cit., 360 " *Per quanto concerne poi la direttiva del 2014 MAD II, nel "considerando" 23 si è stabilito che nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n.*

soltanto di assicurarne l'operatività sul versante sostanziale mediante un meccanismo compensatorio finalizzato a rendere la *sola* pena *pecuniaria* complessivamente irrogata adeguata all'intero disvalore del fatto considerato nella sua globalità⁸⁶.

Peraltro, sia detto tra parentesi, neppure è del tutto vero che si siano salvaguardati gli aspetti sostanziale del principio, poiché, da un lato, il legislatore ha trascurato completamente il comparto delle sanzioni interdittive che anche in ambito amministrativo risultano permeate da estrema intensità afflittiva, essendo in tutto e per tutto assimilabili a quelle correlate alle violazioni di natura propriamente penale effigiate negli artt. 184 e 185 T.u.f.⁸⁷; dall'altro, l'art. 187-terdecies T.u.f. non ha disciplinato il cumulo tra sanzioni amministrative o pecuniarie di natura penale con la pena della reclusione.

Simile disposizione, in breve, come rilevato in sede di primo commento in dottrina, “*si limita ad assicurare il coordinamento (una sorta di somma algebrica) delle sole sanzioni pecuniarie applicate da Consob e dall'Autorità giudiziaria*”⁸⁸.

E così, i giudici, nella sentenza in commento, come nelle prime che si sono cimentate con il nuovo *trend* sovranazionale⁸⁹, più che *disapplicare* l'art. 187-terdecies T.u.f., che, come appena visto, limita il cumulo sanzionatorio alle sanzioni pecuniarie, hanno fornito un'interpretazione *integrativa* del sistema *in conformità* alle acquisizioni raggiunte nella *law in action* continentale. E questo, sulla scorta delle indicazioni formulate anche nella recente elaborazione della Corte di giustizia dell'U.E. dove, nella sentenza *Garlsson Reale Estate* (§ 56), pur riconoscendosi profili di illegittimità della disciplina interna, non riferendosi il meccanismo compensativo enucleato nell'art. 187-terdecies T.u.f. anche alla pena della reclusione connessa all'inosservanza delle

596/2014 non violi il principio del ne bis in idem. E dunque si postula la presenza di un doppio binario sanzionatorio, con un cumulo di sanzioni; nel rispetto tuttavia dell'elaborazione giurisprudenziale delle Corti sovranazionali sul divieto del bis in idem “processuale”.

⁸⁶ Così, MUCCIARELLI, *Gli abusi riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 10 ottobre 2018), 21.

⁸⁷ In questi termini, MUCCIARELLI, *Gli abusi* cit., 21. In effetti, ha evidenziato l'Autore, nella stessa relazione al Decreto si manifesta la consapevolezza del legislatore delegato della timidezza dell'intervento in materia di *ne bis in idem*. Si legge nella Relazione a 22: “*dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 21 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*”.

⁸⁸ MUCCIARELLI, *Gli abusi* cit., 6.

⁸⁹ Tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, cit. alla nota n. 1.

disposizioni penali in materia di abusi di mercato, si è ascritto comunque un margine di apprezzamento al giudice nazionale nella valutazione delle specifiche vicende sottoposte al suo vaglio al fine di consentirgli di verificare la proporzionalità della concreta applicazione della normativa domestica, ponderando, sia la gravità del reato sia l'onere derivante all'interessato dal cumulo di procedimenti e sanzioni (analogo concetto, in materia di illeciti tributari, è stato espresso nel § 59 della sentenza *Menci*).

Invero, i giudicanti, ancorché l'operatività del congegno compensativo contemplato nell'art. 187- *terdecies* T.u.f. sia circoscritto alle sole misure monetarie, hanno condiviso quell'orientamento propenso a colmare un vuoto nell'ordinamento, rimettendo al giudice di merito la valutazione circa la necessità di rideterminare *in mitius* anche la risposta di natura *detentiva* alla luce delle sanzioni amministrative già definitivamente comminate, nella prospettiva di assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento punitivo. Ancorché i giudicanti non abbiano ritenuto di applicare tale indirizzo nel caso concreto (avendo reputato congruo il trattamento inflitto), hanno tuttavia avallato, in linea di principio, la diretta operatività dell'art. 4 Prot. 7 della C.E.D.U., adeguandosi a quel *trend* esegetico secondo cui simile opzione non sarebbe preclusa dalle sentenze gemelle del 2007 che, se hanno impedito la *disapplicazione* delle norme interne in favore di quelle convenzionali, non hanno altresì interdetto la *diretta applicazione* delle stesse allorché in questo modo non si verifici alcuna deroga alle leggi nazionali contrastanti⁹⁰. I giudicanti hanno anche affermato la possibile *disapplicazione* delle disposizioni penali in materia di abusi di mercato nella parte relativa ai minimi edittali laddove, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, tale operazione si renda necessaria al fine di ricondurre il complessivo trattamento sanzionatorio entro i binari della proporzionalità, ferma restando l'inderogabilità del limite minimo assoluto previsto nell'art. 23 c.p. D'altronde, la soluzione della diretta applicazione della direttiva in disamina non scalfisce né il principio di obbligatorietà dell'azione penale né, più in generale, il principio di legalità, posto che – come rilevato ancora dalla Corte di cassazione nella precedente sentenza n. 49869 del 2018, nel § 10. 2 del *Ritenuto in diritto*⁹¹– « (...) l'apprezzamento cui è chiamato (...) il giudice comune con riferimento alla compatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato

⁹⁰ VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it Riv trim.](http://www.penalecontemporaneo.it), 1, 2016, 192.

⁹¹ Cfr. nn. 89.

all'interessato con la garanzia del ne bis in idem è sostanzialmente affine alle valutazioni sottese ai parametri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., determinando, rispetto ad essi, un "allargamento" dell'oggetto di tali valutazioni, che, per un verso, devono essere estese al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, devono investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo)». Anche perché, si era ancora soggiunto allora, l'allargamento della cornice edittale all'interno della quale il giudice del rinvio dovrà, se necessario, rideterminare il trattamento sanzionatorio, in particolare per la durata delle reclusione, «non priva la valutazione del giudice di una base legale sufficientemente determinata» (ravvisabile, come accennato, nel limite generale di cui all'art. 23 c.p.).

6. *Valutazioni conclusive: nuove frontiere si schiudono in materia di conflitti normativi all'interno di un unico procedimento.* Attesa l'attuale fisionomia impressa al *ne bis in idem* europeo, si dischiudono nuove frontiere esegetiche.

La giurisprudenza sovranazionale, come rilevato, si è cimentata soltanto con casi di doppio binario sanzionatorio, dove il soggetto aveva sofferto la duplicazione di procedimenti formalmente eterogenei ma tutti ascrivibili ad una comune matrice penale in senso convenzionale e comunitario.

Occorrerà da oggi in poi domandarsi se la portata precettiva del canone del *ne bis in idem* europeo nell'ordinamento penalistico interno, alla luce dei recenti indirizzi affacciatisi oltre confine, che ne hanno focalizzato anche la componente sostanziale, comporti l'esigenza di evitare, *sinanco all'interno di un unico procedimento*⁹², il concorrente intervento di più reazioni di matrice penalistica, ovvero se la possibilità di prevedere una risposta sanzionatoria composita e variegata sia interdetta *soltanto allorquando sia la conseguenza di procedimenti distinti*⁹³.

Al riguardo, bisognerà riflettere sul fatto che sia l'art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. sia

⁹² Contrario a questa prospettiva, assegnando una valenza essenzialmente processuale al *ne bis in idem* europeo, da intendersi quale divieto di doppio giudizio più che di ingiusti cumuli sanzionatori, GAMBARDILLA, *Condotte cit.*, 357 ss. L'Autore, tuttavia, nel corso della sua approfondita analisi della questione, a p. 360, ha rilevato come con la sentenza *A. e B. c. Norvegia* questo canone abbia acquisito anche una veste sostanziale imponendo l'infissione di un trattamento sanzionatorio nel complesso proporzionato all'entità del fatto.

⁹³ Ha notato come sia la Corte EDU che quella di Giustizia U.E. non si siano espressamente poste il problema dell'operatività del principio nel campo del diritto sostanziale, BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *questa rivista*, 1, 2015, 115.

l'art. 50 C.D.F.U.E. sono rispettivamente rubricati “ *Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto*” e “ *Diritto di non essere giudicato o punito due volte*” mostrando, da un lato, la duplice dimensione processuale e sostanziale del divieto⁹⁴; lasciando intendere, dall'altro, attraverso l'uso della disgiuntiva “ o”, che i diritti a non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso fatto non sembrano indissolubilmente legati tra loro, nel senso che la pluralità di sanzioni non deve necessariamente verificarsi nel contesto di due procedimenti separati affinché si infranga questa garanzia⁹⁵.

Le ricadute sull'istituto del concorso di reati sarebbero di immediata e intuitiva evidenza, determinandosi – come sopra accennato- limitazioni al cumulo di “ pene” su di un unico fatto materiale.

