

12 SETTEMBRE 2018

Divieto di *bis in idem* e doppio binario
sanzionatorio nel dialogo tra giudici
nazionali e sovranazionali

di Elena Bindi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Siena



Divieto di *bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali *

di Elena Bindi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Siena

Sommario: **1.** Premessa. Il quadro normativo. **2.** La qualificazione sostanzialistica della natura della sanzione irrogata. **3.** Il divieto di *bis in idem* nella giurisprudenza della Corte EDU: dal caso *Zolotoukhine* al caso *A e B c. Norvegia*. **4.** L'interpretazione della Corte di giustizia dell'art. 50 CDFUE: dal caso *Spector Photo Group* ai casi *Menci, Garlsson* e *Di Puma e Zecca*. **5.** La definizione di "identità del fatto" (il c.d. *idem*) ad opera della Corte costituzionale italiana. **6.** Le ricadute nell'ordinamento italiano delle più recenti sentenze della Corte EDU in tema di "divieto di un secondo giudizio" (il c.d. *bis*). **7.** (*segue*) Le prime ricadute nell'ordinamento italiano delle più recenti sentenze della Corte di Giustizia. **8.** Il dialogo fra giudici nazionali e sovranazionali ancora alla prova.

1. Premessa. Il quadro normativo

Il tema dei confini applicativi del *ne bis in idem*, riconosciuto formalmente in pressoché tutte le costituzioni più recenti in quanto principio cardine dello Stato di diritto, è divenuto ultimamente assai discusso in ambito giurisprudenziale, sia a livello interno che sovranazionale, soprattutto a seguito ad alcune importanti pronunce della Corte EDU e della Corte di giustizia UE.

Come è noto, il divieto di *bis in idem* è disciplinato sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare l'art. 4 del protocollo 7, alla CEDU, «*Diritto di non essere giudicato o punito due volte*» prevede, nei primi due commi, che «*1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta*»¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il protocollo 7, contenente l'art. 4, già concluso a Strasburgo il 22 novembre 1984, è entrato in vigore il 1 novembre 1988, anche se ancora ben quattro Stati membri del Consiglio di Europa (Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Turchia) non lo hanno ratificato, mentre altri quattro (Austria, Francia, Italia e Portogallo) hanno espresso riserve precisando che l'espressione "penale" va intesa nel senso attribuito nei rispettivi ordinamenti.

L'art. 50 della CDFUE, «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», più stringatamente, prevede che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Il principio del *ne bis in idem*, quindi, inteso come diritto fondamentale a non essere punito due volte per il medesimo reato né perseguito nuovamente se già giudicato con sentenza penale definitiva, non ha più soltanto una dimensione territoriale interna ma si è esteso al di fuori dei confini nazionali, allargando i suoi effetti nell'ambito dell'Unione europea e nei territori degli Stati del Consiglio d'Europa².

Non solo, ma la previsione in entrambe le Carte, sia nella Convenzione europea che nella Carta europea, del divieto di *bis in idem*, pone un primo rilevante problema: se in forza della clausola di equivalenza (prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE), il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea. In base alla clausola di equivalenza, infatti, laddove i diritti garantiti dalla Carta europea corrispondano a quelli tutelati nella CEDU, come appunto il divieto di *bis in idem* «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», salvo che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». In tal modo l'*acquis* della giurisprudenza di Strasburgo «penetra all'interno della Carta attraverso il trasformatore rappresentato dall'art. 52 par. 3- assumendo così la particolare forza vincolante caratteristica del diritto primario dell'Unione»³, con tutte le implicazioni in tema di diretta applicabilità negli ordinamenti degli Stati membri. E ciò ancor prima che la UE aderisca formalmente alla Convenzione europea.

A questo quesito ha, peraltro, risposto recentemente la Corte di giustizia, come vedremo, adita da alcuni giudici italiani⁴.

L'altro aspetto problematico concerne il quadro normativo europeo e interno nel quale si inserisce l'art. 50 CDFUE. Tale quadro normativo inizialmente era caratterizzato, in materia di abusi di mercato, dall'art. 14 della direttiva 6/2003/CE, che imponeva agli Stati membri di adottare sanzioni amministrative «efficaci, proporzionate e dissuasive», senza però obbligarli a rinunciare alle sanzioni penali. Il sistema del *doppio binario* poteva quindi continuare a sussistere negli ordinamenti dei singoli Stati dell'Unione,

² In generale, sul ruolo svolto dall'Europa nell'implementare principi e valori comuni, cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Quanta Europea c'è in Europa?*, Torino, 2015, *passim*.

³ Così I. GITTARDI, *La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4/2017. Tanto più che le Spiegazioni ufficiali alla Carta chiariscono a riguardo che il rinvio alla CEDU comprende anche l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo relativa all'insieme delle disposizioni convenzionali; in tal modo, il livello di tutela accordato dalla giurisprudenza EDU costituisce lo *standard* minimo di tutela dei corrispondenti diritti della Carta.

⁴ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, su cui v. infra il paragrafo 4.

purché alle sanzioni penali fossero affiancate sanzioni amministrative in grado di realizzare le finalità richieste dalla direttiva e garantire così il primato del diritto europeo.

In attuazione della direttiva del 2003, il legislatore italiano, con la l. n. 62 del 2005 (legge sulla tutela del risparmio) ha dunque previsto un sistema di doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, caratterizzato per una eccezionale afflittività⁵.

Il doppio sistema sanzionatorio si applica poi anche alle persone giuridiche, le quali, nell'ipotesi di illecito commesso dai soggetti apicali o dai propri dipendenti, possono essere condannate al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata alla persona fisica, aumentabile fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dalle stesse persone giuridiche (art. 187 *quinquies* TUF)⁶.

Nel frattempo, la normativa europea in materia di *market abuse* è nuovamente cambiata con l'entrata in vigore del regolamento UE n. 596/2014, del 16 aprile 2014 (applicabile dal 3 luglio 2016), relativo agli abusi di mercato, e della direttiva 2014/57/UE, 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, che ha fissato anche essa il termine di attuazione al 3 luglio 2016 (art. 13). Il legislatore nazionale avrebbe dovuto quindi adottare sanzioni penali per le condotte più gravi di *market abuse*, con la possibilità di aggiungervi sanzioni amministrative⁷, a differenza di quanto disposto dalla precedente normativa europea – la direttiva 2003/6/CE –, che aveva accolto invece una soluzione opposta a quella attuale. Essa prescriveva l'adozione di sanzioni amministrative e la possibilità di irrogare anche sanzioni penali, (al fine di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE).

Il legislatore italiano aveva delegato il governo al recepimento della direttiva⁸, stabilendo che occorre evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto

⁵ A pesanti sanzioni penali, contemplate negli artt. 184 e 185 TUF, vengono difatti affiancate sanzioni amministrative, contemplate dagli artt. 187 *bis* e 187 *ter* TUF, disposizioni queste ultime nelle quali si inserisce la clausola «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» che legittima la duplicazione del binario sanzionatorio.

⁶ Inoltre alle persone giuridiche si può irrogare anche, in relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote, anch'essa passibile di moltiplicazione fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito (art. 25 *sexies* del d.lgs. n. 231 del 2001). Sul punto v. E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo*, dicembre 2016, che ricorda come «in virtù del disposto dell'art. 187 *duodecies* TUF, procedimento penale e procedimento amministrativo corrono in parallelo; l'unica attenuazione al sistema del doppio binario è fornita dallo scomputo ex art. 187 *terdecies* TUF».

⁷ Cfr. i considerando nn. 22, 23 e 27 della direttiva 2014/57/UE. Inoltre in base agli artt. 3, par. 1 e 4 par. 1 della direttiva, le condotte di *insider trading* e manipolazione del mercato dovrebbero essere repressi sul piano penale quantomeno nei casi gravi e qualora siano state tenute con dolo; i parametri di valutazione quanto alla gravità delle condotte sono indicati ai considerando n. 11 e 12 della direttiva.

⁸ Cfr. la l. delega n. 114/2015 («Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014»). Sul punto P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2017, 13.

illecito⁹. L'intervento del legislatore delegato italiano, tuttavia, non vi è stato, il termine è scaduto e il governo ha quindi presentato un nuovo schema di disegno di legge di delega¹⁰. Peraltro, anche in questa occasione, l'esecutivo ha continuato a ritenere inutile qualsiasi intervento sul comparto penalistico degli abusi di mercato¹¹, per cui il legislatore italiano ha approvato una nuova legge di delegazione nell'ottobre 2017 (legge 25 ottobre 2017, n. 163), che all'art. 8 ha fissato al 21 maggio 2018, il nuovo termine entro cui adeguare la normativa nazionale alle disposizioni europee sugli abusi di mercato¹². E in data 16 maggio il Consiglio dei ministri ha approvato in via preliminare uno schema di decreto legislativo in materia abusi di mercato di adeguamento al regolamento MAR (n. 596/2014)¹³.

⁹ 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 (art. 1, lett. *m*, l. delega italiana n. 114/2015; sul punto v. le riflessioni critiche di E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 maggio 2017). Con tale articolo contenuto nella legge delega, il legislatore italiano aveva posto dunque rimedio alla discutibile presa di posizione dell'esecutivo, secondo la quale con riguardo alla «direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato) [...] non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto l'ordinamento nazionale è già conforme» (cfr. la relazione illustrativa allo schema di disegno di legge d'iniziativa governativa n. S-1758, «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014», cit. Sui lavori preparatori della l. n. 114/2015, con riferimento in particolare all'art. 11, v. E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della direttiva 57/2014/UE*, in *Legisl. pen.*, 10 dicembre 2015, 12 ss.).

¹⁰ Cfr. l'art. 7 dello schema del d.d.l. di delegazione europea 2016, licenziato dal Consiglio dei Ministri il 28 aprile 2017, rubricato «Delega al Governo per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione», dove si legge che «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione».

¹¹ Sulla base dell'argomento contenuto nella relazione introduttiva allo schema del disegno di legge che «per quanto riguarda le sanzioni penali e amministrative pecuniarie previste rispettivamente dal regolamento (UE) n. 596/2014 e dalla direttiva 2014/57/UE, l'attuale relativa disciplina sanzionatoria di riferimento è contenuta nella parte V del TUF. Nell'ordinamento interno, le condotte dolose previste dalla direttiva risultano già oggetto di previsione sanzionatoria» (v. la relazione illustrativa allo schema di disegno di legge di delega intitolato «Schema di disegno di legge recante delega al governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'unione europea – legge di delegazione europea 2016». In questa sede, infatti, l'esecutivo ha ritenuto di non dover intervenire sul comparto penalistico degli abusi di mercato. Sul punto v. le riflessioni critiche di E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit.

¹² Cfr. la legge 25 ottobre 2017, n. 163 «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017», dove all'art. 8 si afferma che «Il Governo è delegato ad adottare, entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge (entro il 21 maggio 2018) un decreto legislativo per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione».

¹³ Cfr. Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento

I ritardi nel perseguire la via dell'armonizzazione normativa ha creato pertanto, come vedremo, problemi in sede di applicazione del meccanismo italiano del doppio binario in materia di abusi di mercato, alla luce del principio del *ne bis in idem*, nonostante gli sforzi interpretativi sia della Corte di Strasburgo che della Corte di Lussemburgo. Entrambe hanno cercato di delinearne una accezione condivisa, che permetta loro di trovare un terreno comune con le giurisdizioni nazionali, abituate molto spesso a operare in un contesto di doppio binario sanzionatorio.

