



Rivista N°: 3/2015  
DATA PUBBLICAZIONE: 10/07/2015

AUTORE: Giovanni Maria Flick\* - Valerio Napoleoni\*\*

## A UN ANNO DI DISTANZA DALL'AFFAIRE GRANDE STEVENS: DAL *BIS IN IDEM* ALL'E *PLURIBUS UNUM*?<sup>\*\*\*</sup>

1. Premessa. – 2. La violazione del diritto all'equo processo e gli "allarmi in eccesso"; – 3. (segue) giusto processo e "giusto procedimento" nella sentenza Grande Stevens e nell'ordinamento interno. – 4. La rimozione della violazione del *ne bis in idem* processuale nei casi analoghi. – 5. L'estensione dell'art. 649 c.p.p. al giudicato sull'illecito amministrativo. – 6. La pluralità di decisioni irrevocabili. – 7. L'eliminazione delle deroghe al *ne bis in idem* sostanziale per prevenire violazioni future di quello processuale. – 8. Le violazioni del *ne bis in idem* processuale svincolate da una deroga al *ne bis in idem* sostanziale; – 9. (segue) l'esigenza di una lettura "convenzionalmente adeguata" di quest'ultimo. – 10. Speciali "aree di rischio": misure di prevenzione; illeciti disciplinari. – 11. «Una parola ha detto Dio; due ne ho udite».

### 1. Premessa

È tempo di fare il punto. O, meglio, una prima ricognizione.

È trascorso poco più d'un anno da quando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Grande Stevens*<sup>1</sup> ha rimestato rumorosamente le acque dello stagno, fa-

\* Presidente Emerito della Corte costituzionale

\*\* Consigliere della Corte Suprema di Cassazione.

\*\*\* Relazione per il Seminario giuridico su "Il controllo sulle decisioni delle Autorità di vigilanza europee nei settori bancario e dei mercati finanziari" a cura della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Roma, 7 luglio 2015. Le riflessioni svolte nel presente scritto costituiscono un (primo) aggiornamento e approfondimento di quelle svolte in 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)*, pubblicato in *questa Rivista*, n. 3/2014, 17 luglio 2014, e, in versione ampliata, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss. Dell'odierno lavoro si riserva, altresì, la pubblicazione in quest'ultima Rivista, con le opportune integrazioni, all'esito della decisione della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale richiamate nel testo.

<sup>1</sup> Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, divenuta definitiva a seguito del rigetto della richiesta del Governo italiano di rinvio del caso alla *Grande Chambre*, deciso il 7 luglio 2014 dal *panel* di cinque giudici previsto dall'art. 43, § 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si presuppongono qui

ciendo affiorare quel che giaceva sotto la sua superficie. Vale a dire, preoccupanti profili di frizione dell'ordinamento interno con le garanzie convenzionali, collegati alla valenza "sostanzialistica" della nozione di «*matière pénale*», che di esse segna il perimetro: nozione capace notoriamente di inglobare – nella lettura dei giudici di Strasburgo – un ampio parco di illeciti e sanzioni etichettati in altro modo (e, segnatamente, come «amministrativi») dal diritto nazionale. Gli esiti del giudizio della Corte europea – in verità tutt'altro che imprevedibili, alla luce dei precedenti – assumono, per questo verso, secondo la corale notazione dei commentatori<sup>2</sup>, una portata che va ben oltre l'*hortus* della disciplina del *market abuse*, in cui si collocava la specifica vicenda oggetto di esame. Essi si espandono a raggiera nell'intero sistema sanzionatorio, incuneandovi dispositivi d'arresto che minacciano di far saltare più di un suo snodo.

Ne costituisce eloquente riprova la molteplicità di iniziative e prese di posizione giurisprudenziali e dottrinali cui i *dicta* di Strasburgo hanno dato causa in questo arco di tempo, delle quali si prova qui ad abbozzare una panoramica d'assieme. In tale composito quadro non sono peraltro mancati, come subito si vedrà, "allarmi in eccesso". Talune fra le partite decisive paiono destinate verosimilmente a giocarsi (solo) nell'immediato futuro: circostanza che sollecita ulteriormente un affinamento della riflessione in ordine alle auspicabili direttrici d'intervento.

## 2. La violazione del diritto all'equo processo e gli "allarmi in eccesso";

Si è accennato ad "allarmi in eccesso". Essi si sono registrati segnatamente in relazione alla prima delle due violazioni accertate dalla sentenza *Grande Stevens*: quella inerente al diritto all'equo processo, sancito dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU).