In tale ottica, il *ne bis in idem* convenzionale e comunitario potrebbe assurgere ad ulteriore parametro esegetico sulla base del quale risolvere i conflitti normativi, idoneo a tramutare, perlomeno in talune situazioni, la pluralità di reati, generata dall'ipertrofia normativa e dal connesso fenomeno delle qualificazioni giuridiche multiple, in ipotesi di concorso apparente di norme.

Si tratterebbe, addirittura, di un criterio assimilabile a quello di specialità consacrato nell'art. 15 c.p., beneficiando anch'esso di una codificazione espressa in corpi normativi sovranazionali dotati, seppure in modo diverso, di efficacia cogente nell'ordinamento giuridico domestico.

In particolare, il *ne bis in idem* europeo potrebbe assurgere a presidio di carattere positivo per quei parametri di valore la cui valenza esegetica nella risoluzione delle sovrapposizioni normative é stata sinora sostanzialmente scartata, soprattutto nella prassi, in ragione proprio della loro asserita matrice *extra legale*⁹⁶.

⁹⁴ BONTEMPELLI, *Il doppio* cit., 118.

⁹⁵ Per contro, ad avviso di F. MAZZACUVA, *Le pene* cit., 327: “ (...) la duplicità che rileva al cospetto dell'art. 4 Prot. n. 7 Cedu e dell'art. 50 Cdfue è soltanto quella dei procedimenti, tanto che nessuna violazione di tali disposizioni potrebbe essere riscontrata dalle Corti europee qualora le diverse fattispecie fossero contestate (e le relative sanzioni irrogate) in un unico giudizio”. Tuttavia, lo stesso, alla n. 124 di p. 327, ha osservato come, nonostante questa conclusione sembri emerge espressamente dalla sentenza del Corte EDU, Sez. IV, 12 aprile 2016, *Dungveckis c. Lituania*, n. 32106/ 08, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161996%22%5D%7D>, nella stessa pronuncia, al § 43, si sia accennato ai profili di *ne bis in idem* sostanziale, pur ritenendoli non contestati dal ricorrente.

⁹⁶ Per contro, in dottrina, da parte di molti si sono valorizzati profili sostanziali e contenutistici nella risoluzione dei conflitti normativi. In questo senso, MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 84 ss. ha sottolineato, del tutto condivisibilmente a nostro avviso, come ciò che conti, ai fini dell'assorbimento, sia il rapporto di continenza assiologia tra due disposizioni. Più in là nel tempo, si è espresso in questi termini PAPA, *Le qualificazioni* cit., 149. Ha osservato come componenti assiologiche non possano essere accantonate in tale ambito, anche in un'ottica monistica, favorevole ad utilizzare il solo principio di specialità per risolvere i conflitti tra enunciati astratti, VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni*:

Nella misura in cui invero la Corte E.D.U. e poi quella di Lussemburgo, nella loro attuale impostazione, hanno sancito, come si è detto sinora, la legittimità di risposte punitive multiple, a condizione che ciascuna converga su di un profilo fattuale diverso della medesima vicenda storica e che il complessivo trattamento sanzionatorio sia adeguato al disvalore del fatto considerato nella sua globalità, occorrerà adesso verificare se sia necessario rivalutare l'efficacia precettiva dei criteri sostanziali (denegata nella giurisprudenza nazionale incline a rifiutare un approccio *pluralistico* preferendone uno *monistico* inteso ad adottare il solo principio di specialità) alla luce delle norme positive costituite dall'art. 4 del Prot. n. 7 della C.E.D.U. e dall'art. 50 C.D.F.U.E.

E questo, accertando se, pur in mancanza di un nesso strutturale tra le fattispecie a raffronto, una delle figure legali astrattamente applicabili non sia stata pensata, calibrata e corredata da un trattamento sanzionatorio tale da dimostrare di avere già informato di sé tutti gli aspetti del fatto storico, assorbendone l'intero disvalore penale nel rispetto del principio di proporzionalità della pena espresso anche nell'art. 49, § 3, C.D.F.U.E.

Anche perché il principio di proporzionalità, nella sua veste sovranazionale – soprattutto nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E., sembrerebbe essere stato enucleato sul modello tedesco che assume la proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) come criterio di valutazione della stessa legittimità dell'intervento dei pubblici poteri e, quindi, anche dell'*an* e non solo del *quomodo* e del *quantum* della pena⁹⁷, consentendo, soggiungiamo noi, di vagliare, già *in astratto*, la compatibilità con esso della possibilità di addossare al reo più fattispecie assimilabili sul piano tipologico o assiologico.

