

21 SETTEMBRE 2016

Ne bis in idem e illeciti finanziari:
un'analisi alla luce di Corte cost
102/2016 e della nuova disciplina
euro unitaria sul *Market abuse*

di Leonardo Lippolis

Ne bis in idem e illeciti finanziari: un'analisi alla luce di Corte cost 102/2016 e della nuova disciplina euro unitaria sul *Market abuse**

di **Leonardo Lippolis**

Sommario: **1.** Doppio binario sanzionatorio e *bis in idem*: primo responso della Corte costituzionale. - **2.** La sentenza n. 102/2016. - **3.** L'origine della questione: *bis in idem nazionale* e *bis in idem convenzionale*. - **4.** Le soluzioni interpretative: **4.1.** L'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p.; **4.1.1.** (segue) L'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 669 c.p.p.; **4.2.** L'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE; **4.2.1.** (segue) *Bis in idem* e effettività del diritto dell'Unione europea; **4.2.2.** (segue) I ristretti confini applicativi dell'art. 50 CDFUE; **4.3.** La diretta applicazione dell'art. 4 Prot. 7, CEDU - **5.** La necessità di un intervento legislativo: **5.1.** La nuova disciplina euronunitaria sul *market abuse*: i vincoli imposti dal regolamento 596/2014 (MAR) e dalla direttiva 2014/57/UE (MAD II); **5.2.** La legge-delega n. 114/2015.

1. Doppio binario sanzionatorio e *bis in idem*: primo responso della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 102 del 2016¹ la Corte costituzionale fornisce una prima risposta sull'ardua questione della compatibilità dei sistemi punitivi a "doppio binario" - amministrativo e penale - con il principio del *ne bis in idem* convenzionale (art. 4 del Protocollo n. 7, CEDU), così come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Con due distinte ordinanze interlocutorie, la quinta Sezione penale e la Sezione tributaria della Cassazione avevano - quasi contemporaneamente - sollevato dubbi sulla costituzionalità della vigente disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato allestita dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, di seguito TUF). La Consulta, con responso per vero non sorprendente, ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni rimesse: si

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Corte cost., 08.03.2016 (dep. 12.05.2016), n. 102, in www.cortecostituzionale.it.

è ancora lontani da una "rivoluzione" dei sistemi sanzionatori² a doppio binario nel nostro ordinamento³.

Tuttavia il giudice delle leggi non è sordo ai *dicta* provenienti da Strasburgo a seguito della nota vicenda *Grande Stevens*. La pronuncia ha il merito di segnalare a chiare lettere che l'intero sistema italiano di repressione degli abusi di mercato, improntato su un doppio livello di tutela penale e amministrativo, frustra, inevitabilmente, il diritto fondamentale a non essere giudicati due volte per la stessa condotta illecita, pur se diversamente qualificata⁴. Tale conferma esplicita rappresenta un chiaro monito per il legislatore in attesa dell'esercizio della delega conferita con L. 114/2015 - scaduta il 3 luglio 2016 - per la riforma della disciplina degli illeciti finanziari.

Resta, comunque, un fronte scoperto: in attesa dell'intervento governativo, quali soluzioni ermeneutiche dovrà adottare il giudice nazionale per impedire che venga perpetrata la violazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU?

Il presente lavoro, principiando da una ricognizione della sentenza citata, cerca di fornire un contributo per rispondere a tale interrogativo, sulla scorta delle strade percorse sino ad oggi dalla giurisprudenza e dalla dottrina impegnata in materia. Si focalizzerà poi l'attenzione sulle profonde innovazioni apportate, nel campo del *market abuse*, dalla direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE

² Il tema del *ne bis in idem* tra sanzioni amministrative e penali costituisce uno dei campi elettivi della complessa tematica della potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione e consente di coglierne la sua tangenza al diritto penale. Sui problemi qualificatori, e di individuazione delle relative garanzie sostanziali e procedurali, suscitati dai provvedimenti amministrativi *stritto sensu* punitivi, si rinvia ai fondamentali contributi di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Utet, 1924, 38; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Tipografia Tocco, 1925; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Jovene, 1981; C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, 1989. Sulla necessità di un'indagine volta alla circoscrizione dei caratteri distintivi della sanzione amministrativa, e scevra da una mera "contesa sulle etichette", vedasi A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, 03.10.2014, in www.diritto-amministrativo.org. Con particolare riguardo al concetto di sanzione amministrativa in relazione alle garanzie apprestate dalla CEDU, v. F. GOISIS, Relazione all'Incontro di studio A.I.P.D.A. – A.I.C. "Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.", Roma Tre, 06.02.2014, in www.diritto-amministrativo.org.

³ Anche per la materia degli illeciti tributari, Corte cost., ord. 08/03/2015 (dep. 20.05.2016), n. 112, in www.cortecostituzionale.it, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata da Trib. Bologna, ord. 21.04.2015, dell'art. 649 c.p.p., "in relazione all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata applicata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale" ai sensi della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte ha demandato al rimettente la valutazione delle complesse ricadute nel giudizio *a quo*, a seguito della riforma operata con d.lgs. n. 158/2015, "che ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione". Per un primo commento alla pronuncia v. CORSO, *Sistema sanzionatorio: la rivoluzione può attendere*, in *Ipsa Quotidiano on line*.

⁴ v. § 6.1. della motivazione.

(c.d. MAD II) e dal regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 (c.d. MAR), dando conto, da ultimo, dei criteri-guida fissati dal legislatore per il recepimento della normativa eurounitaria.

2. La sentenza n. 102/2016.

Come è noto, sino al 2005 le figure dell'abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) e della manipolazione del mercato (*market manipulation*) erano sanzionate esclusivamente in sede penale come delitti (artt. 184 e 185 TUF). Successivamente, con la legge n. 62 del 2005 (c.d. legge comunitaria del 2004), attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (c.d. Market Abuse Directive, di seguito MAD I), alle figure di reato sono stati affiancati, per le medesime condotte, due paralleli illeciti amministrativi (previsti, rispettivamente, dagli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del novellato TUF).

In deroga al principio di specialità che, in termini generali, governa il rapporto tra sanzione amministrativa e sanzione penale (art. 9, L. 689/81), il Legislatore, nella materia interessata, ha previsto "clausole di cumulo" dei due tipi di sanzioni, come risulta dall'incipit degli artt. 187 bis-e 187-*ter* TUF: "*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*".

Lo sdoppiamento degli illeciti finanziari è stato accompagnato, sotto il profilo procedimentale, da un duplice binario, che si svolge, rispettivamente, davanti all'Autorità Giudiziaria penale e davanti alla Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (CONSOB)⁵, restando peraltro distinti e autonomi gli effetti discendenti dai due procedimenti (art. 187 *duodecies*, TUF). Per altro verso, un parziale "collegamento" tra questi si ravvisa in sede di esecuzione della pena pecuniaria, ove l'art. 187-*terdecies* TUF prevede un meccanismo compensativo di esazione della stessa limitato alla parte eccedente quella già riscossa⁶.

Tale sistema punitivo è stato messo al bando dalla Corte EDU, con la notissima pronuncia del 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*⁷, nella misura in cui la duplicazione di illeciti, e quindi di

⁵ Sui profili procedimentali relativi all'esercizio del potere sanzionatorio della Consob v. W. T. MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Giuffrè, 2012, 119 ss..

⁶ Per una disamina della disciplina v. E. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2012, 236 ss..

⁷ Corte eur. dir. uomo, 04.03.2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, divenuta definitiva il 07.07.2014 a seguito del rigetto dell'istanza del Governo italiano di rinvio alla Grande Camera, in www.echr.coe.int. Per i primi commenti alla sentenza *Grande Stevens*, vedasi, *ex multis*, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *DPP 2014*, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio": prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, *Atti dell'incontro di studio: Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno*, Aula Magna della Cassazione, in www.cortedicassazione.it, 23.06.2014; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 3/2014; A.F. TRIPODI, *Uno più*

sanzioni, per lo stesso fatto storico (*bis in idem* sostanziale), è esplicitamente preordinata a perseguire o giudicare una persona per una seconda volta, nonostante la definitività del primo giudizio (*bis in idem* processuale).

Il perno della censura è la qualificazione della procedura amministrativa di fronte alla CONSOB, e delle rispettive sanzioni, come sostanzialmente penali, a prescindere dalla loro qualificazione formale. Da ciò discende l'attrazione di tutte le garanzie convenzionali apprestate dalla CEDU per il sistema penale, tra cui il diritto ad un equo processo (Art. 6 CEDU, ritenuto parimenti violato nel caso di specie⁸), e, appunto, il divieto di essere sottoposto ad un secondo giudizio per uno stesso fatto già giudicato in via definitiva (art. 4 Prot. n. 7, CEDU).

In considerazione del riscontrato *vulnus* al principio del *ne bis in idem* (processuale) sono state prospettate due distinte questioni di costituzionalità.

Con una prima ordinanza⁹, la quinta Sezione penale della Cassazione, sollevava, in via principale, il dubbio sulla compatibilità dell'art. 187-bis co. 1 TUF con l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, nella parte in cui prevede «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» anziché «*Salvo che il fatto costituisca reato*».

Il caso sottoposto allo scrutinio del giudice di legittimità concerneva un fatto sostanzialmente assimilabile a quello giudicato dalla Corte EDU nel caso Grande Stevens: nonostante l'imputato, per un'unica condotta di *insider trading*, fosse stato già punito in via definitiva, ai sensi dell'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998, con una sanzione amministrativa particolarmente gravosa, si procedeva nuovamente, nei suoi confronti, per il reato previsto dall'art. 184, lettera b), del d.lgs. n. 58 del 1998. Ciò, secondo il rimettente, stava avvenendo in violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, il quale imporrebbe di arrestare immediatamente il corso di questo secondo processo.

uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del *ne bis in idem* in tema di manipolazione del mercato, in www.penalecontemporaneo.it, 9.3.2014; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss..