È continuata, in effetti, a serpeggiare, in dottrina e tra gli "addetti ai lavori", la convinzione (o ... la speranza?) che la pronuncia della Corte europea imponga la revisione del pro-

---

noti i contenuti della decisione e le generali linee normative e giurisprudenziali in cui essa s'innesta. Per chi volesse riportarli alla mente, sia consentito il rinvio a 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, 953 ss.

<sup>2</sup> In questi mesi, la messe, già nutrita, dei commenti alla sentenza è andata ulteriormente infoltendosi. Agli scritti già citati in G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 953, nota 1, possono in particolare aggiungersi quelli di 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, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del principio dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 3099 ss.; M. O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza "Grande Stevens"*, in *Rass. trib.*, 2014, 1440 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 82 ss.; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.; C. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 337 ss.

cedimento sanzionatorio davanti alla Consob – e, *amplius*, alle autorità amministrative indipendenti – al fine di uniformarlo ai principi enunciati dal citato art. 6: in particolare, quelli di imparzialità del “giudice”, di “parità delle armi” tra accusa e difesa, del diritto al contraddittorio e della pubblicità delle udienze. Parametri tutti che – in base all’analisi condotta dai giudici di Strasburgo – non apparivano adeguatamente riflessi nell’impalcatura del procedimento stesso<sup>3</sup>.

L’idea non ha tardato a trovare una diretta eco giudiziaria. Con due ricorsi gemellari, alcuni operatori bancari e finanziari, sottoposti al procedimento in questione per presunte condotte di manipolazione del mercato, hanno infatti impugnato davanti al giudice amministrativo il regolamento Consob in materia di applicazione delle sanzioni del 2005<sup>4</sup> (operante nella specie *ratione temporis*), sostenendone – per l’appunto – l’incompatibilità con la citata norma convenzionale.

La tesi dei ricorrenti ha addirittura conseguito, in prima battuta, l’avallo del Consiglio di Stato, il quale, con due lapidarie ordinanze cautelari dell’ottobre 2014, ha ritenuto che la Consob fosse effettivamente tenuta ad adeguare «il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni “penali”»<sup>5</sup> alle indicazioni della *Grande Stevens*<sup>6</sup>.

L’“allarme” – almeno su questo fronte – è, peraltro, rientrato con le successive decisioni di merito del marzo 2015, che hanno visto il Consiglio di Stato invertire seccamente la rotta<sup>7</sup>. I ricorsi sono stati dichiarati inammissibili per difetto di interesse, in quanto proposti prima e senza che ai ricorrenti fosse irrogata una qualunque sanzione. Contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R. Lazio, infatti, la mera pendenza del procedimento sanzionatorio non sarebbe valsa ad attualizzare la lesione riconnessa alla normativa regolamentare considerata. Nell’approdare a tale epilogo – che suscita interrogativi di un certo spessore, ma estranei al filo delle presenti riflessioni<sup>8</sup> – il Consiglio di Stato ha incidentalmente ripreso in

---

<sup>3</sup> Cfr., sul tema, M. ALLENA, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: verso un’autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 67 ss.; E. BINDI, *L’incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3007 ss.; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 1321 ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, in *www.astridonline.it*. V., altresì, E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l’istanza di rinvio*, in *Giur. it.*, 2014, 1648.

<sup>4</sup> Si tratta, in specie, del regolamento approvato con delibera 21 giugno 2005, n. 15086: lo stesso che aveva trovato applicazione nel caso *Grande Stevens*. La nuova normativa regolamentare adottata con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750 non sembra, peraltro, aver mutato la situazione sotto il profilo che interessa (M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1063).

<sup>5</sup> “Penali” – s’intende – agli effetti della Convenzione.

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2014, nn. 4491 e 4492. Il Consiglio ha ribadito tale posizione “di primo approccio” sospendendo nell’immediatezza, con decreti del 2 dicembre 2014, nn. 5465 e 5466, le sentenze del T.A.R. Lazio, 26 novembre 2014, nn. 11886 e 11887, di rigetto integrale dei ricorsi.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596.