Non solo l'ordinamento italiano, ma anche altri ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea prevedono, infatti, il ricorso congiunto a sanzioni amministrative e penali, irrogate per il medesimo fatto, tanto che il doppio binario sanzionatorio -come ricordato dall'avvocato generale nel caso *Fransson*-, è a tal punto radicato in molti Stati da poter essere annoverato tra le tradizioni costituzionali comuni¹⁴.

In questa sede ricostruiremo dunque gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU e della Corte di Giustizia sul principio di *ne bis in idem* per poi soffermarci sulla dimensione *interna* di tale principio, letto alla luce della giurisprudenza sovranazionale, per evidenziare sia punti di frizione che i punti di contatto nel dialogo tra le Corti in materia¹⁵.

2. La qualificazione sostanzialistica della natura della sanzione irrogata

Le frizioni interpretative tra orientamenti giurisprudenziali interni e sovranazionali sono sorte, come è noto, poiché la Corte EDU -e sulla sua scia, con alcune differenze, anche la Corte di Giustizia- ha accolto una qualificazione sostanzialistica della natura penale della sanzione. La Corte non si limita a prendere atto di come viene formalmente qualificata una sanzione negli Stati membri, ma guarda alla sua natura sostanziale per verificare se abbia carattere afflittivo. Una volta accertata l'afflittività della sanzione, vengono estese al soggetto sanzionato le garanzie convenzionali (in particolare del diritto ad un *equo processo*, ex art. 6 CEDU, e del divieto di *bis in idem*, ex art. 4, Prot. 7 alla CEDU), previste nel caso di "accuse penali". A tal fine la Corte di Strasburgo ha in particolare precisato quale sia l'accezione di "accusa

europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (Presidenza del Consiglio e Ministero dell'economia e delle finanze – esame preliminare), in www.governo.it.

¹⁴ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 12 giugno 2012, relativamente al caso *Fransson*, (Corte di Giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, par. 88). Sul punto v. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, fasc.3, 207 ss.

¹⁵ Sul dialogo tra le Corti i contributi dottrinali sono ormai innumerevoli; v. almeno tra i più recenti G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna 2010; G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; A. BARBERA, *Le Carte dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *federalismi.it*, n. 12/2017, spec. con particolare riferimento al *ne bis in idem* p. 8.

penale” nell’ambito della CEDU, riconoscendole un significato “autonomo” rispetto a quello attribuito alla stessa nei singoli Stati membri¹⁶.

La definizione dei criteri per determinare la esistenza di una “accusa penale” con la conseguente applicazione dell’art. 6 derivano da un caso risalente nel tempo ma che la Corte EDU – e ora anche le Corti degli Stati membri della convenzione- continuano a richiamare come contenute i criteri di base. Si tratta del caso *Engel* del 1976, nel quale la Corte formulò, per la prima volta, i criteri per qualificare come sostanzialmente penale una sanzione che un ordinamento interno non qualificava invece come penale (c.d. *Engel criteria*)¹⁷.

Chiamata a pronunciarsi in tema di sanzioni militari di carattere detentivo, classificate nei Paesi Bassi come disciplinari, non qualificate quindi dall’ordinamento nazionale come sanzioni penali, la Corte europea ne ha preliminarmente riconosciuto il *carattere penale* sulla base di tre criteri, che sono alternativi e non cumulativi: è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale. Nondimeno, un approccio cumulativo è sempre possibile quando l’analisi separata di ciascun criterio non permetta di raggiungere conclusioni chiare circa l’esistenza di una «accusa in materia penale»¹⁸.

¹⁶ M. MANCINI, *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell’elettorato passivo*, in *federalismi.it*, 1/2018

¹⁷ Come ha affermato la Corte EDU, a partire dalla sent. 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, serie A n. 22, par. 22, la qualificazione giuridica formale ai sensi dell’ordinamento nazionale non è sufficiente per negare l’applicabilità delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU. Su questa base la Corte ha poi riconosciuto alle sanzioni Consob la natura penale e quindi l’applicabilità dell’art. 6 della Convenzione al procedimento per la loro irrogazione. Sul punto v. S. MIRATE, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 550. In generale sulle ricadute dell’art. 6 CEDU nell’ambito del diritto amministrativo, v. D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997, p. 214 ss.; P. CRAIG, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, p. 753 ss.; T. PROSSNER, *L’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il controllo giurisdizionale delle decisioni di regolazione nel Regno Unito*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 227 ss. Per la dottrina italiana G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 25 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, p. 173 ss., spec. 239; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell’uomo. L’«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007; B. G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2012, p. 113 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell’art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; EAD., *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’interno degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2012, p. 267 ss.; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012. In tema di applicazione dell’art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi v., di recente, Corte EDU, 21 gennaio 2014, ricorso n. 4875/11, *Placi v. Italia*, e il commento di L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 4875/11, Placi v. Italy*, *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), maggio 2014.

¹⁸ Cfr. *Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e *Zaicervs c. Lettonia*, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX; *Grande Stevens e altri c. Italia*, 2014, § 94.

Oltre al criterio *formale*, concernente la qualificazione giuridica che una data sanzione riceve nell'ordinamento nazionale, ve ne quindi sono due *sostanziali*: la natura stessa della sanzione (e precipuamente lo *scopo punitivo, deterrente e repressivo*) e il *grado di severità* della medesima (con particolare riferimento al massimo edittale, ossia alla particolare intensità del *malum infliggibile*)¹⁹.

Questi tre criteri, elaborati inizialmente con riferimento a sanzioni qualificate come amministrative dalle normative nazionali ma caratterizzate per la previsione di misure in qualche modo incidenti sulla libertà personale e quindi molto simili ad una sanzione penale, sono stati poi estesi anche alle misure afflittive di natura patrimoniale, che non incidono in alcun modo sulla libertà personale²⁰, come ad esempio le sanzioni tributarie²¹ e le sanzioni amministrative pecuniarie per violazione del codice della strada²².

La Corte EDU ha dunque ricondotto alla nozione di «accusa in materia penale», a prescindere dalla loro *qualificazione giuridica* come amministrative, non solo sanzioni pecuniarie particolarmente afflittive, quali le sanzioni amministrative irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, ma anche sanzioni di lieve entità derivanti dalla violazione di norme sulla circolazione stradale²³. Ma l'aver accolto una accezione sostanzialistica della natura della sanzione, anziché formalistica, ha avuto inevitabili ricadute sulla disciplina del “doppio binario” operante nell'ordinamento italiano, che trova fondamento proprio sulla distinzione tra sanzioni, amministrative e penali, secondo la loro qualificazione formale.

¹⁹ F. GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.

²⁰ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 48 ss.

²¹ Cfr., *ex multis*, *Jussila c. Finlandia*, cit., e Corte EDU 12 luglio 2001, *Ferrazzini v. Italia*, ric. n. 44759/98; nonché Corte EDU, 4 marzo 2004, ric. n. 47650/09, *Silverster's Horeca Service v. Belgio*, par. 36.

²² V. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztiirk c. Germania*, § 52, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C. E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale.

²³ Alla luce della giurisprudenza EDU, le sanzioni amministrative sostanzialmente penali possono pertanto suddividersi in due tipologie (da tenere distinte dalle sanzioni irrogate dalle autorità giurisdizionali -le *hard core of criminal law*-, per le quali la Corte sembra non ammettere mai, salvo rarissime eccezioni, la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo, ossia la cui mancanza può essere sanata a valle nell'ambito di un processo): a) *minor offences*, sanzioni che, rientrando negli *Engel criteria* e per le quali pertanto non è possibile escludere le garanzie dell'equo processo, sono tuttavia di *lieve entità* per cui è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo. In alcuni casi, la Corte è giunta addirittura a ritenere conforme all'art. 6 CEDU l'esclusione di talune garanzie, come l'udienza pubblica nel caso *Jussila*, quando si tratti di una sanzione emanata in conseguenza di accertamenti tecnici o matematici (cfr., *Jussila c. Finlandia*, cit.); b) *criminal offences* (che si avvicinano all'*hard core of criminal law*), sanzioni afflittive per le quali non è assolutamente possibile escludere le garanzie dell'equo processo, ma a differenza di quelle irrogate dall'autorità giurisdizionale la Corte ammette la compensazione *ex post* in un numero maggiore di casi. In questa categoria si inseriscono le sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti, che sembrano quasi un *tertium genus* all'interno delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, per le quali la Corte è giunta a richiedere tassativamente la attuazione delle garanzie convenzionali già nella sede procedimentale-amministrativa, sebbene fosse previsto un ricorso giurisdizionale di fronte ad un organo giurisdizionale dotato di cognizione piena (casi *Dubus* e *Messier*: Corte EDU, 11 giugno 2009, ric. n. 5242/04, *Dubus S.A. c. Francia* e 30 giugno 2011, ric. n. 25041/07, *Messier c. Francia*. Sul punto cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, cit., p. 219 ss., spec. p. 225).

Se a rilevare non è la qualificazione giuridica delle condotte ma sono i *fatti sottostanti*, a fronte di medesimi fatti, riconducibili ad una medesima condotta, non è possibile individuare due infrazioni ed *irrogare* una duplice sanzione e, prima ancora, non è possibile *sottoporre* un soggetto a due diversi giudizi per il medesimo fatto. È il diritto a non essere sottoposto due volte a giudizio, e non solo quindi il diritto a non essere punito due volte, che deriva direttamente dal principio del divieto di *bis in idem*.

3. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza CEDU: dal caso *Sergueï Zolotoukhine* al caso *A e B c. Norvegia*

La giurisprudenza CEDU, con riferimento all'ambito di applicazione del principio di *ne bis in idem* sancito nell'art. 4 del Protocollo n. 7, ha ormai fissato alcuni paletti, soprattutto grazie ad alcune sentenze che possono essere considerate in questa materia *leading case*, le sentenze *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, *Grande Stevens* e *A e B c. Norvegia*.

Con specifico riguardo all'“identità del fatto”, cioè all'“*idem*”, la Corte di Strasburgo aveva inizialmente accolto una accezione formale e restrittiva del termine “*idem*”, coincidente con la qualificazione giuridica della condotta (*idem legale*) fino a quando nel 2009 con il caso *Sergueï Zolotoukhine c. Russia* si è allineata all'orientamento della Corte di Giustizia, aprendo definitivamente ad una accezione materiale (l'*idem factum* e non l'*idem legale*). Nell'allinearsi alla Corte di giustizia, la *Grande Chambre* ha anche risolto un articolato conflitto interno alle stesse sezioni della Corte EDU, sulla portata dell'art. 4 Prot. n. 7, respingendo la tesi più restrittiva dell'*idem legale* precedentemente sostenuta da una parte della giurisprudenza, secondo la quale l'*infraction* indicata dal testo normativo sia da reputare la stessa solo se medesimo è il reato contestato nuovamente dopo un primo giudizio definitivo, ovvero se medesimo è il fatto nella qualificazione giuridica che ne dà l'ordinamento penale²⁴.

La Corte richiede ora che la valutazione sulla sussistenza del medesimo fatto sia effettuata *in concreto* e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti, ravvisando l'identità del fatto allorquando, da un insieme di circostanze fattuali, i due giudizi riguardino lo stesso accusato in relazione a situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio.²⁵

²⁴ Come rilevato anche dalla Corte costituzionale italiana nella sent. n. 200 del 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*.

²⁵ Come affermato testualmente nella sentenza *Zolotoukhine* (Corte EDU, Grande camera, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, par. 82). Il divieto di *bis in idem* trova dunque operatività ogni qualvolta due procedimenti “sostanzialmente” penali abbiano ad oggetto “*faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées*” (cfr. par. 84).