⁸ In senso critico sulla validità del rimedio costituito dal riesame postumo dell'autorità giudiziaria quale "compensazione" delle garanzie violate nel corso del procedimento sanzionatorio Consob v. M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., 1063. Sulle ricadute della Grande Stevens con riferimento alla violazione delle garanzie del giusto processo da assicurare nel procedimento sanzionatorio della Consob, v. Cons. Stato, 3.02.2015 (dep. 26.03.2015), n. 1596, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Cass. pen., Sez. V, ord. 10.11.2014 (dep. 15.01.2015), n. 1782. Per un commento all'ordinanza v. S. RICCIO, *Ne bis in idem e market abuse: quali prospettive (aspettando la Consulta)*, in *Proc. pen. giust.* 2015 (4), 185 ss.; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.11.2014.

La Cassazione, in via principale, sottoponeva la questione di legittimità costituzionale della clausola di cumulo in apertura della figura di abuso di mercato (art. 187-*ter* TUF), invocando una pronuncia manipolativa che sostituisse quest'ultima con una clausola di sussidiarietà, tale da far recedere l'applicabilità della sanzione amministrativa allorché il medesimo fatto costituisse anche un illecito penale (ovvero, l'art. 184 TUF).

Tale intervento, ridisegnando il rapporto tra sanzione amministrativa e sanzione penale nei termini di un concorso apparente di norme, avrebbe fornito, secondo il giudice rimettente, una soluzione "di sistema" al problema, precludendo violazioni sistematiche del *ne bis in idem* processuale, tramite l'eliminazione, in radice, delle ipotesi di *bis in idem* sostanziale.

In questo modo si sarebbe dato inoltre attuazione alla direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE (c.d. MAD II) e al regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 (c.d. MAR) che, innovando profondamente il settore degli abusi di mercato, hanno capovolto i rapporti tra sanzioni penali e amministrative, imponendo agli Stati membri di adottare pene criminali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo, e permettendo loro di affiancare misure punitive amministrative.

La questione sollevata, come già preconizzato da più voci in dottrina¹⁰, è stata ritenuta inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*.

Essa concerneva una disposizione, l'art. 187-*bis* TUF, della quale la Cassazione non doveva fare impiego nel giudizio *a quo*, in quanto già definitivamente applicata dall'Autorità amministrativa nel relativo procedimento. La Corte rimettente era piuttosto chiamata a giudicare con riferimento al corrispondente reato di cui all'art. 184, comma 1, lettera b), TUF. In altri termini, l'accoglimento della questione non avrebbe minimamente intaccato l'esito del giudizio principale: l'imputato sarebbe restato giudicabile per il contestato reato di abuso di informazioni privilegiate. Di conseguenza, si sarebbe prodotto proprio il risultato che il *ne bis in idem* mira a scongiurare: ossia un secondo processo (e, in ipotesi, una seconda condanna), nei confronti di un soggetto già giudicato (e, nel caso di specie, condannato) per lo stesso fatto¹¹.

¹⁰ C. FEDERICO, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte costituzionale*, in www.archiviopenale.it; G. M. FLICK e V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, 3/2015; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in www.penalecontemporaneo.it, 08.02.2016; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, cit..

¹¹ Non a caso, in una situazione analoga, ancorché riferita al settore tributario, il Tribunale di Bologna con la pronuncia del 21 aprile 2015, ha impugnato esclusivamente l'art. 649 c.p.p. e non anche gli artt. 20 e 21 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, pure sospettati di incostituzionalità, posto che, questi ultimi, postulano la prosecuzione del procedimento amministrativo di accertamento o del processo tributario, culminanti

Inconferente, sul punto, è risultato il richiamo, da parte del giudice *a quo*, all'art. 187-*terdecies* TUF. Il rimettente muoveva dall'assunto di un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 30, comma 4, L. 87/53 (Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale)¹², tale da estenderne il perimetro applicativo anche al caso della condanna ad una sanzione "formalmente" amministrativa ma sostanzialmente penale. Di conseguenza, l'eliminazione della base legale della sanzione amministrativa ex art. 187-*bis* TUF, avrebbe determinato, per il tramite dell'art. 30, comma 4, L. 87/53, l'esazione *in toto* della multa in sede penale, e ciò in forza del "collegamento" tra i due procedimenti ex art. 187-*terdecies* TUF, che, come già visto, ne limita la riscossione alla parte eccedente quella già riscossa.

Al di là della plausibilità di una simile interpretazione, non era pertinente il richiamo all'art. 187-*terdecies*: trattasi, invero, di norma che rileva solo nella sola fase di esecuzione e non in quella di cognizione, in cui è stata sollevata la questione.

In via subordinata, la quinta Sezione penale della Cassazione sollevava questione di costituzionalità dell'art. 649 c.p.p. *«nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli»*.

Anche tale questione risultava inammissibile.

Lo stesso giudice rimettente era ben consapevole degli effetti deflagranti che un simile intervento manipolativo, se accolto, avrebbe comportato nel sistema punitivo italiano. L'ordinanza interlocutoria evidenziava come l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., nella formulazione proposta, non avrebbe posto alcun ordine di priorità tra i due procedimenti - penale e amministrativo - in corso. Di conseguenza, la preclusione al secondo procedimento sarebbe scattata in presenza di

nell'applicazione di una sanzione amministrativa avente carattere afflitivo-punitivo, nonostante l'avvenuta definizione del processo penale per lo stesso fatto. E ciò per la condivisibile considerazione che tale seconda questione risulterebbe irrilevante nel giudizio a quo, posto che le norme citate concernono la sanzione amministrativa secondo la qualificazione interna, mentre detto giudizio verte sulla fattispecie di reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000. Per un commento alla pronuncia v. M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *www.pentalcontemporaneo.it*, 2015.

¹² Appare opportuno riportare il testo dell'art. 30, comma 4, L. 87/53: *"Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali"*.

una circostanza del tutto aleatoria e, in qualche misura, "pilotabile" dal ricorrente: la celerità nella definizione di uno dei due procedimenti¹³.

Tale operazione, per usare le parole della Corte rimettente, avrebbe rappresentato, non più il rimedio ad una "*distorsione dell'attività giurisdizionale*", ossia ad un evento "*patologico*" nel quadro della disciplina del codice di rito, ma lo "*sbocco necessario*" della ineludibile insaturazione, per il medesimo fatto, del procedimento penale da parte del pubblico ministero e del procedimento amministrativo da parte della Consob¹⁴.

In altri termini, la pronuncia manipolativa invocata, operando sul piano processuale anziché sostanziale, avrebbe costituito un rimedio alla violazione del *bis in idem* nei singoli casi concreti, ma non in via generale, come nella prospettiva tracciata dalla questione principale.

Pertanto, l'incertezza del tipo di risposta sanzionatoria che l'ordinamento ricollega ad un certo comportamento, avrebbe mostrato punti di frizione con plurimi principi costituzionali - determinatezza e legalità della sanzione penale (art. 25 Cost.); ragionevolezza (art. 3 Cost.), sul piano della disparità di trattamento dei singoli destinatari delle sanzioni; buon andamento (art. 97 Cost.), sul piano della gestione delle risorse - ma, soprattutto, avrebbe pregiudicato sensibilmente l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività del sistema punitivo, in violazione degli obblighi imposti dalla normativa comunitaria di settore, come esplicitato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso Fransson¹⁵, in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Tuttavia, secondo il rimettente, tale "*incongruenza sistematica*" avrebbe dovuto soccombere di fronte al prioritario rispetto di un diritto fondamentale, quale è quello a non essere giudicati due volte per lo stesso fatto illecito.

Sotto questo aspetto la Corte costituzionale coglieva il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione subordinata, che ne segnava l'inammissibilità.

¹³ Se è vero, infatti, che i casi statisticamente più frequenti di "azzeramento" del procedimento dovrebbero in teoria riguardare il giudizio penale, la cui celebrazione necessita di un tempo usualmente più lungo rispetto a quello amministrativo, l'esperienza della Consob annovera anche casi di imputati che hanno preferito chiudere il procedimento penale mediante il ricorso al patteggiamento (art. 444 c.p.p.), determinando così l'esaurimento della vicenda penale mentre il giudizio civile sull'opposizione alla sanzione amministrativa irrogata dalla Consob era ancora pendente. In sede di opposizione, essi hanno poi invocato il divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. 7 CEDU. Tale è la situazione che ha dato luogo alla seconda ordinanza di rimessione da parte della Sezione tributaria della Cassazione, come si vedrà a breve.

¹⁴ Cass. pen., Sez. V, ord. 10.11.2014, cit., § 5.2.

¹⁵ Corte Giust., 26 febbraio 2013, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson, causa C-617/10, §36, in *curia.europa.eu*.

La stessa sorte ha seguito la questione di costituzionalità sollevata, quasi in contemporanea, dalla Sezione tributaria della Cassazione, con riferimento all'art. 187-ter TUF¹⁶.

Il caso esaminato era speculare a quello trattato dal giudice penale: il processo penale per il medesimo fatto di manipolazione del mercato, oggetto del procedimento sanzionatorio amministrativo (artt. 185 e 187-ter TUF), era stato preventivamente definito con sentenza irrevocabile di patteggiamento.

Sin da subito si era colta l'incertezza e l'oscurità del *petitum* avanzato dal rimettente¹⁷: se da un lato si esponevano le ragioni del contrasto ravvisato tra la normativa nazionale e la CEDU, dall'altro l'individuazione degli esatti contenuti della pronunzia veniva espressamente demandata alla Corte costituzionale¹⁸.

Al lume di una tale motivazione dalle cadenze non trasparenti, non poteva che discenderne la manifesta inammissibilità anche di tale questione.

In definitiva, la Corte ha ritenuto non percorribile la via della questione di costituzionalità per giungere ad una armonizzazione dell'ordinamento interno al principio dettato dalla Corte EDU rinviando al legislatore il compito di stabilire le soluzioni che debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU.

3. L'origine della questione: bis in idem nazionale e bis in idem convenzionale.

Ai fini di una maggiore chiarezza espositiva occorre preliminarmente ripercorrere i termini del dibattito.

La questione affonda le radici nella divergenza di interpretazioni tra la giurisprudenza nazionale e quella della Corte EDU sulla portata del principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione "interna"¹⁹, nonostante l'omogeneità di contenuti tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4 Prot. 7 CEDU, che esprimono una regola considerata corollario del *due process of law*²⁰.