<sup>8</sup> In particolare, quello relativo alla configurabilità di un interesse all’«equo processo», come diritto umano autonomamente azionabile in sede giurisdizionale (sul punto, v. M. ALLENA, *Interessi procedimentali*, cit., 73 ss.).

esame anche la tematica che qui interessa, ribaltando con ricchezza di argomentazioni l'affermazione resa in sede cautelare<sup>9</sup>: il regolamento impugnato – questa la soluzione finale – non si pone, in realtà, in contrasto sotto alcun profilo con l'art. 6, § 1, CEDU (come pure con gli artt. 24 e 111 Cost.)<sup>10</sup>.

Nessun adeguamento ai dettami di Strasburgo è in effetti necessario, perché nulla ha richiesto la sentenza *Grande Stevens* su questo versante. In essa si ribadisce a chiare lettere un indirizzo consolidato della giurisprudenza europea. Secondo tale indirizzo la carenza dei requisiti del “giusto processo” nella fase del procedimento che si svolge davanti alla Consob – carenza pure riscontrabile sotto più d'un aspetto – non determina, *eo ipso*, la violazione dell'art. 6 CEDU, malgrado la natura “convenzionalmente penale” delle sanzioni inflitte. Occorre invece che “a valle” del provvedimento sanzionatorio della Commissione – come di qualunque altra autorità amministrativa – vi sia la possibilità di attivare un controllo giurisdizionale pieno («*full jurisdiction*») sull'oggetto della contestazione: un controllo esteso cioè a tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto; un controllo assicurato nella specie dal giudizio di opposizione davanti alla corte d'appello (art. 187-*septies*, comma 4, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *inde* T.U.F.).

In proposito, il Consiglio di Stato formula una notazione di rilievo e condivisibile: la fase di controllo giurisdizionale non può essere concepita come un anomalo meccanismo di “sanatoria” dei vizi di un procedimento illegittimo, perché privo di adeguate garanzie<sup>11</sup>. Alla luce della giurisprudenza della Corte europea, per converso, quella dianzi indicata rappresenta soltanto una delle possibili – e legittime – opzioni offerte agli ordinamenti nazionali.

La qualificazione d'un determinato illecito e delle connesse sanzioni come «amministrativi», secondo la Corte di Strasburgo, non deve comportare lo “smarrimento” delle garanzie procedurali che la Convenzione vuole annesse alla «materia penale». Ma il legislatore nazionale può scegliere *dove* dislocarle: se cioè “a monte” dell'irrogazione delle sanzioni, tramite l'attribuzione al procedimento sanzionatorio amministrativo di un carattere «*quasi-judicial*», nel qual caso il controllo giurisdizionale pieno potrebbe addirittura mancare<sup>12</sup>; ovvero “a valle” del provvedimento applicativo, come è appunto avvenuto, *in parte qua*, per le sanzioni «amministrative» in tema di abusi di mercato.

---

<sup>9</sup> E adottando, invece, la linea espressa nelle impuginate e già citate sentenze del T.A.R. Lazio, 27 novembre 2014, n. 11886 e n. 11887.

<sup>10</sup> Nel senso che i principi costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo non trovino applicazione nell'ambito del procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative davanti alla Consob, ma solo nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione, si erano già espresse le Sezioni unite della Corte di cassazione proprio con riguardo alla vicenda *Grande Stevens* (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935).

<sup>11</sup> In questa prospettiva, invece, M. ALLENA, *Interessi procedurali*, cit., 71. Per l'espressa affermazione che, nel caso *Grande Stevens*, le sanzioni della Consob sarebbero state illegittimamente irrogate, proprio per la carenza di rispetto delle regole del giusto processo, cfr., altresì, 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, 2944, donde la denuncia del «paradosso» evidenziato nel titolo dello scritto.

<sup>12</sup> Così anche M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1058, con il richiamo a Corte eur. dir. uomo, *Grande Camera*, 22 novembre 1995, *Bryan c. Regno Unito*.

È un dato di fatto, d'altronde, che l'unica violazione dei principi del giusto processo concretamente riscontrata dalla sentenza *Grande Stevens* sia quella – marginale – legata al difetto di pubblicità delle udienze nel giudizio di opposizione svoltosi davanti alla Corte d'appello di Torino. *Vulnus*, in verità, dubbio già in linea di fatto (le risultanze sul punto erano contrastanti): ma non ascrivibile, comunque, ad un difetto “strutturale” del sistema interno, stante il rinvio dell'art. 187-*septies*, comma 6, T.U.F. alla disciplina generale sull'opposizione a ordinanza-ingiunzione dettata dall'art. 23 l. 24 novembre 1981, n. 689, che non risulta affatto derogatoria del principio di pubblicità delle udienze<sup>13</sup>.