Non sono mancate tuttavia oscillazioni giurisprudenziali sulla nozione dell'*idem* fattuale enunciata dalla Corte di Strasburgo²⁶, ma queste oscillazioni, come rilevato dalla Corte costituzionale italiana, forse possono trovare una spiegazione nell'essere la giurisprudenza europea «pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata»²⁷. Oscillazioni, tuttavia, che non possono pertanto sminuire quanto la *Grande Chambre* ha affermato in modo netto a partire dalla sentenza *Zolotoukhine*: l'identità va intesa in senso materiale e quindi la diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati non impedisce la garanzia del *ne bis in idem*.

Dopo aver precisato che l'*idem* va inteso come *idem factum* e non come *idem legale*, la Corte EDU ha chiarito il significato di “divieto di un secondo giudizio” (il c.d. “*bis*”), da intendersi come «garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni», e non solamente come «divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione». Divieto che funziona, a fronte dell'identità dei fatti, sin dal momento d'avvio del nuovo procedimento, in presenza di una pronuncia definitiva, sia di assoluzione che di condanna (*Zigarella c. Italia*)²⁸.

In applicazione di tale divieto, nel caso *Grande Stevens* ha ritenuto la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata dal duplice binario sanzionatorio, in contrasto con l'art. 4, Prot. n. 7²⁹. Il concludersi del procedimento per la irrogazione della sanzione formalmente amministrativa, ma

²⁶ Proprio con riferimento agli elementi costitutivi dell'identità materiale: poiché se nella sentenza *Zolotoukhine* tale nozione si fonda “su fatti identici o sostanzialmente uguali”, nella sentenza *Grande Stevens* (Corte EDU, 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*) si fonda sull'identità del “comportamento”, per poi tornare a essere in un caso di pochi mesi successivo, (Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky c. Svezia*.) “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio” (così P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, cit.). Sulla sentenza *Grande Stevens*, v. *ex multis*, M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di “market-abuse”*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2942 ss.; A. LANZAFAME, *Il ne bis in idem vale anche per le sanzioni amministrative di natura afflittiva: la Corte di Strasburgo conferma l'approccio sostanzialistico e traccia la strada per il superamento del “doppio binario”*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2014, 2/2014; 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 *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss.; G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.

²⁷ Corte costituzionale, sent. 200 del 2016, *Considerato in diritto* punto n. 5; in tal senso già sent. 236 del 2011. Dove si sottolinea che nella sentenza *Grande Stevens*, l'indagine giudiziale non poteva aver per oggetto che la condotta stessa, e non altri elementi fattuali, vertendo il caso di specie sulla comparazione di reati di sola condotta.

²⁸ V., ad esempio, sul punto, Corte EDU 3 ottobre 2002, ric. n. 48154/99, *Zigarella c. Italia*; Corte EDU, 30 aprile 2015, *Kapetanios et autres c. Grèce*, ric. nn. 3453/12, 42941/12 et 9028/13. E per determinare se si è in presenza di un precedente passato in giudicato, occorre rifarsi - ci dice la Corte EDU - alle regole di diritto interno dei singoli Stati.

²⁹ Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., par. 84; nonché come abbiamo visto per violazione delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU.

sostanzialmente penale, comporta infatti il divieto di duplicare la sanzione e *preclude* la celebrazione di un doppio procedimento sul medesimo fatto³⁰.

L'orientamento accolto nella sentenza *Grande Stevens* è stato poi ribadito in una sentenza di due mesi successiva, ancorché in materia tributaria con riguardo ad una sovrattassa il cui importo era ben lontano dalla pesante afflittività delle sanzioni in materia di abusi di mercato (sentenza *Nikänen c. Finlandia* del 20 maggio 2014³¹). Anche in questo caso, dunque, la Corte EDU nel condannare lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* col riguardo al doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione tributaria finlandese, ha ribadito che i procedimenti di imposizione fiscale, formalmente amministrativi ma sostanzialmente “penali” sulla base dei criteri *Engel*, devono essere considerati penali anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU. Da ciò discende la conformità alla Convenzione dello svolgimento parallelo dei due procedimenti, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo³².

La Corte EDU è, peraltro, di recente tornata sui propri passi e ha rivisto il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem* convenzionale, con riguardo al significato da attribuire al c.d. “bis”.

La sentenza della Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, del 15 novembre 2016, sul sistema norvegese di doppio binario in materia tributaria, è difatti assai importante perché ha ritenuto conforme all'art. 4, Prot. 7 la *prosecuzione del secondo procedimento* per uno *stesso illecito* in materia fiscale, quando *il primo si era già concluso* in via definitiva³³.

Il caso era originato da due vicende analoghe che avevano coinvolto due signori norvegesi (A e B), che non avevano dichiarato profitti ottenuti mediante complesse operazioni finanziarie all'estero, e quindi erano stati perseguiti sia in sede penale, per il reato di frode fiscale sia in sede amministrativa, per l'applicazione di una sanzione pari al 30% dell'importo non dichiarato. Nei confronti di entrambi, il procedimento penale, iniziato anteriormente al procedimento amministrativo, era proseguito nonostante si fosse già chiuso in via definitiva quello amministrativo, ma sostanzialmente penale secondo i criteri *Engel*. Successivamente anche il procedimento penale si è concluso per entrambi con l'irrogazione della

³⁰ La Corte di Strasburgo ha constatato, inoltre, come manchi nel sistema normativo italiano un meccanismo di interruzione del secondo procedimento, qualora il primo si sia concluso con pronuncia definitiva, sebbene sia previsto un *meccanismo di compensazione* finalizzato a garantire che le sanzioni complessivamente imposte siano proporzionate (art. 187 *terdecies* TUF).

³¹ Corte EDU, Sezione IV, 20 maggio 2014, *Nikänen c. Finlandia*.

³² Sul punto cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2014.

³³ Per primi commenti cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, nonché S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, *ivi*, 5 dicembre 2016.

pena ad un anno di reclusione, sebbene il giudice abbia asserito di aver tenuto conto dell'importo della sanzione tributaria dagli imputati già versata al fisco.

I due contribuenti norvegesi si sono, quindi, rivolti dapprima alla Corte di Appello, poi alla Corte suprema, lamentando di essere stati perseguiti e puniti due volte -in procedimenti amministrativi e penali - per lo stesso fatto in violazione del divieto di *bis in idem*, ma il loro ricorso è stato respinto, la condanna confermata e è divenuta definitiva nel 2010.

Le argomentazioni svolte dalla Corte suprema norvegese, e poste a base del rigetto del ricorso, sono assai interessanti perché anticipano, e si potrebbe dire suggeriscono alla Corte EDU, la soluzione del caso³⁴.

Con la sentenza *A e B c. Norvegia*, la *Grande Chambre* della Corte EDU conferma l'*iter* motivazionale seguito dalla Corte suprema norvegese per affermare anch'essa che non si ha violazione del *ne bis in idem* convenzionale, quando tra i due procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo sussiste una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*».

La Corte EDU procede dunque a delineare alcuni indici sintomatici sia della connessione sostanziale che temporale. Affinché si abbia connessione sostanziale rileva in particolare la previsione negli ordinamenti interni di un meccanismo di compensazione atto ad assicurare che le sanzioni complessivamente irrogate siano *proporzionate*, in modo da evitare che il soggetto sanzionato sopporti un onere eccessivo³⁵.

La connessione temporale può ritenersi sussistente, invece, quando tra i due procedimenti vi sia anche un nesso di natura cronologica, senza però che debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine, purché il loro svolgimento sia «*sufficientemente vicino*». Altrimenti si corre il rischio che il soggetto sanzionato subisca un pregiudizio sproporzionato in quanto esposto a uno stato di eccessiva incertezza³⁶.

In presenza quindi di «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*» tra i procedimenti non si ravvisa violazione del divieto di *bis in idem* sancito nell'art. 4, Prot. 7, CEDU, poiché il sistema del doppio binario

³⁴ La Corte suprema, adottando sia i criteri *Engel* per la qualificazione della sanzione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale; sia la nozione di *idem fattuale* formulata nella sentenza *Zolotoukbine*, non nega l'applicabilità dell'art. 4. Prot. 7. Tuttavia precisa che sebbene il divieto di *bis in idem* non possa essere derogato nei casi di procedimenti *consecutivi* per il medesimo fatto (e quindi nei casi in cui il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo), la sua applicazione può subire deroghe nei casi di procedimenti *paralleli*, come nell'ipotesi al suo esame.

³⁵ Cfr. i §§. 132 e 144 della sent. *A e B c. Norvegia*. Nel § 144 si sottolinea in particolare che nel sistema norvegese le sanzioni amministrative tributarie hanno finalità sia di *deterrenza*, sia di *compensazione* degli sforzi, umani e finanziari, che l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, viceversa quelle penali hanno finalità *esclusivamente punitiva* della condotta antisociale.

³⁶ Cfr. il § 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit., dove la Corte specifica che «più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti».

sanzionatorio non è altro che «un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria»³⁷.

La Corte EDU, dunque, seguendo il suggerimento della Corte suprema norvegese e riallacciandosi ad alcuni precedenti in materia di ritiro della patente, ha superato quanto affermato nella sentenza *Grande Stevens*.³⁸

La scelta della Corte di superare i propri precedenti più importanti e riprenderne altri in materia di ritiro della patente rimasti fino ad ora marginali, ha comunque raccolto un ampio consenso all'interno della *Grande Chambre*: ben sedici voti favorevoli e un solo voto contrario del giudice Pinto de Albuquerque.³⁹

La soluzione adottata è del resto frutto del tentativo di venire incontro alle istanze degli Stati membri dirette a difendere il sistema del doppio binario sanzionatorio; nel caso in esame, erano infatti intervenuti ben sei Stati per sostenere le ragioni della Norvegia⁴⁰. E la Corte non ha mancato di rilevare come occorra lasciare ai singoli Stati un margine di scelta nel definire le modalità per assicurare al proprio interno il divieto di *bis in idem*, stabilito in un protocollo non ancora ratificato da ben quattro Stati (quali la Germania, i Paesi Bassi, il Regno Unito e la Turchia), e sul quale altri quattro, (quali Austria, Francia, Italia e Portogallo), hanno espresso riserve precisando che l'espressione "penale" va intesa nel senso attribuito nei rispettivi ordinamenti (riserve tuttavia alle volte giudicate invalide dalla Corte stessa, perché non motivate, come è accaduto per l'Italia e l'Austria)⁴¹. Al riguardo, la Corte ha inoltre richiamato le conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Fransson*, sopra ricordata, che aveva sottolineato come numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema di doppio binario sanzionatorio e che le modalità relative al cumulo sanzionatorio variano enormemente da Stato a Stato⁴².

³⁷ Cfr. ancora il § 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

³⁸ Anzi sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere anche qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale. Così F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.; E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016, p. 8.

³⁹ Nella sua articolata e densa opinione dissenziente Pinto de Albuquerque, tra le altre cose, evidenzia giustamente che in questo caso la Corte richiede, al fine della sussistenza della close connection, la previsione di un meccanismo di compensazione, mentre nella sentenza *Grande Stevens* la presenza di un tale meccanismo nell'ordinamento italiano non aveva scongiurato la violazione del ne bis in idem. In quella circostanza, la Corte aveva difatti messo bene in luce che la garanzia convenzionale è volta non a garantire la proporzionalità della sanzione, bensì a tutelare il diritto dell'individuo a non vedersi perseguito nuovamente per il medesimo fatto per il quale ha già subito una condanna definitiva (cfr. il par. 65-66 della *Opinione dissenziente* del giudice Pinto de Albuquerque a *A e B c. Norvegia*, cit.). Per non parlare del fatto che un tale meccanismo offre assai poche garanzie al soggetto che venga assolto in uno dei due procedimenti, poiché in questo caso non vi è nulla da compensare (cfr. il par. 68-69 della suddetta *Opinione dissenziente*).