¹⁶ Cass., Sez. trib., ord. 6.11.2014. (dep. 21.01.2015), n. 950. Per un commento all'ordinanza v. S. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. Giur.* 2015, 597 ss.; A. PALASCIANO, *Rinviata alla Corte costituzionale l'applicazione di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto*, in *Fisco* 2015, 881 ss.

¹⁷ S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta*, cit., 601.

¹⁸ Come osservato da G. M. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 12, le richieste del Collegio rimettente sembravano oscillare tra una "ablativa secca" dell'art. 187-ter TUF e una non meglio precisata pronuncia additiva ispirata al "principio del doppio binario attenuato", senza indicare in modo chiaro e univoco quale sarebbe stata la soluzione alternativa auspicata.

¹⁹ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Utet, 2012, 696.

²⁰ R. NORMANDO, *Il giudicato; forza esecutiva ed effetti*, in SPANGHER -MARANDOLA -GARUTI - KALB, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Vol. IV, Utet, 2015, 541.

Due sono gli aspetti su cui le valutazioni dei due ordinamenti divergono sensibilmente: (i) la nozione di sanzione penale (la "*pena*"); (ii) l'"identità del fatto" (l'"*idem*").

Quanto al primo, la nozione di "*pena*" elaborata dalla Corte EDU è significativamente più ampia rispetto a quella conosciuta dall'ordinamento nazionale, atteso che mentre quest'ultimo utilizza essenzialmente un criterio di qualificazione prevalentemente giuridico-formale (art. 25 Cost., art. 1 c.p.), in ambito europeo rilevano soprattutto criteri di carattere sostanziale e funzionale²¹.

Come ribadito nel caso Grande Stevens (§ 94 e ss.), sin dalle storiche sentenze Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, e Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in risposta a processi di decriminalizzazione²² da parte di alcuni Stati contraenti, è univocamente orientata ad estendere le garanzie convenzionali apprestate nella materia penale a tutti gli illeciti che, pur diversamente qualificati dai legislatori nazionali, risultino rivestire natura "sostanzialmente penale".

Ciò sulla base di tre criteri (c.d. *Engel criteria*) da considerarsi alternativi e non cumulativi: i) la qualificazione giuridico-formale dell'infrazione nel diritto interno; ii) la natura della violazione; iii) la natura o il grado di severità della sanzione.

Pertanto, la qualificazione formale della misura rileva solo in chiave "unidirezionale" (*one way autonomy*)²³: una volta che il legislatore nazionale ha definito una certa violazione come di natura penale, l'applicabilità dei principi indicati è fuori discussione. Tale criterio non opera nell'ipotesi reciproca, cioè quando la sanzione è qualificata come amministrativa o disciplinare. In tal caso, onde scongiurare una "truffa delle etichette" da parte degli ordinamenti nazionali, soccorrono gli ulteriori due criteri, di carattere sostanzialistico. In particolare, occorre verificare la natura della violazione, desunta dal suo ambito applicativo - generale, e non limitato agli appartenenti ad un determinato ordinamento, trattandosi altrimenti di una violazione disciplinare -, e dallo scopo - di tipo punitivo e deterrente, e non meramente riparatorio o risarcitorio²⁴. - per il quale la sanzione è prevista. Dall'altro lato, occorre aver riguardo alla natura e alla gravità delle conseguenze

²¹ Sulla nozione di "pena" elaborata dalla Corte di Strasburgo v. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; F. GOISIS, Relazione all'Incontro di studio A.I.P.D.A. - A.I.C. "Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.", cit..

²² L'espressione è utilizzata da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, § 255. Come puntualizzato dall'A., appare più esatto parlare di "decriminalizzazione" anziché di "depenalizzazione" poiché la sanzione amministrativa è pur sempre un pena; anche se quest'ultimo termine improprio è ormai di uso comune.

²³ P. VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, Antwerpen-Oxford, 543.

²⁴ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 1 febbraio 2005, Ziliberberg v. Moldova, § 32, in *www.echr.coe.int*.

sanzionatorie previste per l'illecito²⁵. La Corte EDU si è riservata la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire ad una conclusione chiara quanto all'esistenza di una accusa in materia penale²⁶.

L'applicazione di tali criteri ha avuto effetti dirompenti nell'ordinamento nazionale portando, negli anni, all'attrazione delle sanzioni amministrative *stricto sensu* punitive²⁷ - e dei relativi procedimenti - nell'orbita della "materia penale" convenzionale: tanto quelle di tipo pecuniario, secondo l'archetipo apprestato dalla L. n. 689/1981²⁸, quanto quelle di tipo non pecuniario²⁹, quali interdizioni³⁰ e confische³¹.

²⁵ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 11 giugno 2009, *Dubus S.A.v. c. France*, § 37, in www.echr.coe.int. Con specifico riguardo alle sanzioni pecuniarie, la severità è legata alla significatività del sacrificio economico, valutato però avendo riguardo alle condizioni soggettive del destinatario: così, anche una sanzione di pochi euro è stata considerata di natura penale sull'assunto che il suo ammontare fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario. Sul punto cfr. Corte eur. dir. uomo, *Ziliberberg v. Moldova*, cit., § 3, in www.echr.coe.int.

²⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, §§ 30 e 31; 31 luglio 2007, *Zaicevs c. Lettonia*, § 31, entrambe in www.echr.coe.int.

²⁷ Per l'elaborazione del concetto di sanzione amministrativa "in senso stretto" si rinvia a G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 38; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit.; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, cit., 3; ID, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: profili sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1988; ID, voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. Treccani del diritto*, Roma, 1988; C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 351..

²⁸ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*; 21.03.2006, *Valico srl c. Italia*, entrambe in www.echr.coe.int. Per le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, cfr. Corte. eur. dir. uomo, 27.09.2011, *Menarini c. Italia*, in www.echr.coe.int.

²⁹ La necessità di un'indagine tesa ad approfondire il tema delle sanzioni amministrative non pecuniarie è stata di recente manifestata da M.A. SANDULLI, *Saluto introduttivo*, all'Incontro di studio A.I.P.D.A. – A.I.C. "Riflessioni sull'incertezza delle regole: il dibattito sulle sanzioni "nascoste", Roma Tre, 06.02.2014, in www.diritto-amministrativo.org. L'A. sottolinea come tale esigenza nasca da un lato, da un ricorso esponenziale nella legislazione ordinaria a misure afflittive di carattere non pecuniario, la cui irrogazione è riservata all'Amministrazione, dall'altro alla constatata carenza di un quadro normativo organico ed omogeneo entro cui collocare tale specifico tipo di sanzione. Sull'influenza dei principi convenzionali circa l'inquadramento del regime giuridico applicabile alle sanzioni amministrative non pecuniarie v. M.A. SANDULLI-A. LEONI, *Sanzioni non pecuniarie della p.a.*, Libro dell'anno del diritto 2015, in www.treccani.it.

³⁰ Per un esempio, si vedano le sentenze nn. 148 e 3045 e le ordinanze nn. 3496, 3497, 3498 e 3499 del 2014, in www.giustizia-amministrativa.it, con le quali il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, che disciplina un sistema sanzionatorio di tipo inderdittivo in materia di tariffe incentivanti. Nelle richiamate ordinanze il Collegio, premessa la natura prevalentemente punitivo-afflittiva delle misure in discorso, ha paventato un contrasto tra la suddetta disciplina e l'art. 25, comma 2, Cost., sotto la violazione del principio di irretroattività delle pene, nonché la violazione del principio di proporzionalità, di matrice eurolunitaria e quale proiezione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. A rafforzamento di tali rilievi, sono stati richiamati, significativamente, gli artt. 6 e 7 CEDU.

³¹ Ne è segno il vivace dibattito in merito all'applicabilità della c.d. urbanistica (art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) in riferimento al reato prescritto, culminato nella nota sentenza della Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49. Per un commento, v. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, 2 aprile 2015, in www.penalecontemporaneo.it; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in

Sotto altro profilo, le valutazioni dei due "ordinamenti" si discostano sulla valutazione dell'"identità del fatto" in grado di configurare un *bis in idem*.

Da una parte, viene in evidenza l'approccio formalistico accolto dalla dottrina³² e giurisprudenza tradizionale³³, focalizzato sul raffronto tra le fattispecie astratte (*idem legale*)³⁴. Dall'altra, si contrappone la giurisprudenza della Corte EDU ove, a partire dal *leading case* Zolotukhine c. Russia del 2009³⁵, ripreso in Grande Stevens (§ 220 e ss.), si affermò con nettezza che l'espressione "*same offence*", utilizzata nel testo dell'art. 4, Prot. n. 7, dovesse riferirsi al medesimo fatto storico contestato, a prescindere dalla sua sussumibilità in paradigmi punitivi diversi (*idem factum*).

Una tale accezione si rivela funzionale ad attribuire la massima espansione alla garanzia convenzionale, in questa ottica preordinata ad evitare un secondo processo per gli stessi fatti anziché per gli stessi reati³⁶.

Significative, anche qui, le ricadute in ambito nazionale, come mostrano gli ultimi interventi della giurisprudenza di merito. Si fa riferimento al noto caso *Eternit-bis*, ove il GUP di Torino, chiamato ad emettere decreto di rinvio a giudizio, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui 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" così come

Quaderni Costituzionali, 2015, 400 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Riv. AIC*, 2015.

³² Per tutti v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale - parte generale*, Giuffrè, 2015, 486 ss.

³³ Come ribadito di recente da Cass. pen., Sez. II, 52645/2014, "*la preclusione prevista dall'art. 649 cod. proc. pen. opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni*". Lo stesso principio stato ribadito anche in relazione agli illeciti amministrativi, cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 9306/2010.

³⁴ Per un'analisi, sul piano processual-penalistico dell'interpretazione data dalla giurisprudenza italiana alla nozione di fatto, v. N. GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1206 ss.

³⁵ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 febbraio 2009, Sergey Zolotukhine c. Russia, §§ 70-84. In senso conforme, tra le più recenti, cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 giugno 2015, Butnaru et Bejan-Piser c. Romania; 30 aprile 2015, Kapetanios e altri c. Grecia; 27 gennaio 2015, Rinas c. Finlandia; 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, tutte in *www.echr.coe.int*. Del resto, che la garanzia del *ne bis in idem* debba fondarsi su un confronto tra fatti materiali è confermato anche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea: di recente v. CGUE, Grande Sezione, 16 novembre 2010, Gaetano Mantello, C-261/09, § 50, in *curia.europa.eu*.