Il problema potrebbe porsi, semmai, rispetto alle sanzioni amministrative comminate dal T.U.F. in materie diverse dal *market abuse*, riguardo alle quali è previsto che l'opposizione venga decisa in camera di consiglio (art. 195, comma 7). Ma si tratterebbe allora solo di modificare tale disposizione o, in difetto, di aggiungere un ulteriore anello alla “catenella” delle declaratorie di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, (e dell'art. 111) Cost. che hanno già colpito *passim* i procedimenti camerati, nella parte in cui non accordano agli interessati almeno la facoltà di ottenere un'udienza pubblica “a richiesta”<sup>14</sup>.

### **3. (segue) giusto processo e “giusto procedimento” nella sentenza Grande Stevens e nell'ordinamento interno.**

Per poter ravvisare un'esigenza di integrale recepimento dei principi convenzionali del giusto processo all'interno del procedimento sanzionatorio davanti alla Consob – e, *amplius*, alle altre Autorità amministrative indipendenti – non v'è, dunque, che un modo: scavalcare – “a sinistra” – le stesse inequivoche affermazioni della sentenza *Grande Stevens*, ritenendole inesatte “per difetto”. Voci in tal senso non sono, in verità, mancate. Al riguardo, si è rilevato che, alla luce della giurisprudenza della Corte europea, la “compensazione” in sede giurisdizionale delle minori garanzie offerte dalla fase amministrativa dovrebbe ritenersi consentita solo in rapporto alle contestazioni esterne al “nocciolo duro” (*hard core*) del magistero

---

<sup>13</sup> Ne dubita M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens*, cit., 1062, nota 44, stante il fatto che si tratta di rinvio operato nei limiti della compatibilità, laddove invece – come si accennerà subito appresso nel testo – l'art. 195, comma 7, T.U.F. prevede lo svolgimento in camera di consiglio del giudizio di opposizione davanti alla corte d'appello avverso i provvedimenti applicativi delle sanzioni amministrative previste dal T.U.F. Ma quella del citato art. 187-*septies*, comma 6, T.U.F. è norma specifica per le sanzioni in tema di *market abuse*, e dunque prevalente. D'altra parte, quando pure qualche dubbio vi fosse, il dato normativo non sarebbe certo di ostacolo ad una interpretazione convenzionalmente conforme.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 93 del 2010, n. 135 del 2014, n. 97 e n. 109 del 2015, riguardanti, rispettivamente, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza e il procedimento per l'applicazione della confisca *in executivis*. Reputa la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 7, T.U.F. scontata E. BINDI, *op. cit.*, 3017 s., 3020, secondo la quale nell'opposizione camerale la cognizione dovrebbe ritenersi «di qualità inferiore» rispetto al processo di cognizione ordinario, con conseguente compressione anche del diritto di difesa, specie sotto il profilo della prova.

punitivo: anzi e più precisamente solo per le «*minor offences*»<sup>15</sup>. Le sanzioni «amministrative» per gli abusi di mercato non appartenerebbero affatto a tale categoria: esse incidono pesantemente non solo sul patrimonio del destinatario, ma anche – con le misure interdittive – sul suo onore e sulla sua «libertà professionale», presentando, così, un elevato «*degree of stigma*»<sup>16</sup>.

Sotto diverso profilo, si è anche messo in dubbio che il controllo esercitato dalla corte d'appello sui provvedimenti applicativi di tali sanzioni – così come il controllo svolto dal giudice amministrativo sulle sanzioni comminate da altre Autorità amministrative indipendenti<sup>17</sup> – possa ritenersi davvero «pieno»: allegandosi, a supporto di tali sospetti, le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici della Corte EDU Karakaş e Pinto de Albuquerque<sup>18</sup>.

Ma, in questo modo, si finirebbe per postulare una sorta di “applicazione rovesciata” del principio enunciato dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 49 del 2015. Alla luce di tale principio, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. - conseguente al contrasto tra la norma interna e la CEDU come interpretata dalla sua Corte - è necessario verificare se la soluzione interpretativa di riferimento esprima un «diritto consolidato generato dalla giurisprudenza europea» o piuttosto un orientamento ancora lungi dall'assumere tale connotazione.