⁴⁰ Cfr. il § 119 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

⁴¹ Cfr. il § 117 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

⁴² Cfr. il § 118 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

La *close connection* diventa dunque lo strumento per correggere il tiro e evitare una applicazione rigorosa, non gradita agli Stati membri, del divieto di *bis in idem*, quando uno dei due procedimenti è formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale.

4. L'interpretazione della Corte di giustizia dell'art. 50 CDFUE: dal caso *Spector Photo Group* ai casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*.

Le aperture della *Grande Chambre*, a favore della *close connection*⁴³, hanno senza dubbio riallineato gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU a quelli della Corte di Giustizia.

Quest'ultima difatti ha sempre perseguito l'obiettivo di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE, a costo di lasciare indenne il doppio binario sanzionatorio, seppure contenendo il cumulo sanzionatorio entro certi limiti.

La Corte, già nella sentenza *Spector Photo Group* del 2009⁴⁴, aveva ritenuto che il sistema del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato fosse compatibile con la normativa europea. Il diritto europeo non può essere interpretato -secondo la Corte- nel senso di obbligare gli Stati a tener conto, per determinare la sanzione amministrativa, della possibilità di irrogare una ulteriore sanzione penale. Ne discende che la previsione di sanzioni penali non esclude la presenza di sanzioni amministrative che devono comunque essere previste ed essere «efficaci, proporzionate e dissuasive».

La Corte di Giustizia è tornata sul punto nel caso *Fransson*,⁴⁵ pronunciando un'importante sentenza sul tema del *ne bis in idem* e sull'ambito di applicabilità dell'art. 50 CDFUE.

Il caso era originato da una questione pregiudiziale rinviata dall'autorità giudiziaria svedese e sorta durante un procedimento penale per frode fiscale aggravata a carico del signor Fransson, già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per il medesimo fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA. Il giudice svedese dubitava della legittimità del doppio binario sanzionatorio alla luce sia degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, sia dell'art. 50 CDFUE.

La Corte di giustizia, investita della questione pregiudiziale ha affermato che, nella specie, il divieto di *bis in idem ex art. 50* non impedisce ad uno Stato membro di cumulare sanzione fiscale e penale, *sempre che* la sanzione fiscale *non celi una natura penale* da accertare in concreto mediante l'applicazione dei criteri *Engel*. La Corte non esclude, tuttavia, anche in questa ipotesi il cumulo tra sanzioni, penale e amministrativa (ancorché avente natura penale), irrogate per i medesimi fatti, ma il cumulo sanzionatorio dovrà

⁴³ Cfr. Corte EDU, Grande camera, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia* cit.

⁴⁴ CGUE, Terza Sezione, sentenza del 23 dicembre 2009, caso *Spector Photo Group Nv*, C-46/08, parr. 74-77.

⁴⁵ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, caso *Fransson*, cit.

comunque essere contenuto nel limite necessario ad assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE⁴⁶.

Infine, con tre sentenze pronunciate nello stesso giorno, la Corte di Giustizia è stata chiamata, da parte dei giudici italiani, a pronunciarsi nuovamente sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio (penale ed amministrativo) con il principio di cui all'art. 50 CDFUE. Si tratta di tre sentenze che riguardano questioni diverse: una concerneva la legittimità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia fiscale (evasione di IVA); le altre due riguardavano la legittimità del cumulo della sanzioni penale ed amministrativa per abuso di informazioni privilegiate e per manipolazione del mercato (in questi ultimi casi la sanzione amministrativa è inflitta dalla Consob)⁴⁷.

La conclusione della Corte sulla questione è che l'art. 50 CDFUE può subire alcune limitazioni per la tutela di altri interessi dell'Unione (come peraltro previsto dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta)⁴⁸. Nondimeno tale limitazione deve essere *giustificata, razionale e proporzionata*. Perché questi requisiti siano rispettati le sanzioni devono avere scopi complementari e, soprattutto, devono esistere regole di coordinamento tra i procedimenti allo scopo di evitare oneri sproporzionati per il sanzionato⁴⁹. Tali regole di coordinamento dovrebbero esistere *ex ante* (cioè durante i procedimenti) ed *ex post* (cioè nel momento della irrogazione della sanzione).

Spetta tuttavia al giudice del caso concreto effettuare la valutazione sulla proporzionalità intesa in questo significato. Tuttavia la Corte rileva che, mentre nel caso della normativa italiana sulle sanzioni fiscali per

⁴⁶ Cfr. il par. 36 della sent. *Fransson*, cit; sul punto cfr. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2013, 297 ss. Del resto, la direttiva 2003/6/CE, *Market Abuse Directive: MAD*, prescriveva l'adozione di sanzioni amministrative e la possibilità di irrogare anche sanzioni penali, al fine di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE. La Corte di giustizia ha preferito dunque adottare una soluzione che servisse a gettare le basi per un orientamento interpretativo/attuativo del *ne bis in idem* condivisibile sia dalla Corte EDU che dai legislatori e giudici nazionali. Sulle ricadute dalla produzione giuridica dell'Unione europea nell'ordinamento penale italiano v. C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 1 ss.; A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2015, 1 ss.

⁴⁷ CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, cit.; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit.; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, cit. Per una analisi approfondita della sentenza *Menci* v. P. I. D'ANDREA, *Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali. Nota a CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15*, Luca Menci, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2018.

⁴⁸ L'art. 50 prevede il principio del *ne bis in idem*; l'art. 52, paragrafo 1, prevede che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove sia no necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁴⁹ Perché allora il principio di proporzionalità sia rispettato occorre che gli oneri risultanti dal cumulo sanzionatorio siano limitati allo stretto necessario per garantire l'obiettivo di interesse generale. E dunque occorrono norme che assicurino un coordinamento tra i due procedimenti, nonché «l'obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato.» (CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit. par. 56).

evasione IVA, questi criteri appaiono rispettati (vi sono infatti regole di coordinamento tra il giudizio penale e il procedimento sanzionatorio), nella normativa relativa alle sanzioni Consob per manipolazione del mercato tali criteri non sono presenti, cosicché l’emanazione di una sanzione amministrativa dopo la condanna penale appare, in base a queste premesse, sproporzionata

La Corte risponde anche al quesito sopra ricordato se in forza della clausola di equivalenza (prevista nell’art. 52, par. 3, CDFUE), il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell’Unione europea. La conclusione della Corte di Giustizia è che nonostante che i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali, e sebbene l’art. 52, par. 3, della Carta disponga che i diritti in essa contemplati hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla Convenzione, quest’ultima non costituisce, fintantoché l’Unione Europea non vi abbia aderito, un atto formale dell’Unione Europea. Inoltre, l’art. 52 della Carta, paragrafo 3, intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU «senza che ciò pregiudichi l’autonomia del diritto dell’Unione e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea». E ciò è sufficiente alla Corte per affermare che «di conseguenza l’esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e in particolare del suo articolo 50» (§ 26 sentenza *Garlsson*)⁵⁰.

La Corte risolve quindi le questioni senza fare ricorso al principio del divieto di *bis in idem* nel significato e nella portata attribuitigli dalla Corte di Strasburgo, ma richiamando esclusivamente gli artt. 50 e 52, paragrafo 1, CDFUE, che prevedono il divieto di *bis in idem* e le sue eventuali limitazioni purché, nel rispetto del principio di proporzionalità, «siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

La Corte ribadisce infine, sulla scia della sentenza *Fransson*, che «le disposizioni del diritto primario che impongono obblighi precisi e categorici, che non richiedano, per la loro applicazione, alcun intervento ulteriore delle autorità dell’Unione o nazionali, attribuiscono direttamente diritti ai soggetti dell’ordinamento» (§ 65 sentenza *Garlsson*)⁵¹. Poiché l’art. 50 non è soggetto ad alcuna condizione, il principio del *ne bis in idem* garantito dall’art. 50 conferisce ai soggetti dell’ordinamento europeo un diritto direttamente applicabile.

5. La definizione di “identità del fatto” (il c.d. *idem*) ad opera della Corte costituzionale italiana

L’evoluzione del quadro normativo europeo e il consolidarsi degli indirizzi giurisprudenziali delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, in materia di doppio binario sanzionatorio, ha impegnato la Corte

⁵⁰ CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.

⁵¹ CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.

costituzionale italiana in un'opera di armonizzazione degli orientamenti interni con quelli europei, attraverso un dialogo non sempre privo di frizioni⁵².

Già nel 2008⁵³, la Corte costituzionale richiamando un precedente delle Sezioni unite della Cassazione del 2005⁵⁴, aveva ritenuto che il «medesimo fatto» deve essere «*inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete*», avvertendo che, «*anche ai fini della preclusione connessa al principio del ne bis in idem, l'identità del "fatto" sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*»⁵⁵.

In seguito la Corte è tornata a pronunciarsi in punto di applicabilità del divieto di *bis in idem* al concorso formale e, attraverso una sentenza interpretativa di accoglimento, ha ribadito che l'*idem* va inteso come *medesimo fatto storico*.⁵⁶

Il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale della norma impugnata 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"*», con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. 7, CEDU⁵⁷.

Il caso da cui originava la questione era molto delicato; si trattava difatti del c.d. processo *Eternit bis* promosso nei confronti del titolare svizzero della multinazionale *Eternit*, accusato del reato di omicidio volontario per la morte di 282 persone tra dipendenti e abitanti nelle zone limitrofe alle fabbriche. Nei confronti dello stesso imputato si era da poco concluso, con sentenza di proscioglimento per prescrizione, un processo nel quale era stato perseguito per i delitti contro l'incolumità pubblica di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) e di disastro innominato doloso (art. 434 c.p.)⁵⁸.

⁵² Sull'influenza della giurisprudenza della Corte EDU sulla Corte costituzionale italiana v. T. GROPPi; *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in *federalismi.it*, 21/2016.

⁵³ Corte cost., sent. n. 129 del 2008.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655.

⁵⁵ Cfr. il *Considerato in diritto*, § 6.2 della sent. n. 129 del 2008, cit. Sul punto, v. P. COSTANZO-L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem"*, in *Consulta online*, 2015, fasc. 3, 856.

⁵⁶ Nella specie era stata chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., in base al quale «*l'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze [...]. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato il procedimento penale, il giudice in ogni stato o grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo*»: cfr. ord. 24 luglio 2015 (r.o. n. 262 del 2015) sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino: al riguardo v. 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*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, *ivi*, 2016.

⁵⁷ Così il *Ritenuto in fatto* della sent. n. 200 del 2016.

⁵⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, imp. Schmidheiny, in *Diritto penale contemporaneo*. . Come sottolinea S. ZIRULIA (*Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal*

Se la Corte avesse accolto l'interpretazione suggerita dal giudice *a quo*, secondo la quale il fatto materiale era il medesimo (sulla base di quello che egli riteneva essere l'orientamento consolidato della giurisprudenza europea), il secondo processo non avrebbe potuto proseguire, dovendosi considerare un *Eternit bis in idem*⁵⁹.