In effetti, i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività, in base ai quali giudicare l'adeguatezza comunitaria di un apparato repressivo, rimandano necessariamente a valutazioni concentrate sui moduli sanzionatori astratti, come, peraltro, nuovamente osservato in una recente sentenza della Corte di Lussemburgo in materia di concorrenza⁹⁸.

convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 853. Dal canto suo, MANNA, *Corso cit.*, *Pt. Gen.*, ha sottolineato come: “ (...) la questione dei rapporti strutturali tra norme non può essere intesa in senso formalistico, ma deve avere comunque riguardo, anche alla oggettività giuridica propria delle norme in esame, e quindi, in definitiva, a profili squisitamente sostanziali afferenti al piano dell'offesa”. Inoltre, molto più di recente, MAIELLO, *Considerazioni sul concorso di reati nel sistema del diritto penale internazionale*, in www.penalecontemporaneo.it (materiale inserito il 1 giugno 2018), 9.

⁹⁷ Su questo principio si rinvia a MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 144 ss.

⁹⁸ Corte giust. UE, Sez. IV, 3 aprile 2019, C- 617/17, in *Guida al dir.*, 18, 2019, p. 96, con nota di CASTELLANETA, *Concorrenza: un'Authority può infliggere due sanzioni per violazione del diritto interno e*

Qui, la Corte ha affermato la possibilità per l'Autorità nazionale garante della concorrenza (nel caso di specie polacca) di infliggere una sanzione a un'impresa con un'unica decisione, sia in relazione all'inosservanza del diritto interno sia per l'inosservanza del diritto U.E., senza che ciò contrasti con il *ne bis in idem*, a patto che le due normative considerino la condotta anticoncorrenziale *sotto profili differenti* e che la sommatoria degli apparati sanzionatori convergenti, valutati nella loro struttura astratta, risulti adeguata.

D'altronde, specularmente, anche in una visuale domestica, il *ne bis in idem* sostanziale è ispirato ad un'ottica valoriale, intimamente correlata proprio all'idea di proporzionalità *astratta* - e prima di qualsiasi valutazione *in concreto*- del trattamento sanzionatorio⁹⁹.

Invero, è difficile negare gli intrecci tra i principi del *ne bis in idem* sostanziale, il consustanziale tema del concorso (apparente) di norme e il principio di proporzionalità, giacché, se già nella fase di risoluzione dei conflitti normativi - e, quindi, già in esito ad una disamina in astratto- la loro sovrapposizione risulta eccessiva rispetto all'entità dei fatti repressi - pregiudicando *ab initio* il processo rieducativo-, *a fortiori* non sarà garantita la proporzionalità della sanzione nel momento applicativo.

Benché non esplicitamente affrontati nella giurisprudenza europea (essendo la stessa stata chiamata ad occuparsi soltanto di rapporti tra sistema punitivi formalmente divergenti e non di cumuli sanzionatorio interni ad un medesimo apparato repressivo), e, per questo, rimasti sospesi in un limbo di ambiguità e incertezza, sono però nodi problematici ai quali, sulla base delle acquisizioni raggiunte nell'attività pretoria dei giudici sovranazionali, è adesso urgente fornire delle risposte.

Effettivamente, ancorché le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza convenzionale e comunitaria non siano esplicite, nondimeno in essa si rinvencono significativi passaggi motivazionali dai quali desumere come anche nell'alveo di un unico procedimento penale, il principio in disamina possa spiegare efficacia cogente, impedendo l'ingiusta ed iniqua moltiplicazione di sanzioni connesse a fattispecie astratte convergenti sul medesimo fatto in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

In conclusione, ci si dovrà d'ora in avanti chiedere se dalle direttive impartire

UE senza contrastare il "ne bis in idem.

⁹⁹ Così, ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, 280 ss. il quale rileva come gli istituti incentrati sui rapporti tra norme si fondino sul principio di proporzionalità della pena desumibile dall'art. 27 Cost. A sua volta, PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 551 ha ravvisato nel principio di proporzionalità la *ratio* ispirativa del criterio di concunione.

a livello sovranazionale, ancorché le stesse siano state emanate nel contesto di vicende giudiziarie caratterizzate da duplicità di procedimenti, si possa tuttavia evincere una chiara incidenza anche sostanziale di tale canone volta a scongiurare il rischio, sulla base, altresì, di parametri assiologici, dell'ingiusta e iniqua moltiplicazione di sanzioni a carico dello stesso soggetto per il medesimo fatto nell'ambito di *un unico* procedimento¹⁰⁰.

Nicola Madia

¹⁰⁰ BONTEMPELLI, Ne bis cit., 395.