Solo nel primo caso la ricostruzione ermeneutica dei giudici di Strasburgo risulta vincolante. Nell'ipotesi che qui interessa, si tratterebbe invece non già di escludere ma di ritenere sussistente una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. evocando i generali orientamenti della giurisprudenza europea *contro* una pronuncia della Corte (la *Grande Stevens*) che nega la compromissione del parametro convenzionale nello specifico caso in discussione. Pronuncia che, peraltro, aveva ben presenti tanto la “caratura” delle sanzioni amministrative applicabili, quanto le caratteristiche del giudizio di opposizione; e che fa seguito ad una decisione di analogo taglio concernente le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens*, cit., 1061; Id., *Interessi procedurali*, cit., 70, con il richiamo, in particolare, a Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; Corte eur. dir. uomo, 10 luglio 2014, *Marcan c. Croazia*.

<sup>16</sup> M. ALLENA, *Interessi procedurali*, cit., 70.

<sup>17</sup> Con particolare riguardo alle sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, cfr. G. GUZZI, *op. cit.*, 1324, secondo il quale, per quanto l'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo sia pieno, «il suo sindacato trova pur sempre un limite, al di fuori della sola eventualità di una manifesta irragionevolezza o illogicità, nell'impossibilità di sindacare l'opera di concretizzazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati, e di sostituire comunque una propria diversa opera di concretizzazione a quella effettuata dall'Autorità»: laddove, peraltro, proprio in tale operazione si giocherebbe «in larga misura la partita dell'accertamento del carattere illecito della condotta oggetto di scrutinio nell'ambito del procedimento sanzionatorio».

<sup>18</sup> M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens*, cit., 1061; cfr., altresì, al riguardo, A. CRESPI, *Sentenze opache e riforme inutiliter datae*, di prossima pubblicazione in *Riv. soc.*; E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce*, cit., 3021, nota 33.

<sup>19</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, che, in una situazione analoga – ossia l'irrogazione da parte di un'autorità amministrativa di pesanti sanzioni pecuniarie tramite un pro-

Riguardo, poi, alle evocate *dissenting opinions*, va rilevato che i giudici dissenzienti avrebbero effettivamente voluto “rimpolpare” il “rimprovero” di violazione dell’art. 6 CEDU: ma pur sempre in relazione a supposte “mende” connesse al concreto svolgimento del procedimento giurisdizionale davanti alla corte d’appello (mancato esame in contraddittorio delle testimonianze contestate, assunte in segreto nella fase amministrativa; omessa audizione dei ricorrenti davanti al giudice).

Questione ben diversa è se il regolamento Consob oggetto di impugnativa dovesse ritenersi illegittimo per contrasto con norme interne di rango primario, tramite le quali il legislatore nazionale – nell’esercizio della *facultas eligendi* riconosciutagli dalla giurisprudenza europea (e con opzione pienamente condivisibile, stante la “muscolarità” delle sanzioni minacciate) – ha manifestato la volontà di allocare le garanzie del giusto processo (o, quantomeno, una consistente parte di esse) già nell’ambito del procedimento amministrativo prodromico all’irrogazione delle sanzioni.

Il riferimento è segnatamente alle disposizioni di cui agli artt. 187-*septies*, comma 2, e 195, comma 2, T.U.F. (nel testo risultante dopo le modifiche introdotte dalla l. 18 aprile 2005, n. 62). In forza di esse il procedimento sanzionatorio – rispettivamente, in materia di abusi di mercato e relativo alle altre sanzioni amministrative previste dal T.U.F. – deve essere «retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie». Un imperativo, peraltro, esteso dall’art. 24 l. 28 dicembre 2005, n. 262 alla generalità dei «procedimenti di controllo a carattere contenzioso e [de]i procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza del sistema finanziario».

Nelle recenti pronunce poco sopra ricordate, il Consiglio di Stato ha risposto in senso positivo alla questione, ritenendo il regolamento in questione non rispettoso del principio del contraddittorio: segnatamente nella parte in cui non prevedeva la comunicazione all’incolpato della relazione redatta dall’Ufficio sanzioni amministrative della Consob, né la possibilità di formulare controdeduzioni alla stessa<sup>20</sup>. Questa presa di posizione ha indotto la Consob a modificare, *in parte qua*, la normativa regolamentare con la recentissima delibera n. 19158 del 29 maggio 2015.