La soluzione, che ha invece perseguito, ha permesso al processo *Eternit bis* di continuare e assicurare una tutela penale a 72 persone offese sulle 282 in totale⁶⁰.

Con questo obiettivo, la Corte costituzionale, pur dando atto del punto di arrivo della sentenza *Zolotoukbine*, ha ritenuto tuttavia non ancora formatosi un orientamento consolidato su cosa si debba intendere per medesimo fatto storico. Ciò la ha portata a concludere – sulla scia della sentenza n. 49 del 2105, nella quale la Corte ritiene vincolante soltanto l'interpretazione della Corte europea ormai consolidata⁶¹ –, che «*il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto*»⁶².

diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue), *ivi*, 24 luglio 2016) i capi di imputazione del primo processo comprendevano una lista di circa 2.800 persone offese, rappresentate dai lavoratori della Eternit e dai residenti nelle vicinanze degli stabilimenti ammalatisi o deceduti per patologie amianto-correlate.

⁵⁹ Cfr. ancora S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p.*, cit La Corte, tuttavia, non ha aderito né all'interpretazione del giudice *a quo*, né all'interpretazione vivente, ed ha dichiarato incostituzionale l'interpretazione vivente. Seguendo l'interpretazione vivente di *idem legale* (secondo la quale per identità del fatto bisogna riferirsi al “fatto giuridico”, e quindi non si può parlare di medesimo fatto se le norme incriminatrici sono diverse e suscettibili di concorso formale), il secondo processo avrebbe potuto proseguire.

⁶⁰ Cfr. il *Considerato in diritto* della sent. n. 200 del 2016, cit., punto 4.

⁶¹ Sulla quale v., *ex multis*, il commento di D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 2, p. 400 ss. Per una analisi della giurisprudenza precedente sul punto, in particolare sulle c.d. “sentenze gemelle” (Corte cost., sent. n. 348 e n. 349 del 2007) v. R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117 primo comma della Costituzione*, in *federalismi.it*, 21 dicembre 2008; C. PADULA, *La Corte costituzionale e i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *federalismi.it*, n. 23/2014.

⁶² Cfr. il *Considerato in diritto* della sent. n. 200 del 2016, cit., punto 5. In mancanza di un orientamento consolidato, la Corte è libera di precisare che affinché sussista il “*medesimo fatto storico*” devono coincidere la *condotta dell'imputato*, l'*evento naturalistico* e il *nesso causale* (cfr. il *Considerato in diritto* della sent. n. 200 del 2016, punti 4-5, dove si legge testualmente che «*sulla base della triade condotta – nesso causale – evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico*»). Per far scattare l'operatività del divieto di *bis in idem* non basta, dunque, la sola presenza della medesima condotta, ma devono sussistere tutti e tre gli elementi indicati. Così ridefinito l'*idem factum*, la Corte ritiene contrastare con l'art. 4, Prot. 7 (norma interposta mediante la quale si viola l'art. 117, comma 1, Cost.) il diritto vivente, secondo il quale il concorso *formale* di reati di per sé esclude che il fatto sia il medesimo, «*esonero il giudice ad indagare sulla identità empirica del fatto*», ai fini dell'applicazione del divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 649 c.p.p. La «*garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente*» con il reato per il quale si procede (cfr. ancora il *Considerato in diritto* della sent. n. 200 del 2016, cit., punto 10).

In sintesi, la Corte ha respinto l'interpretazione del giudice *a quo* che a fronte della medesima condotta riteneva *sempre applicabile il divieto di bis in idem* e quindi obbligatoria l'interruzione del secondo procedimento instaurato, dopo che il primo si fosse concluso con pronuncia definitiva⁶³. Ma ha respinto anche l'interpretazione consolidata, dichiarando incostituzionale il diritto vivente, secondo il quale l'identità è esclusa (e quindi il *divieto di bis in idem non applicabile*) per la sola circostanza che sussiste il concorso formale di reati.

La Corte ha richiesto, dunque, che sia il giudice a individuare, caso per caso, l'identità a fronte della sussistenza della «triade condotta-nesso causale-evento naturalistico [...] assunti in una dimensione empirica», senza che ad imporre un condizionamento sia la sola esistenza di un concorso formale di reati⁶⁴. E attraverso una ricostruzione dell'identità non limitata alla sola condotta dell'agente, la Corte è riuscita a bilanciare il diritto individuale dell'individuo a non essere processato due volte per il medesimo fatto, con gli obblighi di tutela penale, adattando l'interpretazione della Corte EDU al sistema nazionale⁶⁵.

6. Le ricadute nell'ordinamento italiano delle più recenti sentenze della Corte EDU in tema di divieto di un secondo giudizio (il c.d. "bis")

Gli orientamenti della giurisprudenza italiana con riferimento al divieto di un secondo giudizio (c.d. *bis*) si sono sviluppati lungo un percorso per lo più volto ad uniformarsi agli orientamenti della Corte di Strasburgo.

In più occasioni i giudici italiani sono stati chiamati a pronunciarsi sul doppio binario sanzionatorio. Senza ripercorrere le innumerevoli tappe che hanno preceduto la sentenza *A e B c. Norvegia*, è sufficiente ricordare che diverse sono state le strade percorse: a) l'applicazione diretta dell'art. 4 del Protocollo 7, CEDU attraverso l'interpretazione convenzionalmente conforme⁶⁶; b) la sollevazione della questione di

⁶³ La Corte sottolinea comunque che come solo apparentemente l'ordinamento CEDU è più garantistico: cfr. il *Considerato in diritto* della sent. n. 200 del 2016, punto 6.

⁶⁴ Cfr. S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, cit. Accoglie i principi affermati dalla sent. n. 200 del 2016 della Corte costituzionale in tema di identificazione dell'*idem factum*, da ultimo, Cass., Sez. V, sent. 15 Febbraio 2018 (dep. 6 Giugno 2018) n. 25651, Pres. Fumo, Rel. Settembre, Ric. Pessotto, con commento di F. MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di Cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6/2018

⁶⁵ N. GALATINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 gennaio 2017, p. 4.

⁶⁶ Cfr. ad esempio, Trib. Asti, sez. penale, 7 maggio 2015, n. 717, nella quale si afferma che il principio formulato nella sentenza *Grande Stevens* del 2014, da inserirsi peraltro in un indirizzo interpretativo risalente e consolidato alla luce del criterio fornito dalla sent. n. 49 del 2015, della Corte costituzionale, impone, ove si ritenga un *bis in idem* a fronte di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali secondo i c.d. criteri *Engel* formulati dalla Corte EDU, di *procedere direttamente*, senza necessità di previi coinvolgimenti della Corte costituzionale o della Corte di giustizia UE, specie ove si consideri la natura di principio generale del *ne bis in idem* (anche in considerazione del *dictum* di cui a Cass. S.U. del 2005, Donati, *all'applicazione dell'art. 649 c.p.p.* che non essendo *jus singulare* ben può

legittimità per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., mediante la norma convenzionale interposta, e la conseguente richiesta di un intervento manipolativo⁶⁷; c) l'applicazione diretta del *ne bis in idem* convenzionale attraverso l'art. 50 CDFUE, in forza della clausola di equivalenza prevista nell'art. 52, par. 3 CDFUE⁶⁸; d) i rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia⁶⁹ per chiederle di pronunciarsi sulla conformità del doppio binario sanzionatorio con il divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE.

essere esteso analogicamente). Analogamente, seppure in materia di sanzione qualificata come disciplinare, si è espresso il Tribunale di Brindisi (sez. penale, sentenza 17 ottobre 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2014).

⁶⁷ Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 102 del 2016, pubblicata in *Le Società*, 2016, fasc. 10, p. 1125 ss., con commento di E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, 1131 ss. Come sottolinea N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 85 ss., spec. 91 s., «il ragionamento dovrebbe completamente cambiare se, invece, dopo aver direttamente qualificato come convenzionalmente penale una sanzione (che invece il legislatore non qualifica come penale), il giudice *a quo* non solleva la questione lamentando la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per ottenere l'applicazione delle garanzie convenzionali, ma evochi, invece, i parametri costituzionali interni che presidiano norme incriminatrici e sanzionatorie francamente penali, in particolare gli artt. 25, secondo comma, e 27 Cost.». Strada del resto perseguita dal giudice rimettente nel caso risolto dalla Corte con la sent. n. 109 del 2017, laddove il giudice *a quo*, pur partendo dai criteri Engel, è giunto a chiedere alla Corte di allargare l'area del penalmente rilevante invocando i parametri costituzionali approntati a presidio della pena, intesa formalmente come tale dall'ordinamento italiano. Ma di fronte a questa richiesta, la Corte ha pronunciato l'inammissibilità della questione per contraddittorietà della prospettazione («una contraddittorietà -come evidenzia Zanon- che, in verità, significa molto di più, cioè la circostanza che ordinanze siffatte perseguono effetti di sistema che contraddicono le legittime e discrezionali scelte del legislatore»). Evidentemente il poter impostare il problema alla luce dell'art. 25 della Costituzione consentirebbe di poter risolvere, a livello costituzionale interno, il noto problema definito dai penalisti come “truffa delle etichette”. Tuttavia la Corte costituzionale si è sempre dimostrata chiusa a questa ipotesi, ritenendo che per le sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive si applicano le garanzie della Convenzione e non invece quelle costituzionali, riservate alla materia penale in senso formale (cfr., Corte cost., sent. n. 43 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, p. 414 ss., con osservazione di M. BRANCA, *Un “giro di vite” sulle sanzioni amministrative “penali” nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 della Corte costituzionale?*, *ivi*, pp. 1407 ss.; analogamente sent. n. 68 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, p. 681 ss., con osservazione di G. AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni “sostanzialmente” penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187 sexies t.u.f.*, *ivi*, pp. 691 ss.; sent. n. 109 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1129 ss.; su questa sentenza v. il commento di I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2017).

⁶⁸ Con una sentenza, che porta la stessa data della decisione *A e B* della Corte EDU, ma che è stata depositata il 21 dicembre 2016: cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467 in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di I. GITTARDI, *La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, cit.

⁶⁹ Cfr. ad esempio, Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016, n. 20675, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *A never ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*; Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, *Menci* (C-524/15) pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, 28 settembre 2015; Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 23 aprile 2015, *Orsi* (C-217/15) e 23 giugno 2015, *Baldetti* (C-350/15); Cass. civ., Sez. II, ord. 15 novembre 2016, n. 23232, *Di Puma c. Consob*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*; Cass. civ., Sez. II, ord. 23 novembre 2016, *Consob c. Zecca*.

Le ultime sentenze della Corte di giustizia sul doppio binario sono state difatti emesse proprio a seguito di rinvii da parte dei giudici italiani, di merito e di legittimità.

La Corte costituzionale, d'altro canto, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio, ha molto spesso fatto ricorso a pronunce di inammissibilità, inviando però moniti al legislatore affinché intervenisse in materia. Non solo, ma ha cercato anche di “dialogare” più o meno serenamente con la Corte EDU, a difesa del doppio binario sanzionatorio, così come la Corte costituzionale norvegese, che ha invocato la *close connection* quale strumento per evitare una applicazione rigorosa, non gradita agli Stati membri, del divieto di *bis in idem*, quando uno dei due procedimenti è formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale.

L'importante *overruling* della Corte di Strasburgo con la sentenza *A e B c. Norvegia* non poteva pertanto non avere importanti ricadute sia all'interno degli Stati membri sia nei rapporti tra Corti nazionali e Corti europee.

La Corte costituzionale italiana ha potuto così restituire gli atti al giudice rimettente (per fargli rivalutare la rilevanza della questione per *jus superveniens*) grazie alla presa di posizione della Corte di Strasburgo che «*ha impresso un nuovo sviluppo alla materia*», attribuendo al requisito del «*legame materiale e temporale sufficientemente stretto* (“*sufficiently closely connected in substance and in time*”), [...] *tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza*».⁷⁰

⁷⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto*, punti 5 e 6, con osservazione di A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2018. Con riferimento a quest'ultima ordinanza, ovviamente, il Tribunale di Monza, avendo sollevato la questione di legittimità costituzionale prima della pronuncia da parte della Corte EDU della sentenza *A e B c. Norvegia*, non ha potuto tener conto del nuovo orientamento della Corte di Strasburgo circa la *close connection*, ossia della clausola della sufficiente connessione sia sostanziale che temporale. Il dubbio di legittimità costituzionale era stato pertanto «*correttamente formulato*», alla luce della «*giurisprudenza europea allora in essere*». La Corte costituzionale, proprio a seguito della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, preferisce, quindi, la soluzione della restituzione degli atti al giudice *a quo* per una rivalutazione della rilevanza per *jus superveniens*, anziché pronunciare una sentenza di inammissibilità confermando quanto deciso con la sent. n. 102 del 2016. Alla luce di questo *overruling* in tema di *ne bis in idem*, la Corte avrebbe potuto persino non lasciarsi sfuggire l'occasione per dichiarare infondata la questione, perché i due procedimenti, connessi dal punto di vista sostanziale e temporale, possono essere visti come parti di un sistema integrato di gestione dell'illecito (cfr. S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.*, cit.). Non vi sarebbe stata pertanto violazione del divieto di *bis in idem*, previsto dall'art. 4, Prot. 7, come interpretato dalla Corte europea, norma interposta la cui violazione determina indirettamente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. (stante l'insegnamento delle sentenze gemelle: cfr. ampiamente, *supra*, il cap. 1, par. 1.3.). È vero che in questo caso, la sanzione ammontava al 120% dell'importo evaso, mentre nel caso *A e B c. Norvegia* la sanzione si limitava al 30%. L'elevata entità potrebbe indurre la Corte a ritenere sostanzialmente penale la sanzione qualificata dall'ordinamento italiano come amministrativa, sia alla luce del criterio della eccessiva gravità della sanzione sia del criterio della natura stessa della sanzione, per la prevalenza della finalità punitiva e non riparatoria compensativa. Dalla sussistenza dei due criteri *Engel*, dovrebbe poi discendere l'inclusione della sanzione nella nozione di “accusa penale” con conseguente dichiarazione di contrasto con il divieto di *bis in idem*: i due procedimenti non sarebbero dunque complementari, ma una duplicazione del medesimo procedimento affittivo. Tuttavia, alla luce della sentenza *A e B c. Norvegia*, con un po' di senso della realtà, non era ragionevole confidare in una pronuncia di

La Corte costituzionale italiana non si è lasciata sfuggire l'occasione di sottolineare che mentre in precedenza l'autonomia dei due giudizi «*escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia*»⁷¹.

La Corte costituzionale italiana ha mutato, quindi, notevolmente il proprio atteggiamento nei confronti della Corte EDU – e del vincolo interpretativo derivante dai suoi orientamenti –, anche rispetto ad altri precedenti a firma dello stesso redattore Lattanzi. Mentre prima cercava di individuare alcune pronunce isolate nell'ampia casistica della Corte di Strasburgo, per sostenere che in materia di *ne bis in idem* non vi fosse un orientamento consolidato e quindi vincolante per i giudici nazionali⁷², adesso esplicitamente riconosce che fino alla sentenza *A e B* la *close connection* esprimeva «*un criterio di così sporadica applicazione da non poter in alcun modo contribuire a scolpire con univocità il significato della normativa interposta*»⁷³. E in tal modo il dialogo è divenuto più costruttivo.

Sulla stessa scia della Corte costituzionale di valorizzazione della *close connection* si erano, del resto, già mossi anche altri giudici nazionali, come ad esempio la Cassazione penale, con una sentenza del 15 dicembre 2016⁷⁴ e più di recente con una sentenza del 22 settembre 2017⁷⁵, nonché il Tribunale di Milano in un'ordinanza del 6 dicembre 2016⁷⁶.

Il Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 6 dicembre 2016, nel rigettare le istanze delle parti che invocavano il divieto di *bis in idem* processuale, ha difatti richiamato sia l'evoluzione del quadro normativo

accoglimento, poiché è molto probabile che la Corte costituzionale si collochi nella scia del nuovo *trend* elaborato dalla Corte EDU proprio su sollecitazione delle Corti nazionali. Del resto, già in un'altra pronuncia (la sent. 16 dicembre 2016, n. 276), la Corte costituzionale italiana, nell'applicare i criteri *Engel* per valutare l'afflittività di una sanzione amministrativa, si è dimostrata particolarmente esigente nel richiedere un alto grado di severità della sanzione, tanto da risultare assai poco convincente quando ha ribadito che scopo della misura della sospensione di diritto dalla carica elettiva sia «*esclusivamente quello di tutelare la pubblica funzione in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato*» (cfr. il *Considerato in diritto*, punti 5 e 6.1 della sent. n. 276 del 2016).

⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit.

⁷² Cfr. la sent. n. 200 del 2016, cit., *Considerato in diritto*, punto n. 6

⁷³ Cfr. Corte cost. sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto*, par. 5, cit.

⁷⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017, con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*.

⁷⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 2456, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 marzo 2018 con nota di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*.

⁷⁶ Cfr. ord. Trib. Milano, Sez. I penale, 6 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, cit.

europeo in tema di abusi di mercato, sia soprattutto la *close connection* individuata nella sentenza *A e B c. Norvegia*⁷⁷.

Pochi giorni dopo, la Cassazione, con la sentenza del 15 dicembre 2016 rinviando alla pronuncia della Corte cost. n. 49 del 2015⁷⁸, ha dapprima ritenuto che la *close connection* sia espressione di una giurisprudenza consolidata della Corte EDU «*idonea a generare in capo al giudice comune l'onere di interpretazione conforme*»⁷⁹. Dopodiché, accertata la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare (alla luce dei criteri *Engel*⁸⁰), ha ravvisato la sussistenza della *close connection*, cioè di quel legame sostanziale e temporale sufficientemente stretto, che legittima il doppio binario sanzionatorio⁸¹.

La soluzione accolta dalla Cassazione evidenzia ancora una volta come la *close connection* lasci ampio margine di manovra all'interprete, il quale dovrebbe, peraltro, sforzarsi di motivare adeguatamente in punto di sussistenza della stretta connessione sostanziale e temporale. Nel caso di specie, la Cassazione non sembra, tuttavia, essere molto convincente quando, al fine di dimostrare la connessione sostanziale, sente il bisogno di soffermarsi sulle diverse finalità delle due sanzioni, sebbene non vi fossero dubbi sulla

⁷⁷ Cfr. ord. Trib. Milano, Sez. I pen., 6 dicembre 2016, cit. Nella specie, nell'ambito di un procedimento penale per il delitto di manipolazione del mercato (art. 185 TUF), gli imputati eccepevano che, per i medesimi fatti, erano già stati condannati dalla Consob alla sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 187 *ter*, comma 3, lett. a) e b), TUF nonché alla sanzione accessoria ex art. 187 *quater*, comma 1, TUF. Per due dei tre imputati, la sanzione era divenuta definitiva, a seguito del rigetto dell'opposizione ad opera della Corte d'Appello di Roma e del mancato esperimento del ricorso per Cassazione; viceversa, per il terzo imputato, la sanzione era ancora al vaglio dei giudici di legittimità.
⁷⁸ Cit.

⁷⁹ Anche se al fine di individuare un orientamento consolidato la Cassazione penale pare, da un lato, enfatizzare una singola pronuncia ovvero *A e B c. Norvegia*, nella quale la Corte EDU, per la prima volta aveva elaborato la *close connection* e, dall'altro, sminuire, l'opinione dissenziente. Cfr. il passaggio della motivazione in cui si afferma che la sentenza *A e B* «*segna un approdo interpretativo che può ritenersi "consolidato", in quanto rappresenta la più aggiornata evoluzione giurisprudenziale in materia di ne bis in idem che supera, in modo consapevole e motivato, i precedenti arresti (tra gli altri quelli raggiunti nelle sentenze Grande Stevens v. Italia, Corte EDU, 2 sezione, 4 marzo 2014 e Zolotouikhine v. Russia, Corte EDU Grande camera, 10 febbraio 2009), fornendo una ricostruzione completa della giurisprudenza ed offrendo una soluzione attenta alle scelte effettuate dai paesi aderenti alla Convenzione, per lo più orientate a legittimare il doppio binario sanzionatorio. Non si ritiene, inoltre, che l'opinione dissenziente a firma del giudice Pinto De Albuquerque infici l'efficacia della pronuncia; per quanto articolata si tratta di una opinione che si risolve in una difesa delle posizioni espresse nella sentenza Zolotouikhine v. Russia, e nella denuncia della vaghezza del criterio dello "stretto legame materiale e temporale" che non incide sulla tenuta argomentativa della sentenza criticata. La Grande camera effettua infatti una analisi accurata dei precedenti difformi, che vengono superati attraverso un innovativo bilanciamento tra la tutela del diritto del singolo a non essere perseguito più volte per la stessa condotta e la protezione dell'interesse collettivo a perseguire il raggiungimento di diverse finalità sociali*» (punto 4).

⁸⁰ «*Si tratta di una punizione di significativa gravità, in quanto rende la detenzione particolarmente afflittiva, al punto che per applicare la sanzione è necessaria una autorizzazione del medico. Tale sanzione non è qualificata formalmente come "penale", tuttavia il grado di afflittività della stessa, tenuto conto della severità della restrizione e della sua durata ne consente l'equiparazione alla sanzione formalmente penale, nel rispetto dei "principi di Engels", ovvero dei parametri indicati dalla Corte di Strasburgo per la valutazione della natura "penale" della reazione sanzionatoria al comportamento deviante*»: così Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016, cit., punto 5.1.

⁸¹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016 cit. Nella specie, ad un detenuto era stata irrogata la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune, per la durata di cinque giorni, a causa della rottura del vetro di una finestra della casa circondariale in cui si trovava. Nel contempo, per i medesimi fatti, era stato perseguito penalmente per il reato di danneggiamento.

natura “sostanzialmente penale” della sanzione disciplinare, in quanto gravemente afflittiva⁸². Neppure persuade la motivazione sulla connessione temporale, che risulta essere un po’ troppo sbrigativa⁸³. Infine, anche con riferimento alla proporzionalità complessiva della sanzione, non essendosi ancora concluso il procedimento penale, si limita a invitare i giudici nel definire la sanzione penale, a «*tenere conto della sanzione disciplinare già irrogata, con l’obiettivo di completare il “compendio sanzionatorio integrato”, generato dalle due procedure, definendo una sanzione complessivamente proporzionata al disvalore del fatto polioffensivo*»⁸⁴.

Il richiamo alla *close connection* è ribadito anche dalla sentenza più recente della Cassazione (22 settembre 2017) e serve a giustificare la compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* europeo⁸⁵. Ma anche in questo caso, la motivazione non persuade visto che la Cassazione si limita a esaminare la sussistenza della sola connessione temporale, mentre sorvola sulla connessione sostanziale. Dopodiché, accertata la complessiva contemporaneità dello svolgersi dei due procedimenti conclude asserendo apoditticamente che «deve ritenersi una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti sanzionatori». E così facendo, restringe la portata del diritto fondamentale a non essere perseguiti due volte per il medesimo fatto, ben oltre rispetto a quanto ammesso dalla Corte EDU, la quale ai fini del riscontro della *close connection*, richiede invece la presenza di tutti i profili di collegamento, sostanziale e temporali.⁸⁶

⁸² Cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016, cit., punto 5.2, dove si legge che sussiste uno «*stretto legame “materiale” tra le due procedure visto che [...] le finalità della sanzione penale e di quella disciplinare sono differenti, avendo la prima sia una funzione generalpreventiva volta alla dissuasione dalla commissione di condotte analoghe, che una finalità specialpreventiva, rivolta alla specifica rieducazione del deviante; la seconda svolgendo, invece, la più limitata funzione di presidiare l’ordine interno all’istituto penitenziario.* Cfr., sul punto, E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al “doppio binario” sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, cit.

⁸³ Più precisamente, la Cassazione, innanzitutto, sottolinea che «*secondo la Corte di Strasburgo è [...] possibile avviare e concludere, anche in successione e non solo simultaneamente (come chiarisce la Corte di Strasburgo al § 126 della sentenza A e B c. Norvegia), procedure che mirino alla inflizione di una “sanzione penale integrata”* (punto 4, richiamando un passaggio della sentenza A e B dove – come si è detto al paragrafo precedente – la *Grande Chambre* sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere *anche* qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale). Dopodiché, la motivazione sulla connessione temporale, si esaurisce nella affermazione che «*Nel caso di specie, i due procedimenti (penale e disciplinare) sono temporalmente contigui, il che consente di ritenere esaudita la richiesta di verifica dello stretto «legame temporale» proveniente dalla Corte europea ai fini della valutazione di legittimità convenzionale del doppio binario sanzionatorio. Il procedimento penale a carico del Pagano è, infatti, in corso, mentre quello disciplinare si è concluso il 23 dicembre 2014, contestualmente con l’avvio di quello penale. Allo stato, pertanto, pur non essendo valutabile il profilo della proporzionalità complessiva della sanzione, non si rinviene alcuna violazione dell’art. 649 cod. proc. pen., anche nella dimensione emergente dalla interpretazione assegnabile alla norma alla luce del diritto convenzionale*»: così il punto 5.3.

⁸⁴ Così Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016, cit.

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 2456, cit.,

⁸⁶ Come individuati nella sentenza A e B c. Norvegia, cit., e confermati nella successiva sentenza *Jóhannesson e a. c. Islanda*, cit. Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, cit., che evidenzia come la Corte di Cassazione rovescia «la prospettiva metodologica implicitamente avallata dalla decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda*,

7. (segue) Le prime ricadute nell'ordinamento italiano delle più recenti sentenze della Corte di Giustizia

Non sono mancate, come era prevedibile, le prime ricadute applicative delle più recenti sentenze della Corte di giustizia.

Certo quest'ultima aveva affermato la diretta applicabilità dell' art. 50, cosicché «*il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.*» (§ 67 sentenza *Garlsson*)⁸⁷.

Passaggio questo di non poco momento in quanto in potenziale conflitto con quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269 del 2017⁸⁸. In tale decisione la Corte ha statuito che, a fronte del contrasto tra legge italiana e norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il giudice nazionale non dovrebbe disapplicare la legge, ma sollevare invece questione di costituzionalità, in quanto le norme della Carta conterrebbero disposizioni e principi di rango costituzionale, come tali interpretabili e bilanciabili solo da un organo di giustizia costituzionale.⁸⁹

secondo la quale, ai fini del riscontro di una connessione procedimentale sufficientemente stretta, sarebbe necessario il soddisfacimento di tutti i profili di collegamento (con relativi indici) individuati nell'arresto *A. e B. c. Norvegia*. Diversamente, la sentenza in esame sembra affermare la regola opposta, secondo la quale sarebbe sufficiente il riscontro anche di un solo profilo di correlazione – in specie, quello cronologico – perché il *test* abbia un esito positivo». In definitiva, secondo l'A. si ha la sensazione che la Suprema Corte, sia arretrata di fronte «alle questioni “di sistema” sollecitate dagli indici sostanziali – questioni che avrebbero richiesto un'approfondita analisi del quadro normativo di riferimento –, finendo per concentrarsi unicamente sulla verifica del profilo immanente allo sviluppo materiale degli accadimenti ovvero al concreto svolgersi dei procedimenti».

⁸⁷ CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.

⁸⁸ Cfr., *ex multis*, i commenti di L. S. ROSSI, [La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' \(o distruttivi?\) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea](#), in *Federalismi*, 31 gennaio 2018; A. RUGGERI, [Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing \(a margine di Corte cost. n. 269 del 2017\)](#), in *Diritti Comparati*, 3/2017; A. GUAZZAROTTI, [Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; D. TEGA, [La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei](#), *ivi*; 24 gennaio 2018; M. NISTICÒ, [Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti](#), in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 1 /2018, 17 gennaio 2018.

⁸⁹ Cfr. sull'*obiter dictum* il punto 5.2 del *Considerato in diritto* della sent. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana. Alla luce di questo *obiter dictum*, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale da Cass. Civ., Sez. II, ud. 13.4.2017 (dep. 16.2.2018), ord. n. 3831, Pres. Petitti, Rel. Cosentino, *Bolognesi c. Consob*; con commento di G. L. GATTA, "Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F., in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2018, nella quale, richiamandosi alla sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, si afferma che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto

A seguito dell'affermazione da parte della Corte di Giustizia della diretta applicabilità dell'art. 50, si poneva il quesito su quale strada avrebbe dovuto percorrere il giudice del rinvio nelle cause in questione: disapplicare la legge, seguendo il chiaro precetto della Corte di Giustizia, oppure sollevare la questione di legittimità costituzionale, seguendo un *obiter dictum* della Corte?⁹⁰

La Corte di Cassazione, in primo luogo, ha affermato non sussistere la violazione del divieto di *bis in idem* nell'ipotesi in cui le sanzioni complessivamente irrogate rispettino il principio di proporzionalità, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (causa C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*) e della Corte EDU (sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. 24130/11 e 29758/11). In secondo luogo, ha ritenuto di poter valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen., in tema di annullamento senza rinvio, qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto. Questo è quanto è dato sapere da una informazione provvisoria della stessa Corte di cassazione, poiché al momento non sono state ancora depositate le motivazioni⁹¹.

Emerge già comunque che la Cassazione ha concluso per la proporzionalità del cumulo sanzionatorio e questo sta dimostrare quanto margine di manovra abbia il giudice in sede applicativa di concetti così ampi e flessibili come quelli introdotti dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, con inevitabili conseguenze in termini di certezza del diritto.

Certo ancora più urgente appare l'intervento del legislatore italiano, che su questo punto è stato fino ad adesso inadempiente⁹². Il Governo, come anticipato in premessa, ha comunque approvato lo schema di decreto legislativo di attuazione della normativa europea, tra l'altro, cercando di risolvere le criticità rilevate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Garlsson*. In questa occasione, la Corte di giustizia, nel

dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». Come sottolinea Gatta, la Corte di cassazione sottopone poi alla Corte costituzionale una questione di ampia portata chiedendo «se il potere del giudice comune di disapplicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche sotto il profilo della conformità alla CDFUE) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte Costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui (secondo il giudice comune o la Corte di Giustizia UE, dal medesimo adita) la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai *medesimi profili* che la Corte Costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale)».

⁹⁰ Cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 249.

⁹¹ Cass., Sez. V, ud. 16 luglio 2018, Pres. Miccoli, Rel. De Gregorio, imp. Franconi e a. (informazione provvisoria), in *Diritto penale contemporaneo*, 27 luglio 2018.

⁹² Salvo poi il Presidente del Consiglio intervenire in giudizio di fronte alla Corte e invocare quale profilo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale in tema di violazione del *ne bis in idem*, proprio la «circostanza che spetterebbe in via esclusiva al legislatore porre rimedio alla denunciata frizione con le disposizioni convenzionali, come già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 102 del 2016, avente per oggetto un'analoga ipotesi di doppio binario sanzionatorio», un monito che fino ad ora non è stato ascoltato: v. Corte cost., ord. 54 del 2018, spec. il *Ritenuto in fatto*.

richiedere la predisposizione di strumenti di coordinamento tra i due giudizi, sia *ex ante* che *ex post* in quanto necessari per evitare il *bis in idem*, ha censurato la normativa perché, nel caso della manipolazione del mercato l'art. 187 *terdecies* prevede «*solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione*», non garantendo in tal modo «*che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione*» (par. 60 sentenza *Garlsson*)⁹³. Il coordinamento *ex post* non è assicurato dall'ordinamento e quindi non vi è garanzia sulla proporzionalità della sanzione⁹⁴.

Il Governo ha dunque predisposto la modifica del suddetto articolo in modo che anche per il *cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione* vi sia tale garanzia di proporzionalità⁹⁵.

8. Il dialogo fra giudici nazionali e sovranazionali ancora alla prova

Le sentenza *A e B c. Norvegia* dimostra, quindi, come in tema di *ne bis in idem*, il dialogo tra le Corti prosegua e si rifletta a cascata sulla giurisprudenza di merito, soprattutto ora che la Corte europea ha adottato una interpretazione “accettabile” da parte delle Corti costituzionali e, più in generale, degli Stati membri.

⁹³ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., dove si legge che «*con riferimento al cumulo di sanzioni autorizzato dalla normativa discussa nel procedimento principale, che quest'ultima sembra limitarsi a prevedere, all'articolo 187 terdecies del TUF, che quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda. Orbene, dal momento che l'articolo 187 terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione, risulta che detto articolo non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione*».

⁹⁴ Al contrario nel procedimento sanzionatorio fiscale per evasione di IVA, l'art. 21 del d. lgs. n.74 del 2000 prevede che dopo la condanna penale dell'imputato non si può procedere ad esecuzione forzata delle sanzioni amministrative e, a sua volta, il pagamento volontario del debito tributario costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell'ambito del giudizio penale (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, par. 54-57. Vi sono, dunque, strumenti di connessione tra i due giudizi – o procedimenti – che danno la possibilità alle autorità competenti di «*limitare la severità del complesso delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato commesso*.» (§ 56 sentenza *Garlsson*).

⁹⁵ Cfr. *Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato*, cit., dove al punto 17 si statuisce che l'articolo 187-*terdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, è sostituito dal seguente: «1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria. 2. Al fine del ragguglio tra sanzioni pecuniarie, penali o amministrative e pene detentive, si applica il criterio di cui all'articolo 135 codice penale.». L'art. 135 c.p., rubricato *Ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive*, prevede infatti che «Quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva».

La Corte suprema norvegese le ha senza dubbio spianato la strada, ponendosi per prima alla ricerca di una interpretazione che bilanciassero la garanzia convenzionale e il doppio binario sanzionatorio, da annoverare tra le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. In tal modo, i giudici norvegesi, consci che il caso sarebbe arrivato a Strasburgo, hanno gettato le basi della sentenza *A e B c. Norvegia*, «senza sbattere il pugno sul tavolo invocando ‘controlimiti’ o pretese identità costituzionali nazionali, ma giocando – per così dire – sullo stesso terreno della Corte EDU; e cioè lavorando essi come ‘primi giudici’ della Convenzione e dei suoi protocolli, avvertiti come espressione di un patrimonio giuridico e valoriale *condiviso* tra Stato nazionale ed orizzonte europeo»⁹⁶.

Sia la Corte suprema norvegese, che la Corte costituzionale italiana⁹⁷, vogliono, attraverso la propria interpretazione, adattare al sistema nazionale gli orientamenti della giurisprudenza europea. Entrambe lavorano sulla casistica della Corte EDU e quando scoprono alcune oscillazioni giurisprudenziali o concetti che si riempiono alla luce del caso, vi ravvisano un orientamento non consolidato e la conseguente possibilità di inserirsi nella formazione di un diritto vivente convenzionale, in modo da contribuire alla costruzione e alla evoluzione di un patrimonio di valori condiviso.

Sullo sfondo aleggia la sentenza *Fransson*, e il sistema normativo dell’Unione europea, nella quale la Corte di giustizia non ha preso una posizione netta contro il doppio binario sanzionatorio, perché, pur adeguandosi ai criteri *Engel*, ne ha mitigato gli effetti introducendo qualche elemento di flessibilizzazione (in termini di obbligo di interruzione del secondo procedimento), preoccupata di garantire l’effettività, la proporzionalità e la dissuasività delle sanzioni complessivamente considerate.

Recentemente, la Corte di Giustizia ha ribadito questa impostazione, anche sulla scia della *close connection* della Corte EDU nel caso *A e B*, ma con una migliore chiarezza. Come si è detto, il *ne bis in idem* può subire limitazioni nel rapporto tra sanzione penale e sanzione amministrativa di natura penale, purché però tali limitazioni siano giustificate e proporzionate. Perché siano proporzionate occorre che vi siano strumenti normativi di collegamento tra i due procedimenti, sia durante il procedimento, sia nel momento di valutare l’entità della sanzione. L’idea di fondo in sostanza è che, pur essendo ammissibili i due procedimenti, vi debbano essere regole per fare sì che la somma delle due sanzioni non sia sproporzionata.

Il dialogo tra le Corti ha dato dunque i suoi frutti. Prima della sentenza *A e B c. Norvegia* la Corte EDU, una volta ravvisato che in uno Stato membro un soggetto era sottoposto al doppio binario sanzionatorio, ordinava la cessazione del secondo procedimento. Adesso non è più così stringente il divieto di *bis in idem*, perché attraverso la *close connection* se ne sono mitigati gli effetti. Tanto che il sistema eurounitario e il

⁹⁶ Così F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.

⁹⁷ Ad esempio con la sent. 200 del 2016, cit., sopra richiamata al paragrafo 5.

sistema convenzionale, con riguardo al principio del *ne bis in idem*, si sono riallineati, anche se alcune differenze indubbiamente permangono e sono frutto del diverso ordinamento di riferimento.

Del resto, clausole quali “proporzionalità”, “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, “interpretazione consolidata”, e l’elenco potrebbe continuare, sono concetti elastici, vaghissimi, che lasciano ampio margine di manovra all’interprete, che li può declinare a seconda del caso al suo esame. Ma sono anche concetti che permettono all’interprete di pronunciare sentenze “accettabili” e cercano di ovviare ad un problema con il quale la Corte di Strasburgo, a differenza della Corte di Lussemburgo, deve costantemente fare i conti: l’esecuzione delle sentenze.

La vaghezza può, peraltro, creare incognite in termini di certezza del diritto, insite inevitabilmente nell’applicazione di qualunque criterio elastico⁹⁸. Del resto, una qualche dose di incertezza c’è sempre quando l’interprete bilancia tra diritto individuale e interesse generale, rischi che possono amplificarsi in un sistema multilivello dei diritti.

La Corte EDU, in questo caso, ha preso atto di un cortocircuito che si stava creando all’interno della legalità penale tra legalità interna e legalità europea⁹⁹, ed ha accettato di rallentare la sua corsa verso il potenziamento dei diritti individuali per tener conto delle richieste provenienti dagli Stati membri, caratterizzati da diverse realtà.

Una realtà, quella italiana, nella quale la Corte costituzionale non ha mancato di polemizzare con la Corte EDU¹⁰⁰, di ribadire che il sistema italiano con riferimento alla revisione della sentenza già passata in giudicato è maggiormente garantista (e non consente, a differenza della Convenzione di «infrangere la “quiete penalistica” della persona già assolta in via definitiva solo perché sono maturate, dopo il processo,

⁹⁸ Cfr. P. FIMIANI, cit., par. 88, il quale con riferimento alla configurabilità della connessione sostanziale, sottolinea come «siffatta indubbia vaghezza può indubbiamente creare problemi di operatività del criterio formulato nei casi concreti nei quali è incerta la ridetta connessione», ma poi giunge ad ammettere che non sembra sia questo il caso del doppio binario sanzionatorio per l’abuso di informazioni privilegiate quando ricorrono le condizioni individuate dalla Corte europea per far scattare la connessione sostanziale e temporale.

⁹⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 29/1/2016, p. 9 dove si legge, con riferimento alle sentenze nn. 230 del 2012 e 49 del 2015 della Corte costituzionale che «una sorta cortocircuito [...] si sta producendo all’interno della legalità penale tra legalità interna e legalità europea, tra l’istanza liberale democratico-rappresentativa e quella costituzionale del potenziamento dei diritti. Un cortocircuito alimentato più in generale dal mutamento in atto dello stesso paradigma della giuridicità: relativamente indolore negli altri rami del diritto, in penale esso rischia di non trovare l’assestamento necessario».

¹⁰⁰ Cfr., in particolare, le sentt. nn. 230 e 264 del 2012, 49 del 2015, cit. e la sent. 200 del 2016, cit.

nuove evenienze, anche di carattere probatorio»¹⁰¹), e di ricorrere a pronunce di inammissibilità, in attesa, come sopra ricordato, dell'intervento del legislatore¹⁰².

Ben diverso è stato invece l'atteggiamento del *Conseil constitutionnel* francese, chiamato ad affrontare i medesimi problemi della Corte costituzionale italiana in tema di doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato. Dando seguito alla sentenza *Grande Stevens*, il *Conseil* ha dichiarato incostituzionale la previsione di una duplice sanzione penale ed amministrativa, incentrando la motivazione sul principio di necessità delle sanzioni, indissolubilmente collegato a quello *del ne bis in idem*. Il *Conseil*, per altro verso, ha differito gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità per dare tempo al legislatore di colmare il vuoto generato dall'eliminazione di una delle due fattispecie punitive¹⁰³.

Del resto, l'ordinamento francese si è dimostrato molto più sensibile e sollecito a seguire le indicazioni della Corte EDU per conformarsi agli standard europei, sia attraverso mutamenti di indirizzi giurisprudenziali interni sia procedendo ad un'imponente riorganizzazione dell'Autorità in materia di vigilanza bancaria¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. la sent. n. 200 del 2016, cit, *Considerato in diritto*, punto n. 6, dove si afferma che «l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, secondo paragrafo, permette la riapertura del processo penale, quando è prevista dall'ordinamento nazionale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni sono in grado di inficiare la sentenza già passata in giudicato. Mentre nell'ordinamento giuridico italiano è consentita la revisione della sola sentenza di condanna, al fine di assicurare senza limiti di tempo «la tutela dell'innocente» (sentenza n. 28 del 1969), la Convenzione consente di infrangere la “quiete penalistica” della persona già assolta in via definitiva solo perché sono maturate, dopo il processo, nuove evenienze, anche di carattere probatorio.

La finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva dello Stato»

¹⁰² Cfr. oltre alla sent. n. 102 del 2016, cit., la 196 del 2016.

¹⁰³ Cfr. *Conseil constitutionnel*, Déc. n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC del 18 marzo 2015, M. John L. et autres, in www.conseil-constitutionnel.fr; sul punto cfr. BABONNEAU, *Le non bis in idem fiscal aux portes du conseil constitutionnel*, in www.dalloz-actualite.fr. Come è noto, nel modello francese in via incidentale, la caducazione della legge incostituzionale ha effetti *ex nunc* con la possibilità per il *Conseil* di attribuire, entro certi limiti ed a certe condizioni, efficacia retroattiva a decisioni che, in linea di principio, non ne avrebbero avuti, per assicurare una utilità per le parti del giudizio *a quo* e per quelle degli altri giudizi pendenti (art. 62, comma 2, secondo periodo, Cost. fr.): sul punto cfr. il par. 36 della sentenza del 18 marzo 2015, cit. La modulazione è altresì utilizzata per dare efficacia pro futuro alla sentenza di accoglimento, e dunque per procrastinare nel tempo gli effetti della stessa. In molti casi, come in occasione della pronuncia sul doppio binario sanzionatorio, la *ratio* del differimento risiede nell'esigenza di lasciare al legislatore il tempo necessario per disciplinare la materia esercitando la sua discrezionalità: nel caso di specie il termine è stato, dunque, individuato nel 1° settembre 2016: sul punto cfr. il par. 35.

¹⁰⁴ Sulla vicenda cfr., con molta chiarezza, A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p.1229. Per la dottrina francese, cfr., già, B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB*, in *RFDA*, 1989, p. 671 ss.; v. anche M. LOMBARD, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA), 2005, p. 530 ss.; THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, Parigi, LGDJ, 2003, p. 519 ss.; M. POCHARD, *Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, ottobre 2001, numero speciale, p. 106 ss.; S.T. TUOT, *Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? – Les organismes de régulation économique*, *ibidem*, p. 135 ss.; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Les techniques législatives au service du pouvoir administratif répressif de l'AMF, nouvelle autorité des marchés*, in *LPA*, 5/7/2007, n. 134, p. 39 ss.; M. GOLDBERG-DARMON, G. GUERIN, *Les dernières réformes relatives à la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers*, in *LPA*,

La Corte EDU, tuttavia, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, sembra guardare con maggiore attenzione proprio a quei paesi meno sollecitati e forse anche meno disposti ad aprirsi alle modifiche necessarie a conformarsi agli standard di Strasburgo e che in più occasioni hanno richiamato l'attenzione sulla necessità di bilanciare diritti individuali e interessi generali.

Nella prospettiva garantistica della CEDU, essendo in gioco la libertà personale dell'individuo, non si può che rimanere un po' insoddisfatti della soluzione adottata, pur con la consapevolezza che fosse quella maggiormente "accettabile" e in linea con un patrimonio comune da consolidare gradualmente.

L'interpretazione della Corte di Giustizia non lascia però adito a dubbi: il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento europeo un diritto direttamente applicabile, con conseguente disapplicazione delle norme interne contrastanti. Il giudice nazionale pertanto, di fronte ad un sistema di doppio binario sanzionatorio ritenuto sproporzionato alla luce del controllo di proporzionalità secondo gli standard elaborati dalla Corte di Giustizia, dovrebbe disapplicare la normativa interna per violazione dell'art. 50.

Certo si lascia ai giudici nazionali un compito piuttosto arduo: valutare in concreto se esistono le clausole di connessione tra i due procedimenti e, nel caso non vi siano, disapplicare la norma che gli consente di decidere senza prendere in considerazione il primo procedimento.

Un compito che sarà comunque senz'altro reso più agevole dall'intervento legislativo. Vedremo come il legislatore italiano saprà colmare le carenze normative interne in materia di *market abuse*.

11/2/2009, n. 30, p. 3 ss.; D. COSTA, *L'Autorité des marchés financiers: juridiction ? quasi-jurisdiction? pseudo-jurisdiction ?*, in *RFDA*, 2005, p. 1174 ss.; D. LINOTTE, G. SIMONIN, *L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2004, pp.143-147.