³⁶ In questi termini G. DI BIASE, *Il ne bis in idem come punto di frizione tra il diritto italiano e gli ordinamenti sovranazionali: la questione resta aperta a seguito della pronuncia C. Cost. 102/2016, in attesa della Corte UE*, 2016, in *www.neldiritto.it*.

delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 117 c. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU³⁷.

In definitiva il *bis in idem* convenzionale mostra un respiro più ampio di quello nazionale: da una parte valica i limiti del diritto penale "in senso stretto", abbracciando il diritto punitivo inteso nella sua unitarietà³⁸. - comprensivo del c.d. diritto penale-amministrativo³⁹. -, dall'altra trova fondamento in un'istanza di giustizia materiale, secondo cui non si può essere chiamati a rispondere due volte per lo stesso fatto illecito, a prescindere dalla sua qualificazione formale.

Le ricadute generali della giurisprudenza di Strasburgo sui regimi improntati ad un doppio binario sanzionatorio sono evidenti. Al di là della specificità del caso trattato in Grande Stevens, i problemi dell'ordinamento italiano sono, dunque, "sistemici", tutte le volte in cui il cumulo di sanzioni eterogenee è voluto dal Legislatore (come nel settore degli abusi di mercato) o è legittimato dalla giurisprudenza (come nel settore degli illeciti tributari⁴⁰).

³⁷ Gup Torino, ord. 24 luglio 2015, imp. Schmidheiny, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, 27/11/2015. Nel caso di specie, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione (Cass. pen., Sez. I, del 19.11.2014, dep. 23.02.2014, n. 7941) che ha prosciolto per interevenuta prescrizione il vertice di una multinazionale produttrice di cemento-amianto dalle accuse di disastro doloso e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, la Procura di Torino, in relazione alle medesime condotte di diffusione del materiale cancerogeno, ha formulato una nuova richiesta di rinvio a giudizio per omicidio volontario. Tale istanza è stata reputata dal GUP in collisione con il divieto di *bis in idem* delineato in sede europea, e dunque in grado di alimentare la sollevata questione di incostituzionalità.

³⁸ Cfr. M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, cit., 3; G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, 797.

³⁹ Sul tema si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, 963 ss.; P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63.

⁴⁰ Con due noti arresti le Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 28.03.2013, dep. 12.09.2013, n. 37424, Romano, e n. 37425, Favellato), analizzando i rapporti tra illeciti amministrativi e reati di omesso versamento delle ritenute o dell'IVA (rispettivamente, art. 13, D.Lgs. 471/1997 e artt. 10-bis e 10-ter, D.Lgs. 74/2000), hanno escluso che tra le due fattispecie corresse un rapporto di specialità, ritenendo, al contrario, che potesse parlarsi di progressione illecita. L'orientamento illustrato ha incontrato le critiche della dottrina maggioritaria tra cui v. G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 25- 26; M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9/02/2016, 7. Secondo gli AA. l'evocato rapporto di progressione illecita conferma - anziché smentire - che ci si trova di fronte ad un giudizio sullo stesso fatto concreto: con la conseguenza che la norma penale assorbe l'intero disvalore del fatto. Difatti, entrambe le fattispecie, oltre a condividere presupposti e condotta tutelano lo stesso il medesimo interesse rappresentato dalla puntuale e corretta percezione dei tributi. L'orientamento espresso dalle Sezioni Unite si pone oggi in aperto contrasto con una serie di pronunce della Corte EDU relative a paesi scandinavi (Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia; 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia; 10 febbraio 2015, Kiiveri c. Finlandia; tutte in www.echr.coe.int) che, ribadendo i medesimi principi enunciati in Grande Stevens, hanno censurato l'apertura di procedimenti penali per reati fiscali, a seguito dell'applicazione di sovrattasse a scopo sanzionatorio. Tale giurisprudenza sembra aver fatto breccia in quella del giudice di legittimità. L'effettiva conciliabilità di un cumulo sanzionatorio con la garanzia convenzionale è stata messa in dubbio, seppur solo a livello di *obiter dicta*, in alcuni recenti interventi (Cass. pen., Sez. III, 9.10.2014, dep. 12 marzo 2015, n. 10475; Cass.

Soccorre una precisazione: il divieto di *bis in idem*, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte EDU, ha carattere processuale e non sostanziale⁴¹. In altre parole, non vieta - per sé solo - agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, purché ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro.

Tuttavia, come puntualizzato dalla stessa Corte costituzionale, "*non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario*" (§ 6.1.). Difatti, allorché la legge sostanziale consenta di configurare un concorso di illeciti in rapporto al medesimo fatto - nella specie, uno penale, l'altro amministrativo - , si creano "automaticamente" le premesse affinché tali illeciti possano essere puniti separatamente nell'ambito di procedimenti distinti e, dunque, le premesse per violazioni "sistemiche" del *ne bis in idem* processuale, "convenzionalmente inteso"⁴². Pertanto, la Consulta lascia trapelare come la via privilegiata per porre il nostro ordinamento in linea con gli obblighi sovranazionali sia rappresentata dalla "bonifica" dei sistemi a doppio binario in relazione allo stesso fatto, incidendosi, quindi, sulla disciplina sostanziale anziché su quella processuale.

Al di là di queste scarse (ed implicite) indicazioni, la Corte non si sbilancia - almeno per ora - sulla questione della compatibilità dell'attuale meccanismo di doppio binario sanzionatorio previsto dal TUF con l'art. 4 Prot. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Le ragioni di una tale cautela sono evidenti: si è in attesa degli ulteriori sviluppi sia sul fronte della legislazione domestica, considerato che è ormai imminente l'esercizio della delega conferita con L. 114/2015 per la riforma della disciplina degli illeciti finanziari, sia sul fronte della giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata ad esprimersi sul problema della compatibilità col *ne bis in idem* dell'attuale sistema punitivo in materia di illeciti tributari materia di IVA col *ne bis in idem*⁴³.

pen., Sez. III, 11.02.2015, dep. 11.05.2015, n. 19334, in *De Jure*) che hanno escluso la possibilità di un rinvio pregiudiziale o di una questione di legittimità costituzionale sul punto esclusivamente in ragione della sua ritenuta irrilevanza nel caso concreto, dovuta a contingenti ragioni processuali.

⁴¹ Tuttavia, vedasi la *dissenting opinion* dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, nel caso Grande Stevens, § 24-28. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno criticato l'eccessivo formalismo con il quale le corti interne hanno fatto applicazione del principio di specialità, che poteva essere usato in modo tale da evitare il *bis in idem* sostanziale, dando prevalenza all'illecito di pericolo concreto (art. 185, TUF) rispetto a quello di pericolo astratto (art. 187-ter TUF).

⁴² Così G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 19.

⁴³ Trib. Bergamo, ord. 16.09.2015, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28.09.2015.

Ebbene, la freddezza delle conclusioni della Consulta⁴⁴, nonostante il loro giustificato rigore formale, lascia inalterato il problema.

Due sono, quindi, i quesiti che si pongono rispettivamente all'interprete e al Legislatore: come evitare *de lege lata*, la perpetrazione di violazioni della Convenzione e dei suoi Protocolli; come rimuovere *de lege ferenda*, le anomalie di tali sistemi sanzionatori in modo da porli in linea con tali obblighi. La risposta ad entrambi gli interrogativi, come si vedrà di qui a breve, non è allo stato attuale univoca, né, tantomeno, soddisfacente.

4. Le soluzioni interpretative.

Numerosi sono stati gli sforzi interpretativi tesi alla ricerca di strade percorribili dal giudice comune senza alcuna necessità di coinvolgimento della Corte costituzionale. Di seguito se ne propone una sintesi.

4.1. L'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p.

Una prima strada, auspicata da una parte della dottrina⁴⁵, passa per un'interpretazione convenzionalmente conforme - *rectius*: un'applicazione diretta - dell'art. 649 c.p.p., tale da estenderne la portata anche a quei provvedimenti amministrativi, prevalentemente afflittivi, che abbiano acquistato efficacia definitiva.

La soluzione fa leva sulla portata generale del principio del *ne bis in idem*, la quale, in passato, ha autorizzato il ricorso all'analogia *in bonam partem* (Cass., Sez. Un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati⁴⁶).

Concreti riscontri sono rinvenibili in isolati interventi della giurisprudenza di merito, seppur in ambiti diversi da quello degli abusi di mercato. Si richiama una nota pronuncia del Tribunale di Brindisi ove si è ritenuto che la pregressa irrogazione di una sanzione disciplinare a carico di un detenuto, precludesse l'instaurazione di un processo penale in relazione a un medesimo fatto di

⁴⁴ Cfr. A. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, in *Archivio penale*, 2016, n. 2., 2; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.05.2016, § 5.

⁴⁵ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., § 3.2.

⁴⁶ Come è noto, la pronuncia citata ha esteso il principio del *ne bis in idem* ben oltre i confini dell'art. 649 c.p.p. il cui tenore letterale ne circoscrive l'applicazione ai casi di intervento di una pronuncia irrevocabile. Si è stabilito, infatti, che non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità.

danneggiamento⁴⁷. Nella stessa direzione si muove una pronuncia del Tribunale di Asti, in tema di omesso versamento di IVA (art. 1 e 5, D.Lgs. 471/1997 in rapporto con l'art. 5, d.lgs. 74/2000)⁴⁸.

Tale impostazione, tuttavia, non ha persuaso la Cassazione⁴⁹, parte della dottrina⁵⁰, e diversa giurisprudenza di merito⁵¹: il dato letterale e sistematico dell'art. 649 c.p.p. rappresenterebbe un ostacolo insormontabile all'ipotizzata operazione di adeguamento in via interpretativa della norma codicistica⁵².

4.1.1. (segue) L'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 669 c.p.p.

Ancor più problematica appare la prospettiva nei casi in cui entrambi procedimenti - penale e amministrativo - si siano già chiusi con sentenze definitive passate in giudicato: in tale ipotesi subentrano il principio dell'intangibilità del giudicato e il limite alla proponibilità di incidenti di costituzionalità, trattandosi di "rapporti esauriti".

⁴⁷ Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, con commento di S. FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.12.2014.

⁴⁸ Trib. Asti, 7 maggio 2015, con nota di G. PINI, *In margine ad un'originale soluzione in materia penal-tributaria: tra ne bis in idem processuale e principio di specialità, sullo sfondo della tutela multilivello dei diritti*, in *Archivio penale*, 2016, n. 1. Il giudice rileva la "dubbia compatibilità convenzionale" della soluzione proposta dalle Sezioni unite nel 2013 (v. nota 39), le quali, nel far leva sul concetto di progressione criminosa, si iscrivono in quella corrente di pensiero giurisprudenziale "che tende a risolvere il problema della specialità a partire da considerazioni relative al bene giuridico protetto dalle singole disposizioni coinvolte". Dopo aver ricostruito che l'illecito penale e amministrativo hanno ad oggetto lo stesso fatto materiale - la omessa dichiarazione fiscale - ha ritenuto che "nulla osti ad una applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p. al di là dei limiti apparentemente segnati dal suo tenore letterale. Cio' in base ad un'interpretazione analogica del principio del ne bis in idem espresso nell'art. 649 c.p.p., "principio generale che attraversa ogni ramo del diritto, sostanziale e processuale, e che è parte integrante della generalità degli ordinamenti giuridici".

⁴⁹ Militano in questa direzione, sia Cass. pen., sez. V, ord. n. 1782/2014, cit., § 2.5, sia, da ultimo, Cass., sez. III pen., 21/04/2016 (dep. 22/06/2016), n. 1315, pronunciata in riforma di Trib. Asti, 7 maggio 2015, con commento di F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in www.penalecontemporaneo.it, 11/07/2016.

⁵⁰ v. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio": prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit., §12.2.

⁵¹ Trib. Bologna, cit., § 2.2.

⁵² Così G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 14. Secondo il giudice di legittimità (v. nota 48) il principio del *ne bis in idem* ha portata generale nel vigente ordinamento processuale penale, trovando espressione nelle norme sui conflitti di competenza (artt. 28 ss. c.p.p.), nel divieto di un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.), e nell'ipotesi di una pluralità di sentenze irrevocabili di condanna (art. 669 c.p.p.). Tuttavia, tali strumenti preventivi e riparatori che compongono il quadro all'interno del quale si colloca l'art. 649 c.p.p., presuppongono tutti la comune riferibilità all'autorità giudiziaria penale. A conforto dell'argomento sistematico sta la considerazione del tenore letterale della disposizione codicistica, che fa inequivoco riferimento alla "sentenza o decreto penale" divenuti irrevocabili e al divieto di essere sottoposto ad un nuovo "procedimento penale".

Su questo fronte, in analogia a quanto prospettato per l'art. 649 c.p.p., si è proposta, ed è stata a volte seguita⁵³, la via di un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 669 c.p.p., in tema di *"pluralità di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto contro la stessa persona"*: in tale evenienza il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato rimuovere la sentenza meno favorevole. La riferita valutazione comparativa dovrebbe ricomprendere anche l'ipotesi di un provvedimento definitivo - atto promanante dalla p.a., o pronuncia giudiziale a seguito di giudizio di opposizione - contenenti l'irrogazione di una misura amministrativa che presenti i tratti identitari di una "pena". Su questo piano, gli ostacoli di ordine tecnico⁵⁴ che incontrerebbe una simile interpretazione dell'art. 669 c.p.p. appaiono - forse - superabili. Difatti, sotto tale angolazione, il divieto di *bis in idem* interseca il delicatissimo tema della recessività del giudicato a fronte dell'esigenza di rimuovere compromissioni dei diritti fondamentali. Sul tema la Corte costituzionale ha mostrato significative aperture, come provano emblematicamente il caso Dorigo (C. cost. 113/2011) in tema di revisione dei provvedimenti di condanna divenuti definitivi, e il caso dei "fratelli minori di Scoppola" (C. cost. 210/2013), in tema retroattività della disciplina più favorevole.

⁵³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 13.03.2015 (dep. 25.03.2015), n. 12590, in *C.E.D. Cass. pen. 2015*. Nel caso di specie, in relazione alla medesima infrazione al codice della strada (sostituzione della targa di un autoveicolo con una all'uopo contraffatta), concorrevano due provvedimenti sanzionatori di natura amministrativa, emessi rispettivamente dall'autorità amministrativa e dal giudice penale. Il Collegio, dopo aver escluso un'applicazione in via diretta, o in via estensiva, dell'art. 669, c.p.p., comma 1 - in quanto risulta insuperabile il dato formale del riferimento alle *"sentenze di condanna"* -, ha ammesso la possibilità di un'applicazione analogica della disposizione richiamata dal ricorrente. A confortare tale operazione ermeneutica venivano richiamati precedenti giurisprudenziali che, sebbene sotto differenti profili, avevano già ammesso un simile intervento (cfr. Sez. I, n. 1285 del 20/11/2008 - dep. 15/01/2009, Linfeng, Rv. 242750, in materia di indulto; Sez. IV, n. 12680 del 22/11/2000 - dep. 30/03/2001, Pigoni, Rv. 219113 e Sez. II, n. 3025 del 10/07/1996 - dep. 05/10/1996, Petrino, Rv. 206604, entrambe in materia di revisione anteriormente alla novella 12 giugno 2003, n. 134 che ha ampliato i casi della impugnazione straordinaria includendo le sentenze di applicazione della pena su richiesta; Sez. V, n. 1582 del 17/03/1994 - dep. 18/04/1994, Abbate, Rv. 198002, in materia di misure cautelari; e, inoltre, cfr. Sez. I, n. 47794 del 11/12/2008 - dep. 23/12/2008, Cimino, Rv. 242629, la quale ha escluso la analogia nello specifico caso scrutinato, in quanto - e soltanto perché - colla ridetta novella era stata colmata "la lacuna legislativa", così confermando in linea di principio la possibilità della applicazione analogica dell'art. 669 c.p.p.). Si è pertanto concluso che *"la norma costituisce, per vero, attuazione del principio generale del ne bis in idem il quale permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica reg Giudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema"* (Sez. U., n. 34655 del 28/06/2005 - dep. 28/09/2005, Donati). *La esecuzione del provvedimento sanzionatorio amministrativo, al pari della condanna giurisdizionale, comporta la "preclusione-consumazione" del potere di instaurare un nuovo procedimento e di sanzionare la medesima condotta. E tanto suffraga la applicazione analogica dell'art. 669 c.p.p., comma 1, per rimuovere la reiterazione delle sanzioni.*

⁵⁴ Sulla difficoltà di invocare con successo la sperimentabilità delle ipotesi di revoca della sentenza da parte del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., stante il carattere eccezionale, e quindi tassativo, attraverso cui vengono individuate dal legislatore le ipotesi di superamento del giudicato, v. F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 628 ss.

4.2. L'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE.

Mutando prospettiva, si sono proposte in dottrina⁵⁵, senza alcun seguito giurisprudenziale, strade alternative ad un'interpretazione convenzionalmente conforme delle norme nazionali.

Si è ricordato che il diritto al *ne bis in idem* - oltre che nell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU - trova, tra l'altro, una chiara enunciazione a livello eurounitario, nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o c.d. Carta di Nizza (di seguito CDFUE)⁵⁶, le cui disposizioni, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, hanno acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 § 1 TUE). In virtù della c.d. clausola di equivalenza, ai diritti garantiti dalla Carta è riconosciuto lo stesso significato e la stessa portata dei diritti tutelati dalla CEDU (art. 52, § 3, CDFUE). Tale regola generale, come è chiarito dalle *Spiegazioni* ufficiali della Carta, è riferibile anche ai Protocolli (compreso, dunque, il Protocollo 7) e all'interpretazione che della Convenzione e dei protocolli abbia fornito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Dalle suddette coordinate normative sembra emergere una sovrapposibilità tra l'art. 4, Prot. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE, quanto alla portata e ai contenuti del *ne bis in idem*, nonostante alcune voci si siano espresse in senso contrario⁵⁷. Pertanto, i caratteri di primazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale ne comporterebbero un effetto diretto nelle controversie pendenti davanti il

⁵⁵ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 12 ss.

⁵⁶ Appare opportuno riportare il testo dell'art. 50 CDFUE: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

⁵⁷ L'Avvocato generale Villalón, nelle conclusioni presentate nella causa Fransson in data 12.06.2012, in *curia.europa.eu*, ha proposto un'interpretazione autonoma e restrittiva dell'art. 50 CDFUE. Muovendo dal rilievo che non tutti gli Stati membri dell'Unione hanno ratificato il Prot. 7, e che numerosi altri Stati - tra i quali l'Italia - hanno formulato riserve per evitare la sua applicazione alle sanzioni amministrative, egli ha sostenuto la necessità di discostarsi dal criterio generale, fissato dall'art. 52 § 3 CDFUE, di 'equivalenza minima' tra la tutela offerta dalle norme della Carta e quella offerta dalle corrispondenti norme della CEDU e dei suoi protocolli. Di conseguenza, l'art. 50 CDFUE esigerebbe "un'interpretazione parzialmente autonoma". In questa prospettiva, il tenore della disposizione non conterrebbe alcun elemento da cui inferire un divieto a qualsiasi caso di convergenza di potestà sanzionatoria dell'amministrazione e della giurisdizione penale riguardo ad un medesimo comportamento. In particolare, l'art. 50 CDFUE non implicherebbe che la previa esistenza di una sanzione definitiva, qualificata come amministrativa dallo Stato membro, precluda l'avvio di un procedimento dinanzi alla giurisdizione penale che possa eventualmente sfociare in una condanna, purché - in tale evenienza - il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale (§§ 81-96). L'opinione dell'Avvocato generale, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, non è stata seguita dalla Grande Sezione della Corte che ha definito il procedimento Fransson. Giova inoltre sottolineare che la Corte di Strasburgo, nel caso Grande Stevens, ha insistito sull'efficacia vincolante del citato art. 4 nei confronti dello Stato italiano: nonostante "l'Italia ha fatto una dichiarazione secondo la quale gli articoli 2 - 4 del Protocollo n. 7 si applicano solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali ... la riserva invocata dall'Italia non soddisfa le esigenze dell'articolo 57 § 2 della Convenzione. Questa conclusione è sufficiente per determinare la nullità della riserva" (§ 204 ss.).

giudice nazionale, previa disapplicazione delle norme interne eventualmente contrastanti⁵⁸, tra cui, appunto, quelle che legittimano un sistema punitivo improntato su un doppio e parallelo livello di tutela.

Tale via potrebbe condurre, senza particolari implicazioni di sistema, il giudice penale comune, da un parte, e la stessa pubblica Amministrazione, dall'altra, ad arrestare il procedimento sanzionatorio non appena divenga irrevocabile una sanzione (penale o amministrativa che sia) irrogata per il medesimo fatto dall'altra' concorrente autorità.

La tesi, pur suggestiva, solleva perplessità sotto almeno due profili: i) la (apparente) distonia di opinioni tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU sulla portata del *ne bis in idem*; ii) il (limitato) raggio di azione della norma.

4.2.1. (segue) Bis in idem e effettività del diritto dell'Unione europea.

Il primo elemento di criticità ad un'applicazione diretta dell'art 50 CDFUE si rinviene nella divergenza di opinioni tra la CGUE e la Corte EDU in merito alla portata del *ne bis in idem*.

Sul punto è particolarmente significativa la citata pronuncia Åklagaren c. Åkerberg Fransson del 2013. La Corte, chiamata a chiarire se la duplice sottoposizione del contribuente a sanzioni sia penali che amministrative, con riferimento al settore IVA, fosse compatibile con l'art. 50 CDFUE, ha espresso i seguenti principi:

- (i) l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali (§ 34);
- (ii) tuttavia, qualora alla sovrattassa debba riconoscersi natura punitivo-afflittiva secondo i criteri fissati, in termini generali, dall'art. 50 CDFUE, e questa sia divenuta definitiva, la disposizione citata osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona (§ 34);
- (iii) ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie sono rilevanti i criteri della sentenza Bonda, che a sua volta richiama i criteri Engel (§ 35);
- (iv) spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali "*a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive*" (§ 36).

⁵⁸ In ossequio ai dettami della notissima sentenza Simmenthal del 9.03.1978 (Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal spa, causa C-106/77) recepita, in Italia, dalla storica pronuncia Granital (C. cost., 5.06.1984, dep. 08.06.1984., n. 178).

Orbene, secondo alcuni commentatori⁵⁹, con tale pronuncia la Corte di Giustizia avrebbe accolto un'interpretazione restrittiva del principio del *ne bis in idem*: non tanto per aver riconosciuto agli Stati membri la facoltà di apprestare una pluralità di sanzioni eterogenee in relazione al medesimo fatto - rimane ferma, infatti, la condizione che la sovrattassa non sia identificabile come una "pena" alla luce di parametri che ripetono gli "*Engel criteria*" -, quanto per aver richiesto al giudice nazionale di bilanciare il divieto di un secondo giudizio con la necessità di adeguate sanzioni residuali. Se così è, la Corte di Lussemburgo sembra sottomettere il rispetto di un diritto fondamentale alla garanzia del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione.

Tale statuizione ha avuto ampia risonanza considerato che già nel caso Grande Stevens il Governo italiano, richiamando il caso Fransson, aveva affermato che il diritto dell'Unione europea avrebbe apertamente autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari (§ 216). Si sarebbe, quindi, al cospetto di un "*corto circuito*"⁶⁰ fra le istanze di iper-effettività volte ad una miglior tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, e la necessaria salvaguardia dei diritti fondamentali.

Proprio in virtù di tali rilievi la Quinta sezione penale della Cassazione, rilevando l'incidente di costituzionalità, ha espressamente escluso la percorribilità della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, mostrando un giustificato atteggiamento di cautela⁶¹.

Probabilmente il nodo gordiano - cui sarebbe sotteso un inedito scenario di invocazione degli obblighi europei quali controlimiti al rispetto delle garanzie convenzionali - è più apparente che reale.

Anzitutto, tanto la abrogata Direttiva 2003/6/CE (MAD I), quanto la nuova Direttiva 2014/57/UE (c.d. MAD II), pur facoltizzandolo, non impongono agli Stati membri di apprestare un duplice livello di tutela - penale e amministrativo - in relazione alle stesse condotte⁶². Anche

⁵⁹ G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio"*, cit., § 8; M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, cit., 4; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 14.

⁶⁰ M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 04/2016, 1342.

⁶¹ Cass. pen., Sez. V, ord. 10.11.2014, cit., 13.

⁶² G.M. FLICK- V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 8-9. Tuttavia, con maggior impegno critico, si evidenzia che la abrogata Direttiva 2003/6/CE, prescriveva agli Stati membri di reprimere i relativi illeciti con sanzioni amministrative, configurando l'impiego – aggiuntivo – di sanzioni penali come una mera facoltà (art. 14). Ma sarebbe stato chiaramente impensabile che la repressione degli illeciti di market abuse potesse passare per un apparato sanzionatorio esclusivamente amministrativo. Ne sarebbero derivati, infatti, quantomeno in rapporto alla manipolazione del mercato, una evidente violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, posto che nel nostro ordinamento la sanzione penale è tradizionalmente impiegata

se così fosse, la Corte di Strasburgo, già nel noto arresto *Bosphorus c. Irlanda* del 2005 ha chiarito che gli Stati parte della Convenzione restano vincolati al rispetto degli obblighi che dalla stessa discendono anche quando danno attuazione al diritto comunitario⁶³. Inoltre, al livello eurounitario, è pacifico che il rispetto dei diritti convenzionali è condizione di validità degli atti dell'Unione⁶⁴, dal momento che i diritti della Convenzione e dei suoi Protocolli fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali (art. 6 §3 TUE), e, allo stesso tempo, costituiscono il contenuto minimo dei corrispondenti diritti della Carta (art. 52 § 3 TUE)⁶⁵.

Sembra dunque evincersi che, per realizzare l'obiettivo di contrastare vie illegali di produzione della ricchezza che vanifichino il principio della concorrenza, pilastro del mercato unico europeo, gli Stati ben possano ricorrere, contestualmente, a sanzioni penali e amministrative. Allo stesso tempo tale sistema non deve trasmodare nella doppia punizione di una stessa condotta, occorrendo, invece, differenziare gli illeciti meritevoli di un rimprovero penale da quelli più lievi⁶⁶. Ciononostante, si comprende la riluttanza della Cassazione nel procedere a una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE. Le ambiguità sollevate dal caso *Fransson*, non a caso, hanno recentemente portato il Tribunale di Bergamo ad operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (art. 267 TFUE), orientato a conoscere «*se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea*

per illeciti analoghi, ma strutturalmente meno gravi, quali l'aggiotaggio comune (art. 501 c.p.), societario e bancario (art. 2637 c.c.). Per converso, come sottolineano gli stessi AA. (p. 14), una legislazione interna che avesse affidato alle sanzioni amministrative un ruolo meramente marginale e "di rincalzo" avrebbe rischiato di porsi in contrasto con la direttiva. Oggi la questione ha perso di interesse posto che la nuova MAD II, ribaltando il precedente rapporto tra sanzione penale e amministrativa, impone agli Stati membri di punire a titolo di reato le condotte più gravi, con facoltà di affiancare sanzioni amministrative.

⁶³ Corte. eur. dir. uomo, 30.06. 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, in *www.echr.coe.int*. In particolare, si è rilevato che gli atti compiuti da uno Stato membro nell'esecuzione degli obblighi comunitari si presumono conformi alla CEDU, chiarendo tuttavia come tale presunzione di equivalenza nella protezione dei diritti fondamentali (tra CEDU e ordinamento comunitario) sia suscettibile di essere sovvertita laddove emerga una "violazione manifesta" dei diritti umani (§156).

⁶⁴ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 18.

⁶⁵ Cfr. CGUE, 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, in *curia.europa.eu*.

⁶⁶ Cfr. Relazione dell'Ufficio del ruolo e del massimario presso la Cass., 8.5.2014, n. 35, 8.5.2014, § 2, lett c, e §3.3.c, in *www.cortedicassazione.it*. Cfr. anche R. CONTI, *Ne bis in idem*, in *Treccani*, Libro dell'anno 2015. Secondo l'A. la pronuncia non sembra avere messo in discussione l'applicazione del divieto del secondo procedimento nel caso in cui alla sanzione irrogata per prima sia riconosciuta natura "penale". In quest'ottica, non si deve enfatizzare il significato espresso al § 36 della sentenza *Fransson*, decisamente rivolto al giudice nazionale svedese proprio in relazione alla peculiare regolamentazione normativa scandinava ed all'eventuale possibilità – in quell'ordinamento – che il giudice penale tenga in considerazione, ai fini della commisurazione della pena, l'importo della sanzione amministrativa precedentemente inflitta.

dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile»⁶⁷.

4.2.2. (segue) I ristretti confini applicativi dell'art. 50 CDFUE.

In secondo luogo, si evidenzia che l'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE presuppone che la materia ricada nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea. In tal senso dispone l'art. 51 CDFUE⁶⁸.

Tale condizione è certamente soddisfatta con riguardo alla repressione degli abusi di mercato, come dimostra la normativa in materia - dalla Direttiva del 2003 già citata (c.d. MAD I), alla nuova Direttiva del 2014 (c.d. MAD II) -, che impone oggi precisi obblighi di repressione penale delle condotte più gravi (come si vedrà *infra*).

Ampliando lo sguardo, in una prospettiva sistematica, si colgono però i limiti e le criticità di una simile impostazione.

Ne è prova il settore degli illeciti tributari ove l'operatività dell'art. 50 CDFUE sarebbe limitata ai cc.dd. tributi armonizzati, rimanendo fuori dal suo campo elettivo le imposte dirette, tanto che in dottrina non si è mancato di sottolineare l'irrazionalità di un sistema così congeniato⁶⁹

Più in generale, emerge come, al di fuori delle competenze riservate dall'Unione europea, stante la non applicabilità dell'art. 50 CDFUE, permarrebbero le condizioni per la violazione del *ne bis in idem*. Insomma, la percorribilità di una diretta applicazione della Carta di Nizza, oltre ad essere foriera di derive in punto di ragionevolezza e parità di trattamento di posizioni omogenee, si

⁶⁷ Trib. Bergamo, ord. 16.09.2015, cit. La precisazione che si tratta di IVA assume una rilevanza fondamentale. Si registra, difatti, un precedente rinvio pregiudiziale, dagli accenti analoghi, operato dal Tribunale di Torino, con ordinanza del 27 ottobre 2014, Tuttavia, come preconizzato in dottrina - v. M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, 1 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 26; M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it* -, esso atteneva ad un tributo non armonizzato (omesso versamento di ritenute non certificate, art. 10-bis, D.Lgs. 74/2000), caratterizzato da una dimensione esclusivamente domestica. Era inevitabile, quindi, che la Corte di Giustizia dichiarasse la propria incompetenza (CGUE del 15 aprile 2015, Burzio, causa, C-497/14).

⁶⁸ Pare opportuno riportare il testo dell'art. 51 CDFUE: "*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze*".

⁶⁹ A. GIOVANNINI - L.P. MURCIANO, *Il principio del ne bis in idem sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, 20, 1548.

mostra, soprattutto, una soluzione "parziale", essendo escluso che la Carta possa rappresentare uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea⁷⁰.

4.3. La diretta applicazione dell'art. 4 Prot. 7, CEDU.

Per colmare tale vuoto, o in via alternativa all'efficacia diretta della Carta, appare difficilmente sostenibile il richiamo alla diretta applicazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

La tesi, promossa da una parte della dottrina⁷¹, e già seguita in alcuni arresti della Cassazione seppur in riferimento ad altre norme CEDU⁷², muove dall'assunto secondo cui tale via non sarebbe sbarrata dalle note sentenze "gemelle" della Corte costituzionale del 2007 (C. cost. nn. 348 e 349): la Consulta avrebbe inteso vietare la disapplicazione di norme nazionali in contrasto con le norme della CEDU e dei suoi Protocolli, ma ciò non osterebbe a una diretta applicazione delle fonti internazionali allorché questa operazione non presupponga alcuna disapplicazione di una norma interna contrastante. Ciò che si verificherebbe nei casi in cui sia ravvisabile uno "*spazio giuridicamente vuoto*", non regolato in maniera antinomica da una legge nazionale.

Ed allora, il Protocollo 7 CEDU è stato incorporato nell'ordinamento italiano in forza della relativa legge di esecuzione (L. 98/1990), acquisendo, formalmente, il rango di norma primaria, alla quale il giudice è soggetto in forza dell'art. 101, comma 2, Cost. Allo stesso tempo, esso integra il parametro di costituzionalità dell'art. 117, comma 1, Cost. - che sancisce la preminenza degli obblighi internazionali, tra cui quelli derivanti dai Trattati, sulla legislazione ordinaria -, collocandosi ad un livello sub-costituzionale, secondo il noto meccanismo della c.d. norma interposta.

Nel caso dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, non si tratterebbe di una norma di principio, ma di una norma avente un contenuto specifico e dettagliato (*self-executing*) che imporrebbe un mero dovere negativo a carico dello Stato italiano: non esercitare, o non proseguire, un'azione "sostanzialmente" penale a carico di chi sia stato già giudicato in via definitiva per lo stesso fatto. Sicché non vi sarebbero ostacoli alla sua immediata operatività nell'ordinamento italiano.

⁷⁰ In questi termini, C. cost. 80/2011, § 5.5., che richiama, a sua volta, la giurisprudenza della Corte di Giustizia (ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano; sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri).

⁷¹ A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Riv. AIC*, n. 4/2013, 4 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 16-17.

⁷² Cfr. Cass., Sez. un., 23.11.1988 (dep. 8.05.1989), Polo Castro, in *Cass. pen.*, 1989, 1418 ss.; Cass., sez. I, 12.05.1993 (dep. 10.07.1993), Medrano, ivi, 1994, 439 ss.; Cass., sez. un., 25.11.2010 (dep. 14/07/2011), n. 27918, De F., § 11 e 14.

Pertanto, poiché l'art. 4 Prot. 7, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, eccederebbe l'area coperta dall'art. 649 c.p.p., la quale è limitata alle fattispecie caratterizzate da una sentenza o un decreto di condanna anche "formalmente" qualificati come penali; esso si presenterebbe come la norma di riferimento applicabile dal giudice nazionale anche all'ipotesi in cui un soggetto sia stato sanzionato con provvedimento definitivo formalmente amministrativo, ma dalla natura sostanzialmente penale.

La tesi, a sommosso parere di chi scrive, prova troppo.

La Corte costituzionale ha chiarito la profonda differenza che intercorre tra le norme CEDU e le norme dell'Unione europea *self-executing*.

Il fondamento costituzionale dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione è stato individuato nell'art. 11 Cost.. Difatti, con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona umana garantiti dalla Costituzione (c.d. *controlimiti*).

La CEDU, al contrario, non crea alcun ordinamento giuridico sopranazionale. Essa, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto posta a tutela dei diritti e le libertà fondamentali delle persone, rimane pur sempre un trattato internazionale multilaterale, le cui norme vincolano lo Stato secondo il meccanismo della norme interposte, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte (in questi termini C. cost. 348/2007, ripresa da C. cost. 349/2007).

Tale posizione non è mutata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che all'art. 6 § 2 TUE prevede una adesione dell'Unione Europea alla Convenzione CEDU. Anche tale innovazione non ha comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte (Corte cost. n. 80/2011).

In definitiva, la CEDU, al di là del potenziale contrasto con la normativa nazionale, "*resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale*"⁷³.

⁷³ A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it.

Come già analizzato *supra*, entrambe queste vie - l'interpretazione convenzionalmente conforme e la questione di costituzionalità - sono state sinora sperimentate senza alcun successo.

5. La necessità di un intervento legislativo.

Le soluzioni ermeneutiche sinora esplorate presentano tutte - eccettuata l'ipotesi della pluralità di decisioni irrevocabili - controindicazioni di non poco conto.

Si è già accennato che la garanzia del *ne bis in idem* non opera in presenza di una mera litispendenza di procedimenti, richiedendosi, quale suo presupposto di operatività, che almeno uno dei due sia giunto a conclusione. Ne discende che qualsiasi soluzione per via giurisprudenziale al problema del *ne bis in idem* non impedirebbe, in ogni caso, il concreto avvio di entrambi i procedimenti.

Orbene, tale situazione genererebbe un risultato inutilmente e irragionevolmente dispendioso, tanto per il destinatario delle sanzioni (sia in termini economici che emotivi), quanto - e soprattutto - per l'intero ordinamento, che sarebbe costretto a sopportare i costi di una duplicazione di procedimenti, nonostante la certezza, *ab origine*, che solo uno dei due arriverà a conclusione. Si sancirebbe, allora, la logica del "*vince chi arriva prima*"⁷⁴: la preclusione scatterebbe in presenza della sentenza per prima passata in giudicato. Un simile assetto sarebbe chiaramente lesivo del principio di eguaglianza, dipendendo da una circostanza aleatoria (e in qualche misura governabile dall'autore dell'illecito tramite i meccanismi di impugnazione, seguendo valutazioni di convenienza di tipo strettamente personale⁷⁵).

D'altra parte, poiché notoriamente il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni marcia secondo tempistiche di gran lunga più spedite del procedimento penale⁷⁶, ciò si risolverebbe, nei casi statisticamente più frequenti, in una "resa del giudice penale" all'autorità amministrativa⁷⁷. Si giungerebbe, allora, ad un duplice paradosso:

⁷⁴ G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 16.

⁷⁵ A ben vedere, l'esito dei procedimenti non sembra poter essere completamente "pilotato" dall'interessato. La corte di Strasburgo, nel caso Häkkä c. Finlandia, ha infatti escluso che vi fosse una violazione del *ne bis in idem* qualora il ricorrente non abbia impugnato la decisione in sede amministrativa, per poi giovarsi della garanzia nel procedimento penale. v. C. eur. dir. uomo, 20.05.2014, Häkkä c. Finlandia, §52, in www.echr.coe.int.

⁷⁶ N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in www.penalcontemporaneo, 4.

⁷⁷ E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2919. Sugli effetti paradossali indotti dall'assetto prefigurato, altresì, A. PODIGGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykänen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, 122.

(i) sul piano delle garanzie processuali, l'importazione *sic et et simpliciter* delle indicazioni provenienti da Strasburgo condurrebbe a una negazione, di fatto, delle garanzie del processo penale, esponendo l'ordinamento italiano a molteplici violazioni del diritto al *fair trial* sancito nell'art. 6 CEDU, tutte le volte in cui il "processo" amministrativo non assicuri le garanzie tipiche del procedimento penale⁷⁸;

(ii) sul piano dell'effettività, nei settori economicamente più sensibili, la sanzione amministrativa, originariamente concepita come "rinforzo" della sanzione penale, si tradurrebbe in un fatto di "esonero" di quest'ultima⁷⁹.

Si appalesa perciò necessaria una riforma organica dei sistemi punitivi a doppio binario per adeguare l'ordinamento interno ai *dicta* di Strasburgo.

Se nel settore tributario la novella operata con il D.Lgs. 158/2015 ha clamorosamente taciuto sulla questione⁸⁰, per il settore finanziario l'occasione è offerta dalla nuova normativa eurounitaria, tesa ad un profondo ripensamento della disciplina degli abusi di mercato in favore di assetti normativi scevri da duplicazioni sanzionatorie. Tuttavia, come si vedrà, i primi segnali lanciati dal legislatore italiano non fanno ben sperare.

⁷⁸ M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 04/2016, 1340-1341.

⁷⁹ G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 16-17.