In tale prospettiva, l’esigenza di revisione del procedimento considerato – esigenza che, nella visione del Consiglio di Stato, potrebbe eventualmente estendersi anche ai procedimenti sanzionatori davanti ad altre Autorità di vigilanza del settore finanziario (Banca d’Italia, Ivass, Covip) – è comunque di matrice esclusivamente interna e non già convenzionale. Resta con ciò confermata la convinzione che l’indirizzo espresso dalla sentenza *Grande Stevens* non implichi affatto una “bocciatura” della logica deflattiva che sta in via generale alla base degli interventi di depenalizzazione.

---

cedimento non conforme ai paradigmi dell’art. 6 CEDU – ha escluso la violazione di tale norma convenzionale, proprio in considerazione del fatto che i ricorrenti avevano potuto far riesaminare la decisione dell’AGCM dal tribunale amministrativo.

<sup>20</sup> Punto sul quale si erano espresse in senso opposto le Sezioni unite civili della Corte di cassazione proprio in relazione alla vicenda *Grande Stevens*: cfr. Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935.

Una simile bocciatura sarebbe configurabile se, per assicurare il rispetto della Convenzione, fosse necessario replicare indiscriminatamente in capo all'autorità amministrativa e ai procedimenti sanzionatori da essa gestiti i tratti garantistici, rispettivamente, del giudice e del processo penale: un esito però dichiaratamente non voluto dalla stessa Corte europea. Essa fin dalla sentenza *Oztürk* del 1984<sup>21</sup>, ha tenuto a precisare che la propria lata concezione della «*matière pénale*» non implica affatto la messa al bando delle operazioni di depenalizzazione: operazioni utili – e, anzi, indispensabili – per decongestionare la giustizia penale, assicurandone così proprio la rispondenza all'art. 6 CEDU (specie sul piano della ragionevole durata dei processi).

In un simile panorama, un solo profilo sembra rimanere ancora in penombra: ed è quello legato alla immediata esecutività delle sanzioni amministrative, malgrado l'opposizione prevista in via generale dall'art. 22, comma 7, l. 689/1981 e, con specifico riguardo alle sanzioni inflitte dalla Consob, dagli artt. 187-*septies*, comma 5, e 195, comma 5, T.U.F. Affiora il dubbio che un simile regime possa ritenersi rispettoso della presunzione di innocenza, sancita dall'art. 6, § 2, CEDU, la quale dovrebbe, in linea di principio, implicare il divieto di porre in esecuzione una sanzione (convenzionalmente) "penale" prima che si sia concluso un «equo processo»<sup>22</sup>. Al fine di evitare la lesione del precetto convenzionale, è sufficiente la previsione del potere discrezionale del giudice dell'opposizione di sospendere l'esecuzione del provvedimento sanzionatorio in presenza di «gravi motivi»?

Anche di questo aspetto si è occupato *en passant* il Consiglio di Stato, ritenendo che il regime di immediata esecutività delle sanzioni da un lato, e «l'ampiezza, l'efficacia e l'immediatezza della tutela cautelare» dall'altro, valgano a realizzare un equilibrato contemperamento tra gli opposti interessi alla salvaguardia dei diritti del privato e alla prontezza ed efficacia dell'azione amministrativa. Ma la parola definitiva sul punto è probabilmente ancora da scrivere.

#### **4. La rimozione della violazione del *ne bis in idem* processuale nei casi analoghi.**

Il versante che desta le preoccupazioni di gran lunga più marcate resta, ad ogni modo, l'altro: quello inerente, cioè, alla riscontrata violazione del *ne bis in idem* (processuale), stabilito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. Anche se – occorre ribadirlo – non si è trattato affatto di un fulmine a ciel sereno, ma di un esito agevolmente pronosticabile alla luce dei pregressi arresti della Corte europea sui tre profili che venivano sequenzialmente in rilievo.

---

<sup>21</sup> Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*.

<sup>22</sup> Così M. ALLENA, *Interessi procedurali*, cit., 71. Pongono, altresì, in dubbio la compatibilità con la presunzione di innocenza delle regole sull'onere della prova nei procedimenti applicativi delle sanzioni amministrative tributarie, stante la centrale rilevanza in tale ambito della prova presuntiva, S. GOLINO-A. GOLINO, *Ne bis in idem: rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte EDU in materia di abusi di mercato*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 150.



Il primo fra tali profili è costituito dall'invalