

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA



Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

**DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
XXX CICLO**

**La compatibilità del sistema repressivo del “doppio binario”
sanzionatorio con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*:
tra prospettiva interna ed europea.**

Supervisore: Chiar.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Dottoranda: Alessia Careri

ABSTRACT

Scopo del presente lavoro è l'analisi dell'effettiva compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* convenzionale ed il sistema repressivo del c.d. “doppio binario” sanzionatorio, con particolare riferimento alla possibilità di una doppia sanzione, penale ed amministrativa, nei confronti dello stesso soggetto in risposta alla commissione di un fatto illecito sostanzialmente unitario. Chiarito il rilievo del *ne bis in idem* nell'attuale ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale, la ricerca proposta mira a definire la nozione autonoma di “*matière pénale*”, anche alla luce della qualificazione dell'illecito e della procedura amministrativa come “sostanzialmente” penali sulla base dei c.d. criteri di *Engel*, nonché i concetti di “*idem*” e di “*bis*” elaborati dalla Corte di Strasburgo e ripresi in buona parte dalla Corte di giustizia e viceversa. Successivamente si è tentato di individuare e di evidenziare, in termini propositivi, talune possibili interpretazioni dei criteri ermeneutici attualmente utilizzati in materia di concorso di norme nel contesto dell'ordinamento nazionale, che risultino conformi alle indicazioni provenienti dalle Corti europee. Nell'ultima parte del lavoro, infine, sono state proposte talune soluzioni tecnico-giuridiche idonee a garantire l'efficiente funzionamento del sistema sanzionatorio: in particolare, una delle possibili soluzioni potrebbe forse essere individuata nell'attribuzione al solo giudice penale del potere di irrogare sia le sanzioni penali sia quelle amministrative punitive, nell'ambito di un unico procedimento che presuppone una valutazione unitaria del fatto concretamente realizzato.

This paper is aimed at analyzing the actual compatibility between the conventional principle of ne bis in idem and the so called "double track" of sanctions, with particular reference to the applicability of a double sanction, criminal and administrative, towards the same person for the same offence. After clarifying the importance of the principle of ne bis in idem in the national and supranational legal system, this research aims at defining the autonomous notion of "matière pénale", also in the light of the qualification of the administrative offenses and procedure as "substantially" criminal on the ground of the "Engel" criteria, as well as the concepts of "idem" and "bis", as set out by the Court of Strasbourg and largely accepted by the EU Court of Justice (and vice versa). Subsequently, this research tries to identify and highlight, as a suggestion, certain legal interpretations, in the framework of conflict of rules under national law, which comply with the indications set forth by the European Courts. Finally, some technical and legal solutions have been proposed to ensure the efficient functioning of the sanction system: in particular, one of the possible solutions could perhaps be identified in reserving only to the criminal courts the power to apply both penal and administrative punitive sanctions, in the context of a single proceeding which implies a global assessment of the conduct that it has actually been carried out.

INDICE

INTRODUZIONE	9
---------------------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM TRA DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

1. Il principio del <i>ne bis in idem</i> : fondamenti di un principio non costituzionalizzato.....	13
2. <i>Ne bis in idem</i> “sostanziale” e “processuale”.....	15
2.1 Il <i>ne bis in idem</i> processuale: <i>ratio</i> di un criterio di efficienza sistematica.....	18
2.2 Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale: la ragion propria di un canone positivizzato.....	20
3. <i>Ne bis in idem</i> “interno” e “transnazionale”.....	23
3.1 Il <i>ne bis in idem</i> nella prospettiva interna dei singoli Stati.....	25
3.2 Il principio del <i>ne bis in idem</i> “transnazionale” nel sistema delle fonti dell'Unione Europea.....	29
4. “Doppio binario” sanzionatorio e <i>ne bis in idem</i> : in particolare, la condanna dell'Italia da parte della Corte Edu nel caso <i>Grande Stevens</i>	32
4.1 <i>Segue</i> : le frizioni con i principi sanciti dalla Corte Edu in materia di <i>market abuse</i>	36
4.2 <i>Segue</i> : diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari a confronto nella disciplina degli illeciti tributari.....	41
5. Un quadro ancora in via di definizione: le soluzioni adottate dalla giurisprudenza interna per porre fine al contrasto.....	48

5.1 La via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.	50
5.2 La strada tracciata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione.....	51
5.3 La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 50 Cdfue.....	53
5.4 La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu.....	55
5.5 La via dell'applicazione del principio del <i>ne bis in idem</i> sostanziale.....	57

CAPITOLO II

LA “MATERIA PENALE” NEL TORMENTATO DIALOGO TRA CORTI

1. La nozione europea di <i>matière pénale</i> elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.....	59
1.1 L'impatto delle norme del diritto Ue sulla legislazione nazionale..	65
1.2 L'ingresso delle norme della Cedu nell'ordinamento nazionale.....	68
1.3 <i>Segue</i> : l'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano.....	70
1.4 La tutela dei diritti fondamentali nel più ampio contesto normativo europeo: nuove prospettive dopo Lisbona?.....	75
2. “Materia penale” e <i>ne bis in idem</i> nella giurisprudenza delle Corti Edu e di giustizia.....	77
2.1 In particolare: i c.d. criteri di <i>Engel</i> elaborati dalla Corte di Strasburgo.....	79
2.2 <i>Segue</i> : le sentenze <i>Spector Photo Group</i> , <i>Bonda</i> e <i>Fransson</i> della Corte di giustizia.....	84
3. La definizione di <i>idem factum</i> secondo la giurisprudenza europea.....	87
3.1 Il contributo ermeneutico sull' <i>idem</i> apportato dalla Corte di giustizia.....	88
3.2 Le oscillazioni interpretative in materia della Corte Edu.....	93

4. Il concetto di definitività delle decisioni.....	97
5. La nozione di <i>bis</i> nella giurisprudenza europea.....	106
6. Segue: in particolare, il criterio della “ <i>sufficiently close connection in substance and in time</i> ” dopo la sentenza <i>A & B c. Norvegia</i>	108
6.1 Gli indici sintomatici rivelatori della “sufficiente connessione” tra procedimenti.....	111
6.2 Il nuovo “orientamento consolidato” della Corte Edu? Tra osservazioni critiche ed opinioni dissenzienti.....	113

CAPITOLO III

L'INFLUENZA DEL NE BIS IN IDEM EUROPEO SUI CRITERI IN MATERIA DI CONCORSO DI NORME

1. Lo stato dell'arte in tema di <i>bis in idem</i> e concorso apparente di norme amministrative e penali.....	119
2. Il principio di specialità “amministrativa” tra previsioni legali ed applicazione giurisprudenziale.....	123
2.1 <i>Segue</i> : la deroga al principio di specialità in materia di <i>market abuse</i>	128
2.2 <i>Segue</i> : il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria.....	135
3. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”?.....	141
4. Il <i>ne bis in idem</i> convenzionale all'esame della Consulta: la pronuncia n. 200/2016.....	146
5. <i>Segue</i> : L'impatto dell'evoluzione interpretativa del divieto di <i>bis in idem</i> convenzionale sul concorso apparente di norme.....	150
6. La necessità di un <i>revirement</i> giurisprudenziale in materia di criteri regolatori del concorso di norme.....	156

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE DE IURE CONDITO E SOLUZIONI DE IURE CONDENDO

1. Riflessioni conclusive: la problematica coesistenza tra legalità “formale” e legalità “sostanziale”.....	159
2. La riforma del comparto penalistico degli abusi di mercato: le soluzioni proposte dal nuovo regolamento (MAR II) e dalla nuova direttiva (MAD II) europei.....	161
2.1 <i>Segue</i> : le opzioni praticabili per il legislatore italiano.....	164
3. Il d.lgs. n. 58/2015: un'occasione mancata per la riforma del settore tributario?.....	169
4. La necessità di una “procedura penale dell'economia” più rispettosa dei diritti individuali: a) in materia di <i>market abuse</i>	173
4.1 <i>Segue</i> : b) in materia fiscale.....	179
5. Prospettive <i>de iure condito</i> : l'(incerta) sorte dei procedimenti ancora pendenti in materia di <i>ne bis in idem</i>	184
6. Soluzioni <i>de iure condendo</i> : la possibilità di conferire al giudice penale il potere di irrogare tutte le sanzioni riconducibili alla <i>matière pénale</i>	188
BIBLIOGRAFIA	193

INTRODUZIONE

Il presente lavoro verte sull'oramai annosa questione legata alla concreta compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* “europeo” ed il sistema repressivo del c.d. “doppio binario” sanzionatorio, e cioè quel sistema punitivo – attorno al quale è strutturata la tutela di importanti settori del nostro ordinamento giuridico nazionale – incentrato sulla possibilità di una doppia sanzione, rispettivamente penale ed amministrativa, al ricorrere della violazione, attraverso la medesima condotta realizzata dallo stesso soggetto, di distinte disposizioni che prevedono illeciti di diversa natura. Come noto, il tema è venuto alla ribalta nel nostro ordinamento interno con la nota sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, pronunciata il 4 marzo 2014 dalla seconda sezione della Corte Edu, che ha condannato l'Italia dopo aver ritenuto che la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata dalla duplice sanzione amministrativa e penale, fosse in contrasto con l'art. 4 del Protocollo 7 della Cedu: disposizione, quest'ultima, che ha inteso dare attuazione al principio del *ne bis in idem*, già riconosciuto in gran parte degli ordinamenti (sia pure in forme e limiti diversi), elevandolo al rango di diritto fondamentale tutelabile in sede internazionale.

Il lavoro si propone, in via preliminare, di puntualizzare il rilievo del *ne bis in idem* nell'attuale ordinamento giuridico alla luce della normativa nazionale, europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In questo senso, l'analisi del sistema delle fonti nazionali e internazionali, assieme alla ricognizione del valore e dell'efficacia delle Carte e delle Convenzioni internazionali sui diritti fondamentali dell'uomo all'interno del nostro ordinamento, dovrebbe permettere di valutare il ruolo che il principio riveste allo stato dell'arte nell'attuale sistema giuridico e, più in generale, la funzione che tale diritto fondamentale riveste nell'intero sistema della giustizia penale a livello europeo.

In secondo luogo, la ricerca proposta mira a delineare, soprattutto attraverso lo studio dei casi affrontati dalla Corte di giustizia e dalla Corte Edu in materia, il significato di alcuni concetti destinati ad incidere profondamente

sugli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione e del Consiglio d'Europa, la cui piena comprensione richiede un'approfondita analisi dello stato della giurisprudenza sovranazionale in materia di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. Il riferimento è, in particolare, alla nozione fluida ed autonoma di “*matière pénale*”, nonché all'interpretazione data ai concetti di “*idem*” e di “*bis*” elaborate dalla Corte di Strasburgo e riprese in buona parte dalla Corte di giustizia. La Corte Edu, in particolare, chiamata a dare concreta attuazione alla garanzia riconosciuta dall'art. 4 Prot. 7 della Cedu, si è trovata sin dalle prime decisioni a dover affrontare il tentativo degli Stati membri di limitare la portata garantistica del principio del *ne bis in idem*, applicandosi le rispettive disposizioni nazionali esclusivamente al processo e agli illeciti formalmente penali. Pur riconoscendosi un ampio margine di apprezzamento sulle scelte sanzionatorie interne, la Corte ha tuttavia da subito chiarito come l'applicazione della garanzia convenzionale non potesse essere assolutamente circoscritta alla sola materia penale così come delineata sulla base delle qualificazioni giuridiche formali adottate dai singoli ordinamenti interni; e ciò in ragione della qualificazione anche della procedura amministrativa come “sostanzialmente penale” alla luce dei criteri, elaborati dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, diretti a verificare la natura penale di una sanzione o di un illecito, a prescindere dal *nomen juris* assegnato dal legislatore nazionale (i c.d. criteri di *Engel*, dall'omonimo caso *Engel c. Paesi Bassi*, ovvero: la qualificazione giuridica data dall'ordinamento interno, la natura dell'infrazione, la gravità della sanzione). Si aggiunga pure che la Corte Edu, a partire dalla sentenza *Sergey Zolothukin c. Russia* del 10 febbraio 2009, ha elaborato un'interpretazione uniforme del concetto di “*same offence*”, sulla base di una lettura in chiave più estesa del criterio di specialità, che tende a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica “in concreto” e non “in astratto” nel confronto tra fattispecie tipiche. Tale lettura si pone tuttavia in una prospettiva dissonante rispetto ai canoni interpretativi ordinariamente accolti dalla giurisprudenza interna della Corte di Cassazione, che com'è noto, nelle sue decisioni, fa costantemente riferimento all'*idem*

legale, inteso come coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati dalle varie fattispecie.

In terza battuta – facendo riferimento soprattutto alla materia degli abusi di mercato e a quella degli illeciti tributari – si tenterà di individuare e di evidenziare, in termini propositivi, la presenza di disposizioni normative nel complesso dell'ordinamento nazionale e di principi in materia di concorso di norme, di cui si auspica un'applicazione – da parte dei giudici nazionali – conforme alle indicazioni provenienti dalle Corti europee. L'attenzione sarà focalizzata soprattutto sui criteri c.d. “valoriali” utilizzabili dall'interprete in tema di concorso di norme, per comprendere se le recenti decisioni della Corte Edu in materia di *ne bis in idem* abbiano avuto delle effettive ripercussioni in materia di principi che regolano le ipotesi di conflitto apparente di norme.

Nell'ultima parte del lavoro, infine, si intende arrivare a formulare delle soluzioni tecnico-giuridiche idonee a garantire l'efficiente funzionamento del sistema sanzionatorio nei settori oggetto di analisi. Senza anticipare le prospettive *de lege ferenda* che verranno proposte al termine della ricerca, la strada da percorrere potrebbe forse essere individuata nell'attribuzione al solo giudice penale – nei settori indicati – del potere di irrogare sia le sanzioni penali, sia quelle amministrative punitive, a seguito di un giudizio dal medesimo compiuto circa l'unitarietà giuridica del fatto concretamente realizzato, che tenga in considerazione l'esigenza di evitare un cumulo sanzionatorio ogni volta in cui, sul piano sostanziale, non si sia comunque raggiunto il disvalore obiettivo necessario e sufficiente a giustificare l'esistenza di un concorso di illeciti sostanzialmente penali, nel rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Questa soluzione avrebbe anche il vantaggio di assicurare il pieno rispetto di tutte le garanzie processuali enucleate dalla Corte Edu sulla base dell'art. 6 della Convenzione in relazione a fattispecie e procedimenti aventi carattere sostanzialmente penale.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* TRA DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

Sommario: 1. Il principio del *ne bis in idem*: fondamenti di un principio non costituzionalizzato. - 2. *Ne bis in idem* “sostanziale” e “processuale”. - 2.1. Il *ne bis in idem* processuale: *ratio* di un criterio di efficienza sistematica. - 2.2. Il *ne bis in idem* sostanziale: la “ragion propria” di un canone positivizzato.- 3. *Ne bis in idem* “interno” e “transnazionale”. - 3.1. Il *ne bis in idem* nella prospettiva interna dei singoli Stati. - 3.2. Il principio del *ne bis in idem* transnazionale nel sistema delle fonti dell'Unione Europea. - 4. “Doppio binario” sanzionatorio e *ne bis in idem*: in particolare, la sentenza *Grande Stevens c. Italia*. - 4.1. *Segue*: Le frizioni con i principi sanciti dalla Corte EDU in materia di *market abuse*. - 4.2. *Segue*: diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari a confronto nella disciplina degli illeciti tributari - 5. Un quadro ancora in via di definizione: le soluzioni adottate dalla giurisprudenza interna per porre fine al contrasto. - 5.1. La via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. - 5.2. La strada tracciata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione. - 2.3. La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 50 Cdfue. - 5.4. La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu. - 5.5. La via dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

1. Il principio del *ne bis in idem*: fondamenti di un principio non costituzionalizzato.

La rivitalizzazione dogmatico-speculativa del principio del *ne bis in idem* operata dalla più recente giurisprudenza della Corte Edu ha riaperto un importante dibattito su una materia non poco delicata e strettamente connessa a quella dei diritti fondamentali di ciascun individuo. Seppur non espressamente riconosciuto dalla Costituzione, infatti, non pare oggi discutibile l'inclusione del divieto di reiterazione del giudizio per lo stesso fatto nei confronti del

medesimo soggetto, nel novero dei diritti fondamentali e costituzionalmente rilevanti della persona sottoposta a procedimento penale.¹

In particolare, tale principio, caratterizzato dalla sua essenza di garanzia personale², sarebbe secondo un orientamento da ricollegarsi indirettamente agli articoli 24 e 111 della Costituzione, in quanto corollario del giusto processo, posto simultaneamente a tutela del diritto di difesa, della ragionevole durata del processo e della finalità rieducativa della pena³. Alcuni autori, invece, prendendo atto della lacuna costituzionale, valorizzano la copertura del principio derivante dalle fonti sovranazionali, per effetto del viatico di cui all'art. 117 Costituzione, disposizione che, com'è noto, sottopone il nostro ordinamento ai *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*: il *ne bis in idem*, infatti, è espressamente sancito dall'art. 4 Protocollo 7 della Cedu, nonché dall'art. 50 della Carta di Nizza e dall'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Shengen.⁴ Il richiamo delle fonti sovranazionali, da un lato, rafforza la valenza del principio, riconosciuto ad un

¹ GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 97 ss. In questo senso si veda anche SALCUNI G., *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, in *Indice pen.*, 2013, p. 315 e ss., laddove l'Autore osserva che “non è pensabile che un principio così importante sia rimesso alla sola legislazione ordinaria e non abbia invece un appiglio anche nella Carta fondamentale, la quale, all'art. 27, comma 3, vieta i trattamenti inumani e degradanti, e pertanto la pratica di punire più volte lo stesso fatto”.

² RANALDI G. - GAIOTO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, n. 1/2017, p. 5.

³ In tal senso V. Corte cost., ord. n. 501/2000, in www.giurcost.org, ove si legge: “tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione) la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce della Cassazione; sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2”.

⁴ Sussistono, tuttavia, notevoli differenze applicative e di contenuto tra le diverse disposizioni citate: alcune vincolano gli Stati membri ad osservare il divieto in discorso solo nell'ambito dei singoli ordinamenti interni, altre investono invece il diverso profilo della cooperazione giudiziaria sovranazionale, proiettando così il *ne bis in idem* nella delicata e complessa dimensione dei rapporti interstatuali. PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 415.

triplice livello (nazionale, convenzionale ed euro-unitario), dall'altro pone delicati problemi di coordinamento tra i diversi sistemi, che divergono in merito al suo ambito applicativo.⁵

Si tratta, ad ogni modo, di una regola antica mutuata nel diritto e nella procedura penale moderna dal diritto romano, ove significava divieto di reiterare azioni con identico oggetto (*bis de eadem re non sit actio*),⁶ oggi rispondente alle diverse istanze di proporzionalità della pena, di libertà individuale, di economia processuale e di certezza del diritto.

2. *Ne bis in idem* “sostanziale” e “processuale”.

Quando si parla di *ne bis in idem* è opportuno preliminarmente distinguere la proiezione del principio su due distinti versanti, quello processuale e quello sostanziale.

Il principio del *ne bis in idem* processuale risulta espressamente codificato nell'art. 649 c.p.p. e sintetizza, nella sua categoricità, la convergenza di diverse *rationes*: da un lato soddisfa esigenze di economia processuale, evitando duplicazioni dei procedimenti; dall'altro, assicura la certezza del

⁵ SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, 3° ed., Giappichelli, 2017, p. 25. Secondo la logica della c.d. tutela «multilivello» dei diritti fondamentali – che si ispira, in via generale, al principio della maggior protezione – andrebbe privilegiata la tutela che, nel caso specifico, appare di livello più alto (cfr. gli artt. 53 Cedu, 82.2 Tfu, 53 Carta di Nizza). Tale meccanismo presenta tuttavia dinamiche estremamente complesse sul piano del controllo giurisdizionale, in un quadro non privo di tensioni tra organi giudiziari di vertice che si contendono il primato sulla materia, con il rischio di una tutela dei diritti fondamentali disomogenea, frazionata, priva dei caratteri della certezza e della prevedibilità. R.E. KOSTORIS, *I diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 78.

⁶ Il principio in questione compare già nel diritto romano e, precisamente, nell'ambito delle *legis actiones*, vigenti nel II secolo a.C., espresso nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio*. Con tale locuzione si affermava che un diritto, una volta che fosse stato anche solo in *iudicium deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento. La preclusione si formava al momento della *litis contestatio* che, chiudendo la prima fase del giudizio, cristallizzava il successivo *thema decidendum*. Sul tema, ZUNICA F., *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna VII*, Napoli, 2007, p. 6145 ss.

diritto, garantendo la stabilità delle decisioni divenute definitive.⁷ Da un punto di vista sostanziale, invece, tale principio porta ad esprimere una basilare esigenza di giustizia razionale ed equitativa, facendo divieto di addossare più volte lo stesso fatto all'autore in tutte le ipotesi astratte di concorso di norme.

L'operatività del principio in questione anche sul versante sostanziale, a livello di diritto positivo, è desumibile da una fitta rete di dati legislativi costituiti dagli articoli 15, 84, 61 e 62 prima parte, 68, 131, 170, 301, 581 c.p., nonché dalle copiose clausole di riserva contenute nella parte speciale del codice ed in leggi speciali.⁸

Con particolare riferimento ai rapporti tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, secondo un orientamento dottrinale minoritario, si tratterebbe di un unico principio, con un aspetto sostanziale ed un aspetto processuale, volto ad assicurare la certezza del diritto solo in senso “soggettivo”, rilevando come “espediente pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale, e quindi all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo”.⁹ Per i sostenitori di questa tesi, dunque, il rispetto del principio in esame comporterebbe l'impossibilità di instaurare un secondo procedimento per evitare che una persona sia giudicata due volte per lo stesso fatto. Questa interpretazione del *ne bis in idem* processuale, strettamente connessa alle finalità di giustizia sociale, si rifletterebbe anche sul piano sostanziale: l'impossibilità di attribuire due volte allo stesso autore il medesimo avvenimento concreto determinerebbe anche la mancata integrazione di due fattispecie criminose nelle ipotesi di concorso apparente di norme.

Un diverso e contrario orientamento, peraltro tutt'oggi prevalente,¹⁰

⁷ SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., p. 26.

⁸ Nella manualistica, MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 8° ed., Padova, Cedam, 2013, p. 482 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, 6° ed., Bologna, Zanichelli, 2009, p. 686 ss.

⁹ DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, 1963, p. 90, nota 34.

¹⁰ CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 101, il quale evidenzia come il *ne bis in idem* processuale si ispiri a motivi diversi da quelli su cui si fonda il *ne bis in idem* sostanziale, primi tra tutti la certezza del diritto e l'economia dei giudizi. In una posizione intermedia tra le due ricostruzioni v., ad esempio, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 483, il quale afferma che il *ne bis in idem* processuale, “pur nella sua autonoma

sostiene, invece, la totale autonomia del *ne bis in idem* sostanziale rispetto a quello processuale, e ciò anche sulla base della previsione – all'interno del codice penale vigente – dell'istituto del concorso formale di reati che, per definizione, comporta la duplice attribuzione dello stesso fatto storico, seppur diversamente qualificato, al medesimo autore. I sostenitori di questa tesi asseriscono che il *ne bis in idem* sostanziale avrebbe la funzione di impedire l'addebito all'autore di un fatto storico di due diversi titoli di reato, allorquando uno di essi consti unicamente – senza l'aggiunta di alcuna componente ulteriore idonea a diversificare il disvalore del fatto – di elementi che rientrano tutti, nessuno escluso, nello schema dell'altro;¹¹ mentre il *ne bis in idem* processuale risponderebbe esclusivamente ad esigenze di certezza obbiettiva del diritto e di economia nei giudizi, trattandosi di un istituto volto a prevenire il conflitto pratico di giudicati. Questa tesi trova anche un argomento di favore nell'assunto secondo cui, a ben vedere, la violazione del divieto di doppio procedimento non comporta necessariamente la violazione del divieto di doppia punizione, potendo il primo (o anche il secondo) giudizio concludersi con un proscioglimento. E viceversa, il divieto di doppia punizione potrebbe essere trasgredito anche in mancanza di una duplicazione dei processi, nel corso del medesimo giudizio.¹² Secondo questa impostazione, quindi, il duplice addebito sarebbe legittimo nelle ipotesi di concorso formale di reati, poiché, in tal caso, non tutti gli elementi e requisiti della situazione storica sono presi in considerazione dagli schemi legali delle diverse fattispecie criminose.¹³

ratio di certezza ed economia processuale, entra certi limiti salvaguarda anch'esso la finalità di giustizia sostanziale del primo [*ne bis in idem* sostanziale]”.

¹¹ Il significato attribuito in tal modo al *ne bis in idem* sostanziale, quindi, limiterebbe il concorso apparente di norme alle ipotesi in cui, attraverso un confronto tra gli schemi legali, si accerti l'inclusione di una fattispecie in un'altra. Il *ne bis in idem* sostanziale – come sarà precisato meglio più avanti – avrebbe così la funzione di impedire che, se gli stessi elementi di una situazione storica sono stati tutti presi in considerazione da due diversi schemi legali astratti, vengano applicate entrambe le norme.

¹² BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Archivio Penale*, n. 1/2015, p. 5, che riprende l'opinione di CORDERO F., *Procedura Penale*, 9° ed., Milano, 2012, p. 1208.

¹³ LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso*

2.1 Il *ne bis in idem* processuale: *ratio* di un criterio di efficienza sistematica.

Quanto si è detto sino ad ora in relazione al significato processuale del principio in esame, come principio che mira alla certezza del diritto ed a soddisfare esigenze di economia processuale tese ad evitare un inutile spreco di risorse per l'accertamento di vicende già definite,¹⁴ merita qualche ulteriore riflessione.

La connotazione processuale del *ne bis in idem* trova la sua disciplina confinata nel codice di rito all'art. 649 c.p.p., ove risulta legato alla nozione di giudicato formale¹⁵, presupponendo, per la sua operatività, la sussistenza di una pronuncia non più suscettibile di essere sottoposta ad impugnazione ordinaria e, in particolare, “una sentenza o un decreto penale divenuti irrevocabili”.

L'art. 649 c.p.p. – che è rubricato “*divieto di un secondo giudizio*” – riprende in larga parte i contenuti dell'abrogato art. 90 del previgente codice di rito, ma presenta una collocazione sistematica totalmente nuova: infatti, la corrispondente disciplina nel codice di rito del 1930 era inserita sulle “*disposizioni generali*”, mentre nel codice vigente è “interna” al titolo I del libro X sull’“*esecuzione*”, quasi a simboleggiare che il divieto in discorso debba essere concepito solo come effetto della irrevocabilità e non anche come garanzia fondamentale per la persona sottoposta a procedimento.¹⁶

L'enunciazione del divieto nell'art. 649 c.p.p. si è tuttavia rivelata una sede normativa alquanto ristretta per una regola che ambisce a divenire un principio generale dell'ordinamento, come è stato anche sottolineato dalla

formale di reati, 8° ed., Milano, 1974, p. 67-71.

¹⁴ Il divieto, impedendo una pluralità di processi in relazione allo stesso fatto, contribuisce alla certezza obiettiva del diritto, prevenendo anticipatamente un possibile conflitto tra giudicati. E' un valore funzionale al processo e all'autorità della sua decisione finale, edificando la portata preclusiva della *res iudicata*.

¹⁵ È l'art. 648 c.p.p. a definire la nozione di “irrevocabilità” delle sentenze e dei decreti penali (c.d. “cosa giudicata formale”). Cfr. CONSO G. - GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 939: “La matrice del divieto di *bis in idem* deve essere identificata nella categoria della preclusione processuale, costituendo il giudicato la ‘somma preclusione’ cui è affidata la funzione di garantire l’intangibilità del risultato del processo”.

¹⁶ RANALDI G. - GAIOTO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit. p. 8.

giurisprudenza della Suprema Corte di legittimità. Quest'ultima, infatti, chiamata a pronunciarsi in merito alla portata di tale principio, ha sancito che “l'art. 649 c.p.p. costituirebbe solo un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *regiudicanda*, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema”.¹⁷ Tale affermazione ha consentito alla giurisprudenza domestica di sganciare il *ne bis in idem* dal concetto di giudicato, permettendo al divieto di operare nella prassi anche in presenza di una pronuncia non ancora definitiva, come principio fondamentale del sistema, che disvela anche una *ratio* sostanziale che non assorbe ma si affianca a quella processuale qui in esame.¹⁸

Accanto alle esigenze di certezza obbiettiva del diritto¹⁹ – intesa come

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, imp. “*Donati*”. Le Sezioni Unite della Corte sanciscono l'improcedibilità dell'azione penale in un secondo processo, avente ad oggetto il medesimo fatto, quand'anche il primo procedimento non sia chiuso con una sentenza non passata in giudicato, a condizione che la nuova azione sia promossa nella medesima sede giudiziaria e ad iniziativa dello stesso ufficio requirente. Secondo la Corte “a tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica”. V. MANCUSO E.M. - VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in UBERTIS G. - VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 382-383.

¹⁸ Tale “esegesi analogica” non si porrebbe in contrasto con il principio di legalità processuale di cui all'art. 111, co. 1 Cost. in quanto opererebbe *in bonam partem*. Sul punto UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2013, p. 37-38; MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS G. - VOENA G.P., XLI, Milano, 2012, p. 67-68.

¹⁹ La strumentalità del *ne bis in idem* processuale rispetto ad istanze di certezza giuridica, tuttavia, non deve essere eccessivamente enfatizzata: ciò che preme all'ordinamento è evitare la coesistenza di comandi inconciliabili contenuti in due sentenze definitive e, dunque, garantire una certezza che inerisce al momento imperativo della decisione e non, in via immediata, ai giudizi di fatto o di diritto che ne costituiscono le necessarie premesse. La preclusione processuale è pertanto volta a tutelare il momento “imperativo” e non quello “valutativo” della sentenza ed il vincolo del *ne bis in idem* si collega al “fatto della sentenza, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto”. Cfr. DE LUCA G., voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1988, p. 2 ss.; LOZZI G., voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1969, p. 914 ss.

coerenza logico formale tra decisioni – si collocano imprescindibili esigenze di certezza “soggettiva”, come garanzia per il cittadino contro eventuali abusi del potere giurisdizionale.²⁰ Il principio viene anche letto, in una nuova ottica personalistica, come tutela per l'individuo contro i rischi derivanti dalla duplicazione del processo, che costituisce di per sé una pena anticipata.²¹

2.2 Il *ne bis in idem* sostanziale: la “ragion propria” di un canone positivizzato.

La visione personalistica facilita la proiezione del *ne bis in idem* dal versante processuale a quello sostanziale del diritto penale, ove è inteso come divieto di doppia – o anche plurima – pena in ragione del medesimo illecito, e mira a soddisfare elementari esigenze di giustizia sostanziale.²²

Invero, istituti come il concorso apparente di norme e le clausole di sussidiarietà espressa previste per alcuni reati di parte speciale sono fenomeni che possono essere spiegati proprio riconoscendo al principio del *ne bis in idem* anche una valenza sostanziale, che impedisce di addebitare più volte a carico del medesimo soggetto il disvalore già espresso da altra fattispecie.²³

In particolare, secondo un'impostazione di tipo “strutturalista”,²⁴ il *ne*

²⁰ Sotto questo profilo il *ne bis in idem* processuale costituisce un limite ad un reiterato ed irragionevole intervento dello Stato nella vita privata dei cittadini, che trova la propria ragione nell'esigenza di sottrarre il singolo ad un'illegittima e potenzialmente infinita persecuzione da parte dei pubblici poteri. GALANTINI N., *Il divieto di doppia processo come diritto della persona*, cit., p. 98.

²¹ Si richiamano in proposito le parole di CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, p. 35, che afferma, con un'espressione di sintesi, “*il processo di per sé è pena*”.

²² PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, p. 41.

²³ Secondo questa impostazione il *ne bis in idem* sostanziale costituirebbe il fondamento dell'istituto del concorso apparente di norme. Sotto questo profilo, il divieto di molteplice pena per il medesimo fatto rappresenta il criterio direttivo in grado di guidare il giudice nel momento in cui è chiamato a decidere se si è di fronte ad un caso di concorso apparente di norme ovvero di un concorso di reati.

²⁴ Autorevole dottrina ha distinto tra una concezione di questo tipo (anche detta “assolutistica”), secondo la quale il *ne bis in idem* stabilisce che non può essere punito più volte il fatto che corrisponde, contemporaneamente ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose, ed un'opposta concezione, secondo la quale, atteso che il *ne bis in idem* farebbe divieto di valutare più volte il medesimo contenuto d'illecito, l'operatività del principio non sarebbe ricollegata alla “medesimezza del fatto”, ma presupporrebbe una previa analisi circa l'unità o

bis in idem sostanziale porterebbe a negare – sul piano dei principi – che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto in tutte le ipotesi in cui l'applicazione di una sola delle norme incriminatrici astrattamente applicabili ne esaurisca già per intero il contenuto di disvalore, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo.²⁵ La caratteristica principale di tale impostazione risiede, quindi, nell'utilizzo del *ne bis in idem* sostanziale quale criterio discretivo delle ipotesi di concorso apparente di norme e di concorso formale di reati.²⁶

Secondo una diversa prospettiva che potremmo definire, invece, di carattere “sostanzialista”, il medesimo principio sarebbe chiamato ad operare

pluralità di reato; in questa seconda prospettiva, dunque, il *ne bis in idem* non consentirebbe di applicare due fattispecie incriminatrici laddove esista “unità normativa del fatto”. Cfr. MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 425, che, dopo aver descritto le diverse nozioni di “medesimo fatto” che caratterizzano le due possibili concezioni del principio, così sintetizza il diverso ruolo svolto dal *ne bis in idem* nella teoria del concorso apparente di norme: “per la concezione assolutista, esso esplica una funzione prioritaria, assurgendo a criterio per stabilire quand'è che si ha concorso apparente di norme e quand'è che si ha concorso di reati, in sostituzione dei criteri tradizionali [...]. Per l'opposta concezione, il suddetto principio non assolve alcuna funzione risolutiva, limitandosi a riassumere il criterio conclusivo di un'indagine condotta in base ad altri criteri: esso opera in quanto il fatto costituisca un solo reato [...]. Una funzione, dunque, meramente ricognitiva, di una realtà previamente stabilita per altre vie”. Analog. PAPA M., op. cit., p. 43: “secondo il primo indirizzo “non può essere punito più volte il fatto che corrisponde contemporaneamente, ed in tutte le sue parti, a più fattispecie criminose. [...] Secondo invece un secondo gruppo di teorie, [...] l'operatività del *ne bis in idem*, essendo finalizzata a non reiterare il medesimo giudizio di illiceità, anziché essere collegata alla “medesimezza del fatto”, presupporrebbe piuttosto una previa analisi circa l'unità o pluralità di reato”.

²⁵ In tale contesto di sistema, il divieto di sanzionare due o più volte l'*eadem persona* per l'*idem factum* troverebbe chiaro eco, in prospettiva generale, nel disposto degli articoli 15, 84, 61, 62 prima parte, 68, 581 co. 2 c.p. che esprimono, all'evidenza, il criterio ermeneutico per cui è inammissibile, a fronte della medesimezza del fatto, la doppia sanzione, ogniquale volta l'apprezzamento negativo complessivo della fattispecie, il bene giuridico da essa tutelato e l'evento in senso giuridico che essa contempla, esauriscano integralmente il disvalore che promana dall'azione o dall'omissione, tanto rispetto alla tipicità del comportamento che alla relativa colpevolezza.

²⁶ Nulla osta, sul piano delle opzioni statuali di politica criminale, a che un'unica azione ovvero omissione infranga diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un disvalore autonomo che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui è titolare, valuta doveroso riflettere in molteplici e corrispondenti reati e sanzionare con la previsione delle relative pene, seppur a computo “calmierato”

“a valle”, per così dire, intervenendo esclusivamente al momento sanzionatorio della fattispecie. Lo scopo del principio, in sintesi, sarebbe quello di impedire l’irrogazione di una pena più severa rispetto a quella comminata in astratto dal legislatore. In questo secondo modello ricostruttivo, dunque, il *ne bis in idem* risponde all’esigenza di evitare una risposta sanzionatoria eccessivamente gravosa dovuta ad un cumulo di pene a fronte di un “illecito penalmente unitario”. Ebbene, seguendo questa impostazione, il divieto di molteplice pena dispiegherebbe la propria efficacia a prescindere dall’esistenza di un medesimo fatto storico,²⁷ perché sarebbe chiamato a disciplinare non un rapporto logico tra norme ma un rapporto di valore che ha ad oggetto fatti giuridici. Una volta abbracciata una siffatta prospettiva “valoriale”, il principio di sussidiarietà e quello di consunzione diventano una delle manifestazioni più poliedriche ed interessanti del *ne bis in idem* sostanziale, anche in presenza di più fatti concreti cronologicamente separati, ciascuno dei quali integra gli estremi di una diversa figura di reato.²⁸

La circostanza che il *ne bis in idem* possa operare “a monte”, precludendo l’applicazione di una o più norme incriminatrici nel momento della astratta qualificazione giuridica del fatto, oppure “a valle”, sul piano del contenuto sanzionatorio, presupponendo un preliminare e diverso giudizio circa l’unitarietà giuridica del fatto concretamente realizzato, non esclude che

alla stregua del criterio di favore posto dall’art. 81 c.p. In tali casi, qualora si escluda che le disposizioni penali si pongano tra esse in concorso apparente, non è a discutersi che si debbano attribuire all’autore del comportamento tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un’unica condotta commissiva o omissiva, pur quando il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico. RANALDI G. - GAIOTO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit. pag. 9-10.

²⁷ PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 224, a proposito del principio di consunzione scrive: “[esso] richiede non la ‘identità’ del fatto (come il rapporto di specialità), ma solo la unitarietà del quadro di vita al quale le norme sono chiamate ad applicarsi”.

²⁸ MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2004, p. 303 ss., che tuttavia precisano che nelle ipotesi di pluralità di fatti concreti non vengono in gioco immediatamente il principio di sussidiarietà e di consunzione. Nei casi di “antefatto” e “postfatto” non punibili, si tratterebbe piuttosto di adottare una logica analoga a quella sottostante all’utilizzo dei criteri di sussidiarietà e consunzione.

l'essenza del principio sia di per sé unitaria. Il fondamento del principio in discorso, infatti, pare risiedere comunque nell'esigenza di evitare un irrazionale cumulo sanzionatorio ogni volta in cui, sul piano sostanziale, non si sia comunque raggiunto il disvalore obiettivo necessario e sufficiente a giustificare l'esistenza di un concorso di reati.²⁹

Risulta evidente, dunque, come il *ne bis in idem* sostanziale risponda ad esigenze di equità e proporzionalità della pena, essendo finalizzato ad evitare l'ingiustizia di una ingiustificata sproporzione tra fatto complessivamente considerato e sanzione in concreto irrogata.

3. *Ne bis in idem* “interno” e “transnazionale”.

Bisogna tracciare un fondamentale distinguo, sotto un diverso versante, tra fonti che contemplano soltanto una dimensione “interna” del principio, fonti che riguardano soltanto la dimensione “transnazionale” e fonti che riconoscono entrambe le dimensioni del *ne bis in idem*.³⁰

Contemplano la sola dimensione interna, e quindi vincolano gli Stati membri ad osservare il divieto in discorso solo nell'ambito dei singoli ordinamenti interni, ad esempio, l'articolo 14.7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966³¹ e l'articolo 4 del settimo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1984³². La peculiarità di questi strumenti internazionali consiste nel fatto che essi sanciscono l'obbligo internazionale dello Stato di rispettare a livello interno il divieto di *bis in idem*.

Il riconoscimento del solo versante transazionale del principio, invece, è

²⁹ VALLINI A., *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, vol. II, p. 384.

³⁰ RECCHIA N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 72.

³¹ Tale patto, firmato a New York il 16 dicembre 1966 ed aperto alla firma il 19 dicembre dello stesso anno, è stato reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881 (in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. al n. 333 del 7 dicembre 1977).

³² Tale protocollo, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo con l. 9 aprile 1990, n. 98, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. al n. 100 del 2 maggio 1990, con ratifica depositata il 7 novembre 1990, è entrato in vigore per l'Italia il 1 febbraio 1992.

presente in numerose altre convenzioni redatte in seno al Consiglio d'Europa³³ alle quali, più di recente, si sono aggiunte, in ambito comunitario, la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* del 25 maggio 1987³⁴, nonché la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni del 19 giugno 1990 (CAAS). Quest'ultima convenzione internazionale, in particolare, dà attuazione pratica all'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985³⁵, teso a favorire la libertà di circolazione dei cittadini degli Stati aderenti attraverso la graduale eliminazione dei controlli alle frontiere interne.³⁶ Il divieto di doppio processo sancito in quest'ultima Convenzione è, dunque, parte di un accordo negoziato e concluso fuori dell'Unione europea e solo successivamente “incorporato” nel quadro di quest'ultima.³⁷ È da evidenziare, infine, il riconoscimento di

³³ Si segnalano, a tal proposito, la *Convenzione europea sull'estradizione* del 1957; la *Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi* del 1970; la *Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive* del 1972. Di queste, solo la *Convenzione europea sull'estradizione* è in vigore nel nostro ordinamento, non essendo state le altre due firmate dall'Italia. In dottrina, v. PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 409 ss.

³⁴ Questa Convenzione è stata firmata a Bruxelles e pubblicata in Gazz. Uff. n. 253 il 28 ottobre 1989.

³⁵ Com'è noto, gli accordi di Schengen sono stati inizialmente conclusi fra gli Stati del Benelux, Francia e Germania; in un momento successivo vi hanno aderito tutti gli altri Stati membri dell'Unione. Tali accordi sono stati poi “incorporati” nel diritto dell'Unione europea, al fine di promuovere l'integrazione europea e, in particolare, consentire all'Unione di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. Il Protocollo n. 2 allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea ha infatti integrato il complesso di norme che formano l'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione, le quali trovano pertanto applicazione negli Stati membri a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, nel maggio 1999.

³⁶ Tale Convenzione, firmata dai medesimi contraenti dell'Accordo di Schengen il 19 giugno 1990, è stata pubblicata in Gazz. Uff. 2000 L. 239, 19. L'Italia ha dato esecuzione agli accordi con l. 30 settembre 1993, n. 388 ed è entrata a pieno titolo nello spazio Schengen il 27 ottobre 1997.

³⁷ Le regole della CAAS sul *ne bis in idem* sono oggi applicabili in tutta l'Unione europea, inclusi i nuovi Stati membri. L'Irlanda ed il Regno Unito, che non sono immediatamente vincolati dalla CAAS, hanno chiesto di partecipare all'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 54-58 CAAS. Le loro richieste sono state accettate dal Consiglio con due separate decisioni (cfr. per il Regno Unito la decisione del Consiglio del 29 maggio 2000, in Gazz. Uff. CE L 131 del 1 giugno 2000, 43; per l'Irlanda la decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, in

entrambe le dimensioni del *ne bis in idem* ad opera della dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, anche a conferma del crescente rilievo che il principio in esame ha assunto nello spazio giudiziario europeo. A tale disposizione deve oggi riconoscersi, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea nel vigente testo modificato dal Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1° novembre 2009), lo stesso valore giuridico dei trattati.³⁸

Il riconoscimento del divieto in parola in atti internazionali di così rilevante importanza politico-ideologica assume un forte significato sia da un punto di vista simbolico che giuridico, a riprova del fatto che il *ne bis in idem* è ormai assunto al rango di diritto fondamentale dell'individuo di cui la stessa comunità internazionale si preoccupa di garantire l'osservanza.

3.1 Il *ne bis in idem* nella prospettiva interna dei singoli Stati.

Sotto il profilo della dimensione interna del principio, vale la pena di soffermarsi sui riferimenti espliciti al *ne bis in idem* presenti nell'art. 4 del protocollo 7 della Cedu e nell'art. 14.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Va innanzi tutto rilevato come tali disposizioni costituiscano un punto d'incontro tra tradizioni giuridiche profondamente diverse: quella continentale europea, nella quale il divieto del *ne bis in idem* è concepito come un effetto preclusivo del giudicato, e quella anglosassone, la quale riconosce, nell'ambito delle garanzie del *fair trial*, la *protection against double jeopardy* come garanzia contro un abuso del potere da parte dell'organo pubblico,³⁹ in

Gazz. Uff. CE L 64 del 7 marzo 2002, 20).

³⁸ RECCHIA N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit., p. 72-73.

³⁹ Nei Paesi di *common law*, la formula che esprime questa garanzia, sintetizzata dalla *double jeopardy rule*, venne riconosciuta nel Regno Unito sin dal XII secolo ed è poi transitata nel *Bill of Rights* del 1689 e nel Quinto emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America: essa pone l'individuo al riparo dal rischio di subire un doppio processo, includendo in un unico divieto i casi di litispendenza e quelli di celebrazione di un nuovo giudizio per i medesimi fatti. «*Of all the provisions of the Bill of Rights, none is older than the protection against double jeopardy*», così SLOVENKO R., *The Law on Double Jeopardy*, in *Tulane Law*

stretta correlazione con l'esigenza di impedire all'accusa una nuova persecuzione penale, dovuta all'impossibilità per quest'ultima di impugnare un verdetto assolutorio ed a voler quindi aggirare tale divieto attraverso l'instaurazione di un nuovo procedimento penale.⁴⁰

Ad ogni modo, focalizzandoci sul contenuto specifico delle due disposizioni, occorre rimarcare, in primo luogo, l'ambiguità dell'art. 14.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici – secondo cui “nessuno può essere sottoposto ad un nuovo giudizio o ad una nuova pena per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese” – che ha fatto dubitare, in un primo momento, della portata stessa del divieto. Dopo le prime perplessità, si è oggi concordi nel ritenere che tale disposizione alluda al divieto di instaurare un doppio giudizio per il medesimo fatto solo all'interno di ogni singolo Stato.⁴¹ In particolare, la garanzia sorge solo in seguito alla pronuncia di una sentenza definitiva e il riferimento è alla nozione di “reato”, per cui sembrerebbe che la norma internazionale non vieti un doppio giudizio quando il medesimo fatto sia diversamente qualificato sotto il profilo normativo.⁴²

Altra caratteristica fondamentale della norma in oggetto consiste nella sostanziale equiparazione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale: i due

Review, 1955- 1956, p. 409.

⁴⁰ È facile comprendere, pertanto, come il divieto di *double jeopardy* si riveli necessario in tutti quegli ordinamenti nei quali l'accusa rischia di vedere consumata la sua unica *chance* di condanna. V. PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, Vol. 5, n. 2, p. 491-492.

⁴¹ Cfr. *Human Right Committee*, A.P. c. Italia, *Communication* n. 204/1986. V. anche C. cost. 8 aprile 1976, n. 69, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 432, la quale sancisce che “l'enunciativa di principio ivi contenuta concerne il divieto del *bis in idem* con riferimento ai rapporti tra le decisioni giudiziarie di un medesimo Stato, e non tra quelle di Stati diversi”.

⁴² Da una lettura dei lavori preparatori del Patto sui diritti civili e politici è possibile desumere come, a fronte di proposte intese a sostituire il termine “*offence*” con quello di “*actions*”, sia stato ritenuto necessario mantenere il primo dei due termini per tenere conto delle legislazioni che consentono un nuovo giudizio per gli stessi fatti diversamente qualificati. PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit., p. 496.

principi sono infatti posti sullo stesso piano e subordinati ai medesimi presupposti. La ragione di questa equiparazione potrebbe rinvenirsi nella volontà di enfatizzare la portata garantista del *ne bis in idem*, tanto nella sua dimensione sostanziale che in quella processuale.

Quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu, che stabilisce che “nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso stato per un'infrazione per cui è stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge e alla procedura penale di tale Stato”,⁴³ anche tale disposizione non sembra precludere l'avvio di un nuovo procedimento penale per il medesimo fatto in un altro ordinamento.⁴⁴ La seconda peculiarità della norma è data dal fatto che la disposizione in esame, analogamente alla corrispondente norma del Patto del 1966, codifica tanto il *ne bis in idem* sostanziale quanto quello processuale, subordinando la duplice preclusione al medesimo presupposto, e cioè che si tratti di un reato per il quale la persona è già stata assolta o condannata a seguito di una sentenza definitiva.

La scelta di disciplinare i due diversi principi in un'unica norma, da un lato, ne evidenzia la funzione di garanzia di fronte a tutti i possibili abusi dello *ius puniendi* statale, dall'altro, costituisce la ragione principale dei dubbi ermeneutici sollevati dall'art. 4 del Protocollo n. 7. A questo proposito, prima di procedere oltre, occorre fissare alcuni punti fermi. Nell'ordinamento Cedu, il *ne bis in idem* rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo, inderogabile anche in caso di guerra o di altre situazioni emergenziali⁴⁵. Tale principio incontra specifiche eccezioni che consentono una riapertura del procedimento –

⁴³ Nella versione inglese: “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*”.

⁴⁴ Cfr. il *Rapport explicatif*, ove si legge testualmente: “*This article embodies the principle that a person may not be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted (non bis in idem)*”, consultabile sul sito web <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

⁴⁵ Ciò atteso l'esplicito rinvio operato dal comma 3 dell'art. 4 Prot. 7 all'art. 15.2 della Cedu. Sul punto, cfr. MANCUSO E.M. - VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, cit., p. 375-376.

quindi non in contrasto con il dettato convenzionale – soltanto nelle ipotesi di emersione di “fatti nuovi” ovvero di “vizi fondamentale della procedura”, che siano idonei ad influenzare l'esito del verdetto passato in giudicato.⁴⁶ Il *ne bis in idem* previsto dalla Cedu, tuttavia, non presuppone che sia il legislatore nazionale a qualificare come “penale” la decisione che chiude il primo procedimento sul medesimo fatto: come vedremo meglio nel successivo capitolo, è stata la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad individuare i criteri per definire e circoscrivere il concetto di ”materia penale”.⁴⁷ Sul punto occorre aggiungere anche che la Corte Edu non ha ritenuto valida la riserva espressa dall'Italia – ai sensi dell'art. 57.2 della Convenzione, sugli articoli 2 e 4 del Protocollo 7 della Cedu, in sede di ratifica dello stesso – in base alla quale le norme di tali articoli avrebbero dovuto trovare applicazione, nel proprio ordinamento interno, solo per gli illeciti che la legge italiana definisce penali.⁴⁸ Occorre precisare, infine, da un punto di vista prettamente procedurale, che la mera celebrazione di due procedimenti paralleli risulta compatibile con la Convenzione, vietando l'art. 4 Prot. 7 della Cedu non la contemporanea apertura e svolgimento di procedimenti paralleli per lo stesso fatto ma soltanto la mancata interruzione del secondo procedimento nel momento in cui il provvedimento conclusivo del primo sia divenuto definitivo.⁴⁹

⁴⁶ Per approfondimenti in materia di deroghe al principio, v. ancora PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit., p. 497-498.

⁴⁷ PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 415-416.

⁴⁸ L'Italia, all'atto della ratifica avvenuta il 7 novembre 1991, aveva depositato una dichiarazione in tal senso. La C. edu, sez. II, nella sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 210-211, ha tuttavia ritenuto nulla tale riserva per violazione del citato art. 57, par. 2 della Convenzione, e cioè per mancanza di precisione e chiarezza della stessa., avendo omesso la riserva di indicare “le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'articolo 4 Protocollo 7”.

⁴⁹ C. edu, sentenza del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*; per un caso analogo v. C. edu, sentenza del 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*, nonché C. edu, sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev. c. Svezia*.

3.2 Il principio del *ne bis in idem* transnazionale nel sistema delle fonti dell'Unione europea.

La tutela del cittadino rispetto ad una possibile duplicazione di procedimenti o di condanne per il medesimo fatto da parte di più Stati membri dell'Unione europea è invece affidata, da un lato, all'art. 54 CAAS⁵⁰ e, dall'altro, all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵¹.

Confrontando il dato testuale di tali norme, è facile rendersi conto della formulazione intenzionalmente più ampia contenuta nella Carta che, oltre a ricomprendere sia la dimensione interna sia la dimensione transnazionale-orizzontale del principio, non risulta prevedere alcuna ulteriore condizione di applicazione, come invece richiede l'art. 54 CAAS, che subordina l'efficacia del *ne bis in idem* alla “condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”.⁵²

Ad ogni modo, entrambe le disposizioni contengono un immancabile riferimento ai due caratteri strutturali che caratterizzano l'enunciazione di tale principio: la medesimezza dei fatti contestati (*idem*) e la duplicità di procedimenti penali (*bis*).

Su entrambi questi controversi elementi valgono, per l'art. 50 della Carta, gli orientamenti interpretativi formulati dalla giurisprudenza della Corte

⁵⁰ L'art. 54, ricompreso nel capitolo 3, intitolato “*Applicazione del principio ne bis in idem*”, del titolo III, a sua volta intitolato “*Polizia e sicurezza*”, prevede che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”.

⁵¹ L'art. 50 della Carta dei diritti proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 prevede infatti che “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

⁵² In particolare, nella lettera dell'art. 50 della Carta non vi è cenno alla c.d. “condizione di esecuzione”, cioè alla subordinazione dell'operare della garanzia in esame alla condizione che la pena sia stata eseguita, sia effettivamente in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna, condizione che era al contrario prevista dalla norma della CAAS.

di giustizia Ue espressasi in relazione all'art. 54 CAAS, le cui pronunce hanno nel tempo adempiuto ad un'indispensabile opera di specificazione di un così ampio dato testuale, tale da divenire patrimonio di riflessione consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina italiana.

Una giurisprudenza che, peraltro, ha finito per condizionare e per farsi condizionare dalla giurisprudenza della Corte Edu rispetto all'articolo 4 del protocollo 7 della Cedu che, pur riferendosi alla sola dimensione interna del principio, deve comunque confrontarsi con i medesimi elementi strutturali dell'*idem* e del *bis*.

Nonostante le norme di cui agli articoli 54 della CAAS e 50 della Carta risultino per la gran parte sovrapponibili, problemi di particolare complessità pongono proprio gli elementi di diversità tra le due norme.

Tralasciando le numerosissime decisioni che si sono occupate di definire la c.d. "condizione di esecuzione" quale necessario presupposto per l'operatività del principio nell'ambito dell'area Schengen,⁵³ uno dei maggiori profili di problematicità delle norme richiamate è certamente dato dalle ipotesi facoltative di non applicazione della garanzia del *ne bis in idem* previste nell'art. 55 CAAS, le quali non trovano alcun riscontro nella formulazione del principio contenuta nella Carta di Nizza. In particolare, l'art. 55 CAAS, prevede che una Parte contraente, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della Convenzione, possa dichiarare di non esser vincolata all'art. 54 – e, dunque, all'operatività del principio del *ne bis in idem* – in determinate situazioni.⁵⁴ L'Italia ha esercitato tale facoltà, dichiarando che

⁵³ Sulla condizione di esecuzione come limite all'efficacia del *ne bis in idem*, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito nel tempo cosa debba intendersi per "pena eseguita" o "in corso di esecuzione" ai fini dell'art. 54 CAAS. Solo per citare qualche pronuncia in tal senso, si segnalano C. giust. Ue, sentenza del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, par. 42, 43, 51, 52; della C. giust. Ue, sentenza del 11 dicembre 2008, *Bourquain*, par. 48.

⁵⁴ Le limitate ipotesi previste dal par. 1 della disposizione sono le seguenti: "a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, in tutto o in parte, sul suo territorio (sempre che non siano stati commessi in parte sul territorio dello Stato in cui la sentenza è stata pronunciata); b) quando essi costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio".

l'art. 54 della Convenzione non deve trovare applicazione nelle ipotesi ivi previste all'art. 55, par. 1, lett. a), b) e c).⁵⁵ Ciò che rimane tutt'ora incerto, tuttavia, è se, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto alla Carta di Nizza il valore giuridico dei trattati, possano ancora considerarsi vigenti le deroghe sancite dall'art. 55 CAAS.⁵⁶ Tali questioni problematiche, postesi solo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sono state solo parzialmente chiarite dalla Corte di giustizia.⁵⁷ Le perplessità rimangono perché, nella versione sancita dalla Carta di Nizza, il principio in questione non ammette deroghe ed assume la valenza di un principio generale del cittadino europeo. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dunque, il principio del *ne bis in idem* in ambito europeo sarebbe da intendersi come una garanzia che non prevede eccezioni.⁵⁸ Alla luce di queste considerazioni, la permanenza dell'insieme di deroghe al *ne bis in idem* previste dall'art. 55 CAAS sarebbe oggi da escludersi, proprio in virtù del

⁵⁵ Cfr. art. 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388. Nell'art. 7, comma 2, della citata legge di ratifica viene precisato che ai sensi dell'art. 55, par. 1, lett. b), della Convenzione, costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la personalità dello Stato.

⁵⁶ Con il riconoscimento alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati (ex art. 6 TUE nella versione consolidata successiva al trattato di Lisbona), deve ritenersi obbligatoria la diretta ed immediata applicazione dell'art. 50 della carta nel nostro ordinamento.

⁵⁷ L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona segna l'avvio di una nuova fase del rapporto tra l'Unione europea e gli ordinamenti nazionali, e contribuisce alla formazione di un vero e proprio "diritto penale" dell'Unione europea, come sistema compiuto di valori, norme e principi a carattere sovranazionale, propri della materia penale, in grado di influenzare sempre più il legislatore nazionale.

⁵⁸ I rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale vanno configurati, com'è noto, in termini di primato del primo sul secondo: la preminenza del diritto comunitario è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, nato dai trattati istitutivi delle tre Comunità. Secondo tale principio, "le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il solo fatto della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante con la legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formulazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con le norme comunitarie. Ne deriva che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti con la legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria" (C. giust. Ue, 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione Finanze c. Simmenthal*).

menzionato art. 50 della Carta di Nizza, con il quale l'art. 55 CAAS deve necessariamente coordinarsi.

Invero, facendo leva sul contenuto della prima disposizione citata e sulla sua asserita immediata applicabilità all'interno del nostro ordinamento, si dovrebbe concludere che la Carta, con la sua primazia tracciata dal trattato di Lisbona, avrebbe ridisegnato i confini operativi del *ne bis in idem*, sopprimendo le ipotesi derogatorie previste dall'art. 55 CAAS. Interpretazione, quest'ultima, che, sebbene non ancora unanimemente accolta,⁵⁹ consentirebbe sicuramente un sensibile rafforzamento della garanzia in questione nel settore della cooperazione giudiziaria.⁶⁰

4. “Doppio binario” sanzionatorio e *ne bis in idem*: in particolare, la condanna dell'Italia da parte della Corte Edu nel caso *Grande Stevens*.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente mostrato, la prima anche condannando il nostro paese e diversi altri Stati,⁶¹ vistosi profili di contrasto dell'ordinamento italiano rispetto al diritto fondamentale del *ne bis in idem*.

Tale diritto, in forza del quale nessuno può essere punito due volte per il medesimo reato, né giudicato nuovamente qualora sia già stato assolto o

⁵⁹ Cfr. Comunicato stampa n. 77/14 Lussemburgo, 27 maggio 2014, sentenza nella causa C-129/14 PPU *Zoran Spasic*, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara che “la condizione supplementare dell'esecuzione contenuta nella CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* compatibile con la Carta dei diritti fondamentali. In effetti, relativamente al principio del *ne bis in idem*, le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (Gazz. Uff. 2007 C 303, p. 17) fanno espressamente riferimento alla CAAS, cosicché quest'ultima limita validamente il suddetto principio sancito nella Carta. La Corte considera inoltre che la condizione dell'esecuzione prevista dalla CAAS non rimette in discussione il principio del *ne bis in idem* in quanto tale, giacché essa mira unicamente ad evitare l'impunità di cui potrebbero giovare persone condannate in uno Stato membro con sentenza penale definitiva”.

⁶⁰ PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 421.

⁶¹ Per citarne solo alcune, cfr. C. edu, sentenza del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*; vedi anche sentenza del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*; sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; sentenza 23 giugno 2015, *Butnaru et Bejan-Piser c. Romania*.

condannato a seguito di una sentenza penale definitiva, deve essere oggi inteso così come enucleato dalle rispettive disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'interpretazione datane dalle relative Corti.⁶²

Il contrasto tra giurisprudenza interna e sovranazionale, in particolare, è sorto in virtù dell'emersione di una “nuova” concezione di “illecito” e di “sanzione penale”, che vanno ad incidere inevitabilmente sul contenuto e sulla portata del principio del *ne bis in idem*. La Corte Edu, come è oramai noto, accoglie una nozione “sostanzialistica” di tali termini, che consente di ritenere intrinsecamente penale anche sanzioni formalmente definite diversamente dagli ordinamenti interni.⁶³ La qualificazione come penale anche di sanzioni formalmente non penali da parte dei giudici di Strasburgo, comporta l'applicazione delle garanzie individuali previste dalla Cedu, in particolare, di quelle contenute negli articoli 6 e 7⁶⁴ e – per quel che qui più ci interessa in questa sede – di quella prevista dall'art. 4 del Protocollo 7 ad essa allegato, sinteticamente riassunta nella formula di *ne bis in idem*.

In virtù di questo nuovo approccio “sostanzialistico”, sono emersi punti di forte attrito tra la disciplina nazionale, da una parte, e la normativa Ue e il sistema Cedu, dall'altra, soprattutto per ciò che concerne la disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., nella parte in cui, disciplinando solo procedimenti penali, non vieta l'applicazione, per uno stesso fatto già giudicato con provvedimento penale irrevocabile, di ulteriori sanzioni di natura non penale, ma considerate tali dalla Corte Edu.

⁶² Il riferimento è qui al citato art. 4 del Protocollo 7 allegato alla Cedu, il quale prevede che “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*”; nonché al sopra richiamato art. 50 della Cdfue, secondo cui “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law*”.

⁶³ Si rimanda al capitolo II, par. 2.1 per gli approfondimenti relativi alla nozione di “materia penale” elaborata dalla Corte di Strasburgo sulla base degli oramai noti *Engel criteria*.

⁶⁴ C. edu, sentenza 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. c. Italia*.

Anticipando alcune delle questioni che saranno meglio affrontate nei successivi paragrafi, si evidenzia che, a parere di chi scrive, la presunta incompatibilità dell'art. 649 c.p.p. con la vigente disciplina europea, sarebbe solo una delle più vistose conseguenze “patologiche” del mancato rispetto, da parte del legislatore italiano, del principio del *ne bis in idem* sul versante sostanziale, stabilito a tutela del concorso apparente di norme.⁶⁵

Il “dialogo” tra le Corti si è intensificato con riferimento a tutte quelle sanzioni amministrative, il cui notevole livello di afflittività non può che richiedere la necessaria applicazione delle garanzie normalmente riservate allo *ius terribile*, tra cui proprio il divieto di cui all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu.⁶⁶

Oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza europea ed interna è stato, in particolare, il sistema del c.d. “binario sanzionatorio”,⁶⁷ che di regola ammette lo svolgimento di due diversi procedimenti, uno penale, l'altro amministrativo, aventi ad oggetto gli stessi fatti storici, ed il conseguente cumulo delle sanzioni.⁶⁸

La vicenda che in Italia ha avuto maggiore risonanza è stata quella decisa dalla sentenza *Grande Stevens* della seconda sezione della Corte Edu, la

⁶⁵ A tal proposito, v. più avanti cap. III.

⁶⁶ SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., p. 29-30.

⁶⁷ Gli autori che si sono occupati di tale problema sono numerosi. Senza pretese di esaustività si richiamano i contributi di: DE AMICIS G., *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2015, p. 201; FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di specialità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont. online*, 14 settembre 2014; BIGIARINI A., *Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione ai fatti di criminalità economica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/2016, p. 262; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza tra bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 4/2015, p. 1033.

⁶⁸ Ad ogni modo, come precisato nel *Rapport explicatif* all'allegato 7 della Cedu, l'art. 4, trovando applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti penali, non impedisce che per i medesimi fatti lo stesso soggetto venga sottoposto ad un'azione di diversa tipo. Considerata però la discrezionalità nell'individuazione dei confini tra ambito penale e disciplinare-amministrativo rimessa ai singoli Stati membri, l'unica salvaguardia contro potenziali rischi di aggiramento del contenuto precettivo della disposizione non può che essere rappresentata dal controllo di uno degli stessi organi di Strasburgo. PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit., p. 497.

quale ha condannato il nostro paese dopo aver ritenuto che la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata dalla duplicità di procedure e di sanzioni (amministrative e penali), fosse in contrasto con l'art. 4 del Prot. 7 della Cedu.⁶⁹ In tale pronuncia, l'approccio sostanzialistico, secondo cui ciò che consente di individuare la “materia penale” va ben oltre la qualificazione formale attribuita dal legislatore interno, viene sviluppato nella sua massima estensione: con tale decisione, infatti, la Corte stabilisce che la natura “sostanzialmente” penale di una sanzione formalmente amministrativa, divenuta irrevocabile, comporta in ogni caso il divieto di doppia sanzione e di iniziare un secondo procedimento sullo stesso fatto.⁷⁰ Tale decisione ha costituito un importante arresto per l'ordinamento italiano, non soltanto avendo riguardo alla singola vicenda nella quale è stata accertata la violazione di un diritto convenzionale ma, più in generale, in vista degli effetti ad ampio raggio che questa sentenza avrebbe potuto avere in tutti i settori del nostro

⁶⁹ Corte Edu, sentenza del 4 marzo 2014. In tale pronuncia, la seconda sezione della Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 4, Protocollo 7 della Cedu nel noto caso *Grande Stevens* per il cumulo di sanzioni (amministrative e penali) in materia di *insider trading*. Oggetto della vicenda erano state, in quel caso, condotte sussumibili nella fattispecie di manipolazione di mercato. Essa era stata oggetto prima di una procedura amministrativa per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter Tuf – al termine della quale la Consob aveva irrogato pesanti sanzioni pecuniarie e interdittive – e successivamente aveva formato oggetto di un procedimento penale per l'omologo reato di cui all'art. 185 Tuf. La Corte di Strasburgo ha qualificato le sanzioni comminate per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter Tuf come sanzioni «sostanzialmente penali» e ha ritenuto afferente alla materia penale la complessiva procedura finalizzata all'accertamento dell'illecito e all'irrogazione di tali sanzioni. Se ne vedano i commenti di TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, p. 201 ss.; VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *ibidem*, p. 219 ss; D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2014, p. 616-618; ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855; VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 2014, p. 693 e ss.

⁷⁰ SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 83.

ordinamento caratterizzati da un sistema repressivo di doppio binario, amministrativo e penale, le cui rispettive sfere di applicazione vengono spesso a convergere e ad accavallarsi, senza che ciò sia mai stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore nazionale.⁷¹

All'indomani della pubblicazione della decisione *Grande Stevens*, dunque, gli interpreti hanno dovuto confrontarsi con la questione relativa alle possibili soluzioni per evitare di incorrere in ulteriori violazioni della Convenzione e dei suoi protocolli in tutte le materie interessate. Di seguito si è tentato di mettere in luce le maggiori problematiche emerse con particolare riguardo al profilo specifico del rapporto tra diritto fondamentale al *ne bis in idem* e repressione degli abusi di mercato e degli illeciti tributari.

4.1 Segue: le frizioni con i principi sanciti dalla Corte Edu in materia di *market abuse*.

La repressione delle due principali figure di condotte abusive nell'ambito dei mercati finanziari – l'abuso di informazioni privilegiate (o *insider trading*) e la manipolazione di mercato – è stata affidata nel nostro ordinamento, fino al 2005, esclusivamente ai delitti previsti agli articoli 184 e 185 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Tuf). In quell'anno, il legislatore ha poi deciso di affiancare a tali delitti due paralleli illeciti amministrativi rubricati in modo identico, collocati rispettivamente nei nuovi articoli 187-*bis* e 187-*ter* Tuf.⁷² Ne deriva che il quadro sanzionatorio del microcosmo normativo relativo agli abusi di mercato si presenta oggi come un sistema a “doppio binario”, che affianca sanzioni tipicamente penali a sanzioni amministrative irrogate dalla

⁷¹ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2016, p. 190.

⁷² Ciò è avvenuto con la L. 18 aprile 2005, n. 62, emanata in adempimento degli obblighi fissati dalla direttiva 2003/6/CE (la c.d. MAD I). Solo qualche mese più tardi, l'art. 39 della L. 28 dicembre 2005, n. 262, ha ulteriormente inasprito il trattamento sanzionatorio relativo a tali illeciti, disponendo un generalizzato aumento delle sanzioni penali e amministrative previste nel Tuf e contribuendo in tal modo all'irrobustimento di un sistema sanzionatorio già definito di per sé di carattere “draconiano”.

Consob.⁷³ Il risultato di questa scelta legislativa, in particolare, è la coesistenza, in questo settore, di sanzioni della più diversa natura: detentive, pecuniarie (penali e amministrative), interdittive (previste tanto per i reati che per gli illeciti amministrativi), nonché a contenuto patrimoniale (come la confisca, anch'essa prevista sia per i reati che per gli illeciti amministrativi).⁷⁴

Quando si parla di abusi di mercato, come si diceva, ci si riferisce sostanzialmente alle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato.

La prima è comunemente nota come *insider trading* che significa letteralmente “commercio dell'iniziato”, laddove iniziato è chi ha un vantaggio informativo perché possiede notizie riguardanti uno strumento finanziario o un emittente che altri investitori non conoscono. La condotta illecita consiste, quindi, nell'uso di informazioni privilegiate, perché non ancora note alla platea degli investitori, da parte di soggetti che ne hanno la disponibilità a ragione del proprio ruolo all'interno dell'emittente, dell'ufficio o professione esercitata oppure perché apprese a seguito di una comunicazione indebita. Nell'abuso di informazioni privilegiate le notizie corrispondono alla realtà del singolo emittente o dello specifico strumento finanziario e vengono utilizzate senza che l'*insider* debba temere il rischio di mercato al quale sono invece esposti gli altri investitori, generandosi in questo modo quell'asimmetria di informazioni che la legislazione finanziaria ha inteso prevenire, posto che certamente nessuno avrebbe fiducia ad investire in un mercato dove i prodotti sono conseguiti da chi viola le regole del gioco al solo scopo di conseguire illegittimamente benefici privati.

⁷³ Sul punto, cfr. ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 555: “il coacervo di disposizioni appare improvvisato, nel nome di una reazione repressiva quanto più energica possibile, confidando che mettendo in una sorta di competizione sanzione penale e amministrativa, almeno una delle due riesca a giungere al traguardo. Soluzione che non sembra frutto di una sintassi corretta. Il principio di specialità appare essere un razionale principio di carattere generale che è teso ad evitare il sostanziale *ne bis in idem* di sanzioni afflittive per lo stesso fatto”.

⁷⁴ Per un'approfondita analisi del sistema delle sanzioni in questo settore si rinvia ad AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2012, p. 393 e ss.

L'illecito amministrativo dell'abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-*bis* Tuf⁷⁵, nelle ipotesi base previste dal primo e dal secondo comma, già dalla formulazione del testo risulta tendenzialmente sovrapponibile al corrispondente delitto previsto all'art. 184 Tuf,⁷⁶ salvo per ciò che concerne determinate qualifiche dei soggetti attivi.

La fattispecie dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-*ter* Tuf, invece, sembra almeno apparentemente formulata in modo più analitico rispetto al corrispondente reato di cui all'art. 185 Tuf, prevedendo quest'ultimo la punibilità in modo generico di tutte le condotte di diffusione di notizie false e di realizzazione di operazioni simulate o altri artifici che siano in concreto idonee a provocare una sensibile alterazione del mercato.⁷⁷

⁷⁵ Recita l'art. 187-*bis* Tuf, rubricato "Abuso di informazioni privilegiate": "1. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a). 2. La stessa sanzione di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1".

⁷⁶ Si riporta di seguito il testo del corrispondente delitto previsto dall'art. 184 Tuf: "1. È punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a). 2. La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1".

⁷⁷ Il comma 1 della relativa disposizione, in particolare, punisce, con la reclusione da

Nell'omonima fattispecie amministrativa, per contro, vengono più dettagliatamente sanzionate due tipi di condotte,⁷⁸ ovvero le “manipolazioni informative” e quelle “operative”. Integra la prima “chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari”; la seconda condotta è invece realizzata attraverso la predisposizione di operazioni o di ordini di vendita posti in essere con inganno o qualsiasi altro tipo di espediente, potenzialmente lesivi dell'integrità del mercato finanziario.⁷⁹

Nella corrispondente fattispecie delittuosa prevista all'art. 185, ad ogni modo, la clausola generale di chiusura degli “artifici” sarebbe idonea a ricomprendere la maggior parte, se non forse proprio tutte, le condotte analiticamente descritte dall'art. 187-ter.

Uno dei punti più spinosi dell'intera disciplina degli abusi di mercato, quindi, è rappresentato proprio dalla praticamente automatica sovrapposizione tra sanzioni penali e amministrative;⁸⁰ sovrapposizione considerata dal

uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni, “Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari”.

⁷⁸ Si badi che la misura della sanzione amministrativa pecuniaria “da euro ventimila a euro cinque milioni” è stata successivamente quintuplicata dall'art. 39, comma 3, della l. n. 262 del 28.12.2005 e, per effetto di tale ultima disposizione, gli importi devono intendersi, rispettivamente modificati da euro ventimila in euro centomila e da euro cinque milioni in euro venticinque milioni.

⁷⁹ Le operazioni illecite sono analiticamente descritte nel comma 3 della relativa disposizione. Si tratta, in particolare, di: “a) operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari; b) operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale; c) operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente; d) altri artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari.”

⁸⁰ In proposito rileva AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., che “si tratta di una scelta fortemente criticabile, soprattutto perché si perde così quella 'graduazione della gravità' suggerita dalla [citata] circolare della presidenza del Consiglio del Ministri del 19 dicembre 1983 in tema di 'criteri orientativi per la scelta fra sanzioni penali e amministrative', ove si legge che la sanzione penale e

legislatore, che sembra dare per scontata la doppia punibilità (penale ed amministrativa) dei medesimi fatti storici, come pure dimostrato da diverse disposizioni del Tuf che implicitamente ammettono e presuppongono il cumulo delle sanzioni e dei procedimenti. In particolare, il riferimento è qui alla clausola di apertura “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” delle norme che prevedono i sopra richiamati illeciti amministrativi, nonché alla disposizione di cui all'art. 187-*terdecies* Tuf, a tenore della quale “quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa”.

Il legislatore del 2005, inoltre, da un punto di vista prettamente procedurale considera fisiologica la contemporanea e parallela pendenza del procedimento sanzionatorio amministrativo e di quello penale, imponendo, da un lato – all'art. 187-*decies* Tuf – doveri di collaborazione reciproca tra la Consob, titolare del potere sanzionatorio amministrativo, ed il pubblico ministero; e dall'altro, vietando espressamente – all'art. 187-*duodecies* Tuf – che il procedimento amministrativo possa essere sospeso in attesa della definizione del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

Un simile quadro normativo fu subito oggetto di severe critiche da parte di autorevoli autori⁸¹ i quali non tardarono a rilevare le anomalie di un siffatto

quella amministrativa, pur atteggiandosi entrambe come strumenti preventivi di tutela dei beni giuridici, assumono, in linea di principio, connotati di diversa gravità, perché solo la sanzione penale è destinata a riflettersi direttamente (nel caso di pena detentiva) o indirettamente (nel caso di pena pecuniaria) sulla libertà personale”.

⁸¹ V. MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 140; NAPOLEONI V., *L'insider trading*, in SANTORIELLO C. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, 2008, p. 740; MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 535; GROSSO C.F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme, talune contestabili, nessun disegno organico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1466; ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2005, p. 555; PALIERO C.E., *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. Merito*, 2006, p. 615.

sistema di doppio binario procedimentale e sanzionatorio, che arrivava persino a raddoppiare i profili di responsabilità in capo all'ente in relazione a fatti storici sostanzialmente unitari (c.d. “responsabilità amministrativa dell'ente da reato”, da un lato, ex d.lgs. 231/2001 per i reati commessi da soggetti apicali o subordinati, e responsabilità amministrativa “pura”, in forza dell'art. 187-*quinquies* Tuf). Con l'effetto, in sostanza, di cumulo delle già pesantissime sanzioni patrimoniali (pena pecuniaria e confisca) in astratto irrogabili nei confronti di persone fisiche e giuridiche, comunque idonee a congiungersi con pene detentive dai più definite “draconiane” a seguito della nuova riforma apportata dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha raddoppiato tutte le sanzioni prima previste dal Tuf; e con l'ulteriore singolarità da rinvenire nelle funzioni svolte della Consob, titolare della procedura sanzionatoria amministrativa e – al contempo – soggetto legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale a carico delle stesse persone fisiche e giuridiche.⁸²

Il sistema punitivo così delineato, avendo riguardo sia alla misura delle sanzioni che al meccanismo del doppio binario, si è rivelato, pertanto, fortemente in contrasto con il diritto fondamentale di cui ci si sta ora occupando e allo stesso tempo incompatibile con il principio di proporzionalità della sanzione.⁸³ Per questi motivi – e come meglio si dirà nella parte conclusiva del presente lavoro – non sembrano residuare dubbi in merito alla necessità di revisione della deroga espressa al principio di specialità prevista in materia di abusi di mercato.

4.2 Segue: diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari a confronto nella disciplina degli illeciti tributari.

A seguito della richiamata sentenza *Grande Stevens* del 2014, il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria è stato uno dei primi ambiti ad essere

⁸² VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 1/2016, p. 189.

⁸³ FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, p. 3.

attraversato da forti dubbi di compatibilità con il principio del *ne bis in idem*. Il settore tributario, accanto a quello degli abusi di mercato, rappresenta, pertanto, una sorta di laboratorio sperimentale dal quale potrebbe emergere una razionalizzazione dell'intero sistema repressivo fondata su un elementare principio di giustizia ed equità: l'idea che ad un medesimo fatto storico corrisponda solo un'unica risposta sanzionatoria. Un'idea che è stata completamente sovvertita dal legislatore più recente: dinanzi al rischio che l'autore del fatto non venisse – o comunque non adeguatamente – punito, si è preferito inseguire il sogno dell'iper-effettività, attraverso la moltiplicazione degli strumenti sanzionatori. Ciò è avvenuto, nei diversi settori dell'ordinamento, sia per via legislativa, come nel caso degli abusi di mercato di cui si è parlato al precedente paragrafo, sia per via giurisprudenziale, come meglio si dirà nel presente paragrafo avendo riguardo alla materia tributaria.

Il sistema sanzionatorio tributario è stato a lungo governato dalla regola del cumulo tra sanzione penale ed amministrativa.⁸⁴ Una regola che è stata modificata, sia pure in modo non del tutto risolutivo, dal d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74.⁸⁵ L'indirizzo politico criminale della l. 516/1982 era caratterizzato da una spiccata quanto inefficace anticipazione a tutto campo della tutela penale;⁸⁶ tale

⁸⁴ L'art. 10, l. n. 516/1982, c.d. “*manette agli evasori*”, normativa che per prima ha conferito al diritto penale un effettivo ruolo nella tutela dell'imposizione fiscale, stabiliva che “*l'applicazione delle pene previste nel presente decreto non esclude l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*”, consentendo di fatto un cumulo tra le due tipologie di sanzioni.

⁸⁵ Senza anticipare quanto sarà più dettagliatamente analizzato *infra*, cap. III, par. 2.2, il riferimento è qui all'art. 19 d.lgs. n. 74/2000 che ha introdotto nella materia tributaria il principio di specialità tra disposizioni penali ed amministrative.

⁸⁶ Nel corso del secondo dopoguerra, la trasformazione della realtà economica italiana ed il contemporaneo incremento della spesa sociale richiedevano inevitabilmente maggiori entrate tributarie. A fronte di questo dato si doveva, tuttavia, riscontrare un ampio fenomeno di evasione fiscale in materia di imposte dirette ed indirette. Il legislatore decise così di introdurre fattispecie delittuose e contravvenzionali indipendenti dall'accertamento tributario (vista anche la contestuale caduta della c.d. pregiudiziale tributaria), dirette a colpire comportamenti prodromici all'evasione fiscale e anticipando in tal modo la tutela penale anche a comportamenti non lesivi dell'interesse dell'erario ma a tutela della sola “trasparenza fiscale”, intesa come possibilità di controllo per l'amministrazione finanziaria circa il rispetto degli obblighi imposti dalla legge al contribuente. AMBROSETTI E.M. - MAZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale*

indirizzo ha subito una vera e propria inversione di rotta con la riforma del 2000. Il d.lgs. 74/2000, infatti, ha preferito restringere il catalogo delle fattispecie incriminatrici alle più gravi forme di aggressione agli interessi fiscali, lasciando così al sotto-sistema punitivo-amministrativo un duplice compito: da un lato, garantire il rispetto degli obblighi (più o meno formali) previsti dalla normativa di settore a tutela di beni strumentali quali la trasparenza fiscale e l'accertamento; dall'altro lato, prevenire le violazioni, tutt'altro che formali, in caso di mancato superamento delle soglie di punibilità.

A ciò si aggiunga che il d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, nel riconoscere la connotazione spiccatamente para-penalistica dell'illecito amministrativo tributario, ha esteso a quest'ultimo le garanzie forti del diritto penale, analogamente a quanto aveva già previsto la l. 689/1981. Da questa rimodulazione del sistema punitivo in materia tributaria non poteva che discendere un rinnovato rapporto tra illecito penale e amministrativo. Inteso quale strumento sanzionatorio sostitutivo rispetto al diritto penale, l'illecito amministrativo non poteva che essere ritenuto una scelta punitiva alternativa (e non certamente cumulativa) rispetto alle scelte di criminalizzazione. Una diversa interpretazione vanificherebbe lo stesso fondamento politico criminale di tale modello repressivo: essere espressione dei principi fondamentali di frammentarietà ed *extrema ratio* del diritto penale.

Da un punto di vista prettamente procedurale, caduto il vecchio regime della c.d. pregiudiziale tributaria,⁸⁷ i rapporti tra procedimento penale e processo tributario sono ora regolati all'insegna del principio del doppio binario. Il procedimento di accertamento tributario non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale inerente ai medesimi fatti e viceversa (art. 20 d.lgs. n. 74 del 2000). Per specifica previsione normativa, inoltre,

dell'impresa, Bologna, 2016, p. 450-451.

⁸⁷ Sistema in base al quale “il giudice penale non poteva iniziare il procedimento in ordine a reati, strutturati prevalentemente sul modello dell'evasione d'imposta, se prima non si era definitivamente concluso il lungo iter del contenzioso davanti gli organi della giustizia tributaria per l'accertamento del quantum di imposta dovuta”. AMBROSETTI E.M. - MAZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 450.

l'amministrazione finanziaria, oltre ad accertare il debito d'imposta deve anche irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate, anche qualora assumano rilevanza penale; tali sanzioni, peraltro, non possono essere eseguite salvo che il procedimento venga definito con formula di proscioglimento escludendo la rilevanza penale del fatto (art. 21 d.lgs. n. 74/2000). La *ratio* legislativa posta alla base di un siffatto sistema mira all'efficienza: l'amministrazione finanziaria si precostituisce un titolo che potrà mettere prontamente in esecuzione ove, all'esito del processo penale, emerga che il fatto non integra reato e che quindi non sussistono i presupposti per l'applicazione del principio di specialità. Il dettato normativo assicura quindi il rispetto del *ne bis in idem* sul piano sostanziale: diversamente da quanto previsto nel settore del *market abuse*, la disciplina è stata ideata per evitare che le sanzioni penali e quelle amministrative si cumulino al responsabile.⁸⁸

Con particolare riguardo alla questione relativa ad un possibile contrasto della normativa in esame con il principio del *ne bis in idem* convenzionale, l'attenzione si è in particolare incentrata sulle fattispecie penali di omesso versamento delle ritenute certificate (art. 10-*bis*, d.lgs. n. 74/2000)⁸⁹ e di omesso versamento Iva (art. 10-*ter*, d.lgs. n. 74/2000)⁹⁰, in relazione alla fattispecie di natura amministrativa dell'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 471/1997, che punisce, con una sovrattassa,⁹¹ il contribuente per gli omessi o ritardati

⁸⁸ FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, cit., p. 15-16.

⁸⁹ Che punisce “con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta”.

⁹⁰ Che punisce, invece, “con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta.”

⁹¹ Con specifico riferimento alla materia fiscale, occorre evidenziare che la Corte Edu ha sancito, in linea generale, la natura “penale” della sovrattassa. Cfr. sentenza del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; sentenza del 20 maggio 2014, *Nikanen c. Finlandia*; sentenza del 20 maggio 2014, *Glants c. Finlandia*; sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; sentenza del 1o febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*; nonché, più di recente, sentenza del 15 novembre *A. e B. c. Norvegia*,

versamenti rispetto alle prescritte scadenze. Ma profili di criticità possono anche riscontrarsi il relazione alle condotte di indebita compensazione (illecito penale *ex art. 10-quater*; illecito amministrativo ai sensi del medesimo art. 13 d.lgs. n. 471/1997) e di occultamento o distruzione delle scritture contabili, punita come illecito amministrativo dall'art. 9 d.lgs. n. 471/1997, disposizione che sanziona nella sostanza condotte sovrapponibili a quelle punite dall'art. 10 d.lgs. n. 74/2000; nonché, avendo riguardo al profilo “dichiarativo”, alle condotte di fraudolenta, infedele o omessa dichiarazione, le quali risultano punibili sia come delitti ai sensi degli articoli 2, 3, 4 e 5, comma 1 e 1-*bis*, sia come illeciti amministrativi sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 5 d.lgs. n. 471/1997.⁹²

Tale meccanismo sanzionatorio di “doppia” punibilità è stato censurato dalla giurisprudenza sovranazionale seppur con riguardo a ordinamenti diversi da quello italiano.

Nel sistema ante-riforma 2015, in particolare, profili critici concernenti la questione in esame si connettevano ai meccanismi premiali connessi alla definizione bonaria del contenzioso fiscale. Invero, la circostanza attenuante prevista dalla previgente formulazione dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000, nel caso di “*pagamento del debito tributario*” anche a seguito di procedure conciliative o di adesione all'accertamento, richiedeva che il pagamento riguardasse anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, benché non applicabili all'imputato in base al principio di specialità. A partire dal 2011, inoltre, la fruizione di detta attenuante era assunta a condizione preliminare per accedere al patteggiamento. Il *bis in idem*, in questi frangenti, aveva sicuramente anche carattere sostanziale, pur trattandosi di pagamenti volontari finalizzati ad ottenere dei benefici secondo una logica simile a quella

tutte consultabili in www.hudoc.echr.coe.int.

⁹² Secondo alcuni autori “le uniche fattispecie tributarie penalmente rilevanti che non sembrano sollevare problemi di sovrapponibilità sul piano amministrativo parrebbero, dunque, quelle di emissione di fatture per operazioni inesistenti e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di cui agli articoli 8 e 11, d.lgs. n. 74/2000”. Così in D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Milano, 2017, p. 675.

dei condoni.⁹³ Dopo la riforma operata con il d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158, la situazione è in parte mutata a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni contenute nei nuovi articoli 13 e 13-*bis* del decreto legislativo n. 74 del 2000, così come risultanti dalla nuova legge di riforma, che prevedono due nuove ipotesi rispettivamente di non punibilità⁹⁴ e di circostanza attenuante a fronte del comportamento resipiscente del contribuente⁹⁵. Si tratta di disposizioni importanti, la cui introduzione mirava a soddisfare alcune delle finalità perseguite dalla legge delega⁹⁶: quella della riduzione delle fattispecie di

⁹³ FLICK G.M., *Reati Fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, cit., p. 16.

⁹⁴ Com'è noto, il citato articolo prevede, al comma 1, la causa di non punibilità dei reati di omesso versamento delle ritenute dovute o certificate, di omesso versamento di IVA, di indebita compensazione, qualora i debiti tributari, comprensivi di sanzioni e interessi, siano stati integralmente pagati prima dell'apertura del dibattimento. Al comma 2, prevede la non punibilità dei reati di dichiarazione infedele [articolo 4] e di omessa dichiarazione [articolo 5] qualora i debiti tributari, comprensivi di sanzioni e interessi, siano stati pagati [nel primo caso] ovvero qualora la dichiarazione omessa sia stata presentata entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo [nel secondo caso]; il pagamento o la presentazione devono peraltro intervenire prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali. Il comma 3, poi, con disposizione relativa alle modalità del pagamento del debito tributario, valorizza anche la circostanza che tale pagamento sia in corso mediante rateizzazione prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: in questa evenienza, per consentire all'imputato di avvalersi della causa estintiva, è dato [obbligatoriamente] un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo [in tal caso, la prescrizione è sospesa]; il giudice comunque ha facoltà [non obbligo] di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi qualora lo ritenga necessario [anche in tal caso, la prescrizione è sospesa].

⁹⁵ L'articolo 13-*bis* prevede, per i delitti rispetto i quali non è applicabile la causa estintiva di cui all'articolo 13, una circostanza attenuante speciale correlata al pagamento dei debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Rispetto alla previgente disciplina, contenuta nel previgente articolo 13, la riduzione della pena è stata elevata a "fino alla metà", mentre in precedenza la diminuzione era fino "ad un terzo".

⁹⁶ Il d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 ha dato attuazione alle previsioni contenute nella l. 11 marzo 2014, n. 23, al cui art. 8 il Governo è stato delegato alla revisione del sistema sanzionatorio in tema di illeciti tributari, nella prospettiva dei principi di effettività, proporzionalità e certezza delle sanzioni rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti. Come messo in evidenza dalla Relazione illustrativa del Governo alla riforma del 2015, infatti, l'intervento normativo ha inteso ridurre l'area di intervento penale "ai soli casi connotati da un particolare disvalore giuridico, oltre che etico e sociale, identificati, in particolare, nei comportamenti

rilevanza penale, operata, appunto, con l'individuazione di nuove ipotesi di non punibilità a fronte del comportamento ravveduto del contribuente che provveda a regolarizzare le proprie pendenze con l'amministrazione finanziaria; e quella dell'ampliamento dell'ambito di operatività della attenuante fondata sul pagamento del debito tributario, con cui, a ben vedere, si vuole ridurre l'impatto sanzionatorio penale premiando il comportamento collaborativo del contribuente. Tali novità presentano una notevole rilevanza anche con riguardo alla problematica in esame, atteso che l'operatività del riformulato art. 13 citato, nel riferirsi, al suo comma 1, ai reati di cui agli articoli 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* d.lgs. n. 74/2000, ha individuato – seppur in termini alquanto lacunosi – dei meccanismi risolutivi in relazione alla questione problematica relativa alla sovrapposibilità di sanzioni: la condizione dell'avvenuto pagamento delle sanzioni amministrative comporta, in effetti, la non punibilità delle medesime condotte in sede penale.⁹⁷ Attraverso l'introduzione della norma in questione, dunque, il legislatore, pur non mirando a risolvere formalmente il problema relativo alla violazione del *ne bis in idem*, sembra di fatto aver “accidentalmente” provveduto ad evitare una ingiustificata duplicazione della risposta sanzionatoria.

Anche alla luce delle nuove disposizioni, tuttavia, rimangono aperte alcune questioni relative al problema del *ne bis in idem* processuale: può accadere, infatti, che un soggetto si trovi sottoposto a procedimento penale dopo che, per il medesimo illecito, gli sia stata già inflitta una sanzione amministrativa divenuta irrevocabile. Nonostante la funzione solo cautelare e sussidiaria dell'accertamento in sede amministrativa per l'ipotesi in cui il procedimento penale si concluda con un nulla di fatto, infatti, è difficile sostenere la mancata violazione del *ne bis in idem* sul versante processuale una

artificiosi, fraudolenti e simulatori, oggettivamente e soggettivamente inesistenti, ritenuti insidiosi rispetto all'attività di controllo”. Cfr. Relazione illustrativa del Governo, in www.governo.it/sites/governo.it/files/78894-10232.pdf, p. 3.

⁹⁷ La *ratio* della nuova disposizione trova fondamento nella considerazione secondo cui, se l'effetto reale cui la sanzione tende (ovvero recuperare quanto dovuto, compresi interessi e sanzioni) è stato comunque raggiunto, non vi è più ragione per perseguire il medesimo soggetto e la punibilità penale è esclusa.

volta che il provvedimento amministrativo abbia assunto il carattere dell'irrevocabilità.

Vi è, infine, un'ovvia quanto necessaria precisazione che vale la pena di svolgere: il divieto del *ne bis in idem* potrà ritenersi violato esclusivamente quando vi sia una coincidenza soggettiva tra persona coinvolta nel procedimento amministrativo e in quello penale. Ciò significa che non sussisterà alcuna violazione di tale principio qualora l'illecito amministrativo tributario sia stato commesso nell'ambito di società o enti con personalità giuridica. In questi casi, infatti, l'art. 7 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, al fine di evitare che l'ente, ossia il titolare sostanziale dell'interesse derivante dall'illecito penale e amministrativo, andasse esente da qualsiasi risposta sanzionatoria, ha stabilito che “le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica”. A prescindere dalle modalità di attribuzione della responsabilità amministrativa alla persona giuridica, tale disposizione dovrebbe consentire il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*, come peraltro più di recente confermato dalla Corte di giustizia Ue e dalla Corte Edu, perché i soggetti coinvolti sono diversi.⁹⁸

5. Un quadro ancora in via di definizione: le soluzioni adottate dalla giurisprudenza interna per porre fine al contrasto.

Neppure la Corte Costituzionale è riuscita a fare chiarezza sulla

⁹⁸ C. giust. Ue, sentenza del 5 aprile 2017, *Orsi* (C-217/15) e *Baldetti* (C-350/15), con commento di SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2017. La Corte, nel dare risposta negativa al quesito concernente l'incompatibilità dell'art. 50 Cdfue con il cumulo delle sanzioni di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 per fatti in relazione ai quali, tuttavia, si era già concluso il procedimento di accertamento dell'illecito tributario ex art. 13, comma 1, d.lgs. n. 471/1997, richiama la sentenza della Corte europea del 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*, che aveva espressamente escluso la violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso di sanzioni indirizzate a persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte.

questione relativa alla compatibilità del sistema repressivo del doppio binario con il divieto convenzionale di *bis in idem*.⁹⁹ In mancanza di un intervento da parte del legislatore, l'approccio sostanzialistico adottato nella sentenza *Grande Stevens*, nonché il necessario rispetto delle norme convenzionali ed euro-unitarie poste a tutela dei diritti individuali nell'attuale sistema multilivello,¹⁰⁰ hanno portato i giudici nazionali ad elaborare delle soluzioni alternative per prevenire ulteriori violazioni della Convenzione, ed evitare anche un sistematico ricorso alla Corte Edu come giudice di “quarto grado”.¹⁰¹

Evidenziando sin d'ora che la maggior parte delle posizioni assunte dalla giurisprudenza interna risultano antecedenti alla sentenza *A e B c. Norvegia*¹⁰², con la quale la Grande Camera della Corte Edu ha rivisto il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem*, individuando, di fatto, l'ulteriore requisito della *sufficiently close connection in substance and in time*, la cui ricorrenza dovrebbe condurre ad escludere la lesione del diritto a non

⁹⁹ Corte C., sentenza del 12 maggio 2016 n. 102. “La Corte Costituzionale (...) ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., sollevata con riferimento all'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi protocolli, rilevando il carattere perplesso della motivazione del rimettente sulla non manifesta infondatezza della questione (sollevata in via subordinata rispetto ad *atra*, avente ad oggetto la previsione sanzionatoria di cui all'art. 187-*bis*, comma 1 Tuf, dichiarata pure inammissibile dalla Corte per difetto di rilevanza). CONSO G. - GREVI G. - BARGIS M., *Compendio di procedura Penale*, 2016, 8° ed., p. 953-954.

¹⁰⁰ In relazione al diritto di cui si sta trattando, come si è detto, entrano in gioco le disposizioni di cui agli articoli 4 Protocollo 7 della Cedu, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, nonché gli articoli 50 della Carta di Nizza e 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Shengen. Sussistono, tuttavia, notevoli differenze applicative e di contenuto tra le diverse disposizioni citate: alcune vincolano gli Stati membri ad osservare il divieto in discorso solo nell'ambito dei singoli ordinamenti interni, altre investono invece il diverso profilo della cooperazione giudiziaria sovranazionale, proiettando così il *ne bis in idem* nella delicata e complessa dimensione dei rapporti interstatuali. PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 415.

¹⁰¹ SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, cit. p. 98.

¹⁰² C. edu, grande camera, sentenza 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*.

essere giudicati e puniti due volte¹⁰³ – si ritiene comunque opportuno soffermarsi sulle specifiche risposte date dai giudici italiani al fine di risolvere il conflitto tra la normativa interna e gli obblighi sovranazionali.

5.1 La via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.

Secondo un primo orientamento, la soluzione del contrasto sarebbe attuabile in via di interpretazione convenzionalmente conforme, rispetto all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, del disposto di cui all'art. 649 c.p.p., che disciplina il “*Divieto di un secondo giudizio*”, attraverso una interpretazione estensiva della nozione di "sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili" che includa anche i procedimenti di condanna qualificati come "penali" dalla Corte di Strasburgo. Infatti, applicando estensivamente la disposizione in questione, il giudice nazionale potrebbe legittimamente pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere anche a fronte di procedure qualificate a livello interno come amministrative. La validità di questa tesi sarebbe supportata anche dall'assunto secondo cui il *ne bis in idem* avrebbe, nell'ordinamento italiano, un ambito di operatività più ampio di quello convenzionale, prescindendo dal requisito della definitività del provvedimento conclusivo del primo giudizio.¹⁰⁴

¹⁰³ Molto in sintesi, nella richiamata sentenza la Corte afferma che, in linea di principio, l'art. 4 Prot. 7 Cedu non esclude che lo Stato possa legittimamente predisporre un sistema articolato di risposte punitive a condotte illecite – in un contesto unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché il cumulo di tali sanzioni e delle relative procedure non comporti un sacrificio eccessivo per l'interessato. Compito della Corte è, quindi, quello di verificare che i meccanismi sanzionatori adottati da ogni singolo Stato risultino “il prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria” e non comportino, al contrario, negli effetti pratici, una violazione del divieto del *ne bis in idem*.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, imp. *Donati* le quali, chiamate a pronunciarsi in merito alla portata di tale principio, hanno sancito che “l'art. 649 c.p.p. costituirebbe solo un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *regiudicanda*, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema”. Tale affermazione consente nella prassi di sganciare il *ne bis in idem* dal concetto di giudicato, permettendo al divieto di operare a livello domestico anche in

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, il ricorso all'interpretazione convenzionalmente conforme per la soluzione del contrasto con il principio del *ne bis in idem* non può essere accolta, perché una siffatta interpretazione si risolverebbe in una “manipolazione” non consentita di una norma pensata ed introdotta per disciplinare esclusivamente i rapporti fra procedimenti penali, ed avrebbe quindi l'effetto di legittimare l'applicazione di una norma processuale di mera creazione giurisprudenziale. Secondo questa tesi, pertanto, la soluzione appena proposta sarebbe vietata dai principi che regolano il diritto processuale penale interno, che condurrebbero verso un'interpretazione restrittiva della norma, limitata alle sole ipotesi qualificate come "penali" dal nostro legislatore nazionale: ne deriva l'impossibilità di estendere la portata dell'art. 649 c.p.p. ai rapporti fra procedimento penale ed amministrativo.¹⁰⁵

5.2 La strada tracciata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione.

Secondo un altro indirizzo interpretativo, invece, scartata l'alternativa ermeneutica, il giudice penale dovrebbe correttamente sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu,¹⁰⁶ nella parte in cui non vieta l'instaurazione di un nuovo giudizio nei confronti del soggetto che sia già stato sottoposto ad un procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale conclusosi con provvedimento definitivo o viceversa. In tal modo, verrebbe in sostanza conferito alla Corte Costituzionale l'ingrato compito di estendere, attraverso una pronuncia “additiva”, l'obbligo per il giudice penale di pronunciare sentenza di non doversi procedere anche nelle ipotesi qui oggetto di considerazione.

presenza di una pronuncia non ancora definitiva, come principio fondamentale del sistema, che disvela anche una *ratio* sostanziale che non assorbe ma si affianca a quella processuale.

¹⁰⁵ MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit.

¹⁰⁶ Secondo l'oramai noto meccanismo inaugurato dalle sentenze gemelle della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

Sospettate di illegittimità costituzionale sono state, oltre al già menzionato art. 649 c.p.p., anche delle specifiche norme di parte speciale che, nei settori “convenzionalmente rischiosi”, sono state ritenute idonee a determinare – o comunque inidonee ad evitare – il cumulo di sanzioni amministrative e penali per uno stesso fatto storico. Il riferimento è qui all'art. 187-*bis* Tuf,¹⁰⁷ ed in particolare alla sua clausola di apertura “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”, strumentale, secondo i propositi del legislatore dell'epoca, proprio a favorire la normale coesistenza delle due sanzioni,¹⁰⁸ nonché all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 nella versione antecedente alla riforma operata dal d.lgs. 158/2015, nella parte in cui, nel sistema previgente, non vietava che l'irrogazione di una sanzione formalmente amministrativa definitiva ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 471/1997, di carattere sostanzialmente penale, ad un soggetto per l'omesso versamento dell'IVA determinasse l'impossibilità di avviare un secondo procedimento, in virtù del principio del *ne bis in idem*, per i medesimi fatti e nei confronti dello stesso soggetto.¹⁰⁹

Ad ogni modo, occorre evidenziare come la soluzione del problema del *ne bis in idem* per via giurisprudenziale, operata sia da parte del giudice comune attraverso il meccanismo già illustrato dell'interpretazione conforme, sia da parte del giudice costituzionale mediante una potenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., possa generare conseguenze illogiche e sconsiderate, perché consentirebbe di fatto di far dipendere la decisione da fattori estremamente imprevedibili e contingenti, quali, per esempio, il procedimento definito per primo con provvedimento irrevocabile,¹¹⁰

¹⁰⁷ Cass. pen., sez. V, ordinanza 10 novembre 2014, n. 1782. Per ulteriori approfondimenti, si veda il commento di SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

¹⁰⁸ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 193.

¹⁰⁹ Trib. Bologna, sez. penale, ordinanza 21 aprile 2015. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, tuttavia, la questione può forse oggi ritenersi in parte (accidentalmente) risolta, data l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 158/2015, della causa di non punibilità di cui al novellato art. 13 d.lgs. n. 74/2000.

¹¹⁰ Cfr. C. cost., sentenza del 12 maggio 2016, n. 102, nella parte in cui rileva che: “l'eventuale accoglimento della questione determinerebbe l'incertezza della

in violazione de principi di certezza del diritto e di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. La soluzione appena proposta, peraltro, mal si concilia con il principio di legalità inteso come prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'agire illecito dei consociati, che costituisce ancora oggi uno dei principi cardine dell'intero sistema penale: ne consegue l'inaccettabilità di un meccanismo che di fatto rimette il trattamento sanzionatorio del reo alle scelte processuali dell'autore stesso delle condotte illecite e gli consente così agevolmente di “pilotare” la risposta punitiva statale nei suoi confronti.¹¹¹

5.3 La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 50 Cdfue.

A seguito del *non liquet* da parte della Corte Costituzionale,¹¹² autorevole dottrina aveva invitato i giudici comuni ad applicare direttamente l'art. 50 Cdfue. Tale norma, che tutela il principio del *ne bis in idem* a livello comunitario, in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 52 par. 3 Cdfue fa proprio il contenuto della previsione di cui all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Dall'articolo 50 citato, pertanto, in ragione di quanto statuito dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*, deriverebbe

risposta sanzionatoria (casualmente amministrativa o penale, a seconda del procedimento conclusosi per primo), così da incidere sulla sua effettività, con pregiudizio degli obblighi comunitari da salvaguardare ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.”.

¹¹¹ L'ordinanza di rimessione, nel denunciare la violazione del divieto di *bis in idem* nel caso di “doppio binario” sanzionatorio amministrativo e penale, “ammetteva che l'accoglimento della questione avrebbe determinato un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non avrebbe potuto indicare un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *ne bis in idem*, come censurata dalla Corte di Strasburgo”. CONSO G. - GREVI G. - BARGIS M., *Compendio di procedura Penale*, cit., p. 953-954.

¹¹² Il riferimento è sempre alla già richiamata pronuncia della Consulta n. 102 del 12 maggio 2016 che ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate.

– seppur esclusivamente nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione europea¹¹³ – il divieto alla celebrazione di un secondo procedimento, ove il primo, avente natura sostanzialmente penale, sia già terminato con provvedimento irrevocabile.

La questione della diretta applicabilità dell'art. 50 Cdfue è stata di recente sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia, con il noto meccanismo del rinvio pregiudiziale.¹¹⁴ La scelta del rinvio pregiudiziale

¹¹³ Ai sensi dell'art. 51 Cdfue, infatti, la Carta è applicabile solo quando gli Stati membri “agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione”. In tal senso v. Corte g. Ue, Gr. Sez., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akenberg Fransson*, par. 21-22.

¹¹⁴ La Corte di giustizia, con ordinanza del 15 aprile 2015, in relazione al primo dei rinvii pregiudiziali sollevati in merito alla compatibilità con il principio europeo di *ne bis in idem* (ex artt. 4 Prot. 7 Cedu e 50 Cdfue) della previsione normativa interna (art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000) che consente di perseguire penalmente per omesso versamento delle ritenute d'imposta il soggetto che sia già stato sanzionato, per lo stesso fatto, con una decisione amministrativa irrevocabile che abbia irrogato una sovrattassa (ex art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997), si era dichiarata “manifestamente incompetente” a rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Torino con ordinanza del 27 ottobre 2014; v. C. giust. Ue, ordinanza 15 aprile 2015, *Burzio*, C-497/14, con commento di SCOLETTA M., *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di giustizia dichiara la propria incompetenza*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2015, pronuncia con la quale la Corte ha così confermato quanto era stato già prospettato da alcuni autori che si erano occupati di commentare l'ordinanza di rinvio (SCOLETTA M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 17 novembre 2014; BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, *cit.*). In particolare, la Corte di giustizia ha rilevato che si tratta di questione che “concerne l'applicazione di disposizioni di diritto italiano (...) in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione” (§ 28).

Per le questioni fatte oggetto dei rinvii pregiudiziali più recenti, cfr. Cass. sez. trib. civ., ordinanza 20 settembre 2016, n. 20675, con la quale la Corte si è occupata di un caso speculare a quello oggetto della sentenza *Grande Stevens*, vale a dire dell'ipotesi in cui la condanna in sede penale con sentenza di patteggiamento aveva preceduto la conclusione del procedimento amministrativo; V. anche Cass. civ., sez. II, ordinanza 15 novembre 2016, n. 23232, relativa ad una vicenda in cui ad invocare la protezione del *ne bis in idem* era un soggetto già assolto in via definitiva in sede penale, da una imputazione di abuso di informazioni privilegiate, e successivamente sanzionato in via amministrativa dalla Consob. In relazione a tali vicende, i giudici hanno chiesto, in sostanza, di determinare se l'art 50 Cdfue osti alla celebrazione di un nuovo processo solo formalmente amministrativo per una stessa violazione che sia stata già oggetto di valutazione in sede penale con provvedimento irrevocabile. Cfr. FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione*, *cit.*, p. 6 e ss.

evidenzia una certa riluttanza del giudice italiano ad applicare direttamente l'art. 50 Cdfue,¹¹⁵ in ragione del fatto che si tratta di una soluzione che presenta anch'essa diversi profili critici. In particolare, anche applicando una siffatta disposizione, il giudice di merito non avrebbe alcun indice normativo per individuare il procedimento prevalente tra quello penale e quello amministrativo: la gerarchia dipenderebbe, in modo totalmente imprevedibile, da quello che dei due procedimenti sia terminato per primo ed a prescindere dall'esito, il più delle volte influenzato dalle diverse regole probatorie utilizzate nelle relative procedure.

Rimane peraltro da vedere se l'improcedibilità del secondo procedimento – attraverso la diretta applicazione del combinato disposto degli artt. 50 Cdfue e 4 Prot. n. 7 Cedu – sia ora in ogni caso da escludere a seguito dell'irruzione del criterio della “sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale dei procedimenti”, introdotto dalla già richiamata pronuncia *A. e B. c. Norvegia*.

5.4 La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu.

Secondo un'autorevole voce in dottrina,¹¹⁶ infine, un'ulteriore strada percorribile dal giudice comune, senza l'intervento della Corte Costituzionale, può essere rintracciata nell'applicazione diretta dello stesso art. 4 Prot. 7 della Cedu, e ciò in virtù delle seguenti considerazioni.

Com'è noto, con le sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007, è stata sostanzialmente indicata al giudice comune l'impossibilità di disapplicare le norme di legge nazionali confliggenti con la Cedu e con i suoi protocolli, analogamente a quanto avviene nelle ipotesi di contrasto del diritto interno con la normativa europea munita del c.d. “effetto diretto”. Ciò che questa posizione dottrinale sostiene, tuttavia, è la sostanziale insussistenza –

¹¹⁵ Decidendo in una materia afferente al diritto dell'Unione il giudice penale dovrebbe dichiarare di non doversi procedere sulla base esclusiva del diritto di matrice euro-unitaria.

¹¹⁶ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 196-197.

nelle ipotesi richiamate in cui sia intervenuto un provvedimento irrevocabile formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale, seguito da un secondo procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti storici, e viceversa – di un effettivo contrasto tra normativa nazionale e Convenzione, andando ad occupare l'art. 4 Prot. 7 Cedu uno spazio giuridicamente vuoto dell'ordinamento, considerato che nessuna norma nazionale, convenzionale o europea disciplina l'ipotesi in questione, analogamente a quanto avviene con l'art. 649 c.p.p. in relazione all'avvio di più procedimenti penali.

Data la perdurante “lacuna normativa” in materia, nulla impedirebbe, pertanto, un'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu nei casi in questione, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo; disposizione che, a seguito della ratifica da parte dell'Italia dello stesso protocollo con la l. 9 aprile 1990, n. 98, vincola ciascun giudice alla sua necessaria applicazione al pari di qualsiasi altra norma di legge dell'ordinamento nazionale.

5.5 La via dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Per completare il quadro delle alternative a disposizione dell'interprete per la risoluzione della questione che qui ci occupa, si ritiene opportuno prospettare una diversa (e, tra l'altro, condivisa) tesi, di fatto ancora non recepita dalla giurisprudenza, la quale potrebbe, tuttavia, evitare il sorgere di ulteriori contrasti tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, muovendosi comunque nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Si tratterebbe, in altre parole, di “riportare la tematica nell'alveo dei principi del diritto penale”,¹¹⁷ scomodando, in questi casi, l'applicazione del

¹¹⁷ MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit. In tal senso, anche FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. delle Società*, 2015, p. 893, laddove esprimono: “l'esigenza di privilegiare quei criteri di identificazione delle situazioni di specialità - e, *amplius*, di concorso apparente di norme - che, rimanendo perfettamente

tradizionale principio del *ne bis in idem sostanziale* che la dottrina penalistica ha già da tempo elaborato proprio per adempiere ad esigenze di giustizia sostanziale e proporzionalità della pena. Nell'attuale sistema normativo vigente, infatti, non sembrano mancare norme e principi di riferimento che consentono di individuare, sul piano del disvalore del fatto, la norma prevalente tra quella penale ed amministrativa nelle ipotesi in questione, quando le medesime si configurino potenzialmente applicabili ad uno stesso fatto concreto. “Ciò consentirebbe di evitare, fin dal momento della mera qualificazione giuridica del medesimo fatto, la duplicazione punitiva (amministrativa e penale)”¹¹⁸

Si sottolinea sin d'ora che, anche a parere di chi scrive, per prevenire la violazione del diritto fondamentale al *ne bis in idem* tutelato dalla Convenzione, si potrebbe per esempio ipotizzare una strutturale riforma legislativa volta ad introdurre – nelle ipotesi di asserita commissione di un determinato illecito amministrativo (nella specie, finanziario o tributario) – un sistema che consenta la rinuncia, da parte dell'Ufficio finanziario e della Consob, alla propria potestà punitiva attraverso la trasmissione alla Procura della Repubblica di tutta la documentazione probatoria rinvenuta nel corso dello svolgimento della propria attività *lato sensu* “investigativa” (salvo poi un giudizio di utilizzabilità delle “prove” reperite da parte della stessa Autorità giudiziaria).

Tale soluzione, tuttavia, non può che richiedere un intervento da parte del legislatore: in tal modo verrebbe consentito soltanto all'organo giudiziario, applicando i consueti criteri in materia di concorso di norme, di valutare preliminarmente la legittimità di una duplice contestazione tutte le volte in cui il medesimo fatto possa assurgere ad integrare anche una fattispecie di reato, e rimesso esclusivamente al giudice penale il potere di irrogare eventuali sanzioni, sia di carattere amministrativo che penale, nel rispetto del richiamato

coerenti con le coordinate generali dell'ordinamento, evitino la creazione di aree di potenziale contrasto tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, invece di agevolarla”.

¹¹⁸ DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016, p. 15.

principio del *ne bis in idem*.¹¹⁹

¹¹⁹ Favorevole a questa soluzione anche KOSTORIS R.E., intervento al Convegno *Il principio del ne bis in idem tra diritto interno ed europeo*, tenutosi in data 5 aprile 2017 presso l'Università degli Studi di Padova. Cfr. *infra* cap. IV.

CAPITOLO II

LA “MATERIA PENALE” NEL TORMENTATO DIALOGO TRA CORTI

Sommario: 1. La nozione europea di *matière pénale* elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. - 1.1 L'impatto delle norme del diritto Ue sulla legislazione nazionale. - 1.2 L'ingresso delle norme della Cedu nell'ordinamento nazionale. - 1.3 *Segue*: l'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano. - 1.4 La tutela dei diritti fondamentali nel più ampio contesto normativo europeo: nuove prospettive dopo Lisbona? - 2. “Materia penale” e *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle Corti Edu e di giustizia. - 2.1 In particolare: i c.d. *criteri di Engel* elaborati dalla Corte di Strasburgo. - 2.2 *Segue*: le sentenze *Spector Photo Group*, *Bonda* e *Fransson* della Corte di giustizia. - 3. La definizione di *idem factum* secondo la giurisprudenza europea. - 3.1 Il contributo ermeneutico sull'*idem* apportato dalla Corte di giustizia. - 3.2 Le oscillazioni interpretative in materia della Corte Edu. - 4. Il concetto di definitività delle decisioni. - 5. La nozione di *bis* nella giurisprudenza europea. - 6. *Segue*: in particolare, il criterio della “*sufficiently close connection in substance and in time*” dopo la sentenza *A & B c. Norvegia*. - 6.1 Gli indici sintomatici rivelatori della “sufficiente connessione” tra procedimenti. - 6.2 Il nuovo “orientamento consolidato” della Corte Edu? tra osservazioni critiche ed opinioni dissenzienti.

1. La nozione europea di *matière pénale* elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

“La nozione autonoma di materia penale, elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha mostrato nell'ultimo decennio una straordinaria e dirompente forza espansiva, in grado di oltrepassare gli originari confini tracciati dal sistema Cedu”.¹²⁰ La matrice sostanzialistico-funzionale della “materia penale”

¹²⁰ Di questo avviso è MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari”*

è connotata da un'accezione profondamente garantista¹²¹ – per la sua attitudine ad incidere e comprimere fortemente libertà e diritti fondamentali dell'uomo – sebbene sollevi problematiche di ordine diverso in virtù della sua mai chiaramente definita consistenza. Nell'attuale contesto storico, inoltre, in cui la prospettiva nazionale si caratterizza per una sostanziale ipertrofia legislativa in materia sanzionatoria, un importante contributo alla razionalizzazione di un non sempre ragionevole e molto spesso disordinato sistema punitivo¹²² è dato dal processo di progressiva “europeizzazione”, che ha attratto più di recente anche il diritto penale.¹²³ A questo fenomeno di graduale “europeizzazione” sono riconducibili sia il diritto dell'Unione europea,¹²⁴ su cui si era in principio

nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2015, p. 1. Se, da un lato, la nozione autonoma di “materia penale” impone per molti aspetti un'autentica “rivoluzione concettuale”, la medesima nozione rappresenta, d'altra parte, come meglio si dirà più avanti, un propulsore in grado di razionalizzare il sistema sanzionatorio attualmente vigente.

¹²¹ La necessità di escogitare una nozione sostanzialistica di materia penale, cui ricondurre l'applicabilità delle garanzie convenzionali previste per gli illeciti penali, nasce dall'esigenza di superare le – spesso profonde – differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. L'accoglimento di una nozione formalistica di reato e di sanzione penale avrebbe facilitato una truffa delle etichette da parte dei legislatori nazionali, ai quali sarebbe bastato qualificare una sanzione come amministrativa o civile per sottrarla all'insieme delle garanzie penalistiche; sanzione che, per l'elevato contenuto afflittivo-repressivo, sarebbe dovuta sottostare allo stuolo delle garanzie previste per l'illecito penale. V. MANES V., *sub art. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 259-260.

¹²² Rilevava ad esempio MUCCIARELLI già un decennio fa, avendo riguardo alla materia del *market abuse*, come avessero prevalso dei modelli “frenetici, quasi compulsivi, effimeri e apparenti, incapaci di riconoscere il segno profondo delle cose”. Cfr. MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio, a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 137.

¹²³ Secondo FOFFANI L., tale processo di “europeizzazione” ha investito già da tempo, in particolare, il diritto penale dell'economia, anche “per l'importanza dei beni giuridici in gioco – attinenti alla stabilizzazione e al consolidamento della fiducia del pubblico e degli operatori nel buon funzionamento dei mercati finanziari (...). La disciplina dei c.d. “abusi di mercato” (“*market abuse*”), può oggi essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario”. FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 64 e ss.

¹²⁴ Per evitare fraintendimenti, bisogna sempre tenere presente la distinzione fondamentale tra Unione Europea (e Corte di giustizia Ue) e Consiglio d'Europa (e

focalizzato il dibattito relativo ad una all'epoca soltanto ipotizzata dimensione sovranazionale del diritto penale, sia il sistema Cedu,¹²⁵ che solo negli ultimi anni ha visto invece il concretizzarsi di tutte le proprie potenzialità applicative.¹²⁶

Si tratta, in effetti, di due diversi sistemi normativi che, seguendo il percorso esplicativo chiaramente tracciato dalla Corte Costituzionale a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007,¹²⁷ restano collocati in piani nettamente separati, sia pure nell'ambito di un sistema delle fonti sempre più complesso e variegato.¹²⁸ Tale struttura non è stata modificata neppure dall'entrata in vigore

Corte europea dei diritti dell'uomo). L'Ue è il risultato di un percorso avviato a seguito della stipula dei primi accordi di cooperazione economica tra diversi Stati europei, la cui ultima tappa è rappresentata dalla stipula, il 13 dicembre 2007, del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Competente a garantire la corretta applicazione ed interpretazione di tutta la normativa euro-unitaria è la Corte di Giustizia dell'Unione europea con sede a Lussemburgo.

¹²⁵ Tale sistema trova invece fondamento nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – più nota come Convenzione dei diritti dell'uomo (Cedu, per l'appunto) – adottata a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa ed entrata in vigore internazionalmente il 3 settembre 1953 (per l'Italia il 26 ottobre 1955), istitutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), con sede a Strasburgo.

¹²⁶ MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”*, cit., p. 2.

¹²⁷ Con le celebri sentenze n. 348 e 349 del 2007, la Corte Costituzionale prende una chiara posizione sul rango della Cedu, dei suoi protocolli (e in generale di tutte le norme internazionali pattizie) nell'ordinamento italiano. La Corte afferma, innanzi tutto, che le convenzioni internazionali pattizie non godono di rango costituzionale, né hanno efficacia equiparabile a quella del diritto dell'Unione europea, dotato di carattere di primazia rispetto al diritto nazionale di fonte primaria. Resta escluso, conseguentemente, che le norme previste in tali strumenti possano produrre effetto diretto negli ordinamenti interni sino al punto da “costringere” il giudice comune a disapplicare disposizioni di legge con esse incompatibili, come accade invece con riferimento ad alcune tipologie di fonti del diritto Ue. Tuttavia, ad avviso della Corte, poiché l'art. 117 comma 1 Cost., nella sua formulazione a seguito della modifica operata con legge costituzionale nel 2001, subordina l'esercizio della potestà legislativa da parte dello Stato e delle Regioni al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, la violazione degli obblighi internazionali da parte del legislatore nazionale e regionale determina l'illegittimità costituzionale dello stesso prodotto normativo da accertarsi e dichiararsi da parte della stessa Corte Costituzionale.

¹²⁸ Di struttura “reticolare” dell'attuale sistema delle fonti parla DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 145 e ss.

del Trattato di Lisbona, il quale ha inserito un espresso richiamo alle pene ed ai reati nei Trattati istitutivi,¹²⁹ prevedendo anche una futura adesione dell'Unione Europea alla Cedu.¹³⁰

Il dialogo tra le Corti europee, per molti aspetti ancora in via di definizione, mostra evidenti punti di contatto tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte Edu, con quest'ultima che assume fermamente il ruolo di motrice del “diritto europeo”.¹³¹ La nozione autonoma di “materia penale”, tuttavia, non rappresenta una scoperta del nuovo millennio, per quanto i suoi effetti travolgenti sui singoli ordinamenti nazionali siano in un primo momento rimasti relegati unicamente nella sfera del dibattito accademico.¹³²

In considerazione del processo di “europeizzazione” sin qui descritto, sembra più di recente essersi appiattita la distinzione classica fra diritto penale in senso tradizionale ed ambiti normativi che utilizzano sanzioni punitive di carattere diverso. E ciò, proprio in virtù di alcune recenti decisioni delle Corti europee che hanno finito con l'individuare una unitaria nozione di *matière pénale*, rispetto alla quale i singoli Stati sono chiamati a mettere a disposizione

¹²⁹ Nella materia del diritto sostanziale e processuale penale, al gran numero di decisioni quadro adottate nel vecchio contesto istituzionale risultante dal Trattato di Amsterdam, vanno ora ad aggiungersi le direttive adottate sulla base giuridica degli articoli 83 e 83 Tfeue, il cui oggetto spazia dalla criminalità organizzata al terrorismo, dagli abusi sessuali su minori alla tutela penale dell'ambiente, dalla tutela delle vittime nel procedimento penale al mandato di arresto europeo e così via.

¹³⁰ Ai sensi del par. 2 dell'art. 6 Tve, nella versione risultante dal Trattato di Lisbona (e con le garanzie contemplate dal Protocollo n. 8), è previsto che l'Unione aderisca alla Cedu: “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.” Tale processo di adesione non si è tuttavia mai concluso, considerato che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha emesso un parere negativo sulla conformità al diritto euro-unitario del Progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sottoposto al suo esame il 4 luglio 2013 dalla Commissione europea.

¹³¹ Sul tema, vedi MAULET L., *Le principe ne bis in idem, objet d'un <<dialogue>> contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 109, 1 gennaio 2017, p. 107-130.

¹³² Se ne occupava già più di trent'anni fa, ad esempio, PALIERO C.E., *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione 'classica' ad una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/1985.

del cittadino tutte le garanzie, sostanziali e processuali, proprie del diritto penale classicamente inteso.¹³³ Sintetizzando al massimo la questione, stando a quanto stabilito della giurisprudenza delle Corti europee, di cui meglio si dirà nei paragrafi successivi, la qualificazione “penale” di una sanzione e del precetto che la prevede non sarebbe più riservata alla scelta del singolo legislatore nazionale – che è solito intervenire seguendo una logica “formalistica”, basata sulla tipologia nominalistica della pena, che individua di per sé il carattere penale dell’illecito – bensì sarebbe rimessa ad una valutazione “sostanziale” della sanzione edittalmente prevista.¹³⁴ Sulla base di queste considerazioni – e avendo perciò riguardo ai caratteri intrinseci delle specifiche sanzioni – le Corti europee considerano queste ultime “penali” quando le stesse possiedano una portata afflittivo-intimidativa, indipendentemente dalle qualificazioni nominalistiche date dai singoli ordinamenti nazionali.

A tal proposito, è necessario segnalare che proprio per garantire l’uniforme applicazione delle garanzie convenzionali a fronte di ordinamenti giuridici assai differenti tra loro, la Corte Edu utilizza specifici criteri, da essa stessa elaborati.¹³⁵ In un primo momento, i giudici di Strasburgo erano stati chiamati a valutare le potenzialità espansive della nuova nozione di materia penale¹³⁶ soprattutto avendo riguardo alle garanzie convenzionali di cui agli

¹³³ MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, p. 299 e ss.

¹³⁴ Una “pena”, quindi, ai fini dell’applicazione del *ne bis in idem* Cedu, è tale se, pur formalmente qualificata dal diritto nazionale come “sanzione amministrativa”, presenta già in astratto caratteristiche di “afflittività” tali da renderla sostanzialmente equiparabile alle sanzioni penali in senso stretto, quali la natura punitivo-deterrente; o comunque la severità, la significatività del sacrificio imposto.

¹³⁵ Tale profilo, quindi, è oggetto di valutazione autonoma da parte della Corte Edu – alla quale è stato attribuito il compito fondamentale di sindacare la genuinità delle qualificazioni giuridiche interne – con una giurisprudenza che, inizialmente, si è sviluppata soprattutto con riguardo all’art. 6 fino a manifestarsi anche sul terreno dell’art. 7 della Cedu.

¹³⁶ Cfr., a tal proposito, PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/2014, p. 1099 ss., che evidenzia come la “inevitabile, progressiva espansione della ‘*matière pénale*’, [è] almeno in parte fomentata dall’innegabile impatto che può esercitare la

articoli 6 e 7 della Convenzione,¹³⁷ per poi giungere ad affrontare i medesimi quesiti anche con riferimento al diritto fondamentale oggetto della presente trattazione.

In questo scenario, il ruolo di “garante” dei diritti individuali svolto dalla Corte Edu consente l'applicabilità delle disposizioni della Convenzione in modo uniforme, impedendo delle variazioni ingiustificate che si verrebbero a creare in ragione della possibilità riservata ai singoli paesi del Consiglio d'Europa di limitarne l'operatività a loro piacimento. Questi ultimi, infatti, potrebbero praticare una pericolosa “frode delle etichette” attraverso il ricorso alla qualificazione delle infrazioni come amministrative o disciplinari, in tal modo non applicando le necessarie garanzie previste in convenzione con riguardo a specifici illeciti.¹³⁸ Ciò non vuol dire, tuttavia, che agli Stati membri non sia concessa la facoltà di attuare politiche di decriminalizzazione, ma soltanto che gli illeciti depenalizzati dovranno beneficiare comunque delle citate garanzie individuali, pena la violazione delle disposizioni della Convenzione.

Questa “ricerca di conformità” da parte della Corte Edu, tuttavia, se da un lato consente di assicurare l'insieme delle garanzie penalistiche indipendentemente dalle etichette assegnate dai singoli legislatori nazionali, dall'altra fa sorgere il rischio di uno stravolgimento della logica “formale” che connota il nostro ordinamento penale nazionale. Tale approccio sostanzialistico utilizzato dalla Corte, peraltro, si connota per una rilevante incertezza conseguente ad esiti interpretativi non sempre coerenti per ciò che concerne l'applicazione dei criteri che la stessa Corte pone a fondamento delle proprie valutazioni. A prescindere dal fatto che si sia o meno d'accordo con quanti ritengono che l'azione congiunta delle Carte e delle Corti europee e nazionali

penalità come strumento di costruzione di una ‘identità comune’”.

¹³⁷ Il riferimento è qui al diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 Cedu ed alla garanzia del *nulla poena sine lege* tutelata dall'art. 7 della Convenzione.

¹³⁸ Merita di essere evidenziato, tuttavia, che l'autonomia ha la sua ragione di essere: la lingua della giurisprudenza europea nasce, infatti, dalla necessità di superare frammentarismi di ogni tipo, attuando un progetto ridefinitorio a partire da termini essenziali come “accusa”, “pena” e “reato”.

comporti di fatto un innalzamento del livello di tutela delle garanzie individuali, la tendenza che sembra rilevarsi nell'ultimo periodo è, quindi, quella di una graduale emersione di un vero e proprio “diritto punitivo europeizzato”, il quale poggia su una nozione sostanzialistico-funzionale di materia penale¹³⁹ e conduce il sistema sanzionatorio nazionale verso un'opera di sostanziale razionalizzazione ed armonizzazione.

Prima di procedere ad un'analisi più dettagliata degli arresti giurisprudenziali dei giudici di Strasburgo e Lussemburgo che hanno ricondotto nell'alveo delle garanzie penalistiche molteplici misure sanzionatorie diversamente qualificate nei singoli ordinamenti nazionali – ma sostanzialmente equiparabili alle sanzioni penali in virtù del loro contenuto repressivo – è opportuno svolgere qualche considerazione preliminare afferente alla gerarchia delle fonti del diritto attualmente vigente. Tale sistema gerarchico, infatti, ha risentito profondamente degli effetti dirompenti provocati dallo sviluppo dei due sopra menzionati ordinamenti giuridici emersi a livello europeo.¹⁴⁰

1.1 L'impatto delle norme del diritto Ue sulla legislazione nazionale.

Per ciò che concerne il sistema normativo facente capo all'Unione europea, occorre precisare che esso comprende sia il diritto c.d. “primario” (Tue e Tdue), sia il diritto c.d. “derivato” (Regolamenti, Direttive, Decisioni, Raccomandazioni, Pareri) nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Avendo riguardo all'impatto della normativa comunitaria sull'ordinamento nazionale, occorre preliminarmente individuare

¹³⁹ I concetti di “pena” e di “reato”, suscettibili di far scattare il divieto in questione, sono notoriamente assunti dalla Corte Edu in senso materiale, ossia depurati dalla loro qualificazione normativa interna. La terminologia che si incontra nelle sentenze della Corte Edu è pertanto autonoma nei confronti di quanto dispongono i diritti degli Stati aderenti. In sostanza, quando la Corte di Strasburgo parla della tutela di determinate garanzie, lo fa in modo autonomo, svincolandosi dagli imperativi categorici dei legislatori statali.

¹⁴⁰ Sul tema, VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto penale europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici ed avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 168 e ss.

le ipotesi in cui entrino in gioco norme munite di “effetto diretto” nell'ordinamento interno degli Stati membri.

Le norme dotate del c.d. “effetto diretto” (Trattati istitutivi e Regolamenti) si inseriscono in modo automatico nel sistema delle fonti di diritto di ogni singolo Stato membro e, secondo l'orientamento uniforme della Corte di giustizia (cfr. sentenza *Simmenthal* del 1978),¹⁴¹ sono idonee a determinare la “disapplicazione” di qualsiasi contraria norma di diritto interno, senza che sia necessario interpellare le corti costituzionali o altri organi analoghi in seno ai singoli Stati membri. In Italia, anche la Corte Costituzionale si è adeguata ai principi giurisprudenziali di matrice comunitaria ed ha affermato – a partire dalla sentenza *Granital* del 1984¹⁴² – l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale confliggente con una norma Ue munita di effetto diretto: di conseguenza, è il giudice comune a dover disapplicare la norma interna¹⁴³ in base al principio di prevalenza del diritto Ue, che appunto si applicherà in via diretta nell'ordinamento interno.¹⁴⁴

Con riferimento alle fonti del diritto dell'Unione non dotate di effetto diretto – tra cui spiccano Direttive e Decisioni-Quadro – non è possibile applicare, invece, i principi espressi nella sentenza *Granital* e nella sentenza *Simmenthal*: non può dunque operare in automatico il principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Va poi precisato che la Consulta¹⁴⁵ – chiamata a pronunciarsi in merito ad una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma del d.lgs. 163/2005 che non puniva penalmente un illecito concernente una certa categoria di rifiuti per i quali la necessità di una sanzione penale derivava dalla Direttiva 2006/12/CE – ha sancito che “l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa – secondo la

¹⁴¹ Si veda, in particolare, C. giust. Ue, sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

¹⁴² C. cost., n. 170 del 1984.

¹⁴³ Norma che, ad ogni modo, continua ad esistere nell'ordinamento nazionale in quanto non abrogata né dichiarata illegittima, ma che non potrà essere applicata nei casi disciplinati dalla norma comunitaria.

¹⁴⁴ Trattasi di controllo di tipo “diffuso”.

¹⁴⁵ C. cost., sentenza n. 28 del 2010.

giurisprudenza comunitaria e italiana – solo se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente.¹⁴⁶ Gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale”. Sempre secondo la Corte, “l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, comma 1, Cost.”. Sancita l'illegittimità costituzionale della norma interna per contrasto con gli articoli 11 (quanto alla limitazione di sovranità dell'ordinamento interno) e 117 Cost. (quanto ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario), la Consulta ha equiparato le norme euro-unitarie non dotate di effetto diretto alle norme proprie del diritto internazionale pattizio, in quanto potenzialmente suscettibili di determinare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni interne con le prime confliggenti.¹⁴⁷ Il sindacato di conformità del diritto nazionale è in tali ipotesi di competenza della Corte Costituzionale, a cui è affidato quindi un controllo definibile come “accentrato”.

Competente a garantire la corretta applicazione di tutta la normativa euro-unitaria è la Corte di giustizia con sede a Lussemburgo, la quale ci occupa anche di dirimere tutte le relative controversie insorgenti tra Stati dell'Unione europea, tra istituzioni, organi ed organismi della medesima, nonché tra questi e gli Stati stessi ed, inoltre, di interpretare i trattati e gli atti di diritto derivato su cui, peraltro, viene da essa esercitato un continuo controllo di legittimità e validità.¹⁴⁸

¹⁴⁶ C. giust. Ue, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beutenmuller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, *Berlusconi e altri*.

¹⁴⁷ VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e processo. Speciale Europa*, 2011, p. 16.

¹⁴⁸ UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in VIGANÒ F. - UBERTIS G. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 3.

1.2 L'ingresso delle norme della Cedu nell'ordinamento nazionale.

Le norme appartenenti al sistema Cedu, così come le previsioni inserite negli altri trattati internazionali, non possiedono effetto diretto nell'ordinamento nazionale, contrariamente a quanto sinora detto per le norme del diritto dell'Unione europea. La tematica è stata affrontata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze cc.dd. “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007. In tali pronunce, la Corte ha rilevato la netta differenza tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e norme della Cedu (e più in generale, delle norme internazionali pattizie).

La risoluzione del contrasto tra norma nazionale e norma Cedu deve essere necessariamente affidata alla Corte Costituzionale, che deve essere interpellata dal giudice ordinario affinché dichiari l'illegittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost.¹⁴⁹

Ciò premesso, l'applicabilità della Convenzione non discende – come per il diritto UE – dalla limitazione di sovranità prevista all'art. 11 Cost., ma si ricollega all'assunzione volontaria degli obblighi internazionali da parte dello Stato; di conseguenza la norma che consente l'ingresso nel nostro ordinamento di tale convenzione è l'art. 117, comma 1, Cost., che vincola la potestà legislativa statale e regionale, di talché le disposizioni interne di rango ordinario, se emanate in violazione della Convenzione (nell'interpretazione data dalla Corte Edu), saranno da considerarsi illegittime e tale illegittimità dovrà essere sancita dalla Corte Costituzionale. Si osservi che il singolo giudice non potrà disapplicare la normativa nazionale contraria alla Cedu, ma dovrà in prima battuta tentare la strada dell'interpretazione convenzionalmente conforme della norma in questione e, solo laddove tale tentativo non abbia dato esiti fruttuosi, promuovere questione di legittimità costituzionale. Si parla pertanto di “norme interposte” a proposito delle citate disposizioni della

¹⁴⁹ La Corte afferma nella sentenza n. 348: “le norme della Cedu sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contratto”.

Convenzione (e degli altri trattati internazionali).

La soluzione delle sentenze gemelle è stata, in estrema sintesi, quella di riconoscere alle norme di diritto internazionale pattizio, comprese la Cedu e suoi Protocolli, un rango sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria, che risulta così sottoposta a un vincolo generale di compatibilità (in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.) con gli obblighi derivanti da quelle norme internazionali; ma un rango pur sempre sub-costituzionale, sì da consentire alla Corte di sbarrare la strada a quelle norme internazionali che si rivelino esse stesse contrarie alla Costituzione. E, si badi, che non si tratta solamente di escludere un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale – così come avviene per la normativa Ue – ma il controllo da parte della Consulta si estende “ad ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali”.¹⁵⁰ Il meccanismo appena descritto riserva dunque alla Corte Costituzionale la possibilità di compiere un sindacato di ultima istanza sulle norme internazionali, al metro della loro compatibilità con le superiori norme costituzionali.

Il sindacato della Corte Costituzionale sulla conformità della norma convenzionale con la Costituzione può, in caso di difformità della norma Cedu con le norme costituzionali, condurre ad una declaratoria di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale implicante tuttavia la “disapplicazione” della norma Cedu senza che si determini l'incostituzionalità delle disposizioni interne con essa confliggenti.¹⁵¹ Il suddetto contrasto potrebbe, inoltre, implicare una pronuncia di parziale incostituzionalità della legge di ratifica¹⁵² della Cedu esclusivamente con riferimento all'ingresso della censurata disposizione della Convenzione (come applicata dalla Corte di Strasburgo).¹⁵³

¹⁵⁰ C. cost. sentenza n. 348 del 2007, par. 4.7.

¹⁵¹ Cfr. C. cost., sentenza n. 264 del 2012. Per ulteriori approfondimenti v. VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionali italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014, p. 13.

¹⁵² Legge 4 agosto 1955, n. 848.

¹⁵³ Si riportano in proposito le statuizioni della Corte Costituzionale nelle richiamate sentenze gemelle: “*Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con*

1.3 Segue: l'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano.

La Convenzione ed i suoi protocolli, rispetto al resto delle norme internazionali pattizie, possiedono un rilevante elemento di esclusività, vale a dire quello di aver assegnato ad un organo giurisdizionale la funzione di “assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalle Alte Parti contraenti”¹⁵⁴ (art. 19 Cedu) nonché la competenza ad esprimersi “su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione [della Convenzione stessa]”¹⁵⁵ (art. 32 Cedu).

Alla luce di tali disposizioni, l'esatta portata ed il contenuto dei diritti fondamentali previsti dalla Cedu vengono determinati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale, dunque, è necessario fare riferimento anche per individuare gli obblighi discendenti dalle sentenze della medesima Corte per l'ordinamento italiano.

Un'autorevole dottrina, proprio in relazione a tale tematica, ha

una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano” (sent. n. 348 del 2007, par. 4.7). Ciò allo scopo di impedire che l'ordinamento costituzionale venisse a essere surrettiziamente “*modificato da fonti esterne*”, in assenza di un'esplicita accettazione di “*limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione*” e realizzare così “*un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla costituzione stessa*” (sent. n. 349 del 2007, par. 6.2).

¹⁵⁴ Sul punto, V. C. cost., sentenza del 22 ottobre 2007, n. 348, par. 4.6 secondo la quale: “la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32.1 della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Cedu vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia”.

¹⁵⁵ Sul punto, V. C. cost., sentenza del 22 ottobre 2007, n. 349, laddove precisa che: “in considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle parti contraenti”.

sostanzialmente distinto tra “la forza vincolante resa nel singolo caso deciso dalla Corte e gli effetti generali dei principi di diritto enunciati dalle sentenze della Corte”.¹⁵⁶

Avendo riguardo al primo aspetto, la Convenzione stabilisce che “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle quali sono parti” (art. 46 Cedu). Tale obbligo ha come destinatari tutte le articolazioni ed i poteri dello Stato soccombente, ed il suo adempimento è sottoposto alla supervisione del Comitato dei Ministri (art. 46.2 Cedu). Il tema relativo all'esecuzione delle sentenze della Corte Edu è divenuto di maggiore complessità soprattutto nell'ultimo decennio, da quando la Corte ha iniziato a condannare gli Stati soccombenti non solo all'adempimento di obblighi di equo indennizzo nei confronti del ricorrente, ma anche di obblighi¹⁵⁷ relativi all'adozione di specifiche ed ulteriori misure volte a “rimuovere le conseguenze della violazione” (art. 41 Cedu). Con riferimento alle modalità di esecuzione di simili obblighi, poi, i giudici penali si sono trovati ad affrontare questioni di non sempre facile soluzione, essendo chiamati, da un lato, a conformarsi alle sentenze della Corte europea ai sensi dell'art. 46 della Cedu, e, dall'altro, a muoversi in ogni caso nel rispetto del principio di legalità processuale, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, nonché di quello di intangibilità del giudicato che – prima di alcune più recenti pronunce della Corte di Cassazione che hanno preso posizione sull'argomento – sembrava impedire all'autorità giudiziaria penale di modificare le sanzioni irrogate con la sentenza di condanna divenuta irrevocabile e di riaprire il processo per procedere ad un nuovo accertamento nel rispetto dei diritti

¹⁵⁶ VIGANÒ F., *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in VIGANÒ F. - UBERTIS G. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 17 e ss.

¹⁵⁷ Nella prassi, si è trattato, ad esempio, dell'obbligo di riaprire un procedimento già conclusosi con provvedimento irrevocabile tenutosi in violazione dell'art. 6 della Cedu (C. edu, sez. II, sent. 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*); dell'obbligo di non consentire l'esecuzione di una pena che sia risultata illegittima alla stregua dell'art. 7 della Convenzione (C. edu, grande camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*); dell'obbligo di interrompere immediatamente un procedimento penale iniziato in violazione del diritto al *ne bis in idem* tutelato dall'art. 4 Prot. 7 della Cedu (C. edu, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*).

previsti dalla Convenzione.

Solo nel 2006, infatti, la Corte di Cassazione è giunta ad affermare che “in materia di violazione dei diritti umani (ed in particolare in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa), il giudice nazionale [è] tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame e la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato”.¹⁵⁸ Il risultato della possibilità di riapertura del processo si è invece concretizzato solo a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 113 del 2011, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un ulteriore caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna e la conseguente riapertura del procedimento “quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo”. Alla luce di tale ultima sentenza della Consulta, sembrava che il rimedio principale per rimediare alle violazioni della Convenzione dovesse essere quello della nuova ipotesi di revisione, nella medesima sentenza indicato.¹⁵⁹

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione,¹⁶⁰ tuttavia, in una pronuncia successiva a quella della Consulta, relativa alla nota vicenda “*Ercolano*” (il più delle volte designata nel dibattito accademico come il caso dei “fratelli minori di Scoppola”),¹⁶¹ hanno individuato il diverso rimedio dell'incidente di

¹⁵⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2006 n. 32678, *Somogyi*.

¹⁵⁹ La giurisprudenza penale aveva proposto più di recente diverse soluzioni per garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu nell'ordinamento nazionale. A titolo esemplificativo, si ricorda che, in relazione al caso *Drassich e Scoppola*, per esempio, gli ermellini avevano ritenuto, in – un periodo antecedente alla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 2011– di poter fare ricorso al rimedio del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contro le sentenze della Cassazione di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2008 n. 45807, *Drassich*; Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, *Scoppola*.

¹⁶⁰ Cass. Pen., sez. un., 24 ottobre 2013, *Ercolano*.

¹⁶¹ Per ulteriori approfondimenti sulla vicenda cfr. VIGANÒ F., *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla corte Edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2012; ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore*, *ibidem*, 16 aprile 2012; VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ibidem*, 18 aprile 2012.

esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p., quale strumento idoneo, in quel caso, a porre rimedio al diritto convenzionale violato consentendo una modifica della pena inflitta al condannato in fase esecutiva.

Per ciò che concerne il distinto problema dell'efficacia generale delle sentenze della Corte Edu, tale questione afferisce sostanzialmente alla forza vincolante che le predette pronunce possono avere in casi diversi da quelli specificatamente Strasburgo ma ad essi identici o analoghi. A questo riguardo, vale la pena di evidenziare che sia la Corte Edu,¹⁶² sia gli organi politici del Consiglio d'Europa,¹⁶³ hanno avuto modo di rimarcare come gli Stati membri soccombenti siano obbligati a porre in essere non solo le misure riparatorie e risarcitorie specificatamente riportate di volta in volta nelle singole sentenze di condanna, ma anche a rimuovere le condizioni di fatto e di diritto che comportano il ripetersi delle accertate violazioni in casi diversi da quello oggetto di specifica considerazione da parte della Corte.¹⁶⁴ Peraltro, sulla base delle indicazioni provenienti proprio dal Comitato dei Ministri, la Corte ha più di recente iniziato ad indicare in modo specifico, in alcune decisioni, il contenuto delle “misure generali” che lo Stato interessato è tenuto a realizzare per evitare di incorrere in violazioni sistemiche della Convenzione.¹⁶⁵

In relazione a tale aspetto, meritano *in primis* una particolare attenzione le c.d. sentenze “pilota”, che trovano ora un espresso riconoscimento normativo nell'art. 61 del regolamento della Corte, e vengono utilizzate tutte le volte in cui la Corte si trovi a trattare in plurimi ricorsi della medesima violazione convenzionale, in ragione di una carenza strutturale

¹⁶² C. edu, grande camera, sent. 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; C. edu, grande camera, sent. 12 maggio 2004, *Broniowski c. Polonia*. In tali pronunce la Corte indica espressamente la necessità di adottare misure generali per evitare il ripetersi di violazioni analoghe a quelle specificamente accertate nei confronti di un determinato ricorrente.

¹⁶³ In particolare il Comitato dei Ministri del consiglio d'Europa.

¹⁶⁴ Secondo Zagrebelsky, “occorrono misure legislative o giurisprudenziali di carattere generale, idonee ad evitare che violazioni simili abbiano a ripetersi”. ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e in ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1200.

¹⁶⁵ C. edu, grande camera, sent. *Scozzari e Giunta c. Italia e Broniowski c. Polonia*, cit.

dell'ordinamento giuridico nazionale.¹⁶⁶ In relazione a questi casi, la Corte è solita decidere uno solo dei ricorsi presentati, segnalando contestualmente le misure generali che lo Stato soccombente è chiamato ad adottare entro un certo termine per risolvere i problemi strutturali alla base delle violazioni della Convenzione riscontrate e sospendendo, in questo frangente temporale, la trattazione degli altri ricorsi. Nel caso in cui le misure adottate si rivelino idonee a conseguire gli scopi prefissati, ne dovrebbe conseguire la cancellazione dal ruolo degli altri ricorsi.

Ad ogni modo, all'interno del nostro ordinamento, l'obbligo generale di porre rimedio alle violazioni ancora in atto del diritto convenzionale, nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente, è stato riconosciuto anche a fronte di sentenze che, seppur non qualificabili in senso stretto come sentenze “pilota”, avevano determinato il sorgere di effetti che non potevano non coinvolgere giustamente tutti i soggetti che si trovassero in quella identica situazione, anche quando questi ultimi avessero ommesso di proporre ricorso innanzi alla Corte.

Alla luce delle citate pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, dunque, non resta che dedurre la vincolatività di ogni sentenza della Corte di Strasburgo all'interno dei singoli Stati membri, i quali sono così chiamati ad eliminare e, per quanto possibile, a prevenire, tutte le violazioni della Carta convenzionale equivalenti a quelle poste a fondamento di una specifica sentenza di condanna a favore di determinati ricorrenti, e ciò a prescindere dal fatto che si tratti o meno di una c.d. sentenza “pilota” della Corte. Per quanto riguarda l'individuazione dei rimedi cui le vittime di “violazioni analoghe” possono fare ricorso per porre fine alle violazioni stesse, chi scrive è a favore dell'orientamento secondo il quale, oltre al rimedio dell'incidente di esecuzione sopra richiamato, indicato dalle Sezioni Unite Ercolano, sarebbe da applicare in via estensiva in queste ipotesi la nuova ipotesi di revisione di fatto inserita dalla Consulta con la sentenza n. 113 del

¹⁶⁶ VIGANÒ F., *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 22.

2011.

1.4 La tutela dei diritti fondamentali nel più ampio contesto normativo europeo: nuove prospettive dopo Lisbona?

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha sostanzialmente modificato la previgente formulazione dell'art. 6 del Trattato UE, disponendo, al suo paragrafo 1, che “l'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”; e, al paragrafo 3, che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

In ordine ai rapporti tra i diritti riconosciuti dalla Cedu e quelli riconosciuti dalla Carta europea di Nizza, peraltro, riveste una certa rilevanza anche il disposto dell'art. 52.3 di quest'ultima, il quale sancisce che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

Alla luce delle disposizioni citate, ci si è posti il problema se il giudice italiano possa – in virtù di un ormai conclamato principio di *primauté* del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale così come stabilito dalla già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 1984 in relazione alle direttive *self-executing* ed ai regolamenti comunitari – direttamente disapplicare le norme interne in contrasto con gli articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo; oppure, se, in relazione alle norme internazionali pattizie, si debba continuare a rispettare la procedura prevista dalla stessa Corte Costituzionale a

partire dalle sopra citate sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, nelle quali la Consulta ha affermato che, nel caso di contrasto tra norma interna e norma Cedu, tale asserita incompatibilità tra le due norme si presenta come una questione di legittimità costituzionale di esclusiva competenza del giudice delle leggi per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, il quale impone al legislatore statale e regionale il rispetto, nell'attività di produzione legislativa, degli obblighi internazionali.

Orbene, sempre secondo la Consulta, tale assetto, così come sino ad ora descritto, non è stato modificato dal Trattato di Lisbona di adozione della Carta di Nizza, non avendo esso comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni Cedu nel sistema delle fonti tale da rendere superata l'illustrata concezione delle medesime quali norme “interposte”; con la conseguenza che, in caso di contrasto, il giudice non può ritenersi abilitato a disapplicare le norme interne ritenute incompatibili con la Cedu stessa.¹⁶⁷

Ciò che più correttamente deve concludersi è che, in forza del già ricordato disposto dell'art. 52.3 della Cdfue, l'intero *acquis* rappresentato dalla giurisprudenza di Strasburgo viene ora inglobato all'interno del contenuto delle disposizioni della Carta medesima, la cui applicazione consente, seppur esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto Ue, l'osservanza degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali così come individuati dalla Corte di Strasburgo.

Ciò che è veramente cambiato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quindi, sono soltanto le modalità del dialogo tra le due Corti europee, in quanto, proprio in virtù del citato art. 52.3 Cdfue, la Convenzione è diventata una “fonte di ispirazione privilegiata” della Carta europea, con la conseguenza che la prima è divenuta un riferimento necessario nell'interpretazione delle disposizioni della seconda.

¹⁶⁷ C. Cost. dell'11 marzo 2011, n. 80.

2. “Materia penale” e *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle Corti Edu e di giustizia.

Focalizzandoci ora sulle implicazioni che la nozione unitaria di materia penale ha avuto sul principio del *ne bis in idem*, l'impressione è quella che per una razionalizzazione e semplificazione del sistema sanzionatorio in linea con le direttive provenienti da Strasburgo sia necessario un progressivo superamento dei “doppi binari” lungo i quali si muove attualmente il sistema sanzionatorio italiano. Il riferimento è qui al “doppio binario” inteso come duplice livello di tutela, amministrativa e penale, che caratterizza significativi settori del nostro ordinamento nazionale. Sotto questo profilo, il processo di graduale europeizzazione del diritto punitivo esorta il nostro legislatore nazionale ad un progressivo allineamento tra le due categorie dell'illecito amministrativo punitivo e dell'illecito penale, nel segno di una sempre più notevole caratterizzazione della prima sulla base dei principi di chiaro stampo penalistico che trovano collocazione, a livello nazionale, nelle disposizioni della l. 689 del 1981.¹⁶⁸

Attraverso l'affermazione di una nozione autonoma di “materia penale”, il processo ora in corso pare quindi mirare al superamento di interpretazioni che, giustificando il duplice livello di tutela sulla base di etichette formali, nascondano il rischio di una sostanziale duplicazione sanzionatoria in contrasto con il principio del *ne bis in idem* di matrice europea. Avendo riguardo alle violazioni sotto questo profilo riscontrate dalle due Corti, se nella giurisprudenza di Strasburgo il riferimento obbligato è alla sentenza *Grande Stevens* già più volte menzionata, con riferimento a quella di Lussemburgo, non può omettersi il richiamo al caso *Fransson*¹⁶⁹ che, qualche mese prima, aveva affrontato le medesime problematiche in questa sede oggetto di analisi:

¹⁶⁸ I principi sostanziali e processuali, fissati dalla legge del 24 novembre 1981, n. 689, per espresso disposto dell'art. 12, trovano applicazione limitatamente al solo diritto penale amministrativo, che prevede illeciti perseguiti con la sola sanzione amministrativa del “pagamento di una somma di denaro”, a prescindere dal fatto che si tratti o meno di illeciti amministrativi da depenalizzazione.

¹⁶⁹ C. giust. Ue, sentenza del 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, causa C-617/10.

le due decisioni, infatti, hanno avuto ad oggetto due distinte vicende relative ai sistemi sanzionatori, rispettivamente, degli abusi di mercato e degli illeciti tributari, caratterizzati nel nostro ordinamento, com'è noto, dal meccanismo repressivo del doppio binario. Quello che emerge, seppur in maniera parzialmente diversa, dalle due predette decisioni, è che l'applicazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Prot. 7 Cedu e all'art. 50 Cdfue, interpretato alla luce della nuova nozione di “materia penale”¹⁷⁰ e considerato nella sua essenza ibrida di principio tanto sostanziale quanto processuale, di fatto implica – anche se ciò rimane ora oggetto di verifica dopo l'ultima pronuncia della Corte in *A & B c. Norvegia*¹⁷¹ – l'impossibilità di cumulo tra le sanzioni penali e quelle amministrative previste nel sistema vigente, proprio in virtù della natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate dalla Consob e dall'amministrazione tributaria.¹⁷²

Il superamento dei “doppi binari” e, più in generale, l'esigenza di razionalizzazione del sistema *lato sensu* sanzionatorio, ad ogni modo, richiedono una necessaria valorizzazione del principio di frammentarietà del diritto penale e dell'idea del medesimo come *extrema ratio*. In ragione dell'applicazione di tali principi, anche qualora il legislatore nazionale dovesse non ritenere necessario il ricorso alla sanzione formalmente penale per punire determinati illeciti caratterizzati da un contenuto disvalore sociale, esso non potrà in ogni caso esimersi dall'assicurare l'indispensabile apparato di garanzie in relazione a tutte quelle sanzioni – qualificabili come sostanzialmente penali – astrattamente riconducibili nell'ambito del “diritto punitivo” di matrice europea, all'interno del quale vengono così ripristinati i tradizionali principi di matrice liberale.¹⁷³

¹⁷⁰ La legittimità di un siffatto meccanismo punitivo dipende, infatti, da come si ritiene di sciogliere il nodo preliminare relativo alla “reale” natura giuridica delle sanzioni qualificate come “amministrative” dal legislatore nazionale.

¹⁷¹ Su cui vedi *infra* in questo capitolo.

¹⁷² Il quadro appena descritto, tuttavia, si complica ulteriormente in virtù della sfuggente consistenza dei criteri sostanzialistico-funzionali che dovrebbero riempire di contenuto la nozione autonoma di “materia penale”.

¹⁷³ Come auspicato da FIANDACA G., cit., p. 862, il quale ha proposto interessanti riflessioni sul tema, che qui si riportano: “Fin dalla seconda metà del diciottesimo secolo, parallelamente all'affermarsi degli ordinamenti giuridici ispirati all'idea del

2.1 In particolare: i c.d. criteri di Engel elaborati dalla Corte di Strasburgo.

La nozione di materia penale, non essendo esplicitamente definita dalla Convenzione, è stata elaborata dalla giurisprudenza che, sempre con approccio casistico e pragmatico, ha progressivamente esteso la categoria delle sanzioni “sostanzialmente” penali, con lo scopo di porre in guardia i vari legislatori nazionali e scoraggiarli dal realizzare pericolose truffe delle etichette, in violazione delle esigenze garantiste proprie della Convenzione.

Al fine di individuare ciò che rientra nella nozione autonoma di “*matière pénale*”, e di garantirne la relativa uniforme applicazione, sono stati perciò elaborati¹⁷⁴ dalla Corte di Strasburgo gli oramai noti “*criteri di Engel*” che, a partire dal famoso caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976,¹⁷⁵ sono stati ritenuti parametri idonei a rivelare la sostanziale essenza penale di un determinato illecito nonostante il *nomen juris* adottato dal legislatore nazionale.

La Corte ha ritenuto, quindi, che si debba in primo luogo considerare di natura penale la sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede e che, in mancanza, si debba tener conto della natura dell'infrazione o

moderno Stato di diritto, si è assistito alla tendenza a trasferire nel campo penale molti degli illeciti aventi natura contravvenzionale durante l'*Ancien régime*: questo passaggio dall'amministrativo al penale costituiva attuazione del principio di giurisdizionalizzazione, ed era manifestamente sollecitato dall'esigenza di apprestare una più efficace garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti degli eventuali abusi della pubblica amministrazione. Questi cenni storici sono utili per comprendere come l'attuale fenomeno (contrario) della depenalizzazione potrebbe rappresentare – ove non fosse accompagnato da opportune garanzie – una sorta di ritorno a tecniche oramai superate del passato, inaccettabili proprio perché non sufficientemente rispettose dei fondamentali diritti del singolo”.

¹⁷⁴ E progressivamente affinati, da ultimo, con la decisione *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014.

¹⁷⁵ C. edu, sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. Nel caso *de quo* ad alcuni militari olandesi erano state inflitte delle sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale. La Corte Edu ha riconosciuto la natura penale delle sanzioni disciplinari inflitte ai ricorrenti sulla base del criterio della natura degli illeciti contestati e di quello della gravità delle sanzioni, che determinavano una rilevante compressione della libertà personale degli stessi. Alla luce di tali considerazioni la Corte riconobbe, dunque, l'applicabilità dell'art. 6 della Cedu al procedimento delle sanzioni disciplinari in questione rilevandone la violazione per mancata attuazione del principio di pubblicità dell'udienza.

dell'illecito, o della natura, scopo e gravità della sanzione¹⁷⁶; criteri, quelli menzionati, tra loro alternativi¹⁷⁷ ma che possono essere utilizzati anche cumulativamente se l'analisi separata di ognuno di essi non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un illecito di natura penale¹⁷⁸.

La sentenza *Engel* ha espresso dei principi poi ripresi da altra giurisprudenza della stessa Corte, la quale si è costantemente posta in linea con questa prima storica sentenza. In successive decisioni, infatti, la Corte Edu ha coerentemente applicato i criteri elaborati nel 1976 – a volte anche per negare la riconducibilità alla materia penale delle sanzioni oggetto della sua valutazione¹⁷⁹ – in una continua opera di perfezionamento dei criteri adottati.

Il primo criterio, vale a dire quello della classificazione giuridica data dall'ordinamento interno, è, a tutti gli effetti, un autentico punto di partenza: se l'ordinamento qualifica l'illecito come penale, allora non si renderanno necessari ulteriori approfondimenti.¹⁸⁰ In caso contrario, la Corte sarà costretta, superando la qualificazione nazionale, a valutare gli aspetti concreti della procedura. Trattasi di criterio con valore meramente indicativo che risulta

¹⁷⁶ Sul tema, Corte edu, sentenza *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, cit.; sentenza del 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*.

¹⁷⁷ C. edu, sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*.

¹⁷⁸ C. edu, sentenza 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*; sentenza 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, sentenza del 23 novembre 2006 (gr. cam.) *Iussila c. Finlandia*, e *Grande Stevens c. Italia*, cit.

¹⁷⁹ C. edu, sentenza 9 maggio 1977, *X c. Svizzera*. La Corte, in questo caso, ha escluso la natura penale della sanzione disciplinare, inflitta a un detenuto colpevole di rientro tardivo (consistente in cinque giorni di isolamento e nella soppressione di ogni permesso premio) per non essere la stessa caratterizzata da un particolare livello di gravità. Si veda anche C. edu, sentenza 6 novembre 1980, *Guizzardi c. Italia*, nella quale si è esclusa la riconducibilità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale del detenuto al concetto di *materia penale*.

¹⁸⁰ Fin dalla pronuncia *Engel c. Paesi Bassi* i giudici di Strasburgo hanno affermato, senza smentite nella giurisprudenza successiva, che la qualificazione come penale della sanzione opera *one way only*, nel senso che l'indagine sull'appartenenza di un illecito alla sfera penale scatta solo quando il diritto interno ne offra una definizione diversa, e non quando il legislatore nazionale – pur in assenza dei requisiti indicati dai giudici di Strasburgo – qualifichi espressamente la misura come penale. Si tratta, quindi, di un meccanismo evidentemente pensato in chiave di estensione del *maximum standard di garanzie* per l'accusato.

scarsamente utilizzato nella giurisprudenza convenzionale.¹⁸¹

Il criterio numero due, ovvero la natura dell'infrazione, a parere della Corte stessa, sembra essere il più importante. Suddiviso com'è in tanti elementi, comporta una serie di controlli tra i più disparati, diretti, di volta in volta, a verificare: se la normativa interna è indirizzata unicamente ad un gruppo/categoria, oppure possiede un carattere vincolante *erga omnes*;¹⁸² se ha funzione repressiva o deterrente; se la sanzione, in cui l'interessato rischia di incorrere, dipende dall'accertamento della responsabilità e quali siano i poteri dell'autorità pubblica che istruisce la procedura¹⁸³. In diverse occasioni, la Corte ha inoltre valorizzato la differenza tra gli elementi essenziali delle due fattispecie amministrativa e penale, come l'intenzione criminosa e lo scopo perseguito, che solitamente differenziano il reato dal corrispondente illecito amministrativo e giustificano una duplice risposta punitiva da parte dello Stato in relazione ai diversi aspetti della medesima condotta che si vogliono fare oggetto di sanzione.¹⁸⁴ Infine, conta pure la collocazione dei procedimenti analoghi negli altri Stati europei.¹⁸⁵ In relazione a tale criterio, di fondamentale rilevanza è la sentenza *Ozturk c. Germania*,¹⁸⁶ di alcuni anni successiva alla sentenza *Engel*. Il caso riguardava l'applicazione di sanzioni amministrative

¹⁸¹ Prima della svolta sostanzialistica impressa alla giurisprudenza convenzionale con la sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, il criterio della qualificazione formale veniva invece utilizzato spesso dai giudici di Strasburgo per decidere della natura penale dell'illecito stesso: C. edu, sentenza 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, in cui si afferma che non vi è violazione dell'art. 7 della Cedu in quanto "il vagabondaggio non costituisce reato nella legislazione belga".

¹⁸² Tale verifica pare essere quella di maggior peso, dovendosi dedurre il secondo criterio dalla generalità dei destinatari cui si rivolge il precetto. V. C. edu, sentenza 4 ottobre 2007, *Anghel c. Romania*; C. edu, sentenza 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*.

¹⁸³ C. edu, sentenza del 10 giugno 1996, *Benham c. Regno Unito*, ove è stato ritenuto rilevante che il procedimento fosse stato istruito da un'autorità pubblica, dotata per legge di poteri autoritativi, e la verifica che la sanzione dipendesse dall'accertamento della responsabilità individuale.

¹⁸⁴ C. edu, sentenza 14 settembre 1999, *Ponsetti e Chensel c. Francia*.

¹⁸⁵ C. edu, sentenza 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca*.

¹⁸⁶ C. edu, sentenza 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca*. In argomento si veda PALIERO C.E., "Materia penale" ed illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica ad una svolta radicale, cit., p. 894 e ss.

depenalizzate previste dal codice della strada.¹⁸⁷ Al termine del procedimento amministrativo al ricorrente era stata inflitta una sanzione amministrativa pecuniaria non particolarmente eccessiva, che la Corte Edu, ravvisando le funzioni tipiche delle sanzioni penali, ovverosia quella general-preventiva e quella repressiva, ha dichiarato come “penale” alla luce del duplice criterio della natura dell'illecito (applicabile, non diversamente dal previgente reato, alla generalità dei cittadini) nonché della natura della sanzione (in relazione alla finalità perseguita). Non viene invece presa in considerazione dalla Corte la gravità della sanzione, la cui esiguità avrebbe presumibilmente indotto i giudici di Strasburgo a escluderne la natura penale, ai fini della Cedu.

Per quanto concerne il terzo criterio relativo alla natura e al grado di severità della sanzione, secondo la Corte, il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione in concreto inflitta.¹⁸⁸ Il giudizio sulla natura della sanzione è fortemente influenzato dalla pertinenzialità della sanzione stessa rispetto ad un fatto di reato,¹⁸⁹ mentre il sotto-criterio dello scopo della sanzione è spesso utilizzato come criterio principale – insieme al criterio della gravità oggettiva della sanzione – per decidere sulla natura penale della medesima. In relazione a quest'ultimo aspetto, occorre evidenziare che la valutazione in ordine allo scopo della sanzione è risultata di particolare decisività nell'affermazione della natura penale di diverse ipotesi di misure patrimoniali previste nel diritto nazionale dei singoli Stati membri (si vedano, in particolare, le varie ipotesi di confisca).

¹⁸⁷ Sempre con riferimento alla materia della circolazione stradale, si v. C. edu, sentenza 7 dicembre 1990, *Duhs c. Svezia*, con la quale la Corte ha negato la qualifica di penale ad una violazione del codice della strada svedese in ragione della natura dell'illecito e della scarsa afflittività della sanzione.

¹⁸⁸ Ancora *Engel e Grande Stevens*, cit.; tra le pronunce meno recenti che hanno sostanzialmente valorizzato il massimo edittale della sanzione, cfr. C. edu sentenza del 27 agosto del 1991, *Demicoli c. Malta*, e C. edu, sentenza del 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*.

¹⁸⁹ C. edu, sentenza 23 settembre 1998, *Malie c. Francia*, nella quale la sanzione della decurtazione dei punti della patente di guida viene ricondotta nell'ambito della materia penale in conseguenza della condanna per un reato in materia di circolazione stradale.

A questo riguardo, si segnala la pronuncia della Corte Edu nel caso *Welch c. Regno Unito*¹⁹⁰, chiamata a decidere di un caso di confisca introdotta dal legislatore britannico in un momento successivo alla commissione del reato di traffico di stupefacenti e al ricorrente applicabile in via retroattiva. Nel caso in esame la Corte Edu ebbe modo di stabilire la natura penale della sanzione – in violazione dell'art. 7 della Cedu in ragione dell'applicazione retroattiva della medesima – in considerazione non solo della pertinenzialità rispetto al fatto di reato, bensì anche alla luce di altri elementi quali natura e scopo della misura in oggetto, la sua gravità, le procedure per la sua applicazione. E' stato altresì sottolineato che la presenza di finalità preventive non è sufficiente ad escludere la natura penale della sanzione se sussistono anche finalità repressivo-punitive.

I principi appena illustrati sono rinvenibili anche nella recente sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*, laddove i giudici della Corte Edu, nel qualificare come penale, ai fini dell'art. 6 Cedu, una sanzione amministrativa pecuniaria applicata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), hanno disatteso quanto affermato dal Governo italiano che sosteneva la natura sostanzialmente amministrativa delle sanzioni, in quanto asseritamente orientate alla protezione della concorrenza quale interesse pubblico piuttosto che all'applicazione di pene afflittive. Secondo la Corte, invece, la protezione di un dato interesse generale (come la concorrenza nel mercato) non è invero incompatibile con il carattere penalistico-punitivo delle relative sanzioni; al contrario, nel diritto penale è del tutto fisiologica la coesistenza tra esigenze punitive e deterrenti-preventive, esigenze, queste ultime, che implicano anche la tutela di determinati beni della vita di interesse pubblico.¹⁹¹ In conclusione, sanzioni collegate alla violazione di un precetto possono considerarsi penali nel sistema Cedu anche qualora non abbiano uno scopo esclusivamente punitivo ma siano finalizzate anche alla cura in concreto di uno specifico interesse generale. Ai fini della riconducibilità di una sanzione

¹⁹⁰ C. edu, sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

¹⁹¹ GOISIS F., *Introduzione al Seminario "Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal codice del processo amministrativo"*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza, 6 febbraio 2014, in *air.unimi.it*, p. 4.

alla c.d. *matière pénale*, emerge dunque nella giurisprudenza convenzionale la decisiva rilevanza della esigenza “repressiva”: ovverosia, in tutti i casi in cui la sanzione sia orientata a punire una certa condotta mediante il ricorso a misure particolarmente penalizzanti e repressive per il soggetto interessato dalle stesse, (pur se accompagnata da una tutela risarcitoria o ripristinatoria), allora la sanzione sarà da ricondurre alla materia “penale” alla luce di quanto precede.

2.2 Segue: le sentenze *Spector Photo Group*, *Bonda* e *Fransson* della Corte di giustizia.

E' solo con la sentenza *Bonda*¹⁹² che anche la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in merito ai criteri da applicare ai fini della determinazione del carattere penale delle procedure e degli illeciti in relazione al principio del *ne bis in idem*. Sebbene i giudici di Lussemburgo avessero già avuto l'occasione di rimarcare in una precedente decisione, sulla base normativa dell'art. 54 della CAAS, che il principio in questione mira sostanzialmente ad impedire che una persona già giudicata con provvedimento avente carattere definitivo in uno Stato membro possa essere nuovamente perseguita “penalmente” per gli stessi fatti in un diverso Stato membro,¹⁹³ essi sino ad allora non si erano mai soffermati a specificare la nozione di “materia penale”.

Nell’*affaire Bonda*”, in realtà, la Corte di giustizia si è limitata unicamente a rispondere alla questione pregiudiziale che nello specifico caso veniva sollevata, concernente la natura delle sanzioni previste dall'art. 138, par. 1 del Regolamento CE n. 1973/2004, in relazione al regime dei finanziamenti in materia agraria, senza però fornire alcuna interpretazione dell'art. 50 della Cdfue, come invece le era stato suggerito dall'Avvocato Generale Kokott che rilevava l'opportunità di fornire un chiarimento del contenuto della disposizione. La Corte, ribadendo il proprio orientamento secondo cui

¹⁹² C. giust. Ue, sentenza del 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10.

¹⁹³ C. giust. Ue, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gozutok et Brugge*, cause riunite C-187/01 e C-436/04.

l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un siffatto regime di aiuti non integra una sanzione penale, nel caso sottoposto alla sua attenzione ha concluso affermando il carattere amministrativo della sanzione irrogata, precisando che le sue conclusioni non potevano essere ritenute contrarie al disposto dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu. A supporto delle proprie affermazioni, infatti, i giudici euro-unitari richiamavano la giurisprudenza della Corte Edu, verificando la natura delle sanzioni inflitte alla stregua dei criteri enunciati nel caso *Engel*.¹⁹⁴ Così facendo, con la sentenza *Bonda*, la Corte di giustizia ha finito per allinearsi all'orientamento della Corte Edu, facendo applicazione dei criteri elaborati dagli stessi giudici di Strasburgo.

Questa attenzione che la Corte di giustizia ha in un primo momento riservato alla giurisprudenza della Corte Edu, tuttavia, stride con la posizione che la medesima ha successivamente assunto nell'interpretazione dell'art. 50 della Cdfue. La Corte di giustizia, infatti, è giunta ad accogliere, nella sentenza *Fransson*, un'interpretazione della disposizione citata – nella parte in cui riconosce anche il *ne bis in idem* interno – parzialmente difforme rispetto a quella elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 della Cedu.¹⁹⁵ Peraltro, nella sentenza *Fransson* la Corte ha ommesso qualsiasi tipo di riferimento espresso al citato art. 4, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, sebbene – come si è già avuto modo di evidenziare – la previsione di cui all'art. 52.3 Cdfue stabilisca che i diritti riconosciuti dalla Cdfue stessa, qualora corrispondano a quelli garantiti dalla Cedu, debbano avere significato e portata “*uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”. In tale pronuncia, dunque, i giudici euro-unitari, pur

¹⁹⁴ Dopo aver verificato che le sanzioni in questione non avevano finalità repressiva e che esse avevano come unico effetto quello di privare l'agricoltore della prospettiva di ottenere un aiuto, la Corte ha concluso che le medesime non potevano essere qualificate come sanzioni penali.

¹⁹⁵ Si è parlato, in proposito, di materia penale “a geometria variabile” nella giurisprudenza europea, i cui confini variano a seconda della base normativa e del contesto di riferimento. Per ulteriori approfondimenti sul tema v. VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.

richiamando i criteri della sentenza *Bonda* per accertare la natura delle sanzioni fiscali – che a loro volta fanno riferimento ai criteri di *Engel* elaborati dalla Corte europea – sembrano in parte volersi discostare dall'interpretazione del principio data dalla Corte Edu, in particolare laddove ritengono di non poter omettere di considerare alcune specifiche esigenze attinenti ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione, affidando al giudice interno il compito di effettuare tale delicata operazione di bilanciamento.¹⁹⁶ In particolare, secondo la Corte, “spetta al giudice del rinvio valutare (...) se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti *standard*, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive”.¹⁹⁷ Secondo la Corte di Lussemburgo, dunque, gli stessi Stati membri sono, in linea di principio, liberi di definire tipologia e *quantum* di sanzioni per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, essendo altresì legittimati a ricorrere contestualmente a misure amministrative e penali, purché la formale qualificazione delle prime non celi in realtà un'indebita duplicazione punitiva contraria al divieto di doppio giudizio sancito dalle norme europee richiamate.

Con specifico riferimento alle ipotesi di *market abuse*, infine, occorre rilevare come la Corte di giustizia Ue già nel 2009, nella sentenza *Spector Photo Group* del 2009,¹⁹⁸ in un certo senso anticipando quello che sarebbe poi divenuto l'orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo, nell'interpretare la direttiva 2003/6/CE e gli obblighi da essa scaturenti per gli Stati membri, aveva affermato che le sanzioni da questi ultimi previste per gli

¹⁹⁶ Oggetto di valutazione da parte del giudice interno, dunque, non deve essere esclusivamente la sola natura “penale” della sanzione ma la complessiva situazione creata dal cumulo di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto: la valutazione relativa al cumulo di sanzioni con il principio del *ne bis in idem* affidata al giudice nazionale non deve in ogni caso inficiare il livello di protezione assicurato dalla Carta ed il primato del diritto Ue.

¹⁹⁷ *Ex multis*, cfr. C. giust. Ue, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10.

¹⁹⁸ C. giust. Ue, sentenza del 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group NV e altri*, causa C-45/08, Punti 40-45.

abusi di mercato in attuazione della stessa direttiva, benché qualificate come amministrative, dovessero essere ritenute penali agli effetti della Cedu, in considerazione della “natura delle violazioni” e del “grado di severità delle sanzioni” stesse.¹⁹⁹

3. La definizione di *idem factum* secondo la giurisprudenza europea.

La verifica dello “stesso fatto” rispetto al secondo dei procedimenti risulta sicuramente uno dei momenti centrali nell'attività di valutazione svolta dall'interprete ai fini dell'accertamento di un *bis in idem*, e lo mette di fronte ad una scelta di fondo: attribuire rilevanza decisiva alla qualificazione normativa della condotta contestata o aderire all'opposta concezione propensa a valorizzare i fatti materiali che integrano le fattispecie sottoposte a scrutinio secondo un'accezione prevalentemente naturalistica. La giurisprudenza di Strasburgo ha oscillato a lungo prima di trovare un assetto stabile.

E' d'altro canto interessante rilevare come la nozione di *idem* sia stata abbozzata in un primo momento dalla Corte di giustizia e solo successivamente sia stata perfezionata dalla Corte Edu, in una sorta di “dialogo” nel quale entrambe le corti europee hanno apportato il proprio rilevante e costruttivo contributo interpretativo.

¹⁹⁹ Sul punto, vedi D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, cit., p. 628; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, cit., p. 9. Peraltro, occorre avvertire che la Corte afferma che l'art. 14, n. 1 della direttiva 2003/6 – che esige dagli Stati membri che le misure o le sanzioni amministrative da essi imposte alle persone responsabili di un abuso di mercato siano efficaci, proporzionate e dissuasive, fatto salvo il diritto degli Stati membri di infliggere sanzioni penali – non può essere interpretato nel senso di imporre alle autorità nazionali competenti l'obbligo di prendere in considerazione, nella determinazione di una sanzione finanziaria amministrativa, la possibilità di infliggere un'eventuale sanzione finanziaria ulteriore. Ne consegue che la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un'ipotetica sanzione penale ulteriore.

3.1. Il contributo ermeneutico sull'*idem* apportato dalla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha apportato un contributo determinante nell'attività di interpretazione del principio in esame, provvedendo a definirne i presupposti, il contenuto e l'ambito di applicabilità.

Il primo arresto, reso dalla Corte di giustizia in relazione all'art. 54 CAAS, lasciava in sospeso la definizione dell'espressione “stessi fatti”, e mirava piuttosto ad evidenziare come la stessa formulazione del principio del *ne bis in idem* richiedesse, ai fini della sua operatività, la contemporanea sussistenza di tre tipi di “identità”: a) l'identità del trasgressore; b) l'identità dei fatti commessi; c) l'identità del bene giuridico tutelato dalle norme fatte oggetto di violazione.²⁰⁰

È solo con la decisione *Van Esbroeck*²⁰¹ che la Corte si è pronunciata in modo specifico sulla questione relativa alla nozione di *idem fatum*. In tale ultimo caso, il ricorrente veniva condannato una prima volta in Norvegia per l'importazione di sostanze stupefacenti e, una seconda volta, in Belgio, per l'esportazione illecita degli stessi stupefacenti: si trattava quindi di determinare se le condotte alla base delle due condanne dovessero essere ricondotte nella nozione di “stessi fatti” ai sensi dell'art. 54 CAAS. La Corte aveva concluso ritenendo che il criterio applicabile fosse quello dell'identità dei fatti materiali “*indipendentemente dalla qualificazione giuridica di questi fatti o dall'interesse giuridico tutelato dalla norma*”,²⁰² cogliendo altresì l'occasione

²⁰⁰ C. giust. Ue, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gozutok et Brugge*, cause riunite C-187/01 e C-436/04. A tal proposito, pare opportuno anche segnalare il contributo interpretativo fornito dall'Avvocato generale Colomer, nelle sue conclusioni presentate in data 19 settembre 2002, nelle quali rileva che “ciò che si deve accertare al fine di stabilire se un fatto possa essere punito più di una volta è se le diverse sanzioni servano a tutelare i medesimi beni giuridici o se invece i valori che si tutelano siano diversi” (Cfr. conclusioni avv. gen. D.R.J.COLOMER, consultabili su www.curia.eu.int, punto 56).

²⁰¹ C. giust. Ue, sentenza del 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, causa C-436/04, in www.curia.eu.int.

²⁰² Per una più approfondita analisi della questione cfr. DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 357.

per precisare che, nella specie, la valutazione sull'identità dei fatti spettasse alla Corte, nonostante si trattasse di un tema tradizionalmente riconnesso ad esigenze di carattere nazionale.

La Corte ha poi ribadito tale interpretazione dell'*idem factum* nel caso *Van Straaten*, anch'esso riguardante il traffico di stupefacenti.²⁰³ Il soggetto che aveva subito una condanna si rivolgeva all'autorità giudiziaria olandese opponendosi al suo censimento nel SIS (*Schengen Information System*) e rilevando una precedente condanna in Italia per detenzione ed esportazione di cinque kg di eroina in Olanda. Il processo italiano, secondo il condannato, non aveva rispettato l'art. 54 CAAS in quanto il medesimo, anni addietro, aveva già subito altro procedimento penale in Olanda ed era stato prosciolto per insufficienza di prove, relativamente alla importazione nello Stato olandese di un quantitativo di stupefacente (5,5 kg) quasi corrispondente a quello per cui era poi stato condannato nel nostro paese. Riprendendo la tesi dell'identità dei fatti materiali considerati come “un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro a prescindere dalla qualificazione giuridica e dall'interesse tutelato”, la Corte precisa peraltro che, tra i reati in materia di stupefacenti, non è necessaria l'identità tra i quantitativi di dette sostanze nei due Stati, né sarebbe richiesta l'identità dei partecipi delle operazioni negli Stati medesimi. L'assenza di perfetta corrispondenza dei quantitativi e dei soggetti, infatti, non pregiudica l'identità del fatto nel suo aspetto materiale se le relative circostanze possano essere ugualmente ritenute inscindibilmente collegate.

Con la sentenza nel caso *Kraaijenbrink*,²⁰⁴ la Corte di Giustizia, confermando quanto sopra, ha ulteriormente approfondito la questione sotto un'altra prospettiva, avendo riguardo al reato continuato. Quest'ultima ha infatti statuito, interpretando l'art. 54 CAAS nel senso già richiamato di identità dei fatti materiali, che fatti diversi, consistenti, da un lato, nel detenere in uno Stato

²⁰³ C. giust. Ue, sentenza del 28 settembre 2006, *Van Straaten*, causa C-150/05, in www.curia.eu.int.

²⁰⁴ C. giust. Ue, sentenza del 18 luglio 2007 *Kraaijenbrink*, causa C-367/05, in www.curia.eu.int.

contraente somme di denaro provenienti da traffico illecito di sostanze stupefacenti e, dall'altro, nel mettere in circolazione in uffici di cambio situati in un altro Stato contraente del denaro avente la stessa provenienza., non integrano un *idem factum*, perché non è sufficiente, ai fini della riconducibilità delle condotte poste in essere alla nozione di “medesimi fatti”, che il giudice competente rilevi che le medesime siano accomunate dallo stesso disegno criminoso.²⁰⁵ L'istituto del reato continuato, in questa pronuncia, viene preso in considerazione non tanto sotto il profilo soggettivo dell'unitarietà del disegno criminoso tra le diverse condotte, quanto piuttosto da un punto di vista oggettivo che consenta di esaminare il collegamento materiale, spaziale e temporale delle medesime condotte al fine di poter eventualmente ravvisare l'identità dei fatti nel caso concreto. Al giudice nazionale, dunque, spetta il compito di comprendere se il grado di identità e di connessione tra le circostanze fattuali oggetto di raffronto sia tale da consentirne una qualificazione delle condotte come “fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato”.

L'interpretazione data dalla Corte a partire dal caso *Van Esbroeck*, è stata ribadita in un'ulteriore pronuncia in materia di contrabbando di sigarette realizzato attraverso molteplici passaggi di frontiere in area Schengen.²⁰⁶ Nella vicenda in questione, il trasgressore aveva ripetutamente trasportato dalla Grecia alla Gran Bretagna, passando per l'Italia e la Germania, sigarette provenienti da Paesi non membri dell'Ue, preventivamente introdotte di contrabbando in Grecia da soggetti terzi e non dichiarate in dogana. Per tali condotte, *Kretzinger* aveva subito dapprima due condanne in Italia, senza che la pena fosse stata eseguita, e successivamente aveva subito un'ulteriore

²⁰⁵ Rileva la Corte che “la mera circostanza che il giudice dinanzi al quale pende il secondo procedimento constati che l'autore presunto di questi fatti ha agito con lo stesso disegno criminoso non può essere sufficiente per affermare che esiste un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra di loro che rientra nella nozione di «medesimi fatti» ai sensi dell'art. 54 della CAAS”.

²⁰⁶ C. giust. Ue, sentenza del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, causa C-367/05, in *www.curia.eu.int*.

condanna in Germania per evasione di dazi doganali. La Corte di Giustizia, in tale pronuncia, ha nuovamente avuto occasione di confermare il suo orientamento ermeneutico che qualifica la “medesimezza” del fatto come identità di fatti materiali, inscindibilmente connessi tra loro, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica o dall’interesse giuridico protetto; e, secondariamente, ha altresì rilevato che le condotte di possesso, importazione e detenzione di tabacco estero di contrabbando, perseguito in due Stati membri, laddove il soggetto sia intenzionato a trasferire il tabacco verso una destinazione ultima attraversando diversi Stati contraenti, integrano la nozione di “medesimi fatti”, ai sensi dell’art. 54 CAAS, pur sottolineando che la definitiva valutazione sul punto spetta ai giudici nazionali competenti.

Optando per l'*idem factum*, la Corte di giustizia si è posta in un primo momento in contrasto con l'interpretazione che essa stessa aveva già sviluppato nell'ambito della concorrenza,²⁰⁷ nonché con le posizioni espresse inizialmente dalla Corte Edu in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu, la quale, all'epoca, operava un costante riferimento all'*idem legale*. Consapevole di tale contrasto, i giudici di Lussemburgo, per giustificare le diversità interpretative, avevano quindi ritenuto di valorizzare la differenza esistente tra il disposto dell'art. 54 CAAS, da un lato, che fa espresso riferimento alla nozione di “*same acts*”; ed il disposto dell'art. 4 Prot. 7 Cedu e dell'art. 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, dall'altro, i quali ultimi impiegano – a differenza della CAAS –

²⁰⁷ Riconosciuto come un principio fondamentale del diritto dell'Unione, il principio del *ne bis in idem* “impedisce che in materia di concorrenza, un'impresa sia condannata o perseguita una seconda volta per un comportamento anti-concorrenziale per il quale essa è già stata condannata o ritenuta non responsabile attraverso una decisione anteriore che non è più suscettibile di ricorsi. Nella materia, la Corte di giustizia non ha optato per l'*idem factum*, perché l'applicazione del principio è subordinata alla triplice condizione: a) dell'identità dei fatti; b) dell'identità del trasgressore; c) dell'identità dell'interesse giuridico protetto. Sulla base di quest'ultimo criterio, che conduce all'inapplicabilità del principio in materia di concorrenza in relazione al cumulo di sanzioni quando vi sia una mancanza di coincidenza dell'interesse protetto, la Corte precisa che, quando la Commissione europea sanziona il comportamento illecito di un'impresa, essa punta a salvaguardare la libera concorrenza all'interno del mercato comune. La specificità di questo bene giuridico, obiettivo fondamentale della Comunità, giustifica, dunque, una differenza d'apprezzamento tra la Commissione e le autorità degli Stati membri.

il termine “*infracation*” che, ad avviso dei giudici euro-unitari, comporta in ogni caso l'applicazione del criterio della qualificazione giuridica.

Il secondo argomento utilizzato dalla Corte di giustizia per spiegare il conflitto interpretativo di cui essa stessa si era fatta promotrice trova giustificazione nella dimensione “internazionale” del principio, in quanto, in assenza di un'armonizzazione tra le legislazioni penali nazionali, la scelta del criterio dell'*idem legale* avrebbe avuto come conseguenza quella di ostacolare la libera circolazione dei cittadini nello spazio Schengen.

Sulla base di queste argomentazioni, ad avviso della Corte di Lussemburgo, il criterio utilizzabile per valutare l'identità dei fatti non può che essere quello della corrispondenza dei fatti materiali, “intesi come un insieme di circostanze concrete indissolubilmente connesse tra loro nel tempo, nello spazio, piuttosto che per il loro oggetto”. Confermata in tutte le vicende riguardanti l'art. 54 della CAAS, tale giurisprudenza di principio costituisce il punto di partenza di un periodo caratterizzato da una evidente divergenza di interpretazione tra la due Corti europee. Tali differenze interpretative sono state definitivamente superate solo con la pronuncia della Grande Camera della Corte Edu *Zolotoukhin c. Russia* nell'anno 2009, come meglio si dirà nel successivo paragrafo. Le pronunce rese dalla Corte di giustizia sulla base dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea invece, si focalizzano principalmente sull'interpretazione dell'altro parametro di raffronto, ovvero il *bis*, non introducendo grosse novità sul contenuto dell'*idem*.²⁰⁸

²⁰⁸ Quest'ultima procede non di meno ad un'armonizzazione dell'*idem* in materia di cooperazione penale in occasione di una vicenda riguardante l'interpretazione di “stessi fatti” di cui all'art. 3 par. 2 della decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo e relativa alle procedure di riconoscimento delle decisioni giudiziali straniere. La decisione *Mantello* si caratterizza effettivamente per la sua visione unificatrice, poiché la Corte dopo aver indicato che l'espressione stessi fatti è nozione autonoma del diritto dell'Unione, conclude che l'interpretazione dell'art. 54 della CAAS fondata sull'*idem factum* vale ugualmente nel contesto della decisione-quadro. Per contro, essa non ha rinunciato al criterio dell'identità dell'interesse protetto nell'ambito della concorrenza. Le conclusioni dell'avvocato generale *Kokott* vanno pertanto nella direzione opposta, perché un'interpretazione che varia a secondo dell'ambito del diritto sarebbe dannosa per l'unità dell'ordine giuridico dell'Unione. Tuttavia, questa divergenza interna si spiega, perché i principi che la Corte di giustizia deve tutelare variano secondo gli ambiti

3.2 Le oscillazioni interpretative in materia della Corte Edu.

Il processo di ricerca di una definizione di *idem* e, quindi, di una nozione di “*infractio*” ai sensi della Convenzione, è stato all'inizio caratterizzato dalla volontà della Corte Edu di sviluppare un'interpretazione strettamente aderente allo stesso sistema della Convenzione.

Il periodo della ricerca “sperimentale” di una definizione di *idem* avrebbe potuto costituire per la Corte Edu un momento propizio per ispirarsi alle interpretazioni sviluppatesi in seno a sistemi giuridici esterni alla Cedu, quale quello comunitario, ma così non è stato. I giudici di Strasburgo, infatti, hanno in un primo tempo ignorato la giurisprudenza sull'*idem factum* che la Corte di giustizia aveva sviluppato nel settore della concorrenza,²⁰⁹ da una parte, e nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dall'altra.

Ebbene, come si diceva, nonostante prima del 2009 la giurisprudenza fosse oscillante sul punto, la Corte Edu aveva tendenzialmente privilegiato un'interpretazione basata sulla qualificazione giuridica dell'infrazione.²¹⁰ Tale orientamento portava ad escludere anche per l'ordinamento italiano il pericolo

interessati. Nell'ambito della concorrenza la scelta dell'*idem* legale è stata fatta affinché l'applicazione del *ne bis in idem* non danneggiasse l'obiettivo di salvaguardia della concorrenza non falsata all'interno del mercato comune. Nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è l'*idem factum* che permette la libera circolazione dei cittadini nello spazio Scenghen. La Corte mette tra loro a confronto il principio del *ne bis in idem* con gli obiettivi fondamentali del diritto dell'Unione e l'esistenza di tali limiti strutturali porta ad un'interpretazione differenziata dell'*idem*.

²⁰⁹ Anche il requisito dell'“identità dell'interesse giuridico protetto”, utilizzato dai giudici euro-unitari nella materia della concorrenza, avrebbe ben potuto “influenzare” le decisioni della Corte di Strasburgo, considerato che esso rientra, peraltro, tra quelli che la Corte stessa ha ritenuto essere uno degli “elementi essenziali” dell'infrazione, così come statuito dalla medesima Corte a partire dalla decisione *Franz Fischer c. Austria*.

²¹⁰ Sempre in ordine alla questione relativa alla identità della fattispecie al fine dell'applicazione del principio in esame, la C. edu, con la sentenza *Rosenquist c. Svezia* del 2004 aveva escluso, dichiarando inammissibile il relativo ricorso, tale identità nel caso di illeciti penali e illeciti amministrativi tributari, sulla base di una valutazione delle fattispecie astratte (*legal characterization*) di tali illeciti; gli illeciti penali e quelli amministrativi tributari divergevano, secondo tale decisione, non solo per gli elementi costitutivi di essi, ma anche per il diverso elemento psicologico previsto.

della violazione del *ne bis in idem* nei casi di cumulo di sanzioni previste da diverse disposizioni penali ed amministrative. In alcuni casi precedenti, la Corte Edu aveva persino optato per una terza via interpretativa, precisando che un comportamento potesse fondare plurime infrazioni a patto che queste ultime si distinguessero nei loro “elementi essenziali”²¹¹ e non celassero un mero mutamento di qualificazione giuridica volto a violare le previsioni stabilite a tutela del concorso di norme, risolvendosi in un *bis in idem* di natura sostanziale.

L'orientamento della Corte Edu è mutato bruscamente all'inizio del 2009, quando i giudici di Strasburgo hanno innovativamente ritenuto nel caso *Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009 che la nozione di *infractio/offence* dovesse essere interpretata in senso storico-naturalistico, indipendentemente dal *nomen juris* prescelto dal legislatore. In sostanza, con tale decisione, la Corte di Strasburgo ha sancito che, ai fini dell'individuazione della stessa offesa (*same offence*), cioè dell'identità del fatto, non si dovessero equiparare le fattispecie penale ed amministrativa astratte, ma occorre fare riferimento al fatto storico-naturalistico, a prescindere dagli altri elementi costitutivi della fattispecie. Nell'arresto della Grande Camera *Zolotukhin* la Corte Edu ha così optato chiaramente per una definizione di *idem* fondata sul criterio dell'identità dei fatti materiali, andando i giudici europei, malgrado la formulazione linguistica apparentemente contraria dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu,²¹² ad aderire all'approccio più favorevole alle esigenze dell'individuo sottoposto a procedimento penale.²¹³

²¹¹ Cfr. C. edu, sentenza del 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*. In tale pronuncia, la Corte ha dichiarato di essere tenuta a verificare se i reati possiedano o meno i medesimi "elementi essenziali". Tale approccio è stato seguito anche nel caso *WF c. Austria* (n. 38275/97, 30 maggio 2002) e *Sailer c. Austria* (n. 38237/97, il 6 giugno 2002). La Corte, ha progressivamente chiarito cosa debba intendersi per "elementi essenziali", ritenendo di includervi oltre al bene giuridico protetto, anche lo scopo dell'infrazione ed ulteriori altre circostanze, discostandosi in tal modo dalla posizione assunta in materia di concorrenza dalla Corte di giustizia.

²¹² Ove si utilizzano i vocaboli “*infractio*”, nella versione francese, e “*offence*”, in quella inglese – traducibili in italiano come reato – che sembrerebbero *primo visu* attribuire rilevanza alla sola qualificazione giuridica.

²¹³ L'orientamento affermatosi successivamente alla sentenza *Sergey Zolothukin c. Russia*, peraltro, sarebbe applicabile, secondo la Corte, anche ai procedimenti

La Corte Edu arriva così a superare il suo precedente orientamento, manifestando peraltro un marcato interesse per il diritto comunitario, che l'ha alla fine condotta ad allinearsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia.²¹⁴

É innegabile che, con tale ultima pronuncia, i giudici di Strasburgo, uscendo dal loro “splendido isolamento”, abbiano finalmente espresso la volontà di ispirarsi a soluzioni più soddisfacenti per porre fine ad una giurisprudenza interna confusa ed elevare il livello di protezione offerto dal diritto della Convenzione, in tal modo concretizzando quell'effettivo “dialogo” da molti auspicato con i colleghi di Lussemburgo.

nazionali svoltisi in epoca anteriore alla data di tale pronuncia, cioè prima del 10 febbraio 2009. Su questo punto, tuttavia, deve essere evidenziato come tre giudici della Corte avessero espresso il loro disaccordo in tre importanti *dissenting opinion* sostenendo che “un cambiamento radicale nella giurisprudenza della Corte (...) [pregiudichi] la certezza del diritto e, più specificatamente, l'interazione tra le corti nazionali e le Corti”.

²¹⁴ Se la decisione del collegio dei cinque giudici di accettare la richiesta di rinvio della Russia è fondata su un obiettivo di coerenza interna, questa è anche certamente influenzata da un obiettivo di coerenza esterna. In effetti, la Corte Edu non è certamente insensibile al fatto che l'applicazione del principio non sia armonizzata all'interno dell'Unione europea. Ciò rifletterebbe l'idea che talune sinergie tra i diversi strumenti internazionali sono ricercate in ogni “misura possibile”. Certo, non è indolore che la Corte Edu proceda ad una simile conclusione. Non di meno, questa distinzione non è affatto rara, in particolare nelle decisioni della Grande Camera e sembra significativo che essa si basi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sua parte in diritto. Essa procede, in effetti, ad un avvicinamento volontario e completo sull'interpretazione dell'*idem* evidenziata nella pronuncia *Van Esbroeck* e specifica che l'art. 4 del Protocollo 7 impedisce di perseguire o giudicare una persona per una seconda “infrazione” che abbia per origine “fatti identici o fatti che sono in sostanza gli stessi”. Nella specie, la Corte arriva a sancire la violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu, poiché il ricorrente era stato condannato dai giudici amministrativi e successivamente perseguito dai giudici penali sulla base di fatti sostanzialmente identici, ossia il suo comportamento alla stazione di polizia. Questo mutamento a favore dell'*idem factum* è in parte operato sulla base di argomenti evidenziati nell'ambito delle decisioni della Corte di giustizia e della Corte interamericana dei diritti umani. La Corte di Strasburgo riprende infatti l'idea secondo cui un approccio fondato sull'identità dei fatti materiali è favorevole all'autore dell'atto in questione e ne conclude che l'impiego del termine *infraction* nell'ambito del disposto dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu non potrebbe giustificare un approccio più restrittivo. Nel fare ciò, essa rifiuta un argomento sviluppato dalle altre due corti, secondo cui la differenza tra le espressioni “stessi fatti” e l'espressione “stessa infrazione” è un elemento determinante. Infine, precisando che il suo controllo riguarderà quei fatti che “costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete implicanti lo stesso autore e indissolubilmente legate tra loro temporalmente e spazialmente” essa riprende la definizione data dalla Corte di giustizia in *Van Esbroeck*.

Come si diceva, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha gradualmente perfezionato i principi indicati nella decisione *Zoloutoukhin* nelle sue successive decisioni.²¹⁵ Nella pronuncia *Muslija c. Bosnia Erzegovina*,²¹⁶ per esempio, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di considerare come “stessi fatti” delle condotte violente poste in essere dal ricorrente, consistite nell'aggressione fisica nei confronti della moglie in uno stesso periodo temporale, che assurgevano ad elemento centrale tanto dell'infrazione amministrativa quanto dell'infrazione penale.

Successivamente, nell'arresto *Lucky Dev c. Svezia*²¹⁷, la Corte, pur rilevando una netta distinzione tra i fatti posti alla base del reato contestato per l'irregolarità delle scritture contabili e quello relativo alle violazioni fiscali sanzionate in via amministrativa e penale – poiché la condotta di trasmettere informazioni contabili inesatte all'amministrazione fiscale presenta un elemento ulteriore non considerato dalla fattispecie punitiva contabile – ha ritenuto che il procedimento tributario e quello penale per frode fiscale, i quali si riferivano al medesimo periodo temporale e allo stesso ammontare, dovessero essere considerati come *idem factum* ai sensi dell'art. 4, prot. n. 7 Cedu. Il fatto che in tale pronuncia la Corte abbia anche precisato che le procedure in questione riguardassero “essenzialmente” la stessa imposta evasa, introduce un'importante precisazione supplementare relativa all'interpretazione

²¹⁵ Il periodo successivo alla pronuncia *Zoloutoukhin* si caratterizza per una giurisprudenza di Lussemburgo relativa all'*idem factum* meno copiosa, e per degli sviluppi interpretativi che rafforzano la nozione di “stessi fatti” da intendersi alla stregua di fatti materiali da parte della Corte di Strasburgo.

²¹⁶ C. edu, sentenza del 14 gennaio 2014, nella quale “la Corte ha riconosciuto la violazione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 in un caso di duplice sindacato del medesimo episodio di violenza privata perpetrata dal marito ai danni della moglie. Il ricorrente era stato, difatti, condannato in sede amministrativa per una fattispecie avente il medesimo oggetto dell'accusa penale in seguito elevata per i reati di violenza privata e lesioni personali. Nel riconoscere la violazione del divieto, la Corte non ha ritenuto di dover condannare lo stato convenuto al pagamento di alcuna riparazione pecuniaria.” V. ZIRULIA S., MANCUSO E.M., *Monitoraggio Corte Edu gennaio 2014*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2014.

²¹⁷ C. edu, sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, con la quale è stato condannato lo Stato Svedese per violazione del divieto di *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 prot. n. 7 della Convenzione, in relazione al doppio binario penale-amministrativo previsto dal legislatore svedese in materia tributaria.

della nozione di *idem*. La Corte, infatti, prescinde da un'identità numeraria perfetta delle somme evase, e ciò rileva perché una siffatta interpretazione fa eco a quella adottata alcuni anni prima dalla Corte di giustizia in tutt'altra materia. Infatti, come si è avuto modo di rilevare nei precedenti paragrafi, nella pronuncia *Van Straaten* i giudici di Lussemburgo avevano sancito, in materia di sostanze stupefacenti, la non indispensabilità della perfetta coincidenza delle quantità di droga per cui si procedeva penalmente nei due diversi Stati ai fini della qualificazione come “stessi fatti” ai sensi dell'art. 54 CAAS.

Come si è avuto modo di evidenziare attraverso l'analisi fin qui condotta delle pronunce richiamate, c'è voluto del tempo prima che il dialogo sull'*idem*, di cui la Corte di giustizia si è fatta sostanzialmente promotrice, conducesse ad una soluzione univoca in entrambi gli “ordinamenti” europei, dialogo che alla fine ha condotto la Corte Edu ad operare il *revirement* giurisprudenziale di cui si è detto in precedenza.

4. Il concetto di definitività delle decisioni.

Il principio del *ne bis in idem* si struttura su due elementi fondamentali: il primo è quello già esaminato di *idem factum*, il secondo è individuabile nel significato, più o meno ampio, da attribuire alla nozione di provvedimento definitivo. Anche sulla seconda delle due questioni si è pronunciata più volte la Corte di Lussemburgo con importanti prese di posizione che potrebbero definirsi di “interpretazione autentica”²¹⁸ che, nel loro insieme, rappresentano un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale destinato ad accrescersi nel tempo.²¹⁹

L'analisi dei precedenti giurisprudenziali in tema di definitività del provvedimento, idoneo a rendere operativo il divieto di *bis in idem*, non può

²¹⁸ Così ASTARITA S., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, Torino, 2006, p. 145 e ss.

²¹⁹ In questo senso RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 625.

che prendere le mosse dalla prima pronuncia della Corte di giustizia sulle disposizioni di cui agli artt. 54-58 C.A.A.S. Nel caso *Gözütok e Brügge*²²⁰ la Corte veniva investita di un quesito interpretativo relativo all'art. 54 CAAS, concernente la questione relativa alla possibilità di far operare la preclusione del *ne bis in idem* anche nell'ipotesi in cui l'azione penale si fosse estinta a seguito di una transazione tra il pubblico ministero e l'imputato, in mancanza di una pronuncia giurisdizionale conclusiva del primo procedimento. A parere dell'Avvocato generale, tali transazioni concluse in sede di giustizia penale non potevano avere natura contrattuale costituendo anch'esse espressione del potere giurisdizionale, rilevando peraltro che accordi di tal fatta venivano conclusi in numerosi ordinamenti giuridici degli Stati membri.²²¹ L'Avvocato generale, quindi, si era mostrato favorevole alla tesi secondo cui il principio che vieta il doppio processo opererebbe anche qualora l'azione penale si sia estinta con il pagamento, da parte dell'imputato, di una somma di denaro, previo accordo col pubblico ministero ed anche in mancanza di un provvedimento di "autorizzazione" del giudice.²²² La Corte di Lussemburgo, accogliendo le

²²⁰ C. giust. Ue, sentenza del 11 febbraio 2003, cause riunite *Gözütok e Brügge*. Il primo caso vedeva protagonista un cittadino turco (*Gözütok*), residente in Olanda da sette anni, indagato per detenzione di un quantitativo illegale di droghe leggere (hashish e marijuana); il procedimento penale a suo carico venne chiuso dal pubblico ministero, previo versamento da parte dell'imputato di una somma di denaro stabilita dal pubblico ministero stesso, dando così luogo all'estinzione dell'azione penale. Successivamente *Gözütok* veniva sottoposto ad un secondo processo in Germania per spaccio di droga in Olanda e condannato dalla Corte di Aachen ad un anno e cinque mesi di reclusione. Impugnata in appello la decisione sulla base della violazione dell'art. 54 C.A.A.S., la Corte tedesca decise di rinviare la questione all'esame della Corte di Lussemburgo. Il secondo caso riunito concerneva un cittadino tedesco (*Brügge*), residente in Germania, processato dall'autorità giudiziaria belga per un'aggressione, con percosse, ai danni di una donna avvenuta in Belgio: tale procedimento si era concluso, in maniera analoga al caso precedente, col pagamento di una somma di denaro da parte dell'imputato, il quale, però, veniva sottoposto ad un altro processo per gli stessi fatti in Germania. Anche questo caso è stato rinviato all'esame della Corte di giustizia.

²²¹ Rileva altresì l'avvocato generale che la nozione di *res judicata* presupposta dall'art. 54 CAAS. riceve diverse interpretazioni all'interno dei vari Stati contraenti: Francia, Germania e Belgio accolgono l'interpretazione più restrittiva, limitata alle decisioni strettamente giurisdizionali, mentre Italia ed Olanda, insieme alla stessa Commissione europea, propendono per un'interpretazione più ampia che include nel novero di decisioni definitive anche gli accordi in sede giudiziaria.

²²² Ciò, tuttavia, allorché sussistano tre diverse condizioni: a) il pagamento abbia

conclusioni dell'Avvocato generale e dopo aver evidenziato come il *ne bis in idem* non si applichi sulla base di un'uniformità di legislazioni ma sulla base della fiducia reciproca degli Stati nei confronti dei loro rispettivi ordinamenti penali – di talché ciascuno Stato è chiamato ad accettare l'applicazione delle regole giuridiche e giudiziarie in vigore negli altri Stati anche laddove il ricorso alla propria legislazione nazionale avrebbe condotto a soluzioni differenti – conclude nel senso dell'operatività del principio in esame anche nella vicenda che aveva dato origine al quesito interpretativo.

Nel caso *Turansky*,²²³ la Corte di Lussemburgo si è occupata dell'ampiezza del concetto di “sentenza definitiva”, con riguardo ad un provvedimento di “sospensione” del processo penale emanato da un'autorità di polizia slovacca, da considerare, a giudizio della Corte, privo di effetto estintivo dell'azione penale e di effetti preclusivi di un secondo processo.²²⁴ Più in generale, la Corte, in tale pronuncia, afferma che il principio in questione non può trovare applicazione in presenza di un provvedimento con cui un'autorità di uno Stato membro, in una fase precedente all'incriminazione, adotti la sospensione del procedimento se un siffatto provvedimento, ai sensi del diritto interno del medesimo Stato, non è idoneo ad estinguere definitivamente l'azione penale e consente l'apertura di nuovi procedimenti penali a carico del medesimo soggetto in relazione agli stessi fatti. Un siffatto provvedimento, infatti, non possiede il requisito di definitività richiesto per

natura di sanzione; b) l'accordo equivalga ad un espresso o tacito riconoscimento di colpevolezza; c) l'accordo non sia pregiudizievole nei confronti della vittima e delle persone offese, le quali conservano la facoltà di far valere i propri diritti risarcitori in sede civile.

²²³ C. giust. Ue, sentenza del 22 dicembre 2008, *Turansky*, causa C-421/2007.

²²⁴ La questione pregiudiziale rimessa all'esame della Corte era stata sollevata dal Tribunale di Vienna nell'ambito di un procedimento penale nei confronti di un cittadino slovacco per una rapina aggravata avvenuta in Austria, la cui vittima era un cittadino austriaco. Il procedimento penale slovacco era stato sospeso, senza che ne fosse preclusa la riapertura in ordine ai medesimi fatti (a norma del codice di procedura penale della Repubblica Slovacca), per ordine della Polizia slovacca sulla base di apprezzamenti di merito in ordine alla rilevanza penale dei fatti incriminati. Il quesito interpretativo rimesso alla decisione della Corte di Lussemburgo verteva sulla natura ostativa all'esercizio dell'azione penale del provvedimento di archiviazione emesso dall'autorità di polizia di un altro Stato nei confronti della stessa persona, per i medesimi fatti.

l'operatività del divieto di un secondo giudizio. Il necessario rispetto della libertà di circolazione delle persone, che il principio del *ne bis in idem* vuole garantire, non deve condurre alla legittimazione di un'area di sostanziale impunità, eventualità questa che, applicando una diversa soluzione ermeneutica della questione così decisa dalla Corte, potrebbe invece realizzarsi.²²⁵

Un ulteriore tema sottoposto all'attenzione della Corte concerne l'efficacia preclusiva delle decisioni che dichiarano la prescrizione e la loro possibile inclusione nell'ambito di operatività dell'art. 54 CAAS, laddove contiene un espresso riferimento a «sentenze definitive». Tale questione è stata affrontata nel caso *Gasparini*²²⁶: la Corte di giustizia, in tale vicenda, ha approfittato dell'occasione fornita dall'autorità giudiziaria spagnola per affermare l'applicabilità dell'art. 54 CAAS anche in presenza di una sentenza di assoluzione per prescrizione, a patte che la medesima sia stata pronunciata a seguito di esercizio dell'azione penale.

Sebbene non siano state accolte dalla Corte, può essere utile richiamare le contrarie conclusioni cui era pervenuto l'Avvocato generale,²²⁷ che argomentava le sue ragioni in modo particolarmente dettagliato suggerendo però una soluzione diametralmente opposta a quella decisa in conclusione dalla Corte.²²⁸ Se a venire in rilievo fosse il *ne bis in idem* nazionale, una questione del genere non avrebbe ragione di presentarsi: a prescindere dall'esame nel

²²⁵ Cfr. MANGIARACINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Leg. Pen.*, 2/2006, p. 631 e ss.

²²⁶ nel corso di un procedimento penale in Spagna per violazioni finanziarie relative all'importazione di olio d'oliva raffinato, due degli imputati eccepiscono il *ne bis in idem* in ragione di un precedente proscioglimento per prescrizione in Portogallo, in relazione allo stesso fatto.

²²⁷ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston, depositate in data 15 giugno 2006, causa C-467/04, *Gasparini*.

²²⁸ L'Avvocato Sharpston fa un distinguo tra il fattore temporale che incide sullo *ius puniendi*, estinguendolo, ed il principio del *ne bis in idem*: il primo, non essendo rintracciabile in tutti gli ordinamenti (per esempio, non è presente nelle legislazioni di Inghilterra, Scozia e Irlanda), non è qualificabile come un principio generale ed è diversamente utilizzato nei vari ordinamenti in termini di tempo necessario alla prescrizione dello stesso reato; il secondo, invece, in qualità di diritto umano, riveste la funzione di garantire l'individuo dai potenziali abusi dello *ius puniendi* da parte dello Stato ma presuppone che lo Stato abbia potuto esaminare nel merito i fatti e abbia avuto la piena opportunità di perseguire il soggetto sospettato.

merito della decisione, un secondo giudizio sarebbe in ogni caso precluso dall'intervenuta prescrizione. In ambito sovranazionale, invece, la circostanza relativa ad una intervenuta decisione nel merito si rivela di particolare pregnanza, in ragione della discrasia dei tempi richiesti dai diversi ordinamenti nazionali per il verificarsi della prescrizione.²²⁹ Sulla base di queste considerazioni, l'Avvocato generale ha preferito una lettura sostanzialistica della questione interpretativa sottoposta al suo esame, ritenendo di poter ritenere "vincolante" soltanto una decisione emanata a seguito di esame nel merito; ciò non vuol dire tuttavia che questa sia necessariamente da individuarsi in una pronuncia di assoluzione o di condanna, perché una siffatta interpretazione restringerebbe eccessivamente l'ambito di operatività del principio di cui all'art. 54 CAAS. Come già anticipato, tuttavia, la Corte, rifiutandosi di accogliere l'interpretazione proposta dall'Avvocato generale, si è limitata a sancire l'applicabilità nel caso di specie del principio del *ne bis in idem*, rievocando le motivazioni già espresse dalla medesima nella decisione relativa al caso *Gözütok e Brügger*, secondo cui l'operatività dell'art. 54 CAAS si fonda esclusivamente sulla reciproca fiducia nei rispettivi ordinamenti e prescinde dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Altro caso in cui la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione relativa all'ampiezza della nozione di "sentenza definitiva" è quello *Miraglia*, in relazione al quale i giudici di Lussemburgo si sono espressi nel senso della non applicabilità del principio in esame.²³⁰

L'autorità giudiziaria olandese aveva deciso di archiviare l'azione penale esercitata nei confronti di un soggetto indagato, in ragione di un procedimento avviato dall'autorità giudiziaria italiana nei confronti dello stesso soggetto per i medesimi fatti. Successivamente, nel momento in cui all'autorità olandese veniva fatta richiesta di cooperazione giudiziaria dallo Stato italiano, la prima, eccependo l'operatività del principio di *ne bis in idem*, rifiutava la propria collaborazione giudiziaria, ritenendo che tale principio determinasse

²²⁹ In tal senso RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit.

²³⁰ C. giust. Ue, sentenza del 10 marzo 2005, *Miraglia*, causa C-469/2003.

non solo la preclusione di un nuovo giudizio nei confronti del medesimo soggetto ma anche l'impossibilità di prestare assistenza allo Stato richiedente, se non in presenza di nuovi elementi di prova. L'autorità giudiziaria italiana investiva così in via pregiudiziale la Corte di giustizia per chiarire l'operatività del divieto di *bis in idem* in presenza di una rinuncia a iniziare l'azione penale da parte di un altro Stato in assenza di alcun giudizio nel merito ma sul solo presupposto che si fosse già proceduto in relazione agli stessi fatti, nei confronti del medesimo imputato in un altro Stato. La Corte ha stabilito che la preclusione di un secondo giudizio si verifica in presenza di un provvedimento definitivo, per tale intendendosi una decisione contenente la valutazione della condotta dell'imputato, il che non si verifica nelle ipotesi di semplice rinuncia ad esercitare l'azione penale da parte dello Stato che si attiva per primo. In quest'ultimo caso, infatti, il giudizio successivo non potrebbe considerarsi "secondo" ma l'"unico" giudizio al quale l'imputato sia stato sottoposto.²³¹ Ne consegue che il principio di *ne bis in idem* non può essere applicato ad una decisione che aveva stabilito la conclusione di un procedimento dopo la decisione dell'accusa di non proseguire l'azione penale alla luce dell'avvenuta instaurazione di un altro procedimento iniziato in un altro Stato contraente a carico dello stesso soggetto per i medesimi fatti.

Ipotesi diversa è quella del provvedimento di archiviazione emanato non a causa del contemporaneo svolgimento di un diverso procedimento penale in altro Stato, ma sulla base di una valutazione di ritenuta non fondatezza dell'ipotesi accusatoria; quest'ultima, infatti, richiede un'analisi delle circostanze in fatto e diritto, seppur sommario, che può estendersi anche per un lasso di tempo notevole e presentare una certa invasività della vita dell'interessato, a cui tutela è posto il divieto di *bis in idem*. In tal senso si è pronunciata la Suprema Corte di legittimità,²³² che ha ritenuto applicabile il *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS. E ciò, anche quando, in relazione allo stesso fatto e nei confronti del medesimo indagato, sia intervenuta una

²³¹ ASTARITA S., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, cit.

²³² Cass. pen., sez. II, 18 gennaio 2007, n. 7385, in *Foro.it*, 2007, 11, II, p. 623.

decisione di archiviazione da parte dell'organo giudiziario di un altro Stato membro (nel caso in esame, la Germania), alla condizione che il soggetto interessato riesca a dimostrare che tale provvedimento consegua ad un apprezzamento nel merito che presupponga una valutazione d'infondatezza della *notitia criminis* e concluda nel senso di una non colpevolezza, idonea a passare in giudicato ed esplicare un effetto preclusivo all'instaurazione di un nuovo procedimento.²³³

Analoghe conclusioni sono ravvisabili in presenza di una sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove, come stabilito nel caso *Van Straaten*.²³⁴ I giudici della Corte Ue, infatti, hanno ritenuto che tale formula assolutoria presuppone comunque un accertamento nel merito che ha l'effetto di attivare ed esaurire lo *ius puniendi* dello Stato precedente.²³⁵ Nel senso di estendere la portata del concetto di "pronuncia definitiva", si rileva anche un'altra pronuncia della Corte di Giustizia, il caso *Bourquain*,²³⁶ in tema di sentenze contumaciali avente ad oggetto una condanna alla pena di morte per omicidio volontario e diserzione, datato al 1961, pronunciata in un giudizio contumaciale nei confronti di un imputato tedesco, arruolato nella Legione straniera francese.²³⁷ Tenendo presente l'eco che una storia tanto delicata ha esercitato nell'emissione del giudizio,²³⁸ la Corte ha affermato che la possibilità di riaprire il giudizio non escludesse la definitività della sentenza pronunciata

²³³ DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit.

²³⁴ C. giust. Ue, sentenza del 28 settembre 2006, *Van Straaten*, causa C-150/2005.

²³⁵ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale D. Ruiz-Jarabo Colomer, punti 65-67, *Van Straaten*, causa C-150/2005.

²³⁶ C. giust. Ue, sentenza del 11 dicembre 2008, *Bourquain*, causa C-297/2007.

²³⁷ Quarant'anni più tardi, nel 2002, la Procura di Ratisbona apriva un procedimento a carico di *Bourquain* ed era sopraggiunta l'ineseguibilità in Francia della sentenza contumaciale a causa di un'amnistia del 1968, mentre nel 1981, stesso anno in cui vi era stata l'abolizione della pena di morte, si era prescritta la pena. La Corte di Giustizia ha affermato che il principio di cui all'art. 54 C.A.A.S. risulta operativo anche nel caso in cui la pena inflitta non abbia mai potuto avere esecuzione a causa di «peculiarità procedurali».

²³⁸ DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007.

in contumacia: la condanna è, infatti, definitiva, ai sensi dell'art. 54 CAAS, nonostante possa essere sottoposta a revisione nell'ambito dell'ordinamento giuridico che l'ha pronunciata. Peraltro, diversamente opinando si imporrebbe un pregiudizio per l'imputato, condannato in contumacia, il quale si vedrebbe privato della possibilità di esperire un giudizio di revisione in suo favore. I giudici eurounitari, in questa interessante pronuncia, precisano altresì che la definitività della sentenza deve essere valutata in cui viene avviato il secondo procedimento nei confronti della medesima persona sugli stessi fatti.²³⁹

A tale riguardo, può essere utile ricordare come l'orientamento interpretativo della Corte di Lussemburgo interagisca con le disposizioni del nostro ordinamento che disciplinano le pronunce giurisdizionali definitive solo allo stato degli atti, e che quindi consentono la riapertura del giudizio.

Il primo di questi provvedimenti è il decreto o l'ordinanza di archiviazione che, alla luce delle statuizioni della Corte di giustizia, sono stati ritenuti non idonei a precludere un secondo giudizio,²⁴⁰ atteso che si tratta di provvedimenti che non impediscono di procedere nuovamente nei confronti del medesimo soggetto per gli stessi fatti, in tutte le ipotesi in cui si dia prova dell'opportunità della riapertura delle indagini per lo svolgimento di nuove investigazioni, ai sensi dell'art. 414 c.p.p. La giurisprudenza, infatti, ha precisato che l'archiviazione non è equiparabile ad una sentenza definitiva e, dunque, non è ostativa all'avvio di un secondo giudizio, in Italia o in un altro Stato.²⁴¹

Occorre distinguere tuttavia alcuni casi particolari di archiviazione, come le ipotesi previste dall'articolo 411 c.p.p., che consentono l'archiviazione in caso di estinzione del reato a seguito di amnistia, prescrizione, concessione del perdono giudiziale o mancata previsione del fatto come reato: in tali

²³⁹ C. giust. Ue, sentenza del 11 dicembre 2008, *Bourquain*, causa C-297/2007, punti 47-48.

²⁴⁰ Cfr. MANGIARACINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, cit.

²⁴¹ Cass. pen., sez. I, 2 febbraio 2005, *Boheim*, in Foro.it, 2005, II, c. 249 e ss; Cass. pen., 2006, p. 985, con nota di DE AMICIS G., *Osservazioni in tema di ne bis in idem europeo*.

circostanze, la preclusione non può essere revocata, indipendentemente dal quadro investigativo, e come tale è idonea ad impedire un nuovo giudizio in Italia o all'estero.²⁴²

Altro provvedimento su cui possono farsi analoghe considerazioni è la sentenza di non luogo a procedere. Tale decisione possiede un limitato effetto preclusivo ai sensi dell'art. 434 c.p.p., essendo sfornita di una stabilità decisoria in quanto la sua revoca è sempre possibile qualora sopravvengano emergenze probatorie. Tale pronuncia produce un effetto preclusivo fintantoché restano invariati i relativi presupposti, pur non possedendo il valore tipico del giudicato se è vero che il divieto di riesaminare la fattispecie sussiste solo in presenza di identico materiale probatorio.²⁴³ Se fosse irrevocabile, non vi sarebbero motivi per negare l'applicabilità del divieto di *bis in idem* europeo. Per esempio nelle ipotesi di estinzione del reato, la decisione risulta dotata di un grado di certezza tale da non poter più essere rimesso in discussione, il che si traduce in un giudizio sostanzialmente definitivo sui fatti oggetto dello stesso, in quanto l'estinzione impedisce di attribuire rilevanza, anche solo in astratto, alla sopravvenienza di nuove ed ulteriori risultanze probatorie.²⁴⁴

Discorso diverso vale per la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti,²⁴⁵ che è ritenuta formalmente equiparata alla sentenza di condanna ai sensi dell'art. 445 comma 1-*bis* c.p.p., e per la sentenza inappellabile di proscioglimento pre-dibattimentale²⁴⁶ ex art. 469 c.p.p., che si fonda sull'assenza di opposizione di parte sull'accertamento giudiziale di circostanze di improcedibilità od improseguibilità evidenti in relazione all'azione penale, ovvero su cause estintive del reato che impediscano di

²⁴² Cfr. MANGIARACINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, cit.; ASTARITA S., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, cit.

²⁴³ PECORI L., *Potenzialità preclusive della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 55 e ss.

²⁴⁴ *Cass. pen.*, sez. VI, 8 novembre 1996, *Privitera*, in *Cass. pen.* 1998, p. 838 e ss.

²⁴⁵ SELVAGGI E., *La procedura giudiziaria che estingue l'azione penale estingue il nuovo giudizio di un altro Stato europeo*, in *Guida dir.*, 9/2003, p. 100 e ss.

²⁴⁶ V. ILLUMINATI G., *Giudizio*, in CONSO - GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2012, p. 778 e ss.

procedere al dibattimento.

5. La nozione di *bis* nella giurisprudenza europea.

La Corte di Strasburgo accoglie una nozione particolarmente restrittiva del *bis*, quale ulteriore elemento strutturale del divieto di nuovo giudizio. Per quel che concerne, più in particolare, l'oggetto del divieto, a violare la garanzia espressa dall'art. 4 sarebbe sufficiente la semplice apertura di una nuova procedura, anche se questa non porti ad una decisione di merito e a prescindere dal fatto che il sindacato posteriore si concluda con una pronuncia favorevole all'accusato.²⁴⁷

La Corte di Strasburgo, in più recenti decisioni,²⁴⁸ ha poi precisato ulteriori importanti principi. Ad avviso della Corte, innanzi tutto, l'art. 4 del Prot. 7 della Cedu non vieta la contemporanea apertura e svolgimento di procedimenti paralleli per uno stesso fatto ma, nel momento in cui uno di essi sia divenuto definitivo, sanziona la mancata interruzione degli altri. In seconda battuta, la Corte ha stabilito anche che il divieto del *ne bis in idem* convenzionale non trova applicazione nelle ipotesi di sanzioni inflitte da autorità diverse nell'ambito di procedimenti strettamente collegati da un punto di vista sostanziale e temporale: per esempio, con riferimento agli illeciti in materia di circolazione stradale, è stata ritenuta legittima la parallela applicazione di una sanzione amministrativa (ritiro della patente) e, per il medesimo fatto, di una pena condizionalmente sospesa a seguito di condanna in sede penale (per guida in stato di ebbrezza). In questi casi, ed in altri analoghi,²⁴⁹ la legittimità del doppio binario sanzionatorio è stata riconosciuta

²⁴⁷ C. edu, (Grande Camera), sentenza del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, (par. 112 e ss.), che riprende quanto già sancito da C. edu, sentenza del 3 ottobre 2002, *Zingarella c. Italia* (par. 2 e ss).

²⁴⁸ Il riferimento è, in particolare, alle già più volte citate sentenze *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014, *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014 e *Lucky Dev c. Svezia* del 27 novembre 2014.

²⁴⁹ Cfr. C. edu, sentenza del 30 maggio 2000, *R.t. c. Svizzera*. E più di recente, *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014, *Hakka c. Finlandia* del 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia* del 20 maggio 2014, *Lucky Dev c. Svezia* del 27 novembre 2014, *Rinas c. Finlandia* del 27 gennaio 2015, *Kiiveri c. Finlandia* del

avendo riguardo all'aspetto punitivo complementare tra le due diverse fattispecie: invero, attraverso l'applicazione del c.d. *Nilsson test*,²⁵⁰ “la Corte europea ha stimato il legame esistente tra le due diverse procedure talmente stretto da poter qualificare la misura amministrativa quale pena complementare alla condanna penale, poiché la prima discende in modo diretto e prevedibile dalla seconda. Ciò sebbene si fosse indubbiamente in presenza di sue sanzioni per lo stesso comportamento applicate da organi distinti all'esito di diverse procedure”.²⁵¹ In altre parole, pur rilevando la Corte la natura sostanzialmente penale delle sanzioni, la compatibilità dei giudizi paralleli amministrativo e penale rispetto ai medesimi fatti è stata ritenuta sulla base della circostanza che le sanzioni rappresentassero una prevedibile conseguenza dell'illecito commesso e si configuravano come un'unica ed integrata risposta sanzionatoria.

Occorre rilevare, peraltro, che affinché il c.d. *Nilsson test* possa dirsi soddisfatto, il collegamento tra le due diverse procedure deve sussistere sia da un punto di vista “temporale” che “sostanziale”²⁵²: in mancanza di uno di questi due presupposti la violazione della Convenzione dovrebbe ritenersi in ogni caso integrata.²⁵³

10 febbraio 2015, *Osterlund c. Finlandia* del 10 febbraio 2015.

²⁵⁰ Dall'omonima decisione della Corte che l'ha più dettagliatamente formulato, cfr. C. edu, sentenza del 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

²⁵¹ ALLEGREZZA S., *Commento all'art. 4 Prot. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 899.

²⁵² Ad esempio, nel caso *Nykanen*, la Corte ha ritenuto non soddisfatto il c.d. *Nilsson test* perché il procedimento amministrativo e quello penale, anche se svolti contestualmente, non potevano dirsi collegati da un punto di vista sostanziale posto che mancava di fatto qualsiasi tipo di collaborazione tra le distinte autorità procedenti, non vi era alcuno scambio tra le risultanze probatorie reperite e le sanzioni venivano irrogate da ciascuna autorità senza tenere conto di quella irrogata nell'altra sede.

²⁵³ Nel caso *Nykanen*, per esempio, Per ulteriori approfondimenti v. FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giur. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com, p. 14, in particolare nt. 19, la quale rileva che “La Corte ha chiarito che, sebbene la connessione sostanziale abbia un rilievo maggiore di quella temporale, entrambe sono necessarie ai fini del rispetto dell'art. 4 Prot. 7. Uno Stato ben può adottare un sistema che comporti una progressione tra procedimenti, di tal che gli stessi non sia celebrati effettivamente in parallelo, ad

6. Segue: in particolare, il criterio della “sufficiently close connection in substance and in time” dopo la sentenza *A & B c. Norvegia*.

In questo delicato contesto si inserisce la sentenza della Grande Camera *A & B c. Norvegia*²⁵⁴ che – introducendo il criterio della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” quale condizione assolutamente necessaria al fine di discernere i casi di *bis in idem* dalle ipotesi in cui l'art. 4, Protocollo n. 7 alla Cedu sia, invece, rispettato – ha in un certo senso ridimensionato la portata del divieto del *ne bis in idem* con riferimento a procedimenti tra loro paralleli, aprendo nuovi spazi interpretativi nei casi di “doppio binario” sanzionatorio contemplati nel nostro ordinamento. Tale decisione, oggetto di un'importante *dissenting opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque, avrebbe legittimato il doppio binario nei settori individuati come “convenzionalmente rischiosi”, compiendo, secondo molti, un *revirement* giurisprudenziale.

La pronuncia ha aperto una serie di interrogativi – che sono ancora

esempio per ragioni di efficienza dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, la connessione temporale deve comunque essere garantita e il secondo procedimento non può essere troppo distante cronologicamente dal primo. Sicché tanta maggiore sarà la distanza cronologica tra i due procedimenti, tanto maggiore sarà l'onere che grava sullo Stato di spiegare e giustificare il relativo ritardo”.

²⁵⁴ C. edu (Grande Camera), sentenza del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, n. 24130/11 e n. 29758/11. Con tale sentenza la Corte ha affermato che “non potesse ravvisarsi una violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu nei confronti di due cittadini norvegesi (signori *A e B*) che erano stati entrambi condannati, con sentenza passata in giudicato (all'esito di due procedimenti penali riguardanti la stessa vicenda storica, alla pena di un anno di reclusione per frode fiscale aggravata, dopo aver già subito in via definitiva – per lo stesso fatto – la sanzione amministrativa di una sovrattassa pari al 30% dell'imposta evasa. Senza entrare nei dettagli della vicenda, in sintesi, essa riguardava complesse operazioni societarie poste in essere all'estero tramite una società di diritto lussemburghese registrata a Samoa, i cui ingenti profitti non erano confluiti nelle dichiarazioni dei redditi dei due cittadini norvegesi”. Così in D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Milano, 2017, p. 675. Per ulteriori approfondite analisi della pronuncia si vedano i commenti di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016; FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit.

oggetto di dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, e che dovranno essere affrontati anche dalla Corte di giustizia Ue nei casi che nel frattempo le sono stati sottoposti dai nostri giudici²⁵⁵ – sulla effettiva compatibilità dei sistemi di “doppio binario” sanzionatorio, in particolare nelle materie tributaria e degli abusi di mercato, con il diritto convenzionale in parola, che molti dubbi aveva sollevato alla luce della recente giurisprudenza della Corte Edu sull' art. 4 Prot. 7 Cedu e, in particolare, alla luce della più volte già menzionata *Grande Stevens c. Italia* del 2014.

Va subito detto come la sentenza in questione riaffermi espressamente sia la nozione sostanzialistica di *idem factum*, ormai consolidata a partire dalla più volte citata pronuncia del 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, sia la validità dei criteri di *Engel* e la conseguente “natura penale” delle sanzioni tributarie consistenti in sovrattasse, nonostante le argomentazioni contrarie del Governo norvegese che sollecitavano la giurisprudenza a rivedere il proprio orientamento che riconosce natura di autentiche sanzioni penali alle sovrattasse irrogate dall'amministrazione tributaria.

In *A & B c. Norvegia*, inoltre, la Corte stabilisce che il divieto di cui all'art. 4 Prot. 7 della Cedu varrebbe in maniera assoluta rispetto a procedimenti consecutivi per lo stesso fatto, e cioè in quelle situazioni in cui il secondo procedimento venga avviato dopo la conclusione del primo, ma allo stesso tempo chiarisce che la disposizione convenzionale non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi da un punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta, e purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e comunque prevedibili.²⁵⁶

Sulla base del criterio emergente da alcune non recentissime decisioni

²⁵⁵ Per le cui riflessioni si rinvia all'ultimo capitolo.

²⁵⁶ La Corte afferma, quindi, che gli Stati contraenti possono legittimamente adottare sistemi normativi che prevedono complementari risposte sanzionatorie a condotte sociali diversamente offensive nel rispetto di una complessiva risposta sanzionatoria, data attraverso un sistema unitario ed integrato, che risulti non eccessiva per il soggetto interessato.

di inammissibilità della Corte Edu, già richiamate al paragrafo precedente,²⁵⁷ che – in relazione a procedimenti, appunto, paralleli – avevano respinto allegazioni di violazione dell'art. 4 Prot. 7 in relazione a provvedimenti amministrativi di ritiro della patente conseguenti a condanne penali per reati stradali,²⁵⁸ i giudici supremi norvegesi hanno evidenziato come tra i due procedimenti (tributario e penale) esistesse nel caso di specie una “*sufficiently close connection in substance and in time*” tale da far sì che le due sanzioni potessero essere considerate come parti di un'unica reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento contro l'illecito rappresentato dall'evasione fiscale, e non come due distinti processi per il medesimo fatto. In altre parole, la Corte afferma che in linea di principio l'art. 4 Prot. 7 Cedu non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte e condotte socialmente offensive che si articoli – nel quadro di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato. Compito della Corte è, quindi, verificare che la strategia adottata da ogni singolo Stato non comporti nella sostanza, o quanto agli effetti pratici, una violazione del divieto del *ne bis in idem* e appaia, al contrario, “il prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria”.

Con particolare riferimento ai reati tributari, la Corte afferma che non è possibile dedurre dall'art. 4 Prot. 7 un divieto assoluto per gli Stati di imporre

²⁵⁷ C. edu, sentenze *R.t. c. Svizzera e Nilsson c. Svezia*.

²⁵⁸ Nell'ambito delle decisioni che hanno riconosciuto la legittimità del “doppio binario” in materia di circolazione stradale si segnala C. edu, sentenza del 17 febbraio 2015, *Boman c. Finalndia*, “dove il ricorrente era stato contestualmente condannato, in sede penale, ad un multa di 450 euro e alla sospensione della patente per un periodo di 4 mesi e tre settimane, mentre, in sede amministrativa, a seguito dell'accertamento della medesima infrazione gli era stata comminata una sanzione che aveva comportato il prolungamento della già decretata sospensione della patente di un altro mese. In questi casi, la Corte ha ritenuto che le sanzioni, sebbene avessero natura sostanzialmente penale, rappresentavano la prevedibile conseguenza dell'illecito stradale e si atteggiavano come un'unica e combinata risposta sanzionatoria”; così evidenzia FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit. p. 13.

una sanzione amministrativa – ancorché qualificabile come “sostanzialmente penale” ai fini delle garanzie dell'equo processo – per quei fatti di evasione fiscale in cui è possibile altresì perseguire e condannare penalmente il soggetto in relazione ad un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come, nel caso di specie, una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura formalmente “amministrativa”²⁵⁹. Nell'ottica di un bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità a prevedere un approccio calibrato ad una sanzione “integrata”, frutto degli interventi di distinte autorità (amministrative e giurisdizionali), la Corte ritiene così di dover valorizzare proprio il test della “*sufficiently close connection in substance and in time*” ricavato dalla propria precedente giurisprudenza e riproposto alla sua attenzione dagli stessi giudici supremi norvegesi.

Ad ogni modo, secondo la Corte, il modo più sicuro per assicurare il rispetto dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu sarebbe la previsione di un meccanismo in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo.

6.1 Gli indici sintomatici rivelatori della “sufficiente connessione” tra procedimenti.

La valutazione da parte della Corte circa la sussistenza dei requisiti in grado di far apparire i due procedimenti come due aspetti di un'unica risposta integrata dell'ordinamento contro il medesimo fatto illecito, deve tener conto di diversi fattori.

Innanzitutto occorre valutare se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale.

²⁵⁹ Sotto questo profilo i due procedimenti perseguono in realtà obiettivi solo complementari perché finalizzati a sanzionare diversi aspetti della medesima condotta antiggiuridica.

In secondo luogo bisogna accertare se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta.

Occorre pure considerare se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare, “per quanto possibile”, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una “adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l’accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell’altro procedimento”.

E' anche necessario verificare se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell’altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l’esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

Infine, la Corte insiste sulla necessità che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica. Ciò non implica, invero, che essi debbano essere condotti in maniera necessariamente e strettamente parallela,²⁶⁰ ma rende più probabile la violazione convenzionale, in relazione all’entità del pregiudizio subito dall’individuo, allorché la possibilità di un secondo procedimento sanzionatorio esponga quest’ultimo ad una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte.

La Corte precisa inoltre – riprendendo una distinzione già formulata in *Jussila c. Finlandia*²⁶¹ a proposito del diritto all’equo processo *ex art. 6 Cedu* – che il rischio di un *bis* contrario alla garanzia convenzionale sarà tanto meno rilevante in quanto il procedimento amministrativo concerna illeciti estranei al “nocciolo duro” del diritto penale, e pertanto non associati ad alcun particolarmente significativo allarme sociale; mentre sarà destinata ad accentuarsi laddove il procedimento amministrativo assuma in concreto cadenze stigmatizzanti simili a quelle del processo penale.

²⁶⁰ Precisazione, quest’ultima, che sembra dunque altresì aprire la strada – un po’ sorprendentemente, viste le premesse con le quali la Corte pareva aver ristretto il suo esame all’ipotesi, appunto, dei procedimenti paralleli – alla possibilità di escludere la violazione anche nell’ipotesi in cui il secondo procedimento inizi dopo la definitiva conclusione del primo procedimento.

²⁶¹ C. edu, grande camera., sentenza del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*.

6.2. Un nuovo “orientamento consolidato” della Corte Edu? Tra osservazioni critiche ed opinioni dissenzienti.

Come si vede, la sentenza della Grande Camera della Corte Edu – pur ribadendo alcuni principi più già consolidati in ambito sovranazionale, quali la natura penale delle sovrattasse in base ai criteri di *Engel*, nonché la nozione sostanzialistica di *idem factum* – presenta elementi di novità assai significativi rispetto alle più recenti pronunce della medesima Corte di Strasburgo. Elementi di novità che – per quanto appaiono, per molti versi, discutibili – non potranno di certo essere ignorati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue chiamata ad esprimersi in relazione a determinate questioni pregiudiziali in materia.

Preliminarmente a qualsiasi tipo di valutazione sui riflessi della decisione da ultimo esaminata, occorre chiarire innanzi tutto se il *dictum* della Corte in *A. & B. c. Norvegia* possa considerarsi “diritto consolidato”, alla stregua dell'insegnamento più recente della Corte Costituzionale, espresso nella sentenza n. 49/2015,²⁶² secondo il quale sia la Corte costituzionale, sia gli stessi giudici comuni nel formulare questioni di costituzionalità *ex art.* 117, comma 1 Cost., dovrebbero fare necessariamente riferimento alla “giurisprudenza consolidata” delle norme Cedu, quali parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale della normativa interna. Sebbene si tratti di una pronuncia della Grande Camera, il che soddisfa certamente uno dei requisiti enunciati dalla richiamata sentenza costituzionale, occorre tuttavia ricordare che la Consulta, nella stessa pronuncia, al fine di ritenere sussistente una

²⁶² Per ulteriori approfondimenti sul parametro del “diritto consolidato”, si vedano i commenti alla pronuncia di REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto Cedu “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2/2015, p. 411 e ss.; ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 5/2015, www.rivistaaic.it, PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 318 e ss.; RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del ruolo della Cedu nel diritto interno*, *ivi*, p. 325 e ss.

siffatta “giurisprudenza consolidata” della Corte Edu, richiedeva almeno due parametri, tra i quali: che la sentenza fosse resa contro l'Italia, che riguardasse la medesima materia, che non ci fossero robuste *dissenting opinion*, che si fosse pronunciata la Grande Camera. Ciò potrebbe condurre quantomeno a dubitare del carattere “consolidato” del nuovo orientamento della Corte, in particolare, in relazione alla materia degli abusi di mercato, dove anzi la sentenza *Grande Stevens* sembrava aver raggiunto un certo grado di attendibilità, ricollegandosi ad un discreto numero di precedenti conformi.²⁶³

Peraltro, la sentenza è corredata da un'unica ma importante opinione dissenziente, firmata da uno dei componenti della Grande Camera, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque. Tale *dissenting opinion* costituisce in realtà, nella sua prima parte, un piccolo trattato sul *ne bis idem*, mentre nella sua seconda parte, si focalizza sulla critica alla decisione assunta dalla Corte con toni assai aspri e taglienti. Focalizzandoci sulle principali questioni affrontate, nell'opinione in questione viene contestato, in particolare, il criterio della “connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta” tra i diversi procedimenti, un criterio vaghissimo e arbitrario, costruito attorno a generici indicatori manipolabili *ad libitum* dall'interprete,²⁶⁴ come dimostrano secondo il giudice gli stessi precedenti nei quali la Corte aveva fatto riferimento al criterio medesimo.²⁶⁵

Distruttiva, altresì, la critica di Pinto ai principali argomenti condivisi dalla maggioranza, a cominciare dalla pretesa funzionalità dei due sistemi di sanzioni (tributario-amministrative e penali in senso stretto) a scopi differenti.²⁶⁶

²⁶³ Di questo avviso è anche MANACORDA S., *Equazioni complesse: il ne bis in idem “ancipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2017, p. 520 e ss.

²⁶⁴ Viene evidenziata anche l'intrinseca pericolosità di tali criteri, in relazione, ad esempio, alla possibilità di manipolazione dei procedimenti amministrativi (nel quale il contribuente ha un dovere di cooperare con l'amministrazione) in funzione di una semplificazione probatoria nell'ambito del processo penale, nonché del rischio ovvio (sul quale la Corte non spende peraltro nemmeno una riga) di pronunce opposte sulla responsabilità dell'individuo, legato alla vigenza di distinti standard probatori nei due procedimenti, pur basati su una base fattuale identica (§ 62-64).

²⁶⁵ V. § 42-46.

²⁶⁶ L'argomento, in particolare, secondo cui una sovrattassa del 30% rispetto

l'idea di distinguere una finalità deterrente, caratteristica delle sovrattasse, da una finalità retributiva, che sarebbe invece perseguita dalle sanzioni detentive, sarebbe meramente fallace, posto che – in definitiva – entrambe le tipologie di sanzioni perseguono al tempo stesso entrambi gli scopi.²⁶⁷ Vengono evidenziati, poi, i rischi insiti nella ricostruzione che la sentenza offre del *ne bis in idem*, tra i quali quello del possibile contrasto tra giudicati,²⁶⁸ derivante dalle diverse regole probatorie che caratterizzano il procedimento amministrativo rispetto a quello penale. E si sottolinea come la pronuncia della Grande Camera stravolga la *ratio* dell'art. 4, Prot. 7, Cedu²⁶⁹ che è posto a tutela – come la stessa Corte aveva avuto modo di sottolineare in *Grande Stevens* – non tanto della proporzionalità della sanzione ma del diritto a non essere processati due volte per lo stesso fatto.²⁷⁰

Di qui la rassegnata conclusione che la maggioranza abbia di fatto ingiustamente limitato la portata garantistica di *Zolotukhin* in relazione all'*idem factum*, attraverso una lettura irragionevolmente restrittiva del *bis*.²⁷¹

all'importo evaso opererebbe come una sorta di compensazione per l'amministrazione tributaria rispetto ai costi che l'amministrazione deve sostenere per esercitare i suoi compiti di *law enforcement*, è bollato come espressivo di una logica di colpevolezza collettiva, per la quale il contribuente infedele sarebbe chiamato a rifondere non già i costi sostenuti dall'amministrazione per scoprire le sue personali infedeltà, bensì quelli affrontati per il funzionamento del sistema nel suo complesso.

²⁶⁷ V. § 52-53.

²⁶⁸ Senza contare che un simile meccanismo offre ben poca garanzia all'individuo che venga assolto in uno dei due procedimenti (§ 68-69).

²⁶⁹ Che finisce secondo il giudice Pinto per stravolgere l'eredità garantistica di *Zolotukhin*.

²⁷⁰ Una critica tagliente viene altresì rivolta contro l'invito della Corte a considerare l'esistenza di meccanismi che consentano in ciascun procedimento di tenere conto, in sede di commisurazione della sanzione, della sanzione eventualmente già inflitta nell'altro parallelo procedimento: l'esistenza di un tale meccanismo nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato (*ex art. 187-terdecies Tuf*), osserva giustamente il giudice Pinto, era stato ritenuto in *Grande Stevens* irrilevante ai fini della violazione convenzionale, la Corte avendo in quella occasione insistito sulla *ratio* di tutela dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, che mira a garantire non tanto la proporzionalità della sanzione, ma il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio procedimento per il medesimo fatto (§ 65-66).

²⁷¹ “Dopo aver messo sottosopra la *ratio* del *ne bis in idem*, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile. Una politica” – prosegue Pinto – “che

Di più: tale stravolgimento – afferma Pinto nell'ultima parte dell'opinione dissenziente – legittima il ricorso ad una politica criminale basata sull'interazione strategica di molteplici procedimenti, finalizzati a raggiungere “il massimo effetto repressivo possibile”.²⁷²

Come già accennato, non vi è dubbio che la sentenza in commento appaia destinata a restringere sensibilmente l'ambito di operatività del *ne bis in idem*, nonché a ridimensionare – di conseguenza – il problema della compatibilità tra quest'ultimo e i sistemi normativi caratterizzati dal doppio binario sanzionatorio, pur lasciando implicitamente intendere la medesima la pericolosità di scelte sanzionatorie troppo gravose.

A tal proposito, si dovrebbero svolgere diverse considerazioni in relazione alle singole vicende concrete: laddove la condotta antiggiuridica coinvolga diversi profili sanzionatori legati alla lesione di diversi beni giuridici, il legislatore è libero di affidare parte di questi ad una tutela amministrativa ed altri a quella penale, prestando tuttavia attenzione a non strumentalizzare l'intervento penale più per soddisfare esigenze politico-governative che non di protezione effettiva di determinati beni giuridici. In questi casi, la sanzione amministrativa dovrà quindi perseguire uno scopo diverso da quella penale e, quindi, dovrà comportare conseguenze sanzionatorie diverse, il tutto peraltro assicurandosi che l'onere sanzionatorio

potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti” (§ 79), subordinatamente all'unica condizione di “un simulacro di proporzionalità” della sanzione complessiva, secondo un approccio considerato come “assai distante dalle note radici storiche del *ne bis in idem* e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario. La Grande Camera in *Zolotukhin*” – così si chiude questa imponente *dissenting opinion* – “non sarebbe stata d'accordo a degradare il diritto individuale e inalienabile al *ne bis in idem* a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio. Io nemmeno”.

²⁷² Si acquiscono ora le difformità con la nozione di *ne bis in idem* enucleata dalla Corte di giustizia Ue nel caso *Fransson* che, come è noto, ha affermato con chiarezza l'illegittimità dell'inflizione di una sanzione penale per un fatto già colpito da una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale: con conseguenze quanto meno problematiche anche nell'ottica della costruzione di un diritto comune dei diritti umani nello spazio giuridico europeo, con Strasburgo che segue una via cattiva, e Lussemburgo che percorre quella buona (§ 80).

complessivo inflitto all'individuo risulti alla fine equo e proporzionato all'offesa senza illegittime duplicazioni.

Per quanto non si vogliono osare previsioni in ordine all'esito dei procedimenti di interpretazione pregiudiziale promossi dai giudici italiani presso la Corte di giustizia, trasponendo tali principi nella prassi e sforzandoci di ipotizzare le ripercussioni che tale sentenza potrebbe avere, allo stato attuale soprattutto in materia tributaria, non ci si può esimere dal fare alcune doverose precisazioni. L'esclusione della violazione dell'art. 4 da parte della Grande Camera, come già detto, poggia sul necessario presupposto secondo cui il principio del *ne bis in idem* non esclude a priori che i singoli Stati adottino sistemi normativi caratterizzati da un doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale). Tale scelta normativa può però risultare compatibile con il principio del *ne bis in idem* solo ed esclusivamente allorquando sussista – innanzi tutto – la condizione per cui, nell'ordinamento considerato, le due sanzioni, penale e amministrativa, perseguano finalità diverse e complementari tra loro.

Con riferimento alla materia fiscale, in particolare, la sanzione penale deve, per esempio, essere necessariamente prevista per la punizione di fatti di evasione che non si esauriscono nel mero omesso versamento del tributo, ma risultano invece connotati da una componente ulteriore, quale può legittimamente considerarsi il ricorso da parte dell'autore ad una condotta di carattere fraudolento. In altre parole, ciò che la corte richiede affinché possa escludersi la violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu, consiste nella circostanza che la celebrazione di un duplice procedimento per il medesimo fatto sia derivata dalla necessità di perseguire, in sede penale, il contribuente, in relazione ad una condotta fraudolenta che rappresenta un elemento aggiuntivo rispetto al mancato versamento dell'imposta. In ragione di quanto appena detto, pare allora opportuno segnalare che, nei procedimenti promossi in materia tributaria dai giudici italiani, ad oggi ancora pendenti presso la Corte di giustizia Ue, in relazione ai reati di omesso versamento di cui agli articoli 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000 – la cui condotta non presenta pacificamente alcun

connotato di fraudolenza – l'esito delle questioni sollevate è da ritenersi più che mai incerto. E ciò proprio in virtù del fatto che, avendo riguardo al percorso motivazionale sviluppato dalla Grande Camera, verrebbe a mancare nei relativi giudizi uno dei necessari requisiti per l'esclusione della violazione, vale a dire l'attinenza dei diversi procedimenti a differenti aspetti della medesima condotta anti-sociale coinvolta.

CAPITOLO III

L'INFLUENZA DEL *NE BIS IN IDEM* EUROPEO SUI CRITERI IN MATERIA DI CONCORSO DI NORME

Sommario: 1. Lo stato dell'arte in tema di *bis in idem* e concorso apparente di norme amministrative e penali. - 2. Il principio di specialità “amministrativa” tra previsioni legali ed applicazione giurisprudenziale. - 2.1 Segue: la deroga al principio di specialità in materia di *market abuse*. - 2.2 Segue: Il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria. - 3. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”? - 4. Il *ne bis in idem* convenzionale all'esame della Consulta: la pronuncia n. 200/2016. - 5. Segue: L'impatto dell'evoluzione interpretativa del divieto di *bis in idem* convenzionale sul concorso apparente di norme. - 6. Conclusioni.

1. Lo stato dell'arte in tema di *bis in idem* e concorso apparente di norme amministrative e penali.

Il sistema repressivo vigente del c.d. doppio binario, secondo cui, come si è visto, un medesimo fatto può costituire ad un tempo illecito penale ed illecito amministrativo e così sottostare a sanzioni penali e sanzioni amministrative, merita più puntuali approfondimenti e riflessioni da un punto di vista prettamente dogmatico, per valutare se la situazione in cui uno stesso comportamento venga perseguito con sanzioni dell'una e dell'altra categoria, aventi la medesima finalità punitiva, sia contraria ai principi che regolano attualmente la materia penale.

Come risulta dall'analisi sino ad ora condotta, la giurisprudenza europea sull'art. 4 del Protocollo 7 Cedu ha sancito nella sostanza – e salvo quanto si è detto a proposito del requisito della “*sufficiently close connection in substance and in time*” tra le due diverse procedure – la tendenziale messa al bando del suddetto meccanismo del “doppio binario”. E ciò tutte le volte in cui la formale sanzione amministrativa possieda i requisiti che connotano la *matière pénale*,

nella visione europea in precedenza illustrata.²⁷³

In virtù di tali considerazioni, il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo dovrebbe essere forse più correttamente impostato e risolto distinguendo due specifiche ipotesi. La prima ipotesi verrebbe ad integrarsi tutte le volte in cui, stante la diversa finalità delle sanzioni penale ed amministrativa – l'una punitiva, l'altra risarcitoria o reintegratrice – entrambe le relative norme dovrebbero trovare applicazione perché nessuna delle due esaurisce l'intero disvalore del fatto e le diverse finalità da esse perseguite. La seconda ipotesi, invece, ricorrerebbe in tutti i casi in cui, in ragione della primaria finalità punitiva di entrambe le categorie di sanzioni, il cumulo delle medesime condurrebbe alla violazione del più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, in base al quale nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto.²⁷⁴ Solo avendo riguardo a tale ultima situazione, sorgerebbe il problema relativo all'individuazione della norma “prevalente” – cioè della disposizione in concreto applicabile tra le due astrattamente utilizzabili in relazione al medesimo fatto – il quale dovrebbe essere risolto facendo ricorso ai tradizionali canoni interpretativi, cominciando innanzi tutto dal principio di specialità.²⁷⁵

A tal proposito, come già accennato in precedenza, si ritiene condivisibile la posizione di chi tende a mettere in risalto che la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale potrebbe realizzarsi, in prima battuta, proprio attraverso una vigorosa valorizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.²⁷⁶ Infatti, allorquando le norme di diritto sostanziale

²⁷³ Anche se – come già evidenziato – la violazione della norma convenzionale viene integrata non attraverso la mera pendenza contemporanea dei due procedimenti, ma in virtù del fatto che uno di essi inizi o prosegua dopo che l'altro si è chiuso con una decisione definitiva.

²⁷⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 988.

²⁷⁵ Si tratterebbe, in altre parole, di stabilire se la norma amministrativa punitiva sottragga il fatto alla disciplina della norma penale o viceversa, se il legislatore abbia voluto considerare il fatto come illecito amministrativo o illecito penale, o ancora ritenere entrambi gli illeciti sussistenti perché afferenti a profili diversi della medesima condotta illecita.

²⁷⁶ Anche se le due declinazioni del *ne bis in idem* – quella sostanziale e quella processuale – sono sorrette da *rationes* diverse ed operano su piani distinti, è innegabile che detti principi presentino una connessione funzionale. FLICK G.M. -

ammettono la configurabilità di un concorso di illeciti “sostanzialmente” penali in relazione allo stesso fatto, si determinano in modo automatico i presupposti per l'instaurazione di due distinti procedimenti e, di conseguenza, le condizioni per una violazione “sistemica” del *ne bis in idem* convenzionalmente inteso.

Per contro, quando secondo la normativa sostanziale risulta configurabile un unico illecito – poiché essa considera come ipotesi di concorso apparente di norme la potenziale sovrapposizione di diverse disposizioni punitive sul medesimo fatto – tale eventualità diviene “patologica”, vale a dire relegata all'ipotesi di errata applicazione del diritto nazionale nella singola vicenda concreta. E' significativo, del resto, che la condanna dell'Italia nel caso *Grande Stevens* discenda proprio da un'esplicita deroga al principio del *ne bis in idem* sostanziale prevista dal legislatore in materia di *market abuse*, attuata attraverso l'esclusione dell'operatività, in relazione a specifiche fattispecie, del criterio della specialità.²⁷⁷

Senza addentrarci nell'analisi dei criteri che regolano la materia del concorso apparente di norme penali e norme punitive amministrative, occorre in ogni caso rilevare che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, il solo canone ermeneutico adoperabile per decidere in merito alla riconducibilità di uno stesso fatto ad una o più norme incriminatrici è quello della specialità,²⁷⁸ in particolare della specialità in astratto.²⁷⁹ Tale posizione della giurisprudenza si pone in forte contrasto con quella assunta dalla dottrina maggioritaria che, per soddisfare

NAPOLEONI V., *Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*”, cit.; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

²⁷⁷ In questo senso Trib. Brindisi, sentenza n. 2378 del 7 novembre 2016.

²⁷⁸ MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, nota a Cass. pen., sez. un., sentenza 28 aprile 2017, n. 20664, in *Giur. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com, p. 2.

²⁷⁹ Secondo l'interpretazione consolidata della giurisprudenza, l'applicazione del principio di specialità dipende esclusivamente dal confronto logico-formale tra fattispecie astratte, senza che vi sia spazio per qualsiasi valutazione del fatto nella sua concreta materialità. Sussiste, dunque, un rapporto di specialità, ogniqualvolta una delle due fattispecie, oltre a contenere tutti gli elementi costitutivi dell'altra, presenti uno o più elementi specializzanti (per specificazione o per aggiunta).

determinate esigenze di giustizia sostanziale, ha tendenzialmente ampliato – avendo riguardo alla materia *stricto sensu* penale – il ventaglio dei criteri potenzialmente utilizzabili per risolvere i sempre più frequenti dubbi sul tema del concorso di norme. Ciò che ha spinto alcuni autorevoli autori all'elaborazione di ulteriori criteri di carattere c.d. “valoriale” – tra i quali si segnalano, in particolare, quello dell'assorbimento²⁸⁰ (o del *ne bis in idem* sostanziale) e quello di sussidiarietà²⁸¹ – risiede nella convinzione, assai diffusa in dottrina, che il criterio della specialità in astratto non sia da solo sufficiente ad evitare che un soggetto venga ingiustamente sottoposto ad una doppia

²⁸⁰ A mente di tale principio, quando un soggetto commette più fatti di reato, tutti autonomamente punibili in base a diverse norme incriminatrici che risultano, secondo *l'id quod plerumque accidit*, come dei normali *ante facta* o *post facta* rispetto ad uno dei fatti commessi, si verserebbe in un'ipotesi di concorso apparente di norme: in altre parole, poiché la realizzazione di un determinato reato costituisce un passaggio ineludibile per la commissione di un secondo, il disvalore del primo può ritenersi assorbito in quello di quest'ultimo e, di conseguenza, una soltanto sarà la norma applicabile a quei fatti, ovvero quella che prevede la sanzione più grave. Secondo tale criterio, dunque – che riprende il più generale principio del c.d. *ne bis in idem* sostanziale – il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto del fatto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accompagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici. Ne consegue che la sanzione prevista per il reato più grave ingloba in sé anche il disvalore penale degli altri reati tale per cui punire un soggetto tanto per la violazione più grave, quanto per gli altri fatti di reato, comporterebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle sanzioni, contro lo stesso volere del legislatore. Con notevole frequenza, peraltro, il legislatore, avendo riguardo sia a norme penali che a norme amministrative, fa ricorso a clausole di riserva che, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale, sanciscono in modo espresso la “recessività” della previsione “soccumbente” rispetto a quella “assorbente”.

²⁸¹ Secondo tale principio, vi sarebbe concorso apparente di norme quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano gradi di offesa crescenti al medesimo bene giuridico. La sanzione prevista dal legislatore per il fatto di reato che realizza la massima lesione al bene tutelato, per l'impostazione in esame, conterrebbe in sé il disvalore espresso dagli altri fatti di reato. Da qui la necessità di punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto. La sussidiarietà è espressa tutte le volte in cui il legislatore la prevede mediante specifiche clausole del tipo “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”. E' invece tacita in tutte quelle circostanze in cui il rapporto di residualità dell'una disciplina rispetto all'altra risulta implicitamente dal confronto fra le due fattispecie, per cui ciascuna rappresenta un diverso livello di aggressione del medesimo bene giuridico, per cui l'applicazione di quella più grave ricomprende l'altra meno grave. Occorre in tal caso sottolineare come l'applicazione del criterio prescinde del tutto dalla sussistenza di un rapporto strutturale tra norme, guardando unicamente al profilo del bene giuridico tutelato e alla progressività dell'offesa.

punizione in relazione al medesimo fatto.

Premettendo che le tematiche di cui si sta trattando costituiscono a tutt'oggi alcuni tra gli argomenti più controversi del diritto penale,²⁸² atteso che perdurano le divergenze di vedute sull'argomento sia in dottrina che in giurisprudenza, e che il concorso apparente di norme pare presentare connotati analoghi nel sistema penale ed in quello penal-amministrativo, non vi sarebbero ragioni per non utilizzare, anche in quest'ambito, in relazione al presupposto della convergenza di disposizioni, i considerevoli contributi offerti dalla dottrina penalistica in materia. E ciò vale, *a fortiori*, se si considera che, nella lettura dei giudici di Strasburgo, la nozione di “*matière pénale*” ingloba oggi determinate disposizioni seppur diversamente etichettate dal diritto nazionale.

2 . Il principio di specialità “amministrativa” tra previsioni legali ed applicazione giurisprudenziale.

L'unico criterio espressamente previsto dal legislatore al fine di stabilire se ad un fatto debba essere applicata o meno una sola norma *lato sensu* punitiva è quello di specialità. Invero, con riferimento al concorso apparente di due o più disposizioni incriminatrici, è l'art. 15 c.p. a stabilire che “quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

In forza dell'art. 9 l. 689/1981,²⁸³ secondo cui “quando uno stesso fatto

²⁸² Come sottolineano FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, p. 716 s..

²⁸³ La regola generale della specialità affermata dall'art. 9, comma 1 l. 689/1981, subisce due importanti eccezioni. Lo stesso art. 9, al suo comma 2, stabilisce infatti, che “quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali”. Dunque, ove il concorso riguardi norme penali e norme amministrative di fonte regionale (o delle province autonome di Trento e Bolzano) l'art. 9, comma 2, sancisce la prevalenza della disposizione penale al fine di salvaguardare la potestà

è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale”, inoltre, il principio di specialità è assunto anche a criterio generale dei rapporti tra norme sanzionatorie penali ed amministrative.²⁸⁴ In virtù di tale disposizione, la cui introduzione ha determinato l'abbandono del regime del cumulo delle sanzioni con cui veniva in precedenza prevalentemente risolto il problema del concorso fra norme penali e norme punitive amministrative,²⁸⁵ è oggi pacifico che, allorquando norme appartenenti a due diversi ambiti convergono sul medesimo fatto, deve applicarsene una sola, ossia quella speciale. Viene ricalcato, in sostanza, il disposto dell'art. 15 c.p., con due significative varianti: nell'art. 9 non si fa riferimento alla “stessa materia” (regolata), bensì allo “stesso fatto” (punito); manca, inoltre, la clausola derogatoria “*salvo che sia diversamente stabilito*” contenuta, invece, all'art. 15 c.p. Siffatta regola – qualora se ne facesse un'accorta applicazione – potrebbe già rappresentare un primo robusto argine rispetto al rischio di una duplicazione di procedimenti convenzionalmente censurabili.

Al fine di meglio definire la portata del criterio in esame, occorre tuttavia più dettagliatamente chiarire cosa si intenda per disposizione “speciale”. Sussiste un rapporto di specialità tra due norme tutte le volte in cui una determinata fattispecie (speciale) contenga tutti gli elementi costitutivi di un'altra fattispecie (generale) più altri, detti elementi “specializzanti”. Ne discende che la norma generale ha portata applicativa più ampia rispetto a

legislativa statale in materia penale, la quale sarebbe inficiata qualora la regione potesse disporre delle deroghe alle norme incriminatrici attraverso la previsione di illeciti amministrativi speciali. Inoltre, il principio generale di cui al comma 1 dell'art. 9 l. 689/1981, relativo alla prevalenza della norma speciale, subisce un'ulteriore deroga in materia alimentare, stabilendo che “ai fatti puniti dagli articoli 5,6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 293, e successive modificazioni ed integrazioni si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande”. In queste ipotesi, quindi, prevale in ogni caso la norma penale.

²⁸⁴ PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 309 e ss.

²⁸⁵ AMBROSETTI E.M., cit.

quella speciale ma che ogni fattispecie da quest'ultima disciplinata rientrerebbe, qualora la norma speciale venisse meno, nell'ambito applicativo di quella generale. In altre parole, la disposizione “speciale” disciplina un sottoinsieme delle fattispecie sussumibili in quella generale. Come si diceva, con riferimento alla materia *sticto sensu* penale, in dottrina si è cercato di ampliare l'ambito del criterio della specialità valorizzando il fenomeno della specialità “reciproca”²⁸⁶ o, diversamente, interpretando l'inciso “stessa materia”²⁸⁷ contenuto nell'art. 15 c.p. come stessa situazione concreta, nel senso che tale ultima disposizione accoglierebbe un criterio di specialità non solo in astratto ma anche in concreto.²⁸⁸

²⁸⁶ In relazione al primo profilo, la dottrina prevalente, è solita distinguere la specialità unilaterale da quella reciproca, quest'ultima configurandosi allorquando, nel raffronto tra più fattispecie incriminatrici, nessuna delle norme è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specializzanti rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra. A fronte di chi estende l'applicazione anche a tali ipotesi, parte della dottrina evidenzia come ciò porti ad una sorta di non senso logico, in ragione dell'impossibilità di individuare la norma speciale idonea a derogare a quella generale.

²⁸⁷ Diverse sono le impostazioni sulla corretta qualificazione del concetto di “stessa materia”. Secondo una prima impostazione, due disposizioni verterebbero sulla stessa materia soltanto laddove fossero poste a presidio del medesimo bene giuridico, presentando identica o simile oggettività giuridica. Non è mancato, tuttavia, chi abbia criticamente osservato come tale impostazione introduca un elemento totalmente estraneo alla disposizione, la quale è indifferente ad apprezzamenti di tipo valoriale, quale il bene giuridico protetto. Muovendo da suddette osservazioni, altra parte della dottrina ha osservato come la portata dell'inciso debba essere ridimensionata in quanto lo stesso si limiterebbe a chiarire il presupposto della sussistenza del concorso, e farebbe riferimento alla stessa materia piuttosto che allo stesso fatto al sol fine di permettere l'operatività del criterio anche fra norme non incriminatrici.

²⁸⁸ Diversi autori si sono chiesti se il principio di specialità dovesse essere inteso in concreto o in astratto; se, in altri termini, dovesse considerarsi il rapporto di specialità avendo riguardo alla manifestazione concreta del fatto di reato, ovvero prendendo in considerazione solo la struttura della fattispecie astratta prevista dal legislatore. In favore della specialità in concreto sembrava propendere il già citato art. 9 della L. 689/1981, che, utilizzando la locuzione “stesso fatto” in luogo di “stessa materia” – espressione invece di per sé neutra – sembrava lasciare intuire all'interprete che, nella soluzione dei casi di concorso di norme, fosse necessaria un'analisi e un raffronto delle concrete modalità di manifestazione del reato. Ulteriore argomento a favore della specialità in concreto sarebbe poi rappresentato dalla sua maggiore idoneità a garantire l'equità del caso concreto. In favore della specialità in astratto milita, al contrario, la considerazione per cui solo un criterio che non sia contaminato da sempre opinabili di giudizi sul fatto e che si limiti ad

Dall'analisi svolta dalla dottrina che ha approfondito le tematiche di cui ci si sta ora occupando, ad ogni modo, emergono alcuni dei limiti applicativi del principio di specialità, il quale si pone in significativa frizione con esigenze di giustizia sostanziale in tutte quelle ipotesi in cui sia di tutta evidenza l'inopportunità del trattamento sanzionatorio previsto per il concorso di reati.

Muovendo da questa considerazione, la dottrina penalistica si era mossa in due prevalenti direzioni. Una parte di essa, rimanendo fedele all'impostazione monistica, ha cercato di ampliare la portata applicativa del criterio della specialità, mediante il ricorso alla c.d. "specialità in concreto" o all'applicazione del principio nelle ipotesi di c.d. "specialità reciproca", con le criticità sopra rilevate. La dominante dottrina italiana, invece, ritenendo insufficiente il solo criterio della specialità, seppur nelle sue diverse declinazioni, si è aperta a teorie pluralistiche che tendono ad integrarlo con criteri di valore, i cui due principali possono essere individuati nel criterio di sussidiarietà e in quello della consunzione.²⁸⁹

In ordine alla portata delle varianti terminologiche dell'art. 9 citato rispetto all'art. 15 c.p., si sono registrate, sin dall'inizio, nette contrapposizioni dottrinali. Così, la diversa locuzione utilizzata dal legislatore – "fatto" al posto di "materia" – ha fatto ritenere a taluno che nell'ambito della disposizione in esame non dovesse operare il confronto tra i singoli elementi costitutivi delle fattispecie astratte ma fosse sufficiente valutare se il fatto concreto fosse riconducibile ad entrambe le sanzioni.²⁹⁰ In pratica, è stato riproposto anche in

un'analisi della struttura astratta della fattispecie, soddisfa l'esigenza del diritto, nonché il rispetto dei principi di determinatezza e tassatività. È noto l'esito della disputa: gli interpreti dispongono quasi sempre del criterio di specialità in astratto per risolvere le questioni interpretative relative al concorso di norme; l'esigenza di evitare arbitri giudiziari e soluzioni giurisprudenziali ondivaghe ha avuto la meglio sulle pur comprensibili esigenze di giustizia del caso concreto. Tuttavia, a dispetto di tale orientamento giurisprudenziale che ritiene il criterio di specialità in astratto l'unico possibile, si registrano pronunce in cui l'adesione a tale impostazione risulta meramente formale e pronunce che da essa si discostano apertamente.

²⁸⁹ Occorre precisare che terminologia utilizzata dalla giurisprudenza non è univoca, utilizzando la medesima in modo non sempre preciso gli affini concetti – che vengono invece puntualmente tra loro distinti dalla dottrina maggioritaria – di consunzione, sussidiarietà e progressione criminosa.

²⁹⁰ Così ha ritenuto SINISCALCO M., *Legge 24 novembre 1981, n.689. Modifiche al*

questo caso il modello interpretativo della c.d. “specialità in concreto”. A tale posizione interpretativa si contrappone, tuttavia, quella prevalente, secondo cui la relazione di convergenza apparente non può essere stimata riguardo al fatto (in concreto) simultaneamente riconducibile ad entrambe le norme, bensì procedendo ad un confronto diretto ed in astratto tra le fattispecie, e cioè tra gli elementi costitutivi di ciascuna di esse, al fine di stabilire se tra queste intercorra o meno un rapporto di eterogeneità. Il che riceverebbe conferma dallo stesso tenore letterale dell'art. 9, comma 2, dove, parlandosi di fatto punito, sembra volersi alludere non ad un fatto “naturalistico”, ma alle fattispecie legali presidiate rispettivamente da sanzione penale e amministrativa, che possono in astratto entrare in rapporto di convergenza tra loro.²⁹¹ Alla luce di queste considerazioni è ragionevole ritenere che il legislatore abbia previsto la locuzione “fatto punito” in quanto funzionale ad un singolo precetto, quello appunto dell'art. 9 citato, pensato per regolare relazioni tra norme sanzionatorie; mentre la più generica nozione di “stessa materia”, inserita nel disposto dell'art. 15 c.p., è coerente con la portata della norma volta a disciplinare i rapporti anche tra interi corpi normativi (come tali riferiti non a “fatti” ma appunto a “materie”).

Con particolare riguardo alla convergenza di disposizioni penali e amministrative punitive, il recepimento degli schemi elaborati dalla dottrina penalistica in materia di concorso apparente di norme appare assai problematico in relazione all'applicazione dei suddetti criteri di carattere “valoriale”, che hanno trovato nel sistema penale soluzioni autorizzate dalla clausola “*salvo che sia altrimenti stabilito*” contenuta nell'art. 15 c.p. Il legislatore, invero, nel formulare l'art. 9 l. 689/1981, non ha inserito siffatta clausola, con il probabile intento di vincolare la soluzione di ogni conflitto di norme al solo criterio logico-formale della specialità.²⁹² Sembrerebbe quindi derivarne l'impossibilità di far ricorso a criteri diversi per l'individuazione della

sistema penale. Commento all'art. 9, in LP, 1982, p. 227.

²⁹¹ DOLCINI E., *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689, in AA.VV., Commentario delle Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, p. 58 e ss.

²⁹² DOLCINI E., *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689, cit., p. 59.*

fattispecie prevalente (quali sussidiarietà e consunzione). Ad ogni modo, gli orientamenti giurisprudenziali formati in materia hanno finito per riproporre le divisioni consolidate in merito all'applicazione del concorso apparente di norme penali.²⁹³

2.1 Segue: la deroga al principio di specialità in materia di *market abuse*.

In alcuni settori il legislatore ha adottato una particolare strategia sanzionatoria, introducendo eccezioni espresse alla regola della specialità: per assicurare una risposta punitiva più pronta ed efficace, riducendo il rischio che determinati illeciti rimanessero impuniti, esso ha previsto, in determinati ambiti dell'ordinamento, delle clausole di cumulo tra sanzioni amministrative e penali.

Queste ultime, escludendo l'operatività del principio di specialità, rendono di conseguenza possibile il raddoppio, convenzionalmente “rischioso”, dei procedimenti sanzionatori. Il settore degli abusi di mercato rappresenta, allo stato attuale della legislazione, l'espressione di punta del fenomeno: ma non si tratta dell'unica ipotesi.²⁹⁴

Nel contesto della disciplina del Testo Unico Finanziario (d.lgs. 24

²⁹³ Al riguardo, può essere interessante notare come Cass. pen., sez. un., sentenza 28 marzo 2001, n. 22902 abbia affermato che: “L'esperienza giurisprudenziale e dottrinale ha rivelato come il principio di specialità in astratto sia tuttavia inadeguato a rappresentare tutte le ipotesi in cui deve riconoscersi concorso apparente di norme coesistenti: l'elaborazione dei criteri di sussidiarietà, dell'assorbimento e della consunzione da un lato, della specialità in concreto e della specialità bilaterale nelle sue diverse specificazioni dall'altro, stanno a dimostrare l'esigenza di impedire che il soggetto agente, pur in assenza di situazioni di specialità in astratto, sia chiamato a rispondere della violazione di più norme penali quando comunque una di esse sia in grado di comprendere per intero il disvalore del fatto”.

²⁹⁴ Deroghe al principio di specialità si rinvengono, infatti, in altri contesti normativi connotati dal cumulo delle due sanzioni, penale ed amministrativa, come, ad esempio, in materia di concorso tra il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.) e l'illecito amministrativo di indebita percezione di contributi o di altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia mediante l'esposizione di dati o notizie falsi (art. 3 l. 898/86); di illecito amministrativo consistente nel taglio o danneggiamento di piante facenti parte dei boschi, vincolati ai sensi del R.D. n. 3267 del 1923, concorrente con i reati ambientali.

febbraio 1998, n. 58, d'ora in poi Tuf), infatti, al fine di sanzionare le condotte di *market abuse*, il legislatore ha optato per una sostanziale duplicazione della risposta sanzionatoria configurando, da un lato, agli articoli 184 e 185 Tuf, due delitti (di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato) ed altrettanti illeciti amministrativi agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* Tuf, disciplinanti condotte sostanzialmente sovrapponibili.²⁹⁵ La formulazione stessa di tali illeciti amministrativi, introdotti dalla clausola “salva l'applicazione delle sanzioni penali”, ha indotto la giurisprudenza a ritenere operante, in tale settore, il c.d. sistema del doppio binario per cui il procedimento penale ed amministrativo, seppur a fronte della medesima violazione, debbono ritenersi correre parallelamente, senza interferenza alcuna.²⁹⁶ Il fulcro dell'anomalia sta in ciò: nel caso, abbastanza frequente nella prassi, di convergenza delle disposizioni sul medesimo fatto, in deroga al principio di cui all'art. 9, l. 689/1981, l'illecito penale e l'illecito amministrativo concorrono, conseguendone il cumulo – salvo il correttivo *in executivis* di cui all'art. 187-

²⁹⁵ La comunanza di rubrica degli articoli 185 e 187-*ter* Tuf, entrambi titolati “manipolazione di mercato”, pare un argomento a sostegno della tesi secondo cui, se il legislatore nel 2005 avesse voluto giustapporre in termini di specialità le due figure di illecito in questione, avrebbe almeno differenziato la rubrica per marcare l'alternatività delle due ipotesi, essendo illogico e contrario a buona tecnica normativa titolare allo stesso modo due norme che sim vogliono distinte e regolate nel loro possibile concorso dal principio di specialità. Per contro, anche gli articoli 184 e 187-*bis* recano la stessa rubrica di “abuso di informazioni privilegiate”, con l'ulteriore particolarità che i primi due commi di tali norme sono addirittura identici, ad eccezione della qualifica della sanzione (multa nel caso dell'art. 184 e sanzione amministrativa nell'ipotesi dell'art. 187- *bis*) e della clausola di salvezza delle sanzioni penali contenuta nella seconda delle due norme richiamate. Poiché l'una ipotesi normativa corrisponde perfettamente all'altra, non sarebbe neppure tecnicamente possibili applicare l'art. 9, comma 1 l. 689/1981 per difetto di elementi differenziali in funzione specializzante.

²⁹⁶ Come si diceva nel primo capitolo, per ciò che concerne la materia del *market abuse*, in sede di trasposizione della direttiva 2003/6/CE, il legislatore ha disegnato un sistema di doppia tutela prevedendo nel Tuf pesantissime sanzioni amministrative irrogate in esito ad un procedimento avanti alla Consob, alle quali vanno ad aggiungersi vere e proprie sanzioni di natura penale tutte le volte in cui vi sia una sovrapponibilità, almeno parziale, delle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato designare rispettivamente dagli articoli 184, 185 e 187-*bis*, 187-*ter* Tuf, le quali prevedono rispettivamente due delitti e due illeciti amministrativi.

terdecies– delle rispettive sanzioni.²⁹⁷

Con particolare riferimento alle due diverse fattispecie di manipolazione di mercato, la giurisprudenza di legittimità ha il più delle volte escluso un rapporto di specialità ai sensi dell'articolo 9 legge 689/81 tra violazione amministrativa e condotta penalmente rilevante, ritenendo sussistente, al contrario, un fenomeno di progressione illecita fra le due diverse fattispecie, in ragione delle diverse caratteristiche delle relative disposizioni ed applicando, di conseguenza, entrambe le sanzioni.²⁹⁸ L'analisi condotta dalla Corte di Cassazione, ad ogni modo, avviene sempre sulla base delle fattispecie tipizzate in astratto dal legislatore e non con riferimento alle condotte concretamente poste in essere dai trasgressori. In particolare, la Corte di legittimità ha in più occasioni rilevato che le fattispecie penale ed amministrativa citate presentino alcuni elementi differenziali che agevolano la soluzione dei problemi applicativi pur presenti: il riferimento è soprattutto al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato, presente solo nella disposizione penale. Nonché alla natura di fattispecie a tutela anticipata dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*ter* Tuf, che non postula condotte qualificabili come truffaldine – alla stregua della omologa fattispecie penale – idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari.

Senza entrare nel merito delle vicende oggetto delle pronunce della Suprema Corte, quest'ultima ha più in generale evidenziato come il problema della sovrapposizione di norme parrebbe, con specifico riguardo al caso della manipolazione di mercato, essere agevolato proprio dalla presenza dei

²⁹⁷ FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *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 DESANA E. - MONTALENTI P. - SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio Consob al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2016, p. 38.

²⁹⁸ Cass. pen., sez. VI, sentenza 16 marzo 2006, *Labella*, n. 15199 in *Cass. pen.*, 2007, 1, p. 56, con nota di MAGRO B., *Le manipolazioni di mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, p. 985; V. anche in *Società*, 2007, p. 621 e ss., con commento di MIEDICO M.; ripresa da Trib. Torino, 18 marzo 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

richiamati elementi di differenziazione presenti nelle fattispecie medesime. Più in particolare, il discrimine tra le due fattispecie sarebbe rappresentato dalla diversa struttura delle norme sul piano dell'attitudine offensiva della condotta: se si verifica il pericolo concreto della sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario – unitamente all'elemento soggettivo tipicamente doloso dell'ipotesi delittuosa – è configurabile il reato; se invece il pericolo è meramente presunto o astratto (manipolazione non in grado di incidere in modo sensibile sul prezzo degli strumenti finanziari) la condotta sarà sanzionabile solo in via amministrativa. Dal punto di vista dell'elemento oggettivo, dunque, gli elementi differenziali tra le due fattispecie sarebbero costituiti – oltre che da una più dettagliata previsione della condotta sanzionata rinvenibile nell'illecito amministrativo – dal riferimento agli elementi specializzanti rappresentati dall'idoneità degli atti a cagionare il fatto illecito e dall'elemento della sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari richiesti solo dalla previsione di cui all'art. 185 Tuf. Specularmente, nell'art. 187-ter Tuf, “manca ogni riferimento alla sensibile alterazione del prezzo e alla stessa idoneità della condotta”.²⁹⁹ In tal modo parrebbe correttamente tracciato il confine tra illecito penale ed illecito amministrativo: quest'ultimo infatti, dovrebbe accogliere tutte quelle violazioni che non sono “meritevoli” di essere punite penalmente. E tali sarebbero quelle condotte che, sotto il profilo della struttura e del specifico contenuto di disvalore, non siano concretamente offensive (nella forma della messa in pericolo concreto) del bene giuridico tutelato.

Dalla ricostruzione operata dalla Cassazione, appare di difficile realizzazione un fatto tipico che sia totalmente sovrapponibile ai due tipi di illecito previsti, rimanendo invece più problematica la questione dell'assorbimento di una parte della condotta (già punita dall'illecito amministrativo) nella fattispecie penale, caratterizzata da una serie di elementi

²⁹⁹ Con l'art. 187-ter Tuf, che si caratterizza come fattispecie di pericolo astratto, si intende realizzare una tutela anticipata del relativo bene giuridico attraverso la minaccia di sanzioni amministrative che colpiscono singole condotte astrattamente in grado di produrre una turbativa dei mercati finanziari.

aggiuntivi che, ragionando in concreto per fatti commessi, secondo l'indirizzo della Corte Edu espresso in *Grande Stevens*, potrebbe comunque comportare delle ricadute in tema di divieto di doppia punizione e doppio giudizio.

Sebbene le pronunce della giurisprudenza citata abbiano avuto il merito di mettere in luce le differenze strutturali tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo in tema di manipolazione del mercato evidenziando così il diverso ambito di operatività delle due norme – le medesime non hanno tuttavia risolto i numerosi problemi applicativi che emergono dalla lettura complessiva delle disposizioni in tema di abuso di mercato.³⁰⁰

A tal proposito, occorre fare qualche precisazione sotto il profilo delle tecnica normativa utilizzata dal legislatore per la costruzione degli illeciti di cui agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* Tuf. Come anticipato, infatti, le due norme citate esordiscono con l'ambigua clausola “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”, che potrebbe essere letta sia nel senso di una deroga espressa al principio di specialità tra illecito amministrativo e illecito penale, sia, invece, nel senso di una forse mal congegnata clausola di specialità che richiami il concorso apparente di norme quando si sia in presenza delle condizioni di configurabilità dell'illecito penale che, in tal caso, andrebbe applicato come norma speciale più grave rispetto all'illecito amministrativo.

Invero, in relazione all'interpretazione della summenzionata clausola, in dottrina sono state accolte entrambe le diverse soluzioni. Secondo alcuni autori,³⁰¹ il senso della previsione normativa sembrerebbe essere proprio quello

³⁰⁰ In quelle medesime sentenze si era sottolineato come la “tecnica legislativa inconsueta” utilizzata dal legislatore sia “destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi”. In effetti, come già detto in apertura al presente paragrafo, la *ratio* del tessuto normativo in questione, essendo ispirata ad un sistema a “doppio binario”, consente che alle sanzioni tipicamente penali si aggiungano quelle amministrative irrogate dalla Consob. Ciò parrebbe ancora più evidente in relazione all'ipotesi di abuso di informazioni privilegiate ove la condotta costituente reato ed illecito amministrativo è sostanzialmente la medesima.

³⁰¹ MANNA A., *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 668: l'Autore sostiene che il legislatore ha compiuto una sensibile virata rispetto alla scelta normativa presente nell'art. 9 della legge generale di depenalizzazione 689/81, in favore del principio di specialità. Non avendo rango di principio costituzionale (almeno per l'illecito amministrativo), il

delle parole, ovvero sia che la sanzione amministrativa non pregiudica il procedimento penale allorché i fatti siano suscettibili anche in una fattispecie di reato (diversamente il legislatore avrebbe utilizzato la clausola “salvo che il fatto costituisca reato”). Altra dottrina,³⁰² invece, in riferimento alla fattispecie di manipolazione di mercato, partendo dal presupposto che il fatto descritto rispettivamente agli articoli 185 (reato), comma 1 e 187-ter (illecito amministrativo) Tuf non è identico – a differenza delle ipotesi di *insider trading* dove invece i due illeciti sono quasi totalmente sovrapponibili – propende per una diversa lettura della clausola d'esordio. In particolare, si è sostenuto, che l'*incipit* non esprimerebbe una deroga al principio di cui all'art. 9 l. 689/1981 allorché, per riscontrata specialità, sia pure bilaterale, la norma amministrativa “escluda” quella penale; mentre qualora si integri, in concreto, un concorso formale, la clausola iniziale determinerebbe l'operare del principio di consunzione: la figura più grave, ovvero il delitto, escluderebbe la figura meno grave, vale a dire l'illecito amministrativo.³⁰³ Tale ultima soluzione interpretativa, peraltro, offrirebbe una possibilità di leggere il sistema normativo vigente in chiave di compatibilità con i principi affermati dalla Corte Edu, definendo i confini applicativi dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale, che si configurerebbe solo quando si fosse in presenza di quegli elementi ulteriori, rispetto alla descrizione delle fattispecie amministrative, previsti dal legislatore nelle relative norme incriminatrici.

Sebbene le soluzioni proposte dalla dottrina – anche tendenti a differenziare l'illecito penale da quello amministrativo – siano maggiormente rispettose dei principi generali dell'ordinamento e permettano di evitare (tendenzialmente) l'irrazionale cumulo sanzionatorio, esse, al contempo,

ne bis in idem potrebbe essere derogato da un'altra legge ordinaria successiva alla 689/81. Cfr. anche LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen e proc.*, 2005, p. 1479; ROSSI A., *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, p. 89.

³⁰² PALIERO C.E., “*Market abuse*” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. Merito*, 2005, p. 811; SANTORIELLO C., *Il reato di manipolazione di mercato*, in *Id. (a cura di), La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, 2008, p. 794.

³⁰³ AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 292-293.

suscitano non poche perplessità. Il criterio che fa leva sulla consunzione – escludendo il cumulo tra sanzione penale ed amministrativa – parrebbe porsi in contrasto con le previsioni di cui agli articoli 187-*duodecies* e 187-*terdecies* del Tuf, che dettano precise disposizioni per le ipotesi in cui tanto il procedimento penale che quello amministrativo si instaurino e giungano a conclusione in relazione ai medesimi fatti. Il primo, infatti, esclude tassativamente vincoli di pregiudizialità tra procedimento penale e amministrativo, stabilendo il divieto di sospensione per quest'ultimo a causa della pendenza del primo “avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione”; con il secondo si regola l'applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa per uno stesso fatto, essendo prevista l'esazione della prima limitatamente alla parte eccedente rispetto a quella già riscossa dall'Autorità amministrativa.³⁰⁴ Alla luce di tali considerazioni, la dottrina maggioritaria ha sposato la tesi del concorso tra le due fattispecie manipolative, ravvisando nella clausola di riserva dell'art. 187-*ter* Tuf (“salve le sanzioni penali”) una deroga espressa al principio di cui all'art. 9, l. 689/1981.³⁰⁵

L'impostazione prevalente della dottrina e della giurisprudenza richiamata, peraltro, ha trovato un ostacolo proprio nella più volte citata sentenza *Grande Stevens c. Italia*, che ha affermato la contrarietà al principio del *ne bis in idem* di un sistema che consenta la prosecuzione di un processo penale sugli stessi fatti sulla base dei quali siano già state comminate sanzioni amministrative dalla Consob, che siano divenute definitive e che, in base all'applicazione dei c.d. criteri di *Engel*, possano considerarsi sanzioni aventi sostanzialmente natura penale. La Corte Edu, infatti, rilevando anche una piena sovrapposibilità sul piano della tipicità del bene giuridico protetto (la trasparenza del mercato) e dell'obiettivo perseguito (repressione degli abusi di

³⁰⁴ Ciò dimostra come il sistema delineato miri ad un'applicazione congiunta delle sanzioni, ove ricorrano le condizioni di entrambi gli illeciti, secondo un modulo operativo non nuovo la cui sola peculiarità risiede nel fatto che l'accertamento delle due violazioni è demandata ad organi diversi.

³⁰⁵ Sottolinea la “irresponsabilità repressiva” della deroga al principio di specialità CRESPI A., *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 123 e ss., ora in *Studi di diritto societario*, Milano, 2010, p. 607.

mercato) ha ritenuto che, laddove gli illeciti concorrano, venga integrata una violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo 7 della Cedu.

La prima opera cui occorre porre mano, da parte del legislatore nazionale, dovrebbe essere, dunque, la bonifica del sistema delle deroghe al principio di specialità, la quale potrebbe concretizzarsi, per ciò che concerne tale settore, con l'eliminazione dell'inciso “*salva l'applicazione delle sanzioni penali*” attualmente presente nelle disposizioni che puniscono gli illeciti amministrativi.³⁰⁶

2.2 Segue: Il principio di specialità tra reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria.

Nell'ordinamento tributario italiano, in teoria, il pericolo di frizioni con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem* dovrebbe essere scongiurato perché il principio di specialità tra disposizioni penali e disposizioni amministrative è stato esteso in modo esplicito alla materia tributaria dall'art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74,³⁰⁷ a conferma della regola generale posta dall'art. 9 l. 689/1981 in tema di rapporti tra norme sanzionatorie penali ed amministrative. Tale norma mirava ad introdurre un meccanismo di coordinamento e contemperamento tra fattispecie finalizzato proprio ad evitare un'inutile duplicazione punitiva.

³⁰⁶ Ciò, a dire il vero, non sarebbe forse nemmeno sufficiente in relazione alle fattispecie di *insider trading*, attesa la formulazione sostanzialmente identica dei due illeciti.

³⁰⁷ Secondo la norma citata: “1. Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale”. 2. Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato”. La norma in esame segna una chiara inversione di tendenza rispetto al passato e, in specie, rispetto al regime del cumulo delle sanzioni già previsto dall'art. 10, l. 516/1982, il quale stabiliva che “l'applicazione delle pene previste nel presente decreto non esclude l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto”.

In realtà, il principio di specialità affermato dall'art. 19 non ha fino ad oggi impedito, come si è visto, che l'autore della violazione fiscale venisse sanzionato sia in sede amministrativa che in sede penale, e che la contestazione del reato tributario intervenisse dopo che il medesimo soggetto aveva già subito la sanzione amministrativa, di fatto consentendo il cumulo sanzionatorio in relazione ad una violazione tributaria sostanzialmente identica. Le ragioni di tutto ciò sono da rinvenirsi, da una parte, nelle regole di natura procedimentale stabilite dagli articoli 20 e 21 d.lgs. n. 74/2000 che, come meglio vedremo, consentono esplicitamente il *bis in idem* processuale; e, dall'altra, dall'interpretazione che la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha offerto in relazione tra gli illeciti penali di cui agli articoli 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000 (omessi versamenti) e l'illecito amministrativo previsto dall'art. 13, d.lgs. n. 471/1997.³⁰⁸

Con riferimento al primo profilo, l'art. 20³⁰⁹ – abbandonando definitivamente il vecchio sistema della c.d. “pregiudiziale tributaria”, già superato con la legge del 1982 – ha affermato il principio di autonomia tra procedimento penale e procedimento tributario al fine di evitare ritardi inutili nella decisione, nonché effetti distorsivi derivanti dalle diverse regole probatorie utilizzate nei due processi.³¹⁰ La strada prescelta dal legislatore del 2000 è stata, in sostanza, quella del c.d. “doppio binario” procedimentale, che esclude la possibilità di sospensione sia del “procedimento amministrativo di accertamento”, sia del processo tributario, in pendenza del procedimento penale. Al ricorrere della suddetta evenienza, ossia della pendenza di entrambi i procedimenti, il legislatore del 2000 ha poi previsto, all'art. 21,³¹¹ la non

³⁰⁸ D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, cit., p. 660.

³⁰⁹ Prevede tale norma che: “Il procedimento amministrativo di accertamento ed il procedimento tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione”. Allo stesso modo, il rapporto inverso tra procedimento penale e processo tributario, è regolato sempre all'insegna dell'autonomia, ai sensi degli articoli 3 e 479 c.p.p.

³¹⁰ Relazione al d.lgs. n. 74/2000, p. 45.

³¹¹ Recita tale disposizione: “1. L'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato.

eseguità delle sanzioni amministrative irrogate relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, salvo il caso in cui la rilevanza penale del fatto sia esclusa da un provvedimento di archiviazione, di assoluzione o di proscioglimento. Come sottolineato anche dalla giurisprudenza piú recente, dunque, il complesso meccanismo procedurale contemplato dagli articoli 20 e 21, d.lgs. n. 74/2000, pur non contrastando con il divieto di cumulo sanzionatorio di cui all'art. 19 (e cioè con il divieto di *ne bis idem* sostanziale), ammette la possibilità che un soggetto si venga a trovare nella situazione oggi apertamente contrastante con il principio del *ne bis in idem* processuale così come concepito alla luce della giurisprudenza sovranazionale, in relazione alla possibilità di essere sottoposto a procedimento penale dopo che per lo stesso fatto gli sia stata inflitta, in via definitiva, la sanzione amministrativa.³¹² Con particolare riferimento ai profili di *bis in idem* sostanziale, peraltro, occorre precisare che quest'ultimo risulta piú correttamente tutelato solo con riguardo alla fase “esecutiva”, potendo l'Amministrazione finanziaria procedere comunque all'irrogazione e all'iscrizione a ruolo della sanzione amministrativa.³¹³

In relazione ai rapporti tra illeciti penali ed amministrativi, come si diceva in apertura del presente capitolo, secondo l'interpretazione consolidata della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie, l'applicazione del principio

2. Tali sanzioni non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati dall'articolo 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. In quest'ultimo caso, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice che li ha emessi. 3. Nei casi di irrogazione di un'unica sanzione amministrativa per piú violazioni tributarie in concorso o continuazione fra loro, a norma dell'articolo 12 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, alcune delle quali soltanto penalmente rilevanti, la disposizione del comma 2 del presente articolo opera solo per la parte della sanzione eccedente quella che sarebbe stata applicabile in relazione alle violazioni non penalmente rilevanti”.

³¹² D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, cit., p. 662.

³¹³ CERNUTO G. - D'ARCANGELO F., in *AA. VV.*, *La nuova giustizia penale tributaria*, p. 369, nota 36.

di specialità dipende esclusivamente dal confronto logico-formale tra fattispecie astratte, senza che vi sia spazio per qualsiasi valutazione del fatto nella sua concreta materialità. Sussiste, dunque, un rapporto di specialità, ogniquale volta una delle due fattispecie, oltre a contenere tutti gli elementi costitutivi dell'altra, presenti uno o più elementi specializzanti (per specificazione o per aggiunta). Improntato sul tale principio, il sistema repressivo tributario avrebbe dovuto accordare la tendenziale prevalenza alle fattispecie penali. E ciò in virtù di due elementi specializzanti che, nel dare gradualità alle risposte sanzionatorie, caratterizzano i reati tributari: questi ultimi presuppongono, infatti, la sussistenza del dolo specifico e/o il superamento di soglie di punibilità.³¹⁴

Il problema si è posto con particolare riguardo ai reati di omesso versamento: fatti che, nell'originario disegno riformatore del 2000, non rientravano neppure nel catalogo dei comportamenti meritevoli di pena. Infatti, è solo qualche anno più tardi, precisamente nel 2004 e nel 2006, che il legislatore, tornando sui propri passi, ha attribuito rilevanza penale, rispettivamente, all'omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000)³¹⁵ e all'omesso versamento di IVA (art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000)³¹⁶.

In materia tributaria, quindi, seppur sia stata ribadita in via generale dall' art. 19 d.lgs. 74/2000 la vigenza del principio di specialità al fine di individuare la norma applicabile tra illecito penale ed illecito amministrativo, è stata la giurisprudenza, in via interpretativa, ad escludere in molti casi la sussistenza del rapporto di specialità ed a stabilire l'applicabilità di entrambe le sanzioni, in tal modo avallando la duplicazione punitiva.³¹⁷ Si assiste, dunque,

³¹⁴ AMBROSETTI E.M., *I reati tributari*, cit., p. 449 e ss.

³¹⁵ Articolo inserito dall'art. 1, comma 414, l. 30 dicembre 2004, n. 311, a decorrere dal 1° gennaio 2005, così come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. b), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

³¹⁶ Articolo inserito dall'art. 35, comma 7, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e, successivamente, così sostituito dall'art. 8, comma 1, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

³¹⁷ E' evidente come i profili critici sorti in questo settore siano conseguenti all'operare di determinate soluzioni giurisprudenziali. La giurisprudenza non sembra propensa a riconoscere validità a criteri diversi da quello di specialità in astratto, lasciando unicamente a quest'ultimo il compito di regolare il concorso apparente di norme.

anche in questo settore, ad un “doppio binario” sanzionatorio, per cui condotte sostanzialmente identiche, o comunque fortemente sovrapponibili, vengono sanzionate tanto penalmente quanto amministrativamente. Le pronunce della Suprema Corte si sono espresse, in particolare, in relazione al rapporto tra le fattispecie di cui all'art. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e quella di ritardati o omessi versamenti diretti di cui all'art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.³¹⁸ Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, tali fattispecie non si troverebbero in rapporto di specialità ma di progressione criminosa tale per cui deve essere negata l'esistenza di un concorso apparente tra le due fattispecie; gli ermellini hanno così estromesso qualsiasi spazio di rilevanza al principio del *ne bis in idem* (e agli ulteriori criteri di sussidiarietà e consunzione), a discapito di elementari esigenze di equità e razionalità punitiva.³¹⁹ Invero, procedendo ad un raffronto in astratto, entrambe le fattispecie penali costituiscono violazioni più gravi di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente queste ultime, le arricchiscono di elementi essenziali quali, ad esempio, la soglia di punibilità ed il più lungo termine di consumazione: in entrambi i casi, dunque, non si tratta secondo la Suprema Corte dello “stesso fatto”, ma di fatti diversi in relazione ai quali deve necessariamente applicarsi in via cumulativa sia la sanzione penale che quella amministrativa. E' evidente,

³¹⁸ La Corte di Cassazione ha sostenuto che, a fronte di alcuni elementi comuni, mentre le fattispecie delittuose si consumano con lo scadere del termine per la presentazione della dichiarazione annuale (nel caso di omesso versamento delle ritenute, art. 10-*bis*) o del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta dell'anno successivo (nel caso di omesso versamento Iva, art. 10-*ter*), gli illeciti amministrativi si realizzano con l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili; tanto basterebbe, allora, per ritenere che le diverse fattispecie, penale e amministrativa, siano diverse. Cfr. Cass. pen. sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424 e Cass. pen. sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425, in www.penalecontemporaneo.it, confermate, nonostante la pronuncia della Corte Edu del 2014, da Cass. pen., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266, in www.penalecontemporaneo.it, che riafferma il rapporto di progressione criminosa tra l'art. 13, d.lgs. 471/1997 e gli illeciti penali.

³¹⁹ In tal senso, si è osservato che la mancanza nell'art. 9 l. 689/1981 della clausola “salvo che sia altrimenti stabilito” vincoli l'interprete a risolvere il conflitto tra norme speciali e amministrative utilizzando il solo criterio logico-formale della specialità, e ciò proprio per evitare soluzioni che collidano con il principio di legalità penale. In realtà, la presenza di numerose clausole di sussidiarietà non esclude l'operare anche di ulteriori criteri a scapito della specialità.

dunque, anche in considerazione della nozione di *idem factum* oramai consolidata nella giurisprudenza delle Corti europee, che l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite della Cassazione finisca non solo per vanificare la *ratio* dell'art. 19, d.lgs. n. 74/2000, di fatto promuovendo la disapplicazione della relativa disposizione, ma anche per intensificare i profili di contrasto del nostro sistema sanzionatorio tributario con il principio del *ne bis in idem* di matrice europea.³²⁰

Ad ogni modo, anche escludendo il rapporto di specialità nelle vicende prese in considerazione dalla giurisprudenza, non può negarsi che, proprio nei casi di progressione illecita, l'identità del fatto nella sua concreta materialità, alla quale fa riferimento il principio del *ne bis in idem*, funga da limite invalicabile a qualsiasi duplicazione punitiva. E ciò tanto è più vero per le ipotesi, come quelle sopra citate, in cui l'intero contenuto di disvalore è esaurito dall'applicazione di una sola di tali norme, nella specie, quella penale.

Che quest'ultima sia l'interpretazione più corretta da dare al sistema sanzionatorio in materia, emerge, peraltro, dal fatto che entrambi gli illeciti tutelano il medesimo interesse: la corretta e puntuale percezione dei tributi. A tal proposito, si fa anche presente che in una recente relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione³²¹ si sottolineava come le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di Strasburgo a partire da *Zolotoukhin* (ribadite in *Grande Stevens*), potrebbero essere idonee a mettere “in crisi” la concezione del principio di specialità quale “rapporto che intercorre tra fattispecie tipiche, considerate in astratto, e non già tra condotte in concreto poste in essere”. Alla luce di quanto precede, e salvi gli effetti di una eventuale riforma, una soluzione alle questioni sollevate nel presente lavoro potrebbe discendere da una applicazione maggiormente razionale del principio di specialità, che presupponga – partendo dallo “stesso fatto” – un raffronto tra fattispecie operato non in astratto ma in concreto. Così facendo si potrebbe giungere alla

³²⁰ D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, cit. p. 663.

³²¹ Relazione n. 35/2014, Ufficio Massimario della Corte di cassazione, 8 maggio 2014, in www.cortedicassazione.it.

conclusione, nei casi considerati dalla Sezioni Unite, che il fatto considerato nelle due diverse sedi, amministrativa e penale, sia sostanzialmente il medesimo e, nonostante la disposizione penale preveda ulteriori elementi che arricchiscono la relativa fattispecie, quest'ultima contiene ed assorbe l'illecito amministrativo che, pertanto, non può essere fatto oggetto di autonoma contestazione.³²²

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

In considerazione delle argomentazioni di cui a breve si dirà, un contributo di assoluta novità rispetto alla declinazione interna del principio di specialità potrebbe giungere dalla più recente giurisprudenza delle Corti europee che, come già osservato, di recente è apparsa assai attenta al tema del *ne bis in idem* e del cumulo di sanzioni penali ed amministrative.

A tal proposito, non si può non considerare come punto di partenza nel giudizio relativo alla sussistenza di un *bis in idem* deve necessariamente essere la valutazione sulla “medesimezza” di un fatto: è questo uno dei punti più interessanti sviluppato nel ragionamento dei giudici della Corte di Strasburgo. Sul punto, la Corte Edu, nelle diverse pronunce, ha avuto modo di affermare che, per giungere alla conclusione in merito alla violazione del divieto di *bis in idem*, occorre verificare che i fatti materiali, per i quali i ricorrenti sono stati giudicati due volte, siano identici.³²³ Tale conclusione è espressione dei principi da tempo elaborati in materia dalla Corte Edu e, più di recente, sembra essere stata accolta anche dalla nostra Corte Costituzionale nella pronuncia n.

³²² D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, cit. p. 664.

³²³ Cfr. C. edu *Zolotoukhin c. Russia*, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, che si riferisce a “fatti identici o sostanzialmente uguali”; *Grande Stevens c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014, che parla di identità del “comportamento”; ancora *Nikanen c. Finlandia*, sentenza del 20 maggio 2014, e *Lucky Dev c. Svezia*, sentenza del 27 novembre 2014, nelle quali si definisce l'*idem factum* come “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.

200/2016.³²⁴

Il principio di diritto che si può pertanto ricavare dalle decisioni delle Corti europee è quello secondo cui deve considerarsi *idem factum* “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.³²⁵ Le ultime novità sul tema introdotte dalla Corte Edu (Grande Camera) *A & B c. Norvegia*, con la sentenza del 15 novembre 2016, non hanno inteso rivedere le conclusioni cui si era giunti nella decisione *Zolotoukhin* e la nozione di *idem* da essa stabilita: la disposizione convenzionale continua, dunque, ancora oggi, a dipendere dalla commissione di un unico fatto materiale, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica.

In virtù dell'attenzione da parte della giurisprudenza convenzionale – nelle valutazioni relative all'*idem factum* – per la dimensione concreta e fattuale dell'illecito, la tendenza che emerge sembra essere quella secondo la quale le valutazioni di carattere normativo non possono incidere sulle garanzie degli individui. Quello che sembra manifestarsi nella giurisprudenza delle Corti europee è, quindi, l'irrelevanza del criterio dell'*idem legale*,³²⁶ ossia delle diverse qualificazioni giuridiche attribuite dall'ordinamento ad un medesimo fatto.³²⁷ Viene così apertamente respinto un approccio interpretativo che guardi esclusivamente ai rapporti strutturali tra norme astratte: ciò che davvero diviene necessario verificare, in una prospettiva di tutela sostanziale che voglia evitare un *bis in idem*, è la concreta riconducibilità degli illeciti oggetto di

³²⁴ C. Cost., sentenza 21 luglio 2016, n. 200, con nota di ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la consulta dichiara (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 24 luglio 2016.

³²⁵ Principio enunciato, oltre che nella sentenza *Zolotoukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009, anche nella sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014 e nella pronuncia *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014.

³²⁶ In questo senso, v. LABIANCA D., *La nuova dimensione del ne bis in idem: dal caso Grande Stevens a C. cost. n. 102/2016*, in CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, Milanofiori Assago, 2017, p. 154.

³²⁷ Sulla base di tali considerazioni, se un ordinamento nazionale considera uno stesso fatto sotto un duplice profilo, ed è già intervenuta una condanna, non si potrà assoggettare il soggetto che l'ha commesso ad un nuovo procedimento per quel medesimo fatto.

accertamento, sia in sede amministrativa che penale, al medesimo fatto storico.

A questo punto, resta però da chiarire se possa dirsi definitivamente abbandonato, anche dai giudizi nazionali, il tradizionale significato di “stesso fatto” elaborato dalla giurisprudenza interna sulla base di considerazioni prettamente focalizzate sulla valutazione degli elementi normativi presenti nella struttura dei diversi illeciti, secondo un'impostazione ancorata ad un giudizio legato all'*idem legale*. Se così fosse, si tratterebbe di una vera e propria rivoluzione copernicana che coinvolge primariamente lo stesso presupposto dell'operare del canone della specialità, e cioè quell'*idem factum* richiamato all'art. 9 l. n. 689/1981, la cui sussistenza deve essere verificata preliminarmente nell'indagine interpretativa svolta dal giudice per risolvere l'alternativa tra concorso apparente di norme e concorso di reati.³²⁸

Occorre pertanto chiedersi se la menzionata prospettiva europea, che ha già trovato un seguito nella giurisprudenza interna in tema di *ne bis in idem* “processuale”, sia idonea in qualche modo a scalfire anche la classica concezione della giurisprudenza nazionale in relazione al principio di specialità, che opera nella differente ma contigua dimensione “sostanziale” del principio in esame. Sull'onda della giurisprudenza europea, con riguardo a tale profilo, parrebbero delinearsi due diverse posizioni dottrinali. Alcuni autori, ribadendo l'autonomia del *ne bis in idem* processuale dal *ne bis in idem* sostanziale, conformemente alle diverse finalità cui i due principi mirano, sono giunti a sostenere la validità e la conseguente operatività del criterio dell'*idem factum* solo in relazione alla versione “processuale” del divieto. Più in particolare, alla luce della richiamata giurisprudenza di Strasburgo, il principio del *ne bis in idem* determinerebbe l'impossibilità di incardinare un secondo

³²⁸ Si badi che – nonostante le differenze letterali rinvenibili tra la formulazione dell'art. 15 c.p. e l'art. 9 l. 689/1981 rilevate da una parte della dottrina – anche in materia di “specialità amministrativa”, l'orientamento maggioritario della Corte di Cassazione accoglie una soluzione di tipo “strutturale”, nel senso che la sussistenza di uno “stesso fatto” può essere affermata solo partendo da un raffronto in astratto delle fattispecie tipiche previste dalle norme che vengono in considerazione, attraverso un'analisi in cui vengono completamente estromessi tutti gli elementi sostanziali e valoriali del caso concreto. Cfr. Cass. pen, sez. un., sentenza 21 gennaio 2011, n. 1963; in tal senso anche Cass. pen., sez. un., sentenze “gemelle” del 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425.

procedimento non solo quando un medesimo fatto afferisca ad un'unica fattispecie incriminatrice che si vorrebbe fare oggetto di un nuovo accertamento – ma anche nei casi di concorso formale, in cui la legge sostanziale ammette, invece, per uno stesso fatto, il cumulo sanzionatorio. Secondo questa tesi, in altri termini, dalla giurisprudenza convenzionale sembrerebbe derivare l'assunto secondo cui, a fronte dei molteplici risvolti penali o amministrativo-punitivi (tutti consentiti) di un unico fatto concreto, e della possibilità di un loro contestuale accertamento, il rispetto dell'art. 4 Prot. 7 Cedu implicherebbe soltanto la necessità di una trattazione cumulativa dei medesimi, a prescindere dal fatto che essi possano avere o meno una loro autonomia da un punto di vista della qualificazione normativa. Nessun effetto, invece, ne discenderebbe sul piano del diritto sostanziale.³²⁹

Altri interpreti, invece, alla luce di tale rinnovata attenzione alla manifestazione concreta del fatto, hanno cominciato a mettere in dubbio la perdurante validità del criterio della specialità in astratto utilizzato dalla nostra giurisprudenza interna.³³⁰ Siffatto criterio, che, come visto, non si interessa della dimensione fattuale dell'illecito, consente, infatti, che uno stesso accadimento storico sia punito in base a due diverse fattispecie, nella misura in cui le relative disposizioni che le prevedono non si pongano in rapporto di specialità.

Una soluzione a questi dubbi interpretativi potrebbe forse farsi discendere da una lettura più attenta delle opinioni dei giudici dissenzienti nel caso *Grande Stevens*: in tali *dissenting opinion* si fa espresso riferimento al principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/198 come “garanzia preventiva” rispetto ad una duplicazione sanzionatoria, e si sostiene implicitamente che di

³²⁹ MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, cit., p. 10.

³³⁰ In questo senso Corte di cassazione, Ufficio del Ruolo e del Massimario, Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, Rel. n. 35/2014, in www.cortedicassazione.it, 29 maggio 2014, p. 14; v. anche DE AMICIS G., op. cit., p. 19; D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, cit. p. 664; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra il ne bis europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., p. 1033 e ss; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15.

quel principio avrebbe dovuto farsi applicazione nel caso di specie.³³¹ La conseguenza di tale conclusione – che non viene esplicitata nel testo della sentenza, ma che i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque rendono nota nelle predette opinioni dissenzienti – sembra evidente: nella visione europea non è possibile propendere per una dimensione formale ed astratta della specialità. Il fulcro dell'attività di raffronto tra norme, operata dal giudice al fine di individuare la disposizione applicabile nel singolo caso, deve in ogni caso individuarsi nel fatto concreto, che si erge a criterio guida nell'attività di analisi interpretativa delle norme astratte *lato sensu* punitive.

Le indicazioni provenienti da Strasburgo, dunque, non possono che essere destinate ad influenzare anche il procedimento logico interpretativo formulato dalla giurisprudenza in punto di applicazione del canone della specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981 (e art. 15 c.p.). In particolare, ad essere interessato sarebbe il primo passaggio di tale metodologia ermeneutica, cioè la verifica della sussistenza di uno “stesso fatto”, *step* preliminare e necessario per l'individuazione di un concorso apparente di norme, e dunque per l'operare del principio di specialità.³³² Dopo la decisa presa di posizione della Corte europea a favore dell'*idem factum*, pertanto, non sarebbero più possibili irragionevoli valutazioni normative volte a “spezzettare” la condotta tipica, dalle quali far discendere, sul piano giuridico, differenze che non trovano riscontro nella realtà fattuale. Seguendo questa impostazione, in presenza di uno stesso fatto materiale, una sola sarebbe la norma utilizzabile, ed una sola la

³³¹ A parere dei due giudici certamente si sarebbe dovuti giungere, nella vicenda oggetto di esame, all'applicabilità del già citato criterio della *lex specialis*, considerato che gli elementi aggiuntivi previsti nella fattispecie penale, e non anche in quella amministrativa (alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari e presenza del dolo), «non sono altro che elementi specializzanti rispetto alla fattispecie generale di manipolazione del mercato prevista all'art. 187-ter Tuf», fatta oggetto di accertamento nelle due distinte sedi penale e amministrativa. PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 68, nota 22, richiama F. VIGANÒ F., op. cit., p. 10, il quale attribuisce «ragione da vendere» ai giudici dissenzienti, concordando con una ricostruzione del rapporto fra illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e illecito penale ex art. 185 rappresentabile, in termini grafici, in una relazione di insieme (art. 187-ter) - sottoinsieme (art. 185).

³³² PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, cit. p. 69.

corrispondente sanzione.³³³

In considerazione di quanto detto, il principio di specialità, nella sua dimensione applicativa, rappresenta un istituto centrale su cui valutare la tenuta dei rapporti tra il sistema normativo interno e quello convenzionale. È necessario che “quella tensione al fatto, che già caratterizza la dimensione del *ne bis in idem* processuale di cui all’art. 649 c.p.p., coinvolga anche l’omologa prospettiva sostanziale, entro la quale – come visto – la specialità si pone quale presidio preventivo rispetto ai rischi di duplicazione sanzionatoria.”³³⁴ Interpretato diversamente il principio di specialità si presta a divenire un facile espediente per eludere l’applicazione della garanzia convenzionale oggetto di trattazione.

4. Il *ne bis in idem* convenzionale all’esame della Consulta: la pronuncia n. 200/2016.

Un rinvigorito interesse verso il principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, a livello nazionale, è stato anche manifestato dalla Consulta nella pronuncia n. 200/2016.³³⁵ Con tale sentenza, la Corte, nel pronunciarsi

³³³ In questi termini G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 685. Riconosce nel «medesimo fatto concreto sul quale convergono le norme (...) null’altro che il presupposto stesso per l’operatività del concorso apparente»; anche PELISSERO M., *Concorso apparente di norme*, in GROSSO C. F. - M. PELISSERO - PETRINI D. - PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 562.

³³⁴ PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, cit. p. 68.

³³⁵ Importanti commenti alla sentenza sono stati svolti da PULITANÒ D., *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, p. 70, e da FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, p. 78. “Quest’ultimo propone anche una lettura critica della giurisprudenza della Corte costituzionale sul valore da conferire alle sentenze delle Corti europee, a partire dalle sentenze gemelle (nn. 348 e 349 del 2007), ritenute “responsabili” di aver creato un canone, ritenuto non condivisibile, di vincolatività della giurisprudenza europea. L’Autore ripercorre l’evoluzione delle sentenze costituzionali sino ad arrivare alla pronuncia n. 49 del 2015, la quale viene portata ad esempio di una logica distante da quella espressa nelle “sentenze gemelle”, là dove essa evidenzia, sì, la funzione interpretativa eminente della Corte Edu, ma rileva che sarebbe errato “ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali e, in primo luogo i giudici comuni, passivi di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della

favorevolmente alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ha anche chiarito alcuni dubbi interpretativi sul tema della valutazione dell'identità del fatto. Nell'ordinanza di rimessione,³³⁶ il Gup di Torino aveva interpellato i giudici delle leggi, in riferimento alla nota vicenda *Eternit-bis*, chiedendo di vagliare la costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., avendo riguardo, in particolare, all'art. 117 Cost. ed all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu, nella parte in cui la predetta norma processuale – così come interpretata dal diritto vivente delle corti interne, che pongono a fondamento delle proprie valutazioni l'*idem legale* e non l'*idem factum* – “limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico”.

In relazione a tale profilo la Corte ha dichiarato la questione infondata, facendo leva sulle seguenti argomentazioni. In primo luogo, dopo aver preso atto che i giudici europei, in relazione alla suddetta questione, escludono ogni rilevanza dell'*idem giuridico*, la Consulta ritiene comunque errata la premessa del ricorrente secondo la quale il concetto di *idem factum* convenzionale sarebbe limitato alla sola “condotta” realizzata dall'agente. Invero, dopo aver richiamato i propri precedenti relativi al dovere dei giudici italiani di trarre dalla giurisprudenza “consolidata” di Strasburgo il contenuto delle disposizioni della Cedu e dei suoi Protocolli che fungono da parametro interposto nel giudizio di legittimità rispetto alle norme costituzionali per effetto del disposto dell'art. 117 Cost.,³³⁷ la Corte ha affermato che una valutazione del “medesimo

pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato”, sottolineando che il giudice nazionale deve rimanere sottoposto solo alla legge ed a nessun'altra autorità. Tuttavia, secondo l'Autore, anche la sentenza n. 49 del 2015 non si sottrae alla critica di aderire ad una visione vincolante della giurisprudenza Cedu, quando individua il noto criterio del “diritto consolidato”, piuttosto che spostare completamente la visione ed indicare un valore più limitante agli indirizzi della Corte di Strasburgo, dei quali si dovrebbe “tener conto” senza che essi abbiano un tale significato di vincolo interpretativo”. Cfr. Relazione n. 26/2017, Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, 21 marzo 2017.

³³⁶ Tribunale di Torino, ordinanza del 24 luglio 2015.

³³⁷ Cfr. le sentenze c.d. “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, nonché la più recente pronuncia n. 49/2015.

fatto” che tenesse in considerazione la sola condotta dell'agente non sarebbe in linea con il contesto normativo che discende dall'interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu fornita dalla stessa Corte Edu.³³⁸ Affermano invece i giudici delle leggi che “né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, né le successive pronunce della Corte Edu recano l’affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem*, con esclusivo riferimento all’azione o all’omissione dell’imputato...in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l’unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima”.³³⁹ Ne consegue che “vi sono indizi per includere nel giudizio l’oggetto fisico di quest’ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l’evento, purché recepito con rigore alla sola dimensione materiale”. Dunque, la Corte Costituzionale, nel ricostruire la nozione di *idem factum* convenzionale, arriva ad includere nella stessa, oltre alla condotta, anche l’evento e il nesso causale, arrivando così a dettagliare la nozione tradizionalmente accolta dalla Corte Edu quale “insieme di circostanze fattuali inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.

La Corte Costituzionale, poi, passando ad occuparsi della questione centrale relativa all'individuazione del diritto vivente formatosi sulla norma sospettata di illegittimità costituzionale, svolge in via preliminare un attento esame della giurisprudenza interna in materia, evidenziando il contrapporsi di due orientamenti, uno maggioritario, l'altro minoritario.³⁴⁰

³³⁸ La Corte Costituzionale fa notare che non possono essere considerate in senso contrario alla tesi “estensiva” dell'*idem factum* le decisioni aventi ad oggetto reati di sola condotta, nei quali l'indagine verte necessariamente su quest'ultima, come accaduto, per esempio, in *Grande Stevens c Italia*. Il riferimento è in particolare, al par. 233 di tale ultima decisione, ove si afferma: “la questione da definire non è se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dall'art. 185 e 187-ter comma 1 Tuf siano identici o meno, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stesa condotta”.

³³⁹ Cfr C. edu, *Muslja c. Bosnia Erzegovina*, sentenza del 14 aprile 2014, par. 34; *Khmel c. Russia*, sentenza del 14 aprile 2014, par. 65; *Butnaru c. Bejan-Piser c. Romania*, sentenza del 23 settembre 2015, par. 37.

³⁴⁰ Il primo, maggioritario, è quello per cui il medesimo fatto di cui all'art. 649 c.p.p. deve essere interpretato come corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta,

La Consulta osserva che, a ben vedere, il “diritto vivente” non può che identificarsi con l'indirizzo maggioritario avallato dalle Sezioni unite n. 34655 del 28 giugno 2005, *Donati*, secondo il quale “ai fini della preclusione connessa al principio *ne bis in idem*”, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona”. Secondo la giurisprudenza costante, quindi, la nozione di *idem factum* risulta già strettamente connessa alla dimensione fattuale, e l'orientamento che fa leva sull'*idem legale* richiamato dal Gup di Torino è da ritenersi del tutto minoritario. Alla luce delle considerazioni appena illustrate, la Corte conclude per l'inammissibilità della questione prospettata.

L'ulteriore profilo di illegittimità messo in evidenza dal giudice rimettente avendo riguardo all'art. 649 c.p.p. ed al principio del *ne bis in idem* convenzionale concerneva “la regola che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto”. In proposito, la Consulta, dopo aver constatato che, in effetti, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente³⁴¹ fa discendere dalla

evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo di luogo e di persona. Per il secondo orientamento, minoritario, non deve essere tenuta in conto solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica, dovendosi considerare le “implicazioni penalistiche” dell'accadimento. V. Relazione n. 26/2017, Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, 21 marzo 2017, in www.cortedicassazione.it.

³⁴¹ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2016, n. 52645 in www.cortedicassazione.it. Tale filone giurisprudenziale, secondo la Corte, “reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento della dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento. Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 c.p., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale

disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. l'inapplicabilità del divieto di nuovo giudizio ogniqualvolta sia ravvisabile un concorso formale di reati,³⁴² rileva le criticità di una siffatta lettura della norma che, allontanandosi dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, nasconde giudizi fondati sull'*idem legale*, in violazione dei dettami espressi dalla Cedu, nonché dagli articoli 24 e 111 Cost., ai quali la garanzia del *ne bis in idem* indirettamente si ricollega.

Sulla base di queste argomentazioni la Corte ha sostenuto che, tanto a livello costituzionale, quanto nel contesto europeo, l'instaurazione di un nuovo procedimento nei confronti di uno stesso soggetto non può che sottendere necessariamente considerazioni relative agli aspetti fattuali dell'illecito e, pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude il divieto di secondo giudizio, ritenendo che il fatto non sia il medesimo per la sola circostanza che, tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile ed il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale, ricorra un concorso formale.³⁴³

5. Segue: L'impatto dell'evoluzione interpretativa del divieto di *bis in idem* convenzionale sul concorso apparente di norme.

La sentenza di cui ci si è appena occupati riguarda, seppur in maniera incidentale, il problema relativo all'influenza del sistema Cedu sui criteri in materia di concorso di norme. A tal proposito, occorre svolgere tuttavia due diverse considerazioni.³⁴⁴ La prima concerne l'asserita esistenza di un criterio di

simultaneus processus, deve reputarsi sbarrata perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*".

³⁴² In tal senso, in dottrina, vedi LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, p. 808, che sostiene la tesi per cui l'esistenza di un concorso formale esclude in ogni caso l'*idem factum*.

³⁴³ E' opportuno ricordare che C. cost., 15 gennaio 1976, n. 6, in www.giurcost.org, aveva invece dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 90 c.p.p. del codice abrogato, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, nella lettura datane dalla giurisprudenza, "non opera[va] in caso di concorso formale di reati".

³⁴⁴ Messe in evidenza da MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, cit., p.

“assorbimento” ai sensi del quale l’interprete, nell’occuparsi del concorso di norme, dovrebbe valutare “che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 c.p.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell’altro”.³⁴⁵ A tale riguardo, risulta una evidente disarmonia tra le motivazioni della sentenza n. 200/2016 e l’orientamento consolidato della Corte di Cassazione in relazione ai principi che regolano il concorso apparente di norme.

La seconda considerazione muove da quanto precede nonché dalla richiamata giurisprudenza della Corte Edu. In particolare, si tratta di comprendere se, al fine di garantire l’integrale applicazione della regola del *ne bis in idem*, non sarebbe conveniente conferire una legittimazione ufficiale nel nostro ordinamento ai criteri ermeneutici dell’assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto. Il criterio di specialità in astratto utilizzato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, infatti, fondandosi esclusivamente sul confronto delle fattispecie normative che di volta in volta vengono in rilievo nelle singole situazioni concrete, trascura la dimensione storica del fatto e restringe l’operatività del concorso apparente di norme in favore del concorso di reati.

L’orientamento richiamato della giurisprudenza, costituzionale e convenzionale, secondo alcuni, sembrerebbe proprio favorire il ricorso ai suddetti canoni ermeneutici. Secondo questa tesi, giudizi incentrati sulla manifestazione concreta del fatto risulterebbero maggiormente idonei a scongiurare l’eventualità di una doppia punizione dell’agente in violazione del

8.

³⁴⁵ Si riporta il punto della sentenza oggetto di attenzione: “Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell’altro, è incontestato che si debbano attribuire all’imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un’unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico. Siamo, infatti, nell’ambito di un istituto del diritto penale sostanziale che evoca mutevoli scelte di politica incriminatrice, proprie del legislatore, e in quanto tali soggette al controllo di questa Corte solo qualora trasmodino in un assetto sanzionatorio manifestamente irragionevole, arbitrario o sproporzionato (*ex plurimis*, sentenze n. 56 del 2016 e n. 185 del 2015)”.

principio del *ne bis in idem* sostanziale. I principi di sussidiarietà, di assorbimento, o di specialità in concreto, esaminando prevalentemente la dimensione “storica” del fatto, estendono l’ambito di operatività del concorso apparente: si tratta, peraltro, di criteri che in origine erano sorti proprio per evitare che un fatto, sussumibile nella sua dimensione concreta sotto più fattispecie, potesse essere punito in base ad ognuna di esse, a prescindere dal rapporto strutturale sussistente tra le relative disposizioni punitive che le prevedono.

Su tale questione hanno preso espressamente posizione, più di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione,³⁴⁶ che hanno escluso la rilevanza dei criteri di assorbimento e sussidiarietà ai fini della valutazione circa la sussistenza di un concorso apparente di norme, in quanto criteri basati su un’indagine relativa al fatto storico. Gli ermellini, a sostegno della propria posizione, argomentano che, sia la giurisprudenza convenzionale sia quella costituzionale interna condividono l’idea che la regola del *ne bis in idem convenzionale* produca effetti in una dimensione non sostanziale ma meramente processuale. Ne consegue che i principi costituzionali e l’art. 4 Protocollo n. 7 della Cedu non imporrebbero che ad un fatto consegua un’unica sanzione, dovendosi escludere soltanto che un soggetto possa rispondere dello stesso fatto in due diversi procedimenti, perché ciò finirebbe per far percepire come provvisoria la libertà personale dell’individuo e, di fatto, renderebbe tendenzialmente perpetuo lo *ius puniendi* statale. Secondo questa impostazione, non potrebbe invece desumersi, dai principi appena esposti, l’ulteriore assunto secondo cui la commissione di un fatto astrattamente riconducibile a diverse fattispecie implichi la necessità di una sola punizione; da una siffatta lettura, infatti, discenderebbe l’illegittimità costituzionale delle norme sul concorso formale (art. 81, comma 1 c.p.).

Secondo la Suprema Corte, in estrema sintesi, la natura processuale del divieto del *ne bis in idem* non consente che dalle evoluzioni interpretative del medesimo si possano far discendere ulteriori effetti in relazione ad istituti di

³⁴⁶ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664.

diritto penale sostanziale, anche in ragione del fatto che tali effetti contrasterebbero con quanto sostenuto da una consolidata giurisprudenza di legittimità che, sul punto, non ha mostrato sino ad ora aperture in tal senso. Ne consegue che è certamente possibile valutare una fattispecie alla luce di tutte le disposizioni penalmente rilevanti messe a disposizione dall'ordinamento, purché il relativo accertamento sia compiuto in un unico procedimento.

Le Sezioni Unite della Cassazione si sforzano altresì di esplicitare le ragioni che inducono ad accogliere il criterio della specialità in astratto, richiamando dei propri autorevoli precedenti secondo cui “i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale”.³⁴⁷ È, dunque, la necessità di salvaguardare le esigenze di determinatezza e tassatività che spingerebbe i supremi giudici a difendere il criterio di specialità a fronte del vento rivoluzionario proveniente da Strasburgo, ed a ritenere che esso sia l'unico canone interpretativo idoneo a risolvere le questioni in tema di concorso di norme.

Ad ogni modo, taluni autori hanno contrariamente sostenuto che l'assunto richiamato dalle Sezioni Unite – secondo cui i criteri di assorbimento, sussidiarietà e consunzione sarebbero incompatibili con il canone della legalità in materia penale – non sia sufficientemente persuasivo.³⁴⁸

Un primo argomento a favore della tesi contraria a quella delle Sezioni Unite sarebbe rappresentato dalla circostanza che, in questo modo, l'applicazione del principio di legalità, anziché porsi a tutela del cittadino,

³⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. un., sentenza 20 dicembre 2005, n. 47164, *Marino*, (in tema di concorso tra le condotte di acquisto o ricezione punite dall'art. 648 c.p. e le successive condotte di immissione in commercio punite dall'art. 171-ter legge 22 aprile 1941, n. 633); cfr., nello stesso senso, Cass. pen., sez. un., sentenza 28 ottobre 2010, n. 1963, *Di Lorenzo* (sul concorso tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 cod. strada e il reato di cui all'art. 334 c.p.).

³⁴⁸ FINOCCHIARO S., *Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.

produrrebbe effetti in *malam partem*, nel senso che andrebbe ad allargare il numero degli illeciti dei quali un soggetto può essere chiamato a rispondere. Inoltre, non fondato sarebbe anche l'assunto secondo cui tali criteri risultino sprovvisti di una base normativa, atteso che il numero non poco rilevante delle clausole di riserva espressa, sparse qua e là all'interno dell'ordinamento, consente di risalire a veri e propri 'principi interpretativi generali', come peraltro già paventato nella Relazione al Progetto definitivo al codice penale.³⁴⁹ Ulteriori appigli normativi possono inoltre ricavarsi da una lettura sistematica delle disposizioni di cui agli articoli 84, 61, 62 e 68 c.p. L'applicazione dei criteri "valoriali" appena richiamati, infine, meglio si coordinerebbe con il principio fondamentale di proporzione della sanzione, espressamente riconosciuto dall'art. 49.3 della Cdfue e implicitamente desumibile anche dall'art. 3 Cedu,³⁵⁰ nonché recentemente ricollegato dalla Consulta agli artt. 3 e 27 Cost.³⁵¹ Pertanto, l'applicazione dei criteri di assorbimento e di sussidiarietà, quali canoni ermeneutici per risolvere conflitti tra norme, è stato ritenuto compatibile con il principio di legalità in materia penale.

Neppure convincente è parsa l'ulteriore asserzione della Corte secondo cui le figure dell'assorbimento, della consunzione e dell'ante-fatto o post-fatto non punibile individuerebbero "elementi incerti quale dato di discriminazione, come l'identità del bene giuridico tutelato, dalle norme in comparazione e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, di non univoca individuazione e, per questo, suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti". Infatti, se da una parte il criterio di assorbimento non può prescindere da valutazioni di natura sostanziale-valoriale, dall'altra ciò non vuol dire che tale principio si proponga quale strumento totalmente rimesso

³⁴⁹ Cfr. Lav. Prep. Cod. pen. e Cod. proc. pen. 1929, vol. V, pt. II, p. 218.

³⁵⁰ Cfr., ad esempio, C. edu, Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, par. 102. Il principio di proporzionalità è stato inoltre recentemente valorizzato dalla sentenza della Grande Camera *A e B. c. Novergia*, quale *ratio* sottostante al divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu.

³⁵¹ C. cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, 14 novembre 2016; per un precedente, cfr. anche C. cost., sentenza 22 luglio 1994, n. 341.

alla libera discrezionalità del giudice, che quest'ultimo applica a suo piacimento sulla base delle peculiarità riscontrate nel singolo caso sottoposto alla sua attenzione: esso, al contrario, può essere ricostruito come un criterio generale dell'ordinamento utilizzabile per raffrontare norme giuridiche, e non solo fatti materiali.

A tal fine sono state anche postulate le modalità con le quali un siffatto approccio obiettivo nell'applicazione dei criteri medesimi potrebbe realizzarsi;³⁵² è stato infatti ipotizzato il possibile ricorso ad una tecnica ermeneutica che si rivelerebbe idonea a garantire un'applicazione neutra dei medesimi, scevra da giudizi dell'interprete di stampo soggettivistico, fondata su una valutazione a tre tempi, equivalenti ad altrettanti passaggi logico-giuridici³⁵³. A tal proposito, si tratterebbe di: (i) individuare la violazione più grave tra quelle previste dalle diverse norme; (ii) verificare che la fattispecie meno grave sia posta a tutela di beni giuridici già offesi dal primo illecito; (iii) stabilire se il disvalore di quest'ultimo contenga in sé quello espresso dalla condotta punita da una diversa disposizione.

La Cassazione, viceversa, piuttosto che riconoscere rilevanza autonoma ai principi di assorbimento e sussidiarietà come proposto dalla dottrina citata,

³⁵² FINOCCHIARO S., *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016, p. 10 e ss.

³⁵³ Secondo FINOCCHIARO S., *ibidem*: “Anzitutto occorrerebbe individuare la violazione più grave, nello stesso modo in cui si opera in sede di applicazione del cumulo giuridico ex art. 81 c.p. In secondo luogo, le norme incriminatrici andrebbero messe a raffronto, attraverso gli ordinari strumenti esegetici (di tipo letterale, storico, sistematico, nonché costituzionalmente e convenzionalmente orientato), così da accertare se la violazione più grave tuteli (in via esclusiva o accanto ad altri) beni giuridici omogenei rispetto a quelli tutelati dal reato meno grave, tale per cui non può che porsi come un approfondimento della medesima offesa già in precedenza arrecata a quei medesimi beni giuridici. In terzo luogo, occorrerebbe stabilire se il disvalore sanzionato dalla prima norma incriminatrice contenga in sé quello relativo alla seconda fattispecie. Ciò implica, ad esempio, di valutare se il legislatore abbia già tenuto in considerazione anche gli ulteriori ordinari sviluppi della condotta incriminata dal reato più grave; un elemento indicativo potendo trarsi dal quadro sanzionatorio comminato *ex lege*. In questo senso, risulta rilevante l'eventuale connessione delle fattispecie secondo l'*id quod plerumque accidit*. Il che non significa, è opportuno sottolinearlo, che il secondo reato debba porsi quale “unico” possibile sviluppo del primo”.

espressamente ha colto l'occasione per ribadire ancora una volta l'applicabilità dei medesimi solo in virtù di specifiche clausole di riserva, negando loro la valenza di criteri generali dell'ordinamento.³⁵⁴

Alla luce di tutto quanto sinora detto, si ritiene che debbano essere fatte oggetto di più attenta ed approfondita analisi, da parte della giurisprudenza, le argomentazioni di chi ha sostenuto che, considerata anche la presenza nel nostro sistema penale di clausole di riserva “indeterminate”,³⁵⁵ sarebbe opportuno riconoscere un più generale principio fondato sulla “progressione della tutela” in virtù del quale, laddove una norma (detta “principale”) sia posta a tutela, in via rafforzata, dello stesso bene giuridico presidiato da una diversa norma (detta “sussidiaria”), ovvero garantisca una tutela adeguata a più beni giuridici, ivi compreso quello tutelato da una specifica ed ulteriore norma (detta “assorbita”), può considerarsi sussistente un concorso apparente.³⁵⁶

Pure in mancanza di un rapporto di specialità – ed a prescindere dalla presenza di clausole di riserva – pertanto, dovrebbe rintracciarsi un concorso apparente di norme tutte le volte in cui una delle sanzioni da irrogare possa considerarsi “superflua” in relazione alla tutela di determinati interessi già adeguatamente salvaguardati dall'applicazione della sola norma punitiva “prevalente”.

6. La necessità di un *revirement* giurisprudenziale in materia di criteri regolatori del concorso di norme.

In conclusione, preso atto di una sostanziale convergenza di posizioni

³⁵⁴ Che l'applicazione del criterio dell'assorbimento fuori dai casi in cui sia presente un'espressa clausola di riserva violi tali profili del principio di legalità è affermato da Cass. pen., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, *Giordano e a.* (in riferimento al concorso tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato *ex art.* 640 co. 2 c.p. e i reati fiscali di cui agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

³⁵⁵ Intendendosi per tali quelle clausole che dispongono una subordinazione nei confronti non di specifiche figure di reato, ma di qualunque altra norma incriminatrice, oppure di intere classi di reati.

³⁵⁶ In tal senso cfr. BERNARDI S., *La Suprema Corte alle prese con il “principio di assorbimento” in una recente sentenza in materia di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2017.

circa l'insufficienza del criterio di specialità a disciplinare tutti i casi di concorso apparente di norme, sembra auspicabile un *revirement* della giurisprudenza in materia. Per ostacolare il riconoscimento di ulteriori canoni interpretativi diversi dalla specialità sarebbe irragionevole richiamare in *malam partem* la barriera rappresentata dal principio di legalità, dovendosi considerare, peraltro, che a favore dell'assorbimento propende il principio di proporzionalità della sanzione punitiva, previsto a livello costituzionale, euro-unitario e convenzionale. La presenza di molteplici dati normativi e sistematici in tal senso, da tempo evidenziati dalla dottrina, inoltre, non può che rafforzare l'idea secondo cui l'assorbimento rappresenti non già un'ipotesi eccezionale, bensì un principio generale del nostro sistema giuridico. Un principio per la cui applicazione l'interprete può utilizzare tutti gli strumenti logico-giuridici di cui ordinariamente si serve nello svolgimento dell'attività giurisdizionale.³⁵⁷

Sia consentita un'ultima considerazione. Le riflessioni sinora svolte non intendono certamente negare la ragionevolezza dell'istituto del concorso formale di reati in tutte quelle ipotesi in cui la condotta illecita presenti profili di disvalore molteplici, ciascuno dei quali venga sanzionato da una specifica norma *lato sensu* punitiva, come avvenuto, ad esempio, nel noto caso "*Eternit*"³⁵⁸. In tali ipotesi, peraltro, ciascuna delle norme invocate puniva un singolo aspetto del fatto storico alla base della contestazione (omissione di tutele antinfortunistiche, evento disastroso di proporzioni immani, ecc.). Diversamente, le argomentazioni della prevalente giurisprudenza interna scontano un limite evidente nell'ipotesi in cui le diverse norme sanzionatorie teoricamente applicabili ad un unico fatto siano parzialmente o totalmente sovrapponibili già da un punto di vista astratto: vale la pena qui richiamare la disciplina in materia di *market abuse* e degli illeciti tributari, laddove le diverse

³⁵⁷ FINOCCHIARO S., *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, cit. p.

³⁵⁸ Il procedimento noto come "*Eternit-bis*", oggi ancora pendente, costituisce uno stralcio del primo procedimento c.d. "*Eternit*", relativo alla medesima vicenda, in cui all'imputato *Schmidheiny* erano stati contestati i diversi delitti di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro ex art. 437 c.p., aggravato dalla verifica degli infortuni, e di disastro doloso ex art. 434 c.p., aggravato dalla verifica del disastro, tutti dichiarati estinti per prescrizione.

sanzioni presidiano quello che è sostanzialmente il medesimo bene giuridico (es. integrità del mercato finanziario, corretta riscossione dei tributi, ecc.) e puniscono i medesimi profili dello stesso fatto storico. In questi casi il cumulo delle sanzioni sostanzialmente penali rischia di rivelarsi pericolosamente irragionevole e di porsi seriamente in contrasto con i diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale e sovranazionale.

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE *DE IURE CONDITO* E SOLUZIONI *DE IURE CONDENDO*

Sommario: 1. Riflessioni conclusive: la problematica coesistenza tra legalità “formale” e legalità “sostanziale”. - 2. La riforma del comparto penalistico degli abusi di mercato: le soluzioni proposte dal nuovo regolamento (MAR II) e dalla nuova direttiva (MAD II) europei. - 2.1. *Segue*: le opzioni praticabili per il legislatore italiano. - 3. Il d.lgs. n. 58/2015: un'occasione mancata per la riforma del settore tributario? - 4. La necessità di una “procedura penale dell'economia” più rispettosa dei diritti individuali: a) in materia di *market abuse*. - 4.1. *Segue*: b) in materia fiscale. - 5. Prospettive *de iure condito*: l'(incerta) sorte dei procedimenti ancora pendenti in materia di *ne bis in idem*. - 6. Soluzioni *de iure condendo*: la possibilità di conferire al giudice penale il ruolo di “*dominus*” nell'attività di irrogazione di tutte le sanzioni riconducibili alla *matière pénale*.

1. Riflessioni conclusive: la problematica coesistenza tra legalità “formale” e legalità “sostanziale”.

Alla luce di quanto emerso nei precedenti capitoli, pare che la recente riflessione dottrinale e giurisprudenziale nazionale non possa che arrendersi di fronte ad una nuova “dimensione” di legalità penale,³⁵⁹ oramai avallata dalla sempre più copiosa ed incisiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Se è vero che tale dimensione non manca tuttora di suscitare parecchie perplessità presso gli interpreti italiani, ancorati ad una nozione di reato rigidamente riconnessa ad un criterio di stretta legalità formale in materia penale – criterio consacrato dalla nostra tradizione manualistica nonché espressamente sancito dall'art. 25, comma II, Cost. – per molti si tratta di una presa di coscienza non

³⁵⁹ DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 159 e ss.

più differibile.³⁶⁰

Per effetto del processo di continua interferenza tra diritto interno e normativa sovranazionale, così come interpretata dai giudici europei, pertanto, diviene di primaria importanza la discussione sul “diritto penale giurisprudenziale”, la quale non può che porre in crisi la tradizionale centralità del principio di riserva di legge, incentrato sull'idea di un diritto di creazione legislativa come unica fonte e criterio ultimo di legittimazione dello *ius puniendi* statale.

D'altra parte, bisogna rilevare come un siffatto diritto di “natura giurisprudenziale” ben si presti a convivere con il rispetto del principio di legalità di matrice convenzionale che, rivolgendosi anche agli ordinamenti di *common law*, certamente non può sottendere, come condizione essenziale, il principio di riserva di legge secondo il modello recepito dall'art. 25 Cost.

Ma vi è di più. La Corte europea ha avuto modo di evidenziare in più occasioni l'opportunità di un'attività interpretativa e chiarificatrice della giurisprudenza e la sua piena compatibilità con l'art. 7 Cedu purché l'esito ermeneutico da essa derivante risulti in linea con la *ratio* incriminatrice portante delle relative disposizioni e sia agevolmente prevedibile. Secondo quest'impostazione, il fulcro del principio di legalità sarebbe costituito dall'accessibilità e dalla prevedibilità del diritto, quale che ne sia la fonte.³⁶¹ In questo nuovo contesto il ruolo da protagonista viene quindi svolto dal giudice, chiamato non solo a perfezionare l'opera di produzione normativa,³⁶² ma anche

³⁶⁰ Sul tema si segnala il recente contributo di PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016.

³⁶¹ “Il profilo più originale della legalità ad opera della Corte europea è certamente rappresentato dall'elaborazione di una definizione ampia del concetto di “diritto” (“*droit*” e “*law*” nelle versioni francese ed inglese) – la quale abbraccia sia la legislazione positiva, sia il diritto di origine giurisprudenziale – ai fini del giudizio sulla prevedibilità della sua applicazione, canone nel quale viene individuata la cifra essenziale del principio”. In questi termini si esprime MAZZACUVA F., *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit, p. 237.

³⁶² Come evidenzia PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, a consolidare un siffatto assetto, avrebbe contribuito senz'altro un recente regresso dell'*ars legiferandi*, che ha spinto la magistratura ad intensificare il proprio interesse per l'*ars interpretandi*, alla ricerca di una sorta di “necessario surrogato”

a divenire vero e proprio artefice del diritto.

In un contesto giuridico così delineato, le difformità evidenziate tra interpretazione convenzionale di ciò che deve ritenersi illecito penale e ciò che, invece, non rientra in tale categoria secondo il diritto nazionale, non potevano che produrre una serie di “cortocircuiti” all'interno del nostro sistema giuridico.

Permane infatti ancora aperta la questione sull'individuazione dell'ambito di espansione della *matèrie pénale* nel nostro diritto interno, in un sistema nel quale l'individuazione della qualificazione di un illecito come penale può dipendere esclusivamente dal fatto che esso sia formalmente ed espressamente previsto come reato da una legge e punito con una sanzione riconducibile nella categoria delle “pene”.

Resta da vedere in che modo possano essere superate le contraddizioni sino ad ora evidenziate; in particolare, rimane da verificare la necessità di una presa d'atto del mutamento del significato di legalità penale, che, come detto, ha visto lentamente transitare tale principio da un'ottica perlopiù indirizzata a soddisfare esigenze politiche – di freno al potere dei giudici e di riconoscimento del monopolio della fonte legislativa – ad una concezione rispondente ad una più generale esigenza di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle violazioni commesse. Il tutto nel rispetto di un sempre più incompressibile diritto fondamentale alla autodeterminazione di ogni individuo.

2. La riforma del comparto penalistico degli abusi di mercato: le soluzioni proposte dal nuovo regolamento (MAR II) e dalla nuova direttiva (MAD II) europei.

Ai fini della ricostruzione, sia pure sommaria, delle opzioni aperte al legislatore per la riforma della materia del *market abuse*, occorre

capace di consentire un recupero proprio di quella legalità che si vorrebbe preservare ma che il legislatore non è più in grado di rispettare e di far rispettare, avendo dimenticato qualunque cura per il decoro, anche solo esteriore, della formulazione legislativa.

preliminarmente richiamare gli obblighi ora derivanti dal diritto dell'Unione, alla luce della coppia normativa rappresentata dal regolamento 596/2014 (MAR)³⁶³ e dalla direttiva 2014/57/UE (MAD II)³⁶⁴; obblighi la cui attuazione non può comunque ledere o limitare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, primo tra tutti quello riconosciuto dall'art. 50 già analizzato, che vincola gli Stati membri al rispetto del principio di cui ci si sta occupando.

Nel sistema previgente (Direttiva 2003/6/CE o MAD I), i singoli paesi dell'Unione europea erano chiamati a predisporre un apparato repressivo che contemplasse sanzioni amministrative per le fattispecie di abuso di mercato, gestito da un'autorità governativa indipendente da individuarsi sulla base dei criteri contenuti nella stessa direttiva (ovvero, nel nostro ordinamento, la Consob). Ai singoli Stati era invece concessa la facoltà di punire penalmente i responsabili delle violazioni commesse nel settore, non prevedendo la medesima direttiva specifici obblighi di criminalizzazione in tal senso.³⁶⁵

Il nuovo assetto normativo, quale risultante dai due nuovi provvedimenti c.d. MAD II – adottata sulla base giuridica dell'art. 83, par. 2 Tfu – e MAR II,³⁶⁶ appare in un certo senso antitetico a quello precedente: gli Stati membri sono oggi obbligati ad adottare sanzioni penali per i fatti più gravi di abusi di mercato commessi con dolo (articoli 3-6 della direttiva medesima); mentre rimane nella loro discrezionalità attribuire alle autorità statali competenti il potere di adottare sanzioni amministrative per i fatti di abuso di

³⁶³ Regolamento (Ue) 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 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 della Commissione. Obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile, il Regolamento «si applica dal 3 luglio 2016».

³⁶⁴ Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), il termine di recepimento della quale è fissato al 3 luglio 2016 (v. art. 13, § 1, Dir. 57/2014).

³⁶⁵ La vecchia direttiva risulta anche antecedente alla sentenza *Commissione c. Consiglio* del settembre 2005, che per la prima volta ha riconosciuto allo strumento della direttiva la legittimazione ad imporre obblighi di criminalizzazione.

³⁶⁶ Sulla recente normativa Ue si veda MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015; VIGANÒ F. *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit.

mercato dettagliatamente previsti nel regolamento, qualora “le violazioni [ivi descritte] siano già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale, entro il 3 luglio 2016”,³⁶⁷ e cioè entro il termine biennale di trasposizione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri.³⁶⁸

Chiara, dunque, a livello comunitario, la preferenza per lo strumento penale, almeno per i fatti dolosi più gravi,³⁶⁹ considerato l'unico idoneo a garantire un'adeguata protezione contro questo tipo di abusi,³⁷⁰ sul quale, peraltro, porre le basi per una uniforme normativa finalizzata alla repressione dei medesimi.

Le finalità che muovono il legislatore comunitario nell'opera di revisione della normativa europea in materia di *market abuse* sembrano tenere adeguatamente in considerazione gli effetti scaturenti dall'applicazione del principio del *ne bis in idem*, che non vuole la duplicazione delle sanzioni sostanzialmente penali nel contesto euro-unitario, come peraltro messo in evidenza dal considerando n. 23 della stessa direttiva MAD II, nella parte in cui dispone che “nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*”.

³⁶⁷ L'obbligo di prevedere sanzioni amministrative, irrogate dall'autorità competente, per gli stessi fatti, è demandata alla decisione dei singoli Stati che abbiano già adottato, entro il termine del 3 luglio 2016, misure sanzionatorie penali.

³⁶⁸ L'art. 30 MAR II contiene un elenco dettagliato delle sanzioni pecuniarie ed un diverso catalogo di misure interdittive in caso di specifiche violazioni di precetti contenuti all'interno dello stesso regolamento. Il regolamento è *self-executing*, ma mentre per le sanzioni pecuniarie il legislatore europeo stabilisce la misura massima e minima per ogni specifica violazione, per le sanzioni interdittive la specifica entità e la durata è completamente rimessa all'intervento del singolo legislatore nazionale. Essendo scaduto il termine concesso agli Stati membri per adottare le misure necessarie per conformarsi all'art. 30, ai sensi di quanto previsto dal par. 39.3 MAR, quantomeno le misure pecuniarie dovrebbero già trovare applicazione.

³⁶⁹ A tal proposito, la direttiva esplicita che la stessa è volta a garantire “all'interno dell'Unione, l'esistenza di sanzioni penali almeno per le condotte più gravi di abuso di mercato”. Cfr. *Considerando* (25) Dir. 57/2017.

³⁷⁰ Cfr. *Considerando* (6) e (7) Dir. 57/2017.

Autorevole dottrina non ha mancato di sollevare qualche perplessità sulla scelta del legislatore europeo di demandare agli Stati membri la decisione – ferma la necessità di predisporre sanzioni penali per i fatti dolosi più gravi – sul come strutturare il nuovo assetto sanzionatorio alla luce dei già richiamati provvedimenti, specie per quanto concerne la possibile adozione di un sistema di “doppio binario” nel rispetto del principio del *ne bis in idem*.³⁷¹

2.1 Segue: le opzioni praticabili per il legislatore italiano.

Considerato l'assetto normativo neutrale predisposto dal legislatore comunitario così come illustrato al precedente paragrafo, e malgrado gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte Edu³⁷², appare tuttavia difficile reperire delle motivazioni che giustifichino il sistema del doppio binario attualmente vigente.

Il meccanismo di limitazione delle pene pecuniarie previsto dall'art. 187-*terdecies* Tuf non elimina, infatti, tutti i profili problematici attualmente riscontrabili nella vigente normativa: a titolo esemplificativo, si evidenzia, per esempio, l'irragionevolezza di un meccanismo che consente il cumulo di sanzioni accessorie amministrative *ex art. 187-quater* Tuf (da considerarsi sostanzialmente penali alla stregua degli oramai noti criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo) e analoghe pene accessorie di carattere formalmente penale, così come contemplate all'art. 186 Tuf. A prescindere da qualsiasi violazione di sorta, in un siffatto sistema punitivo, ad essere compromesso non è soltanto il principio sancito dall'art. 4 Prot. 7 della Cedu, ma anche e soprattutto il canone di proporzionalità della pena inflitta ed il rispetto delle

³⁷¹ VIGANÒ F. *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 200.

³⁷² Il riferimento è qui, in particolare, all'ultima decisione *A & B c. Norvegia* che pare aver escluso un'effettiva violazione del diritto convenzionale oggetto della presente trattazione nelle ipotesi in cui i due procedimenti, amministrativo e penale, risultino “*sufficiently closely connected in substance and in time*”, condizione sulla quale ci si è già ampiamente soffermati nel precedente secondo capitolo.

garanzie difensive dell'incolpato che dovrebbero comunque essere assicurate in relazione a qualsiasi procedura che possa qualificarsi, sostanzialmente o formalmente, come “penale”.

Un primo interrogativo da porsi ai fini della razionalizzazione del sistema è se sia opportuno procedere in un'ottica di “pan-penalizzazione” della materia, sopprimendo le misure sanzionatorie di carattere amministrativo, in applicazione della clausola di esonero dall'obbligo di prevedere le sanzioni amministrative stesse, di cui al secondo comma dell'art. 30, par. 1 MAR.³⁷³

Tale strada sembra tuttavia poco compatibile con il tradizionale approccio degli ordinamenti interni dei singoli stati strutturato sulla logica del “doppio binario”, nonché con quanto previsto dal nuovo apparato repressivo contemplato nei più recenti provvedimenti euro-unitari, che lasciano intendere un favore per l'adozione di un “doppio” sistema punitivo, seppur integrato e non (più) cumulativo.³⁷⁴

Ciò premesso, che si rivela peraltro in sintonia con il principio di *extrema ratio* che dovrebbe ispirare qualsiasi intervento penale, propendendo per un sistema di “doppio binario” più approfondite riflessioni dovrebbero forse essere fatte avendo riguardo ai tratti distintivi degli illeciti rispettivamente penale ed amministrativo. Una siffatta distinzione non è tuttavia agevole, soprattutto in relazione al parametro della “gravità”, nozione piuttosto evanescente e mai chiaramente definita nell'ordinamento Ue. Inutile dilungarsi in questa sede sugli specifici indici di “gravità” degli abusi di mercato previsti dalla nuova direttiva, i cui criteri di individuazione risultano poco chiari e coerenti come già messo in luce dalla dottrina³⁷⁵.

³⁷³ Così suggerisce, ad esempio, VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit.

³⁷⁴ Favorevole a questa interpretazione è MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, cit.

³⁷⁵ I quali sembrano fare riferimento ad una “gravità” misurata avendo riguardo agli effetti della fattispecie vietata posta in essere. Al riguardo, cfr. *Considerando* (11), secondo cui: “Ai fini della presente direttiva, l'abuso di informazioni privilegiate e la comunicazione illecita di informazioni privilegiate dovrebbero essere considerati gravi in casi come quelli in cui è di livello elevato l'impatto sull'integrità del mercato, il profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero la perdita evitata, la misura

Più semplice invece potrebbe risultare la richiesta operazione di individuazione dei due diversi illeciti avendo riguardo all'elemento psicologico del dolo, che condurrebbe a confinare nel comparto amministrativo le sole fattispecie colpose. La prospettata distinzione, inoltre, non sembra realizzabile neppure applicando parametri basati sulle qualità personali del reo,³⁷⁶ né attraverso soglie quantitative.

Di contro, optare per una descrizione delle fattispecie fondata su peculiari modalità della condotta, tali da connotare una riprovazione maggiore, sembra allora la strada forse maggiormente convincente.³⁷⁷ A questo proposito è utile evidenziare come sia stata pure segnalata l'opportunità di configurare gli illeciti economici con particolare precisione, anche e soprattutto in considerazione del fatto che le relative fattispecie sono poste a presidio di beni

del danno cagionato al mercato ovvero il valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati. Altre circostanze di cui si potrebbe tenere conto sono, per esempio, quelle in cui un reato sia stato commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale o in cui la persona abbia già commesso in passato reati di questo genere"; nonché *Considerando* (12), che prevede: "Ai fini della presente direttiva, la manipolazione del mercato dovrebbe essere considerata grave in casi come quelli in cui è di livello elevato l'impatto sull'integrità del mercato, il profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero la perdita evitata, la misura del danno cagionato al mercato, dell'alterazione del valore dello strumento finanziario o del contratto a pronti su merci ovvero l'ammontare dei fondi utilizzati in origine oppure quando la manipolazione è commessa da soggetti impiegati o che lavorano all'interno del settore finanziario ovvero presso un'autorità di vigilanza o di regolamentazione".

³⁷⁶ In questo senso si esprime VIGANÒ F., op. cit., p. 201, a parere del quale "i criteri attinenti alla qualificazione soggettiva dei trasgressori indicati dalla legge delega italiana appaiono *ictu oculi* insufficienti a garantire il rispetto degli obblighi di incriminazione europea, e comunque stravaganti rispetto alla logica della *market manipulation* così come intesa secondo gli *standard* internazionali, cui la stessa direttiva si conforma. Perché mai, ad es., dovrebbe essere considerata reato soltanto la manipolazione effettuata attraverso la vendita o l'acquisto di azioni della stessa società di cui il trasgressore è "esponente aziendale", e non invece la medesima operazione avente ad oggetto azioni di altre società? E perché mai si dovrebbe, al di fuori di questa prima ipotesi, confinare l'operatività della sanzione penale al caso in cui a commettere il fatto sia un "esponente di autorità di vigilanza o di governo" ovvero – l'accostamento è curioso – una "persona coinvolta in organizzazioni criminali", o ancora una "persona che abbia già commesso in passato lo stesso tipo di illecito di abuso di mercato" (in parole più semplici, un recidivo specifico)?"

³⁷⁷ BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2017, p. 13 e ss..

giuridici superindividuali (come l'integrità del mercato) piuttosto evanescenti.³⁷⁸

Un'autorevole voce in dottrina ha rilevato come, al fine di delineare una linea di demarcazione tra illeciti penali e amministrativi nel contesto del *market abuse*, si potrebbe per esempio seguire il modello della recente legislazione antiriciclaggio.³⁷⁹ In attuazione della quarta direttiva in materia (2015/849/UE) il legislatore nazionale ha scelto di «limitare la previsione di fattispecie incriminatrici alle sole condotte (...) perpetrate attraverso frode o falsificazione».³⁸⁰ Tale indicazione può costituire un valido esempio di normazione razionale ed efficiente, rispettosa del principio di frammentarietà del diritto penale, soprattutto in un contesto assai simile al *money laundering*, pure caratterizzato dalla compresenza di sanzioni amministrative e penali (tanto nel codice quanto nella legislazione speciale).

Peraltro, nel settore antiriciclaggio (ma il discorso non sarebbe diverso nel settore del *market abuse*), ciò ha consentito di ottemperare al dichiarato «fine di garantire il rispetto dei principi di *ne bis in idem* sostanziale e di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni».³⁸¹

“Frode” e “falsificazione” potrebbero dunque assurgere ad elementi differenziali identificativi delle fattispecie penali anche in materia di *market abuse*, unitamente ad altri criteri già individuati dalla normativa Ue (e.g., qualifiche personali dell'agente o entità degli effetti negativi della condotta), anche avendo riguardo alla previsione di eventuali circostanze attenuanti o

³⁷⁸ BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit. p. 14. Sulla questione delle norme incriminatrici poste a tutela di beni giuridici rarefatti ed inafferrabili, v. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, p. 58 e ss. Per una contraria impostazione che ricostruisce i reati economici come reati caratterizzati da una vittimizzazione di massa, nel senso che direttamente o indirettamente offendono strati ampi, se non amplissimi, della collettività, v. PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G. (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 18.

³⁷⁹ BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit. p. 14.

³⁸⁰ Cfr. art. 15, comma 2, lett. h), l. n. 170/2016.

³⁸¹ *Ibidem*.

aggravanti.³⁸² Abuso (e comunicazione) di informazioni privilegiate si presentano come fattispecie particolarmente gravi nell'ipotesi in cui non ci sia limiti ad utilizzare o trasmettere l'informazione privilegiata ma si compiano anche atti di frode, ovvero condotte altrimenti ingannatorie o decettive a tale scopo (tali, ad esempio, possono essere ritenute quelle di acquistare titoli tramite terzi, ovvero falsificare le liste per l'*internal dealing* occultando i nomi di coloro che dovrebbero effettuare materialmente l'operazione).

L'incriminazione di tali condotte sarebbe perfettamente in linea con il maggior disvalore (oggettivo) delle medesime rispetto ad altri casi di *insider trading* “semplice”, punibile con la sola sanzione amministrativa (come l'*insider trading* realizzato in modo “trasparente”), prescindendo a questo punto dal relativo elemento psicologico (dolo o colpa).³⁸³

Ugualmente potrebbe procedersi in relazione alle fattispecie di *market manipulation*, laddove le stesse previsioni della normativa Ue utilizzano la tecnica normativa della descrizione analitica e non le usuali “clausole generali” (a cui invece fa ricorso il vigente art. 185 Tuf). Nella fattispecie da ultimo considerata, “falso” e “frode” – ricollegabili alla nozione tradizionale di “artifici” e “raggiri” – dovrebbero connotare i reati di manipolazione del mercato, mentre in presenza di atti semplicemente *misleading* potrebbero (in assenza di falsi o raggiri) costituire il nucleo di un nuovo illecito amministrativo che colpisce indifferentemente condotte dolose e colpose,³⁸⁴

³⁸² Di questo avviso è BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, p. 15.

³⁸³ In relazione alle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate potrebbe avere senso distinguere tra soggetti intranei ed estranei alla società della quale il soggetto acquisti o ceda gli strumenti finanziari, abusando delle proprie informazioni privilegiate; peccato però che la direttiva imponga di sanzionare penalmente anche l'estraneo che sia a conoscenza di informazioni privilegiate, e acquista o ceda strumenti di una società della quale egli non sia, appunto, “esponente aziendale”. Né acquisterebbero qui maggiore significato gli ulteriori criteri discretivi indicati dalla legge delega, quali la titolarità di funzioni di governo o di vigilanza, il coinvolgimento in organizzazioni criminali, l'eventuale recidiva specifica.

³⁸⁴ Con riferimento alle fattispecie di manipolazione di mercato non è facile nemmeno immaginare criteri discretivi alternativi, in grado di aiutare il governo nel difficile compito di attuare la delega. Al fine di discernere tra fatti “gravi” (penalmente rilevanti) e “meno gravi” (sanzionabili in via amministrativa), non sarebbe in e etti possibile ricorrere a criteri come l'entità dell'oscillazione del prezzo degli

con la conseguenza che ne risulterebbe neutralizzato il rischio di violazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale e processuale e, contemporaneamente, verrebbe garantita la proporzionalità delle complessive sanzioni (salvo forse dover comunque ripensare al ribasso minimi e massimi edittali delle relative fattispecie).

3. Il d.lgs. n. 58/2015: un'occasione mancata per la riforma del settore tributario?

Sia pure a fronte della posizione presa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla garanzia del *ne bis in idem*, che – quantomeno prima del novembre 2016 – sembrava poter produrre effetti dirompenti negli ordinamenti di diversi Stati, il legislatore italiano, nel riformare con il d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158 l'intero sistema punitivo tributario, non aveva comunque previsto alcun rimedio alla violazione del principio in questione.

A fronte della situazione di *impasse* che si era venuta a creare in materia tributaria, ci si aspettava che il legislatore cogliesse l'occasione offertagli dalla legge delega dell'11 marzo 2014, n. 23,³⁸⁵ per intervenire con un

strumenti finanziari causata dalla condotta, dal momento che il delitto di manipolazione del mercato è costruito – almeno nel sistema italiano vigente – come reato di pericolo, in cui l'effettiva modificazione del prezzo degli strumenti non è richiesta ai fini della consumazione; senza contare poi che una condotta manipolativa (o la diffusione di informazioni false) ben potrebbe mirare, proprio all'opposto, a mantenere artificialmente inalterato il prezzo degli strumenti medesimi, in situazioni in cui essi dovrebbero normalmente spostarsi verso l'alto o verso il basso. Né potrebbero qui soccorrere ulteriori pensabili criteri, quale la quantità degli strumenti oggetto di negoziazione da parte del trasgressore (che sarebbe evidentemente inapplicabile all'ipotesi della manipolazione 'informativa'), o l'entità del profitto o del vantaggio conseguito dal trasgressore (che è elemento estraneo alla fattispecie criminosa attuale, e la cui eventuale introduzione nella norma incriminatrice porrebbe probabilmente insormontabili difficoltà di prova alla pubblica accusa).

³⁸⁵ Recita il comma 1 dell'art. 8 della citata legge, rubricato "Revisione del sistema sanzionatorio": "Il Governo è delegato a procedere, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, alla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti, prevedendo: la punibilità con la pena detentiva compresa fra un minimo di sei mesi e un massimo di sei anni, dando rilievo, tenuto conto di

opportuno schema normativo idoneo ad introdurre degli strumenti risolutivi in relazione alle criticità sollevate in tema di *ne bis in idem*, quale, per esempio, avrebbe potuto essere una maggiore definizione della specialità delle fattispecie penali rispetto a quelle amministrative; specialità che, soprattutto in tempi recenti, risulta meno netta a causa anche dell'abbassamento delle soglie.

Ma così non è stato. In particolare, volendo operare sul fronte interno-sostanziale, si sarebbe potuto mantenere invariato il sistema del “doppio binario” processuale, riformulando le disposizioni sostanziali punitive (amministrative e penali), in modo da assicurarne la completa separazione primariamente con riferimento alla condotta illecita.³⁸⁶

La varietà delle modalità con le quali possono realizzarsi fatti di evasione fiscale, in termini di azioni ed omissioni legate agli innumerevoli e complessi adempimenti tributari, ben si sarebbe potuta conciliare con la suddetta impostazione.³⁸⁷

Si sarebbe potuto per esempio distinguere tra, da un lato, condotte riguardanti profili meramente omissivi attinenti alla dichiarazione ed alla riscossione delle imposte, assoggettando queste ultime a sanzione amministrativa, e, dall'altro, condotte fraudolente specificamente indirizzate a

adeguate soglie di punibilità, alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa, per i quali non possono comunque essere ridotte le pene minime previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; l'individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie; l'efficacia attenuante o esimente dell'adesione alle forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata di cui all'articolo 6, comma 1; la revisione del regime della dichiarazione infedele e del sistema sanzionatorio amministrativo al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni all'effettiva gravità dei comportamenti; la possibilità di ridurre le sanzioni per le fattispecie meno gravi o di applicare sanzioni amministrative anziché penali, tenuto anche conto di adeguate soglie di punibilità; l'estensione della possibilità, per l'autorità giudiziaria, di affidare in custodia giudiziale i beni sequestrati nell'ambito di procedimenti penali relativi a delitti tributari agli organi dell'amministrazione finanziaria che ne facciano richiesta al fine di utilizzarli direttamente per le proprie esigenze operative.

³⁸⁶ PEPE F., *Sistema sanzionatorio tributario e ne bis in idem Cedu: la dimensione antropologica di un (irriducibile?) conflitto*, in *Riv. Dir. trib.*, 6/2015, p. 520 e ss.

³⁸⁷ PEPE F., *Sistema sanzionatorio tributario e ne bis in idem Cedu: la dimensione antropologica di un (irriducibile?) conflitto*, cit., p. 520 e ss.

realizzare la predetta situazione evasiva, per le quali la repressione penale risulterebbe senz'altro giustificata da un'evidente propensione alla lesione di beni giuridici connotata da "malafede". Un siffatto impianto si presenterebbe sicuramente contraddistinto da una maggiore razionalità rispetto al sistema attuale, in quanto, ad oggi, tali condotte "preparatorie" si presentano come elementi secondari delle fattispecie di reato (fondamentalmente basate sull'inadempimento degli obblighi dichiarativi o di versamento), pur costituendo le medesime il vero elemento di maggior disvalore delle relative fattispecie giustificativo di un più elevato trattamento sanzionatorio.³⁸⁸ Una simile definizione sul piano naturalistico-materiale delle condotte (ferma naturalmente la possibilità per il legislatore di graduare la sanzione alla luce della concreta lesività del fatto) avrebbe garantito che ad un'unica condotta materiale fosse ricollegato un solo procedimento ed un'unica eventuale punizione, con il conseguente vantaggio di un recupero delle esigenze difensive del reo.

In un'ottica futura, dunque, occorrerebbe forse ripensare, come da tempo raccomandato da alcune voci in dottrina,³⁸⁹ un sistema che così com'è rimane certamente inadeguato. Per arrivare a più corrette ed efficienti soluzioni sarebbe forse opportuno risalire alle radici del problema, soffermandosi sulle modalità con le quali il legislatore ha ricostruito a monte la *species* di "sanzione tributaria".

Com'è noto, infatti, l'idea di fondo del legislatore dell'epoca era quella di realizzare un impianto sanzionatorio che riprendesse i noti principi di personalità, colpevolezza ed imputabilità che tradizionalmente caratterizzano la sanzione penale: il d.lgs. del 1997 era stato emanato proprio per rispondere a tali esigenze. Naturale conseguenza di un siffatto operare fu la scelta di un sistema a sanzione "variabile", ossia calibrato sull'individuazione del *quantum* di sanzione tra un minimo ed un massimo edittale, da determinarsi avendo

³⁸⁸ In questo senso PERINI A., voce *Reati tributari*, in *Dig. Pen.*, IV Agg., Milanofiori Assago, 2013, p. 482 e ss.

³⁸⁹ CORDEIRO GUERRA R., "*Il principio di personalità*", in GIOVANNINI A. – DI MARTINO A. – MARZADURI E. (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, Giuffrè, Milano, 2016, vol. II, p. 1439 e ss.

riguardo all'entità del tributo ed alle condizioni personali dell'autore delle rispettive violazioni. In un simile contesto il principio di specialità non poteva avere altra funzione se non quella di individuare la sanzione in concreto applicabile nell'ambito di un più generale sistema punitivo predisposto a tutela della regolare riscossione dei tributi.

Tuttavia, focalizzandosi sulla concreta applicazione di un così congegnato sistema, non può dirsi che lo stesso sia riuscito a raggiungere nel tempo i risultati sperati. Invero, nella prassi non è di fatto mai praticato il ricorso al “principio di personalità della sanzione”, la quale viene usualmente comminata in una misura pari al minimo edittale, unitamente al recupero del tributo. In tale contesto sono per lo più nulle le valutazioni dell'autorità competente in merito alla reale portata offensiva dell'illecito commesso e l'effettivo grado di colpevolezza dell'agente, con la conseguenza di una mancanza totale di graduazione della sanzione in considerazione di detti parametri. Sotto questo profilo, ancora più irragionevole si configura un sistema che, avendo riguardo al medesimo fatto di evasione, consente il cumulo di una sanzione limitativa della libertà personale, individuata secondo i principi della personalità della pena, e di una amministrativa, che si concretizza in pratica in una sanzione accessoria del tributo indipendentemente da qualsiasi tipo di giudizio in relazione alla concreta condotta dell'agente.

Alla luce di tali premesse, si dovrebbe forse pensare ad una riforma strutturale del sistema punitivo vigente, sulla scorta di due distinte opzioni:³⁹⁰ propendendo per la prima, la scelta potrebbe essere quella di riservare al solo intervento penale la punizione di qualsiasi tipo di pratica evasiva, stabilendo a monte la natura “accessoria” della sanzione amministrativa, volta perlopiù a soddisfare esigenze *lato sensu* risarcitorie e pertanto prefissata in una somma invariabile e comunque di ammontare contenuto; optando per la seconda, invece, si potrebbe anche giungere a ritenere ammissibile il cumulo tra sanzioni penali e sanzioni tributarie aventi entrambe funzione sostanzialmente punitiva,

³⁹⁰ Come suggerisce DORIGO S., *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giuris. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com, p. 23.

purché le medesime siano irrogate in via tra loro alternativa nel rispetto del già richiamato principio di personalità della sanzione.

Sorvolando in questa sede sui risvolti processuali di un siffatto sistema, la cui validità sarebbe tutta da confermare a seguito di più approfondite analisi da un punto di vista prettamente procedurale, pare tuttavia emergere una preferenza del legislatore fiscale per la seconda delle alternative prospettate,³⁹¹ avendo quest'ultimo più di recente evidenziato la necessità di ricorrere allo strumento penale solo nelle ipotesi più gravi, connotate da un maggior disvalore sociale, e di riservare alle sanzioni amministrative la repressione delle condotte di evasione più lievi. Malgrado le buone intenzioni, le criticità sollevate rimangono ancora tutte da risolvere, considerato che, soprattutto avendo riguardo ai casi di maggiore gravità (dove ricorre di solito il superamento delle specifiche soglie normativamente previste), perdura la possibilità di cumulo delle due categorie di sanzioni.

4. *Segue: la necessità di una “procedura penale dell'economia” più rispettosa dei diritti individuali: a) in materia di *market abuse*.*

La Corte Edu, nella più volte citata vicenda *Grande Stevens*, oltre ad aver dichiarato la violazione del divieto di *bis in idem*, aveva anche rilevato che il procedimento che si svolge davanti alla Consob non assicura un reale contraddittorio, né la parità di armi, fra difesa ed accusa, il che fa della stessa Consob un “giudice” non “imparziale ed indipendente” come invece richiesto dall'art. 6 della Cedu, disposizione che impone, tra l'altro, lo svolgimento del procedimento in pubblica udienza.

Ciò nondimeno, come da sua costante giurisprudenza, la Corte si è espressa nel senso che la non conformità ai requisiti espressi nell'articolo 6 non fosse sufficiente per concludere nel senso della violazione dei principi del

³⁹¹ Con l'articolo 8 della legge 23/2014, è stata conferita delega al Governo per la revisione del sistema sanzionatorio penale tributario e del sistema sanzionatorio amministrativo, secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti.

giusto processo. A parere dei giudici di Strasburgo, infatti, è possibile che un'autorità amministrativa possa irrogare una “pena” (individuata secondo i parametri Edu), purché tale decisione sia sottoposta a un vaglio, anche successivo, da parte di un giudice che possieda i requisiti individuati dalla Cedu e che sia munito del potere di annullare o riformare il provvedimento emanato dall'organo amministrativo. La Corte d'Appello – che nel nostro ordinamento è competente a conoscere del giudizio di opposizione in materia di sanzioni applicate dalla Consob – a ben vedere, soddisfa i requisiti previsti dalla Convenzione, ossia indipendenza, terzietà, imparzialità e piena giurisdizione.

Ad ogni modo, la violazione dell'art. 6 della Cedu in *Grande Stevens* veniva riscontrata relativamente all'assenza di una pubblica udienza nel giudizio davanti ai giudici dell'opposizione,³⁹² vizio non sanato nemmeno nel susseguente giudizio davanti alla Suprema Corte di Cassazione, non essendo la medesima legittimata a compiere una valutazione di giurisdizione piena.

Nonostante la Corte europea abbia finito in un certo senso per ammettere che un “non-giudice” (ai sensi dell'art. 6 della Convenzione) possa irrogare una sanzione formalmente qualificata come amministrativa ma sostanzialmente penale alla luce dei parametri Cedu – in tal modo legittimando un soggetto sfornito dei necessari requisiti della imparzialità e della indipendenza a comminare sanzioni dotate di un elevato livello di afflittività – si ritiene di dover condividere le considerazioni di chi ha comunque sostenuto le anomalie di un siffatto sistema e la necessità di una riforma strutturale del procedimento Consob.³⁹³ Per una maggior comprensione del punto giova

³⁹² Va infatti ricordato che, fino al recentissimo d.lgs. 72 del 2015, le cause di impugnazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob all'esito del procedimento sanzionatorio regolato dall'art. 195 Tuf (norma parallela all'art. 187-*septies*) si svolgevano in Camera di Consiglio, ovvero senza un'udienza pubblica. Molte Corti d'appello, successivamente alla *Grande Stevens*, su istanza della Consob, hanno - di fatto - modificato il rito applicabile alle opposizioni alle sanzioni amministrative, disponendo che si tenesse un'udienza “a porte aperte” (con la presenza del pubblico) anche nei casi in cui le norme applicabili imponevano invece la celebrazione del processo in Camera di Consiglio.

³⁹³ ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 5, 2014, p. 1198, secondo cui “più incisive dovrebbero

evidenziare che il procedimento in corso, al momento dei fatti, era disciplinato dall'art. 187-*septies* Tuf e dal regolamento attuativo del 2005 (adottato con delibera n. 15086).³⁹⁴

A livello di legge ordinaria, i principi del contraddittorio e della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie di Consob sono sanciti dall'articolo 187-*bis*, comma 2 Tuf e dalla l. n. 262/2005,³⁹⁵ che ha inasprito le sanzioni amministrative e penali per le violazioni delle norme dettate a tutela del mercato.

Quanto alla normativa secondaria, invece, già nella disciplina contenuta nella citata delibera n. 15086/2005 era stato introdotto lo sdoppiamento del procedimento amministrativo in due fasi: una fase istruttoria, in cui era prevista la contestazione degli addebiti agli interessati e un parziale contraddittorio con gli uffici Consob, ossia la Divisione competente e l'Ufficio Sanzioni Amministrative (U.S.A.); l'altra fase decisoria, avanti ai Commissari, giudici del procedimento sanzionatorio che definivano l'esito del procedimento sanzionatorio, emanando il relativo provvedimento senza interpellare i destinatari della contestazione.

La fase istruttoria, a sua volta, prevedeva due sotto-fasi: la valutazione delle deduzioni davanti alla Divisione competente, e la fase “istruttoria della decisione” davanti all'Ufficio Sanzioni di Roma. All'esito di tale sotto-fase,

dovrebbero essere le modifiche alla procedura sanzionatoria Consob rispetto alla rilevante legislazione nazionale. Esse dovrebbero essere addirittura tali da trasformare profondamente il sistema, se si volesse fare della Consob un tribunale indipendente e imparziale” ai sensi dell'art. 6 Cedu”. In questo senso anche RORDORF, R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, p. 981, il quale, avendo riguardo agli orientamenti della giurisprudenza interna dell'epoca, si esprimeva affermando che “l'opinione che sembra si stia consolidando in giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame è adeguatamente assicurato dalla previa contestazione dell'addebito all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi 30 giorni, appare frutto di un approccio piuttosto riduttivo.

³⁹⁴ Successivamente sostituito dalla delibera n. 18750 del 28 dicembre 2013 che, non avendo provveduto a sanare alcune delle criticità rilevate dalla Corte di Strasburgo, è stato fatto oggetto più di recente di ulteriori modifiche.

³⁹⁵ In particolare, tale provvedimento ha rafforzato il sistema dei controlli interni ed esterni alle società quotate, ampliando i poteri delle autorità di vigilanza, tra cui quelli di Consob.

veniva inviata alla Commissione, senza che l'interessato ne avesse conoscenza, un'apposita “Relazione conclusiva” contenente, tra l'altro, la proposta di *decisum* e la proposta di quantificazione della sanzione.

In base a tale sistema quindi, la Commissione emanava un provvedimento fondato su una relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni che l'interessato non poteva esaminare prima dell'applicazione della sanzione, peraltro in assenza di pubblica udienza o di un'audizione di fronte ai Commissari.

Una procedura così articolata certamente non poteva dirsi rispettosa delle garanzie di cui all'art. 6 della Cedu. A tali conclusioni è giunta la Corte Edu anche in *Grande Stevens* che, con riferimento al mancato invio al destinatario della relazione conclusiva da parte dell'U.S.A. e all'assenza di un'udienza di fronte ai Commissari, ha tuttavia rilevato che le violazioni, come anticipato, risultano parzialmente sanate nella fase giurisdizionale successiva.

Non diversamente, i giudici di Strasburgo, in relazione ai profili di imparzialità e indipendenza dall'autorità di vigilanza, hanno osservato che nonostante fosse prevista dall'ordinamento una certa separazione tra uffici “inquirenti” e “giudicanti” all'interno della procedura, in concreto si trattasse di divisioni della stessa autorità di vigilanza, sottoposte a comune supervisione degli stessi organi.

A ben vedere, tuttavia, i profili di criticità sollevati non attengono tanto alla normativa di carattere primario, posto che la nozione di contraddittorio e quella di separazione di funzioni istruttorie e decisorie presupposte dall'art. 187-*septies* Tuf, anche per la loro funzione originaria di rinforzare le garanzie difensive degli incolpati, interpretate alla luce delle indicazioni provenienti da Strasburgo, sarebbero sufficientemente idonee ad assicurare il rispetto del dettato convenzionale. Lo stesso, al contrario, non può dirsi per la normativa di attuazione adottata dalla Consob che, alla luce di quanto detto, sembra presentare inevitabili contrasti con le disposizioni della Convenzione.³⁹⁶

³⁹⁶ All'indomani della pronuncia della Corte Edu, le sue statuizioni sono state invocate in un altro procedimento instaurato di fronte ai Giudici amministrativi italiani, dapprima il Tar Lazio e poi il Consiglio di Stato, dalla *Banca Profilo* (dal suo socio

La delibera n. 18750 del 20 dicembre 2013, che ha sostituito la delibera Consob del 2005, non avendo corretto le criticità lamentate,³⁹⁷ sulla scorta di alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa,³⁹⁸ è stata modificata con la successiva delibera n. 19158 del 29 maggio 2015, che ha approvato le modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio, in modo da rendere i diretti interessati edotti circa le valutazioni conclusive dell'Ufficio sanzioni amministrative redatte a conclusione dell'istruttoria (in precedenza sottoposte

Arepo e dai suoi esponenti) contro l'Autorità di Vigilanza; i due paralleli giudizi erano stati instaurati nel corso dello svolgimento di un procedimento sanzionatorio avviato dalla Consob nei loro confronti per manipolazione del mercato. I soggetti incolpati avevano subito eccepito che il procedimento era governato da regole che erano state appena stigmatizzate dalla Corte Edu e avevano investito della questione il Tar Lazio affinché fosse ordinato all'Autorità di Vigilanza di modificare il proprio regolamento per renderlo conforme alla Cedu. Il Tar Lazio ha però respinto la tesi dei ricorrenti, affermando che la Corte di Strasburgo aveva sì ammesso che nell'"*affaire Grande Stevens*" "*la procédure devant la Consob ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention [...]*", ma aveva attenuato il rilievo di tali affermazioni stabilendo che l'art. 6 Cedu è violato soltanto allorché le garanzie dell'equo processo non siano osservate neppure nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni applicate dalla Consob. Pertanto, il Tar Lazio ha escluso che la sentenza della Corte Edu comportasse l'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni 'penali' alla sentenza Cedu summenzionata, in quanto "il sistema di irrogazione e impugnazione delle sanzioni relative agli illeciti di cui all'art. 187-ter del Tuf ha superato indenne lo scrutinio operato dalla Corte Edu". Diversa è stata invece la conclusione del Consiglio di Stato avanti al quale sono state impugnate le due sentenze del Tar Lazio; i giudici di secondo grado, pur rigettando le domande della *Banca Profilo*, dei suoi esponenti e di Arepo S.p.a. per difetto di interesse dei ricorrenti, in quanto i relativi procedimenti amministrativi avviati dalla Consob non si erano ancora conclusi con l'irrogazione di una sanzione, ha ritenuto sussistenti i vizi, concludendo, in particolare, che nel procedimento Consob il contraddittorio si pone "al di sotto dello *standard [...]* fissato dal legislatore". Il Consiglio di Stato ha così puntualizzato che l'illegittimità dell'impianto sanzionatorio Consob discende non tanto da un contrasto tra la disciplina italiana e le norme internazionali, quanto da un conflitto tra normativa secondaria Consob (in particolare la delibera Consob n. 15086 del 2005 all'epoca in vigore) e la legge ordinaria. Secondo i consiglieri di Stato, infatti, non vi sarebbe contrasto con la Cedu, posto che l'art. 6 della stessa non impone la celebrazione di un "processo equo" già avanti all'Autorità amministrativa, ma richiede soltanto che nella fase processuale che ne segua, ovvero quella dell'impugnazione avanti all'Autorità giudiziaria dell'eventuale sanzione irrogata a conclusione del procedimento amministrativo, siano garantiti i canoni del giusto processo. La disciplina italiana dei procedimenti sanzionatori – ha però proseguito il Consiglio di Stato – deve nondimeno ritenersi illegittima in quanto le regole dettate dalla Consob (e cristallizzate nella delibera n. 15086 del 2005) confliggono con le previsioni della legge ordinaria che impongono invece il rispetto dei principi del

all'attenzione della sola Commissione). In tal modo è stata riconosciuta agli incolpati la possibilità di presentare osservazioni scritte direttamente alla Commissione.

Le modifiche così apportate hanno eliminato alcuni vizi, ma non tutti; si rilevano infatti due ulteriori criticità, rimaste sullo sfondo nella citata giurisprudenza amministrativa: la mancanza di un'udienza pubblica ai sensi dell'art. 6 della Cedu (quanto meno nel giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa) e la incompleta separazione tra i diversi organi dell'autorità di vigilanza.

La prima delle due menzionate criticità è stata rimossa dal legislatore: di recente è stato infatti emanato il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che, riformando le disposizioni del Tuf, ha imposto la celebrazione di una pubblica udienza anche nel giudizio di opposizione alle sanzioni in parola (con applicazione anche ai procedimenti pendenti).

Non è invece ancora superato il problema della imperfetta separazione tra gli uffici all'interno della Consob. Al riguardo il discorso è più intricato: la Consob non può infatti essere considerata quale "Giudice imparziale e indipendente" a mente dell'art. 6 della Cedu, come peraltro stabilito al § 127 della sentenza della Corte di Strasburgo; si deve però osservare che la norma internazionale appena citata sembra possa essere interpretata nel senso di

contraddittorio, della piena conoscenza degli atti istruttori e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie. In altre parole, è stato ritenuto che siano le norme secondarie adottate dalla Consob a non assicurare i principi sanciti dal legislatore e cristallizzati negli articoli 187-*septies* e 24 della l. 262 del 2005. Sulle questioni citate, cfr. DESENA E., *Illegittimità del procedimento sanzionatorio Consob dalla sentenza Grande Stevens al caso Banca Profilo: cronaca di una morte annunciata?*, in DESANA E. - MONTALENTI P. - SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio Consob al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2016, p. 103 e ss.

³⁹⁷ La delibera del 19 dicembre 2013, n. 18750, allo stesso modo della precedente, non prevedeva la trasmissione della relazione conclusiva dell'USA né l'assegnazione di un termine per replicarvi né, infine, la tenuta di un'udienza pubblica avanti ai commissari Consob.

³⁹⁸ Cons. St., sentenza 1596/2015; Cons. St., sentenza 1595/2015. Le citate pronunce si sono espresse nel senso che la normativa secondaria Consob risulta comunque illegittima per contrasto con le previsioni di legge ordinaria di cui agli articoli 187-*septies* Tuf e 24 della l. 262 del 2005.

imporre soltanto un (successivo) giudizio da celebrarsi di fronte ad un Giudice in possesso di detti connotati (come la Corte d'appello). Tuttavia sono le stesse norme interne di rango ordinario (cfr. l'art. 24 della l. n. 262 del 2005 ma anche gli artt. 187-*septies* e 195 Tuf) a richiedere la separazione tra funzioni inquirenti e giudicanti già durante la procedura amministrativa. A tal fine sarebbe quindi necessaria una riforma strutturale dell'articolazione della Consob relativamente alla sua potestà sanzionatoria (ma tali considerazioni dovrebbero valere anche per i procedimenti avanti alle altre Autorità di Vigilanza egualmente indicate dall'art. 24 della l. n. 262 del 2005). Sotto questo profilo, dunque, si prospetta in ogni caso indispensabile un intervento correttivo del legislatore.³⁹⁹

4.1 Segue: b) in materia fiscale.

Avendo riguardo al rispetto delle garanzie individuali nella materia fiscale, pare doveroso innanzi tutto rilevare le ricorrenti violazioni del diritto di difesa che sembrano puntualmente caratterizzare gli accertamenti tributari in relazione a fattispecie aventi carattere formalmente o sostanzialmente penale.

Non può trascurarsi, a questo proposito, la ricorrente violazione, nel corso dello svolgimento dell'attività ispettiva dall'Agenzia delle Entrate, dell'art. 220 disp. att. c.p.p. e delle norme del codice di procedura, il cui combinato disposto impone il rispetto di specifiche garanzie ogni volta in cui, durante l'espletamento di tale attività, emergano indizi di reato.⁴⁰⁰ Il riferimento è qui, in particolare, alle attività di ricerca e acquisizione dei documenti, che ricadono, secondo quanto espressamente dall'art. 356 c.p.p., nel novero degli atti di indagine garantiti.⁴⁰¹

³⁹⁹ Favorevole a questa impostazione DESENA E., *Illegittimità del procedimento sanzionatorio Consob dalla sentenza Grande Stevens al caso Banca Profilo: cronaca di una morte annunciata?*, cit., p. 107.

⁴⁰⁰ Tale disposizione, com'è noto, impone l'applicazione delle disposizioni del codice per il compimento degli "atti necessari per assicurare le fonti di prova", qualora nel corso delle attività ispettive e di vigilanza emergano indizi di reato.

⁴⁰¹ La norma contiene un espresso rinvio agli artt. 352 e 354 c.p.p., contenenti la disciplina di perquisizioni ed ispezioni.

Alla luce di tali disposizioni, risulta evidente che durante l'ispezione tributaria dovrebbe essere assicurato il rispetto di tutte quelle garanzie procedurali richieste dal codice ogniqualvolta si finisca per venire a conoscenza della possibile commissione di una fattispecie di reato. Detto in altri termini, ciò vuol dire che le indagini di polizia amministrativa, disciplinate dall'art. 52 D.P.R. n. 633 del 1972, cui il comma I dell'art. 33 D.P.R. n. 600 del 1973 fa espresso rinvio, andrebbero condotte nelle forme della perquisizione e del sequestro probatorio, sotto il controllo dell'Autorità Giudiziaria competente e con l'assistenza di un difensore. Per contro, applicando la disciplina amministrativa, sul potenziale "indagato" graverebbe un dovere di cooperazione con l'autorità amministrativa procedente, dovere in adempimento del quale quest'ultimo sarebbe chiamato a sottostare ai controlli da parte degli agenti accertatori ed a consegnare tutta la documentazione necessaria, pena l'applicazione delle sanzioni previste dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 9 del d.lgs. n. 471 del 18 dicembre 1997. Il che si rivela certamente non in linea con le garanzie al medesimo normalmente riservate in sede penale.

In un'ottica più ampia, quindi, il problema riguarda più in generale il trasferimento in sede penale delle dichiarazioni rese dal contribuente, nonché della documentazione raccolta in fase di verifiche fiscali, e in particolare, la loro utilizzabilità nel processo in violazione delle disposizioni del codice di procedura poste a garanzia del diritto di difesa della persona "potenzialmente indagabile". Tale situazione potrebbe ricorrere ogniqualvolta un soggetto sia stato invitato a presentarsi innanzi all'amministrazione finanziaria per gli adempimenti di cui all'art. 32, comma 1 n. 2 e 3 del D.P.R. 600/1973,⁴⁰² o nel corso di una verifica finanziaria, quando non risulti ancora chiaro se l'ammontare dell'importo oggetto della sospettata evasione sia equivalente ad un importo eccedente i valori-soglia di rilevanza penale. In questa fase, in sostanza, il soggetto interessato non può beneficiare delle garanzie che

⁴⁰² Ai sensi del quale gli uffici delle imposte possono "invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a comparire di persona o per mezzo di rappresentanti per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti (...)", o "invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a esibire o trasmettere atti e documenti rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti".

normalmente lo tutelerebbero durante il corso delle indagini preliminari.

In aggiunta a quanto sinora detto, non può peraltro sottacersi che una delle più vistose carenze della normativa tributaria in punto di garanzie nel corso dell'acquisizione probatoria concerne l'impossibilità per il contribuente di invocare il suo diritto al silenzio, e quindi l'obbligo del medesimo di fornire chiarimenti e documenti anche quando dai medesimi possano discendere delle conseguenze per lui pregiudizievoli. Se un siffatto "obbligo di collaborazione" può risultare giustificato di fronte ad esigenze prettamente finanziarie sulla scorta delle quali può dirsi prevalente un dovere di leale collaborazione del privato con l'autorità pubblica in vista dell'obiettivo della determinazione della sue reale capacità contributiva, tali esigenze si scontrano inesorabilmente con quelle poste a tutela del reo qualora la documentazione e le dichiarazioni ottenute in ragione delle prime finiscano per transitare nel processo penale dove invece prevalgono le seconde.

A tal proposito, si evidenzia che la normativa tributaria su tale aspetto risulta fortemente limitativa, atteso che, prevedendo espressamente che "le notizie ed i dati non addotti e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa",⁴⁰³ di fatto costringe quest'ultimo a rivelare immediatamente all'autorità procedente la sua linea difensiva, esibendo tutta la necessaria documentazione. Da un siffatto operare ne consegue, per contro, la preclusione alla possibilità di ricorrere a strategie difensive alternative nel corso del procedimento penale, le quali verrebbero irrimediabilmente compromesse da una già avvenuta e completa *disclosure* in sede di verifiche amministrative, nonché la facoltà di aggirare agevolmente il principio del *nemo tenetur se detegere* attraverso l'utilizzo di materiale probatorio reperito attraverso una normativa pensata per un diverso fine e relativa ad una differente procedura.

Sulla questione occorre anche rilevare la posizione oscillante assunta

⁴⁰³ Cfr. art. 32, comma 4 del D.P.R. 600/1973.

dalla giurisprudenza che, se in alcune pronunce si mostra assai sensibile a tale tematica tutelando la posizione del contribuente e, quindi, dichiarando inutilizzabili in sede penale le risultanze probatorie rinvenute nel corso di verifiche ed accertamenti fiscali, in altre decisioni, viceversa, si esprime in senso favorevole alla loro utilizzabilità, disinteressandosi del rispetto delle garanzie richieste nel processo penale, o richiamando taluni argomenti in realtà poco persuasivi che fanno leva sul *discrimen* tra fase “strettamente” amministrativa (in cui le garanzie possono anche non essere rispettate) ed una fase a quest'ultima successiva, che avrebbe inizio una volta chiarito che la soglia dell'evasione asseritamente commessa supera quella di rilevanza penale (in cui le garanzie più stringenti del codice devono quindi trovare applicazione). Essendo tuttavia rimessa agli agenti accertatori la possibilità di verifica degli indici oggettivi rilevatori di una evasione sopra soglia, il dubbio che si prospetta è quello che il tal modo venga di fatto rimessa all'autorità procedente l'individuazione del punto di separazione tra le due predette fasi, i quali potrebbero discrezionalmente posticiparlo per i più svariati motivi, a discapito delle garanzie difensive del contribuente.

Tra gli ulteriori diritti oggetto di potenziale violazione da parte dell'amministrazione finanziaria, a titolo esemplificativo, si richiama in questa sede il diritto alla *privacy*, il cui rispetto impone che l'ingerenza degli agenti accertatori risulti strettamente limitata a quanto necessario e venga autorizzata dalle relative autorità competenti. Per ciò che concerne le verifiche fiscali, l'anomalia sorge perché, sebbene l'autorizzazione dell'Autorità giudiziaria sia dalla legge prevista nelle ipotesi di accesso domiciliare, lo stesso non può dirsi nei casi di accesso ai locali diversi da quello domiciliare, prima tra tutti la sede di attività commerciale del contribuente, ipotesi nelle quali è sufficiente l'autorizzazione dell'autorità amministrativa procedente.⁴⁰⁴ Inoltre, la normativa tributaria non sembra tenere nemmeno in considerazione tutti quei casi in cui,

⁴⁰⁴ La disciplina si rinvia, per le imposte dirette, nel primo comma dell'art. 33 d.P.R. 600/1973, il quale richiama e rende applicabile quanto disposto in materia di Iva dall'art. 52 del d. P.R. 633/1972. Su tale disciplina cfr. GALLO S., *Constatazione dei reati tributari: poteri degli uffici finanziari e della Guardia di finanza e limiti al loro esercizio*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1991, p. 40.

nei locali commerciali oggetto di ispezione, venga per esempio rinvenuta della documentazione concernente terze persone o tutelata da segreto, circostanze queste ultime che indurrebbero gli inquirenti nel processo penale all'applicazione di ulteriori garanzie. Il più grosso rischio scaturente da questa situazione concerne dunque la reale possibilità che vengano trasmessi al Pubblico ministero potenziali elementi probatori in relazione ai quali il contribuente non è stato messo nelle condizioni di esercitare le opportune difese.

Un'ulteriore anomalia in fase di verifica tributaria attiene il profilo dell'assistenza tecnica. In relazione a tale aspetto, occorre rilevare che, sebbene le Autorità amministrative precedenti abbiano l'obbligo di informare la persona sottoposta a verifica della possibilità di farsi assistere da un professionista abilitato,⁴⁰⁵ un siffatto onere non può essere ritenuto sufficiente a sanare eventuali violazioni delle disposizioni previste dal codice di procedura a garanzia dell'indagato nel processo penale, posto che si tratterebbe in ogni caso di una prerogativa il cui esercizio risulta di fatto essere rimesso alla discrezionalità del contribuente ed in ogni caso quest'ultimo potrebbe avvalersi dell'assistenza di professionisti non abilitati ad assumere la veste di procuratore nel processo davanti all'autorità giudiziaria.⁴⁰⁶

Alla luce di quanto detto è allora evidente la necessità di un intervento del legislatore che sull'onda delle indicazioni provenienti dalle Corti europee, presa consapevolezza delle non più attuali ragioni che un tempo giustificavano un sistema di doppio binario, riveda totalmente il sistema vigente in un'ottica di cooperazione ed integrazione delle attività svolte dalle diverse autorità munite

⁴⁰⁵ Dispone il comma 2 dell'art. 12 della legge 212/2000 (c.d. *Statuto dei diritti del contribuente*) che “Quando viene iniziata la verifica, il contribuente ha diritto di essere informato delle ragioni che l'abbiano giustificata e dell'oggetto che la riguarda, della facoltà di farsi assistere da un professionista abilitato alla difesa dinanzi agli organi di giustizia tributaria, nonché dei diritti e degli obblighi che vanno riconosciuti al contribuente in occasione delle verifiche”.

⁴⁰⁶ Laddove la verifica si svolga a tavolino, quindi senza accesso presso i locali utilizzati dal contribuente, peraltro, un simile avvertimento neppure viene formulato, come di regola accade laddove sia notificato dall'Ufficio un invito a fornire spiegazioni o documenti ai sensi del già citato art. 32, comma 2, del D.P.R. 600/1973.

di poteri sanzionatori nel settore tributario, in modo che siano comunque rispettate in qualsiasi fase o tipologia di procedura le opportune garanzie che devono necessariamente assistere l'individuo tutte le volte in cui gli venga mossa una contestazione afferente la *matière pénale*, prevedendo altresì, se necessario, delle barriere sostanziali e procedurali alla trasposizione in sede penale delle risultanze probatorie rinvenute nell'ambito delle verifiche fiscali.⁴⁰⁷

Solo un simile sistema fondato sulla piena collaborazione tra tutte le autorità competenti e sul rispetto delle garanzie poste a tutela del contribuente, consentirebbe di non incorrere in paradossali (e talvolta confliggenti) esiti al termine delle relative procedure aventi ad oggetto i medesimi fatti storici, e di rafforzare conseguentemente la fiducia dei consociati sulla corretta applicazione del principi che governano la materia tributaria da parte degli organi a ciò preposti.

5. Prospettive de iure condito: l'(incerta) sorte dei procedimenti ancora pendenti in materia di *ne bis in idem*.

Abbiamo già visto nel primo capitolo le soluzioni che *de iure condito* i giudici di merito e di legittimità hanno adottato per risolvere le anomalie sino ad ora riscontrate, ma forse qualcosa di più ci si potrebbe attendere dalla Corte di giustizia, ora che anche l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona ha presentato le proprie conclusioni⁴⁰⁸ nelle cause avanti ad essa pendenti, tutte aventi ad oggetto la compatibilità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio

⁴⁰⁷ In questo senso DORIGO S., *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, cit., p. 24. *Contra* LA ROSA S., *Orientamenti e disorientamenti in tema di rapporti tra norme penali e tributarie*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2016, I, p. 429, la quale sostiene che “la reciproca indipendenza dei procedimenti e processi penali e tributari costituisce la premessa sistematica che può oggi meglio consentire l'adeguato soddisfacimento delle diverse finalità rispettivamente sottese alle une ed alle altre discipline”.

⁴⁰⁸ Per un più esaustivo approfondimento delle questioni affrontate si rinvia a VIGANÒ F., *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 settembre 2017, www.penalecontemporaneo.it.

nell'ordinamento italiano con il diritto *al ne bis in idem* sancito, a livello europeo, dall'art. 50 Cdfue.⁴⁰⁹

Nell'attesa che anche la Corte Costituzionale, nuovamente interrogata dal giudice di Monza,⁴¹⁰ si esprima di nuovo sulla questione, magari fornendo più precise indicazioni a seguito delle più recenti evoluzioni interpretative nel frattempo intervenute,⁴¹¹ corre peraltro l'obbligo di rilevare come l'individuazione della portata della disposizione di cui all'art. 50 Cdfue da parte

⁴⁰⁹ Come ben evidenziato da VIGANÒ F., *ibidem*, “le cause originano: a) da un rinvio pregiudiziale proveniente dal Tribunale di Bergamo, nell’ambito di un processo penale per il delitto di cui all’art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000 nei confronti di un imputato già sanzionato in via definitiva dall’amministrazione tributaria ai sensi dell’art. 13 del d.lgs. n. 471/1997 per il medesimo importo IVA non pagato (causa *Menci*, con nota dello stesso VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell’IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015); b) da un rinvio pregiudiziale proveniente dalla Sezione tributaria della Cassazione civile, nell’ambito di un procedimento di opposizione contro un provvedimento sanzionatorio Consob per l’illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all’art. 187-ter del d.lgs. n. 58/1998 (c.d. Tuf) nei confronti di due società e di una persona fisica (il noto immobiliare Stefano Ricucci), i quali già avevano definito mediante sentenza di patteggiamento il procedimento penale aperto nei loro confronti per il medesimo fatto, qualificato in quella sede come delitto di manipolazione del mercato ai sensi dell’art. 185 t.u.f. (causa *Garlsson Real Estate e a.*, con nota di VIGANÒ F., *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell’Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, *ivi*, 7 ottobre 2016); c) da due ulteriori rinvii pregiudiziali ‘gemelli’ provenienti dalla seconda sezione civile della Cassazione, nell’ambito di due paralleli procedimenti di opposizione contro provvedimenti sanzionatori della Consob per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-bis Tuf nei confronti di due persone fisiche che erano state invece assolte in sede penale, in relazione al medesimo fatto storico, dall’imputazione relativa al corrispondente delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 184 Tuf” (cause *Di Puma e Zecca*, uno dei quali con nota di VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, *ivi*, 28 novembre 2016).

⁴¹⁰ Trib. di Monza, ordinanza del 30 giugno 2016, con nota di CONFALONIERI S., *Ne bis in idem e reati tributari: il tribunale di monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia a e b c. norvegia?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2017.

⁴¹¹ È interessante osservare come, in materia di doppio binario, la Corte costituzionale francese, a differenza della Corte costituzionale italiana che si è spinta soltanto a richiamare l’attenzione del legislatore sull’opportunità di mantenere in vita tale sistema, abbia optato per la dichiarazione di incostituzionalità del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, sebbene tale incostituzionalità sia

dei giudici di Lussemburgo risulti a questo punto un passaggio fondamentale per la risoluzione delle questioni sino ad ora affrontate. In particolare, si tratterà di comprendere se tale disposizione offra il medesimo livello di tutela garantito dall'art. 4 prot. 7 Cedu e, inoltre, se una sua attuazione possa escludere categoricamente la duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni, qualora abbiano natura omogenea e particolarmente afflittiva, secondo i criteri *Engel* già esaminati.

A tal proposito, peraltro, può essere utile evidenziare come l'Avvocato generale non ritenga, contrariamente da quanto sostenuto dai vari governi intervenuti, che la Corte di giustizia debba senz'altro allinearsi alla soluzione indicata dalla Grande Camera della Corte Edu in *A e B c. Norvegia*: quest'ultima soluzione rappresenta, in effetti, soltanto il livello minimo di tutela che il diritto euro-unitario è chiamato a garantire, restando impregiudicata la possibilità di offrire un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'Unione, ove ne sussista l'opportunità.⁴¹² Tale opportunità sussiste senz'altro, secondo l'Avvocato generale, anche perché il nuovo criterio introdotto con l'ultima citata decisione della Corte di Strasburgo aggiunge “notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti”, mentre “i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti”, e devono comunque poter essere applicati in modo prevedibile e certo.⁴¹³

Dalle conclusioni espresse dall'Avvocato generale sembra potersi dedurre, in altre parole, la necessità dell'elaborazione, a livello euro-unitario, di una nozione autonoma di *ne bis in idem*, che tenga conto, in particolare, delle condizioni e delle modalità con le quali tale diritto fondamentale può essere

stata motivata più da ragioni di proporzionalità della pena che da motivazioni più strettamente riconnesse al rispetto delle garanzie procedurali. Il *Conseil constitutionnel* francese ha infatti qualificato come “sproporzionato” il cumulo di sanzioni amministrative e penali per la punizione della medesima condotta e, quindi contrario all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo del 1789, che impone al legislatore di prevedere soltanto pene che fossero strettamente ed evidentemente necessarie.

⁴¹² Conclusioni in causa Menci, par. 76-77.

⁴¹³ Conclusioni in causa Menci, par. 73.

compreso ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 52 par. 1 Cdfue, che ammette che i diritti della Carta possano essere limitati laddove la limitazione sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale dei diritti in questione, e risulti altresì – nel quadro del principio di proporzionalità – necessaria rispetto a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Ad oggi, dunque, nonostante sia previsto un principio di corrispondenza minima tra il contenuto delle disposizioni della Carta stessa e quello delle parallele disposizioni della Convenzione e dei relativi protocolli, in virtù del richiamo espresso operato dall'art. 52, paragrafo 3 della Carta di Nizza, ciò non preclude che il *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 Cdfue possa rimanere immune da qualsivoglia limitazione rispetto al divieto di cumulo tra procedimento formalmente amministrativo (ma sostanzialmente penale) e procedimento penale per gli stessi fatti materiali. Una siffatta presa di posizione sarebbe peraltro giustificata dall'assunto secondo cui «a questa identità di fondo della regola del *ne bis in idem* fa da contraltare il principio, interno al diritto dell'Unione e logicamente estraneo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti, per cui l'applicazione degli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione». ⁴¹⁴

Per concludere, pare assai verosimile che le pronunce che la Corte di giustizia è nel prossimo futuro chiamata ad emettere potrebbero obbligare il legislatore italiano ad una nuova revisione del sistema sanzionatorio attualmente vigente in diversi settori del nostro ordinamento. In particolare, nel caso in cui le questioni di interpretazione pregiudiziale dovessero certificare l'incompatibilità tra il nostro sistema sanzionatorio ed il principio del *ne bis in idem*, il legislatore sarebbe chiamato a ridisegnare il sistema adottando soluzioni idonee a scongiurare, in modo definitivo, possibili sovrapposizioni tra procedimenti tendenzialmente volti ad infliggere sanzioni sostanzialmente

⁴¹⁴ E tale principio risulta enunciato e ribadito, rispettivamente, nelle sentenze *Melloni* e *Fransson* già citate.

penali. E ciò anche perché, considerato che nella stragrande maggioranza dei casi è il procedimento amministrativo a terminare per primo, ciò determinerebbe il più delle volte la sostanziale improcedibilità del giudizio penale, il che mal si concilia con le istanze provenienti dalla normativa europea, che vuole invece una criminalizzazione delle condotte più gravi.

Qualora una nuova revisione del sistema sanzionatorio si rendesse indispensabile per conformarsi a quanto sino ad ora rilevato, pertanto, perseguire la via già prospettata di una netta distinzione tra illeciti penali ed amministrativi nel rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, ricorrendo altresì ai criteri in precedenza meglio illustrati, potrebbe sicuramente condurre a risultati maggiormente soddisfacenti.

6. Soluzioni *de iure condendo*: la possibilità di conferire al giudice penale il potere di irrogare tutte le sanzioni riconducibili alla *matière pénale*.

A prescindere da quanto si è detto sino ad ora in relazione ai due specifici settori del *market abuse* e di quello tributario, a parere di chi scrive, si potrebbe in ogni caso pensare ad una più generale modifica normativa sul fronte interno processuale del sistema vigente. Come si è visto, infatti, allo stato attuale consentire lo svolgimento parallelo del giudizio amministrativo e di quello penale – seppur a condizione di avere una connessione sostanziale tra i due – legittimerebbe di fatto che procedure prive delle garanzie minime imposte dall'art. 6 Cedu comportino conseguenze sanzionatorie di fatto aventi natura penale, il che risulta, come abbiamo avuto modo di vedere, contrario ai principi della Convenzione.

Si potrebbe allora ipotizzare una riforma che imponga una più ampia collaborazione nel corso delle attività ispettive e di vigilanza tra, da una parte, gli organi amministrativi competenti all'accertamento degli illeciti amministrativi punitivi e, dall'altra, la Procura della Repubblica, e che attribuisca il potere di irrogare le relative sanzioni unicamente al giudice penale. In quest'ottica si potrebbe pensare ad un coordinamento in fase di

indagini tra organi giudiziari ed amministrativi, che veda i secondi agire sempre sotto la direzione dei primi. Ciò consentirebbe, da un punto di vista sostanziale, un recupero delle esigenze del reo eludendo il rischio che quest'ultimo venga sottoposto ad una doppia punizione e, da un punto di vista processuale, il trasferimento nelle mani della sola autorità giurisdizionale penale del potere di scegliere e di graduare le sanzioni (amministrative punitive o penali).

Una siffatta soluzione sarebbe peraltro in linea con l'ultimo approdo della Corte di Strasburgo *A. & B. c. Norvegia*, decisione, che a ben vedere, va nella direzione inversa rispetto a quanto stabilito nel suo dispositivo, considerato che se da una parte la Corte omette di riscontrare una violazione convenzionale del sistema repressivo tributario norvegese,⁴¹⁵ dall'altra, incita gli Stati membri ad un ripensamento dei sistemi sanzionatori vigenti raccomandando l'adozione di alcune specifiche misure. Invero, sebbene non sia mai stato esplicitato nel testo della decisione, la Grande Camera sembra avere ben presente che la strada elettiva per imporre misure afflittive nei confronti degli individui e dei loro beni sia proprio il processo penale: attraverso tale pronuncia, infatti, la grande Camera ha in primo luogo precisato che la migliore attuazione dell'art. 4 Prot. 7 consisterebbe proprio nella predisposizione di un meccanismo che consenta di far confluire i due diversi procedimenti nell'ambito di un'unica procedura sanzionatoria, al fine di fronteggiare il rischio di illegittime duplicazioni.

La soluzione del ricorso in via esclusiva al procedimento penale, peraltro, consentirebbe di porre fine ad ulteriori criticità da taluni evidenziate.

Ed infatti, come si è avuto modo di vedere nei precedenti paragrafi, mentre il diritto punitivo amministrativo ha conosciuto uno sviluppo dogmatico

⁴¹⁵ La maggioranza dei giudici di Strasburgo ha deciso di salvaguardare un determinato indirizzo di politica punitiva diretta soprattutto a fronteggiare i comportamenti illeciti nel settore economico e finanziario. Nell'ambito di questa tendenza molteplici condotte sono punite a titolo di illecito amministrativo – anche se le sanzioni, alla luce della giurisprudenza della Corte, hanno natura sostanzialmente penale – per l'ovvia constatazione che il procedimento penale tradizionale non è la sede più adeguata per accertare in maniera effettiva e celere le violazioni della regolamentazione di cui i mercati hanno bisogno.

e concettuale – seppur talvolta solo sulla carta – che ha comportato il recepimento di molte delle garanzie del diritto penale (principio di legalità, divieto di retroattività, principio di colpevolezza), nulla di analogo è accaduto nella dimensione “procedurale” dell'illecito amministrativo, in relazione all'attività di accertamento della responsabilità amministrativa e di irrogazione della relativa sanzione.

Ma, come ha ben osservato un autorevole voce in dottrina,⁴¹⁶ il diritto sanzionatorio nel settore economico, anche quando assume la forma del diritto punitivo amministrativo, ha bisogno di procedure “più agili di quelle tradizionali e distinte da queste ultime anche per la diversità degli organi coinvolti”. Procedure che siano in grado di assicurare le garanzie “minime” stabilite nell'art. 6 Cedu, e contemporaneamente le competenze tecniche specifiche della materia necessarie per l'accertamento degli illeciti eventualmente posti in essere, le quali tradizionalmente appartengono ad organi specializzati e settoriali. Solo in tal modo un elevato livello di tecnicismo potrebbe coniugarsi con il rispetto dei diritti fondamentali, la cui piena tutela, invece, non può prescindere dall'intervento dell'Autorità giudiziaria.

In tale prospettiva, ed alternativamente, si potrebbe ipotizzare l'attribuzione del potere di guidare le indagini fiscali e finanziarie al solo P.M., con poteri istruttori di coordinamento delle indagini svolte dalle autorità settorialmente competenti, quantomeno a partire dal momento in cui emerga un *fumus* di reato, in una prospettiva di integrazione e reciproca collaborazione di tutti gli organi coinvolti e non di svolgimento parallelo di due distinti procedimenti. In tal modo le rispettive autorità pubbliche amministrative continuerebbero a svolgere le proprie regolari attività ispettive e di controllo in funzione della miglior efficacia deterrente “del sistema”, seppur a fronte di un sostanziale accorpamento delle loro funzioni – sia su un piano funzionale che procedimentale – a quelle svolte dall'autorità giudiziaria. Il che peraltro

⁴¹⁶ DI BITONTO M.L.A., *Il ne bis in idem tra infrazioni finanziarie e reati*, Cassazione penale, fasc. 4/2016, p. 1335B.

avrebbe il grosso beneficio di non frustrare l'esigenza del singolo a non sentirsi esposto a molteplici azioni punitive per la medesima condotta: un'unica (certamente più) complessa procedura condotta attraverso la collaborazione di uffici diversi nella quale le esigenze di tecnicismo inscindibilmente legate all'accertamento dei reati in materia economica verrebbero a coniugarsi con l'oramai imprescindibile rispetto dei diritti fondamentali. Come qualcuno ha già scritto, *en attendant Godot*.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2005.

ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014.

ALLEGREZZA S., *Commento all'art. 4 Prot. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 899.

AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2012.

AMBROSETTI E.M. - MAZZETTI E. - RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.

BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2017.

BERNARDI S., *La Suprema Corte alle prese con il “principio di assorbimento” in una recente sentenza in materia di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2017.

BIGIARINI A., *Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione ai fatti di criminalità economica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2/2016.

BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*,

in *Archivio Penale*, n. 1/2015.

CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946.

CERNUTO G. - D'ARCANGELO F., in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria*.

CONFALONIERI S., *Ne bis in idem e reati tributari: il tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2017.

CONSO G. - GREVI G. - BARGIS M., *Compendio di procedura Penale*, 2016, 8° ed..

CONSO G. - GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.

CORDEIRO GUERRA R., “*Il principio di personalità*”, in GIOVANNINI A. – DI MARTINO A. – MARZADURI E. (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, Giuffrè, Milano, 2016, vol. II.

Così ASTARITA S., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, Torino, 2006.

CRESPI A., *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2009, I, ora in *Studi di diritto societario*, Milano, 2010.

D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani*

fondamentali, in *Dir. pen. proc.*, 5/2014.

D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Milano, 2017.

DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007.

DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007.

DE AMICIS G., *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2015.

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

DE LUCA G., voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1988.

DESENA E., *Illegittimità del procedimento sanzionatorio Consob dalla sentenza Grande Stevens al caso Banca Profilo: cronaca di una morte annunciata?*, in DESANA E. - MONTALENTI P. - SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio Consob al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2016.

DI BITONTO M.L.A., *Il ne bis in idem tra infrazioni finanziarie e reati*, Cassazione penale, fasc. 4/2016.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013.

DOLCINI E., *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981, n. 689, in AA.VV., Commentario delle Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004.

DORIGO S., *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giuris. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com.

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016.

FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giur. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com.

FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, 6° ed., Bologna, Zanichelli, 2009.

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014.

FINOCCHIARO S., *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016.

FINOCCHIARO S., *Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.

FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *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 DESANA E. - MONTALENTI P. - SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio Consob al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2016.

FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. delle Società*, 2015.

FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen cont. online*, 14 settembre 2014.

FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2014.

FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it.

GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.

GALLO S., *Constatazione dei reati tributari: poteri degli uffici finanziari e della Guardia di finanza e limiti al loro esercizio*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1991.

GOISIS F., *Introduzione al Seminario "Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal codice del processo amministrativo"*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza, 6 febbraio 2014, in air.unimi.it.

GROSSO C.F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme, talune contestabili, nessun disegno organico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006.

ILLUMINATI G., *Giudizio*, in CONSO - GREVI, *Compendio di procedura*

penale, Cedam, Padova, 2012.

KOSTORIS R.E., *I diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

LA ROSA S., *Orientamenti e disorientamenti in tema di rapporti tra norme penali e tributarie*, in *Rivista di diritto tributario*, 4/2016, I.

LABIANCA D., *La nuova dimensione del ne bis in idem: dal caso Grande Stevens a C. cost. n. 102/2016*, in CADOPPI A. - CANESTRARI S. - MANNA A. - PAPA M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, Milanofiori Assago, 2017.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014.

LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, 8° ed., Milano, 1974.

LOZZI G., voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1969.

LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen e proc.*, 2005.

MAGRO B., *Le manipolazioni di mercato tra illecito penale ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007, 1.

MANACORDA S., *Equazioni complesse: il ne bis in idem "ancipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2017.

MANCUSO E.M. - VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in UBERTIS G. - VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura*

penale, diretto da UBERTIS G. - VOENA G.P., XLI, Milano, 2012.

MANES V., *sub art. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

MANGIARACINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Leg. Pen.*, 2/2006.

MANNA A., *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 8° ed., Padova, Cedam, 2013.

MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2004.

MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico funzionale della “materia penale”*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2015.

MAULET L., *Le principe ne bis in idem, objet d'un <<dialogue>> contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 109, 1 gennaio 2017.

- MAZZA O., *L'insostenibile convivenza tra bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 4/2015.
- MAZZACUVA F., *Nulla poena sine lege*, in UBERTIS G. - VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.
- MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 535.
- MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015.
- MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006.
- MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015.
- MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, nota a Cass. pen., sez. un., sentenza 28 aprile 2017, n. 20664, in *Giur. pen.*, www.giurisprudenzapenale.com.
- NAPOLEONI V., *L'insider trading*, in SANTORIELLO C. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, 2008.
- PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. Pen.*, 1976.
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016.
- PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

PALIERO C.E., *‘Materia penale’ e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione ‘classica’ ad una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/1985.

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

PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/2014.

PALIERO C.E., *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. Merito*, 2006.

PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997.

PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

PECORI L., *Potenzialità preclusive della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 2001.

PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G. (a cura di), *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2000.

PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale del diritti dell’uomo*, 1992, Vol. 5, n. 2.

PELISSERO M., *Concorso apparente di norme*, in GROSSO C. F. - PELISSERO M. - PETRINI D. - PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013.

PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015.

PEPE F., *Sistema sanzionatorio tributario e ne bis in idem Cedu: la dimensione antropologica di un (irriducibile?) conflitto*, in *Riv. Dir. trib.*, 6/2015.

PERINI A., voce *Reati tributari*, in *Dig. Pen.*, IV Agg., Milanofiori Assago, 2013.

PULITANÒ D., *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017.

PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.

RANALDI G. - GAIOTO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, n. 1/2017.

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

REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto Cedu "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2/2015.

ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 16 aprile 2012.

RORDORF, R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010.

ROSSI A., *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1.

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del ruolo della Cedu nel diritto interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

SALCUNI G., *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, in *Indice pen.*, 2013.

SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, 3° ed., Giappichelli, 2017.

SANTORIELLO C., *Il reato di manipolazione di mercato*, in *Id. (a cura di), La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, 2008.

SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2017.

SCOLETTA M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

SCOLETTA M., *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di giustizia dichiara la propria incompetenza*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2015.

SELVAGGI E., *La procedura giudiziaria che estingue l'azione penale estingue il nuovo giudizio di un altro Stato europeo*, in *Guida dir.*, 9/2003.

SINISCALCO M., *Legge 24 novembre 1981, n.689. Modifiche al sistema penale. Commento all'art. 9*, in *LP*, 1982.

SLOVENKO R., *The Law on Double Jeopardy*, in *Tulane Law Review*, 1955-1956.

SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015.

TRIPODI A.F., *Uno piu uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in VIGANÒ F. - UBERTIS G. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2013, p. 37-38.

VALLINI A., *Concorso di norme e di reati*, in *AA.VV., Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, vol. II.

VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 2014.

VIGANÒ F., *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, *ivi*, 7 ottobre 2016

VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionali italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014.

VIGANÒ F., *Figli di un Dio inore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla corte Edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2012.

VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e processo. Speciale Europa*, 2011.

VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 18 aprile 2012.

VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto penale europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici ed avvocati penalisti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014

VIGANÒ F., *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in VIGANÒ F. - UBERTIS G. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

VIGANÒ F., *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 settembre 2017.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2016.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, *ivi*, 28 novembre 2016.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla*

Corte di giustizia, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015.

VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016.

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013.

ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 5/2015, www.rivistaaic.it.

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 5, 2014.

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e in ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014.

ZIRULIA S., MANCUSO E.M., *Monitoraggio Corte Edu gennaio 2014*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2014.

ZUNICA F., *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna VII*, Napoli, 2007.