⁸⁰ Per vero, va segnalato solo un aspetto della riforma che potrebbe aver parzialmente attenuato le conseguenze del cumulo sanzionatorio. Si tratta del nuovo art. 13 D.Lgs. 74/2000 che sostituisce la precedente circostanza attenuante con una causa di non punibilità in relazione ai reati di cui agli artt. 10-bis (omesso versamento di ritenute certificate), 10-ter (omesso versamento di IVA) e 10-quater, comma 1 (indebita compensazione), subordinata alla condotta riparatoria descritta: il pagamento dei debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi. L'ambito di tale istituto è stato esteso ai reati di cui agli artt. 4 (dichiarazione infedele) e 5 (omessa dichiarazione). In questo caso, tuttavia, la non punibilità è subordinata all'ulteriore circostanza che "il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali". Come rilevato tale "requisito [...] sul piano pratico rende poco probabile una significativa applicazione dell'istituto, potendo difficilmente pronosticarsi comportamenti di "ravvedimento" da omessa/infedele dichiarazione che non siano in qualche modo "sollecitati" dalla conoscenza di accertamenti in corso sulla dichiarazione medesima" (in questi termini, Relazione dell'Ufficio del ruolo e del massimario presso la Cassazione, *Novità legislative: Decreto Legislativo n. 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1 della legge 11 marzo 2014, n. 23, Rel. n. III/05/2015, 28 ottobre 2015*).

5.1. La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: i vincoli imposti dal regolamento 596/2014 (MAR) e dalla direttiva 2014/57/UE (MAD II).

Il duplice strumento normativo rappresentato dalla direttiva 2014/57/UE (MAD II) e dal coevo regolamento 596/2014 (MAR), che abroga la Direttiva 2003/6/CE (MAD I), presenta scenari fortemente innovativi⁸¹.

Si ribalta l'assetto preesistente, polarizzato sull'obbligo per gli Stati membri di reprimere gli illeciti di mercato con sanzioni amministrative, accompagnato dalla facoltà di prevedere sanzioni penali "di rinforzo". Sul presupposto della riscontrata insufficienza delle sanzioni amministrative rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato (*Considerando*, n. 5 MAD II), anche sul piano della portata stigmatizzante (*Considerando* 6 MAD II), la nuova direttiva - adottata sulla base dell' art. 83§ 2 TFUE⁸² - prende posizione netta a favore della sanzione criminale per i fatti integranti abusi di mercato (*insider trading*, "*tipping*", *market manipulation*) "*almeno nei casi più gravi e allorquando siano commessi con dolo*" (artt. 3, comma 1, 4, comma 1, e 5, comma 1, MAD II). Dal canto suo il regolamento continua a stabilire che per le omologhe violazioni, da esso analiticamente descritte, gli Stati membri conferiscano alle autorità competenti "*il potere di adottare sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate*" (art. 30, § 1, lett. a). Peraltro, pur contemplando l'opzione cumulativa, viene subito precisato al comma 2 che "*gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni di cui alle lettere a) o b) di tale comma sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016*". Tale ultima regola sembra esprimere la seguente indicazione: qualora gli ordinamenti nazionali già prevedano sanzioni penali per condotte illecite "meno gravi" corrispondenti a quelle contemplate dal Regolamento, le sanzioni e le misure amministrative, pur tassativamente stabilite come cogenti dal Regolamento, perdono il carattere dell'obbligatoria introduzione negli ordinamenti interni⁸³.

In sintesi, si delinea un sistema unitario improntato a un gradualismo sanzionatorio collegato alla gravità del fatto/fattispecie accompagnato dalla tinta dolosa dell'atteggiamento psicologico che

⁸¹ Per una disamina della nuova normativa sugli abusi di mercato v. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.09.2015; M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016.

⁸³ Così F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse*, cit., 15.

deve colorare le condotte, ferma restando la comune appartenenza delle sanzioni in discorso alla "materia penale"⁸⁴.

La logica di tale complesso impianto riflette l'attenzione (*rectius*: la preoccupazione) del legislatore eurounitario con riferimento al nodo del *ne bis in idem*. Difatti, anche nell'ipotesi in cui è facoltizzata una doppia risposta sanzionatoria, gli Stati membri sono comunque chiamati a rispettare il divieto del *double jeopardy*. Sul punto è inequivoco il Considerando 23 della nuova direttiva: «nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione delle sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*».

L'onere di tale doverosa osservanza è rimesso al legislatore nazionale di ogni singolo Stato membro, con una soluzione che appare forse pilatesca nella misura in cui rimette semplicemente agli Stati membri la responsabilità di decidere se e come attuare un doppio binario⁸⁵, fermo restando l'obbligo della sanzione penale individuato in base al criterio discrezionale, per vero non perspicuo, costituito dalla gravità - delle conseguenze⁸⁶ - della condotta.

5.2. La legge-delega n. 114/2015.

Le prime risposte in ambito nazionale mostrano come il legislatore italiano non abbia preso piena coscienza della dimensione del problema⁸⁷.

Addirittura, il primo d.d.l. governativo di delegazione europea del 2014, successivamente sfociato nella Legge 9 luglio 2015, n. 114 (il cui termine di attuazione è scaduto il 3 luglio 2016), aveva espunto la Dir. 57/2014/UE tra quelle da recepire poiché "non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto l'ordinamento nazionale è già conforme".

All'inconveniente si è posto rimedio con una serie di emendamenti di identico contenuto presentati solo a seguito dell'audizione del presidente della Consob, nel corso della quale era stato caldeggiato l'inserimento della MAD II nella legge-delega.

⁸⁴ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 13.

⁸⁵ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 22.

⁸⁶ Gli indici di gravità cui fa riferimento la Direttiva attengono in misura preponderante agli effetti delle condotte vietate. Si vedano, in proposito, i Considerando (11) e (12) Dir. 57/2014, che discorrono del profitto conseguito. Come sottolinea F. MUCCIARELLI, cit., p. 23, "nelle ipotesi ove l'indice segnaletico della gravità sia legato ad una conseguenza della condotta [...], la caratteristica di reati di pericolo (pur concreto) designata dalle fattispecie contemplate nella Direttiva (e per vero anche nelle vigenti figure degli artt. 184 e 185 d. lgs n. 58/1998, d'ora innanzi TUF) finirebbe con lo sbiadirsi fino a scomparire, posto che addirittura l'esistenza di un evento separato dalla condotta diverrebbe criterio selettivo circa la natura (penale o amministrativa) dell'illecito".

⁸⁷ Sui lavori preparatori della legge-delega, e per una critica puntuale ai criteri da questa fissati, v. E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Dir. 57/2014/UE*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.12.2015.

L'art. 11 della l. 114/2015 dispone oggi la revisione verso l'alto dei minimi edittali degli sanzioni di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* (lett. *f*), nonché l'individuazione – “fermo restando un sistema di sanzioni amministrative proporzionato, efficace e dissuasivo” – di “condotte gravi di abuso di mercato punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive” (lett. *i*), da determinarsi (queste ultime) “sulla base dei criteri contenuti nella direttiva 2014/57/UE, quale la qualificazione soggettiva dei trasgressori, come nel caso in cui essi siano esponenti aziendali degli emittenti, ovvero esponenti di autorità di vigilanza o di governo, ovvero persone coinvolte in organizzazioni criminali ovvero persone che abbiano già commesso in passato lo stesso tipo di illecito di abuso di mercato” (lett. *l*). Alla successiva lettera *m*, infine, la legge delega prescrive al Governo di “evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate”.

Il risultato finale è sconcertante. Dalla lettura delle disposizioni, ci si avvede, da un parte, dell'assoluto deficit di linee-guida per il Governo rispetto all'emanazione di norme penali di recepimento della MAD II e del MAR - il che pone seri dubbi di legittimità costituzionale della disposizione in esame -, dall'altra, delle parossistiche indicazioni sul superamento del cumulo sanzionatorio ora previsto dalla disciplina domestica degli abusi di mercato.

Difatti, la legge-delega presenta un anacronistico riconoscimento del primato dell'apparato sanzionatorio amministrativo (lett. *i*), accompagnato dall'ancor più paradossale obbligo di inasprimento delle relative sanzioni agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF (lett. *f*).

Per altro verso, quanto all'individuazione dei confini delle condotte delittuose (artt. 184 e 185 TUF), il Parlamento non fornisce alcun valido criterio direttivo. Monco è il riferimento alle pene criminali “effettive, proporzionate e dissuasive”, trattandosi nient'altro che di un richiamo dell'art. 7 § 1, della MAD II. Bizzarro risulta poi il richiamo al criterio della qualificazione soggettiva dell'autore quale spartiacque tra la sanzione penale e quella amministrativa.

Per altro verso, del tutto inidonee appaiono le indicazioni del legislatore per fronteggiare il problema del cumulo sanzionatorio. A bene vedere, dei 3 criteri indicati - i) “distinzione delle fattispecie”; ii) applicazione della sola sanzione più grave; iii) meccanismi compensativi per le sanzioni già irrogate - solo il primo garantisce l'integrale rispetto dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, e dell'art. 50 CDFUE, che non limitano la garanzia al divieto di essere puniti due volte per lo stesso fatto, ma la estendono al divieto di un doppio “processo”. L'infrazione della sanzione penale più grave, o lo scomputo della sanzione già irrogata in relazione a quella da infliggere (secondo un

meccanismo già presente nell'art. 187-*terdecies*) non arginerebbero, con tutta evidenza, tale eventualità.

Tuttavia, come è stato evidenziato⁸⁸, non si vede come la via maestra della "distinzione delle fattispecie" possa essere attuata in base ai criteri meramente soggettivi richiamati dalla lett. *l*.

In definitiva, nel recepire la normativa eurounitaria il Governo avrà discrezionalità pressoché piena sulle scelte politico-criminali, con gli unici "paletti" costituiti dal mantenimento, seppur in qualche misura revisionato, di un apparato punitivo amministrativo, non del tutto alternativo, ma concorrente con quello penale negli abusi di mercato⁸⁹. In tal modo, la delega legislativa mostra di non tenere adeguatamente conto dei moniti provenienti da Strasburgo, attribuendo pervicacemente centralità alla procedura sanzionatoria amministrativa, nonostante la virata del legislatore eurounitario verso il diritto penale come principale strumento di contrasto agli abusi di mercato.

⁸⁸ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit., 19.

⁸⁹ E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse*, cit., 21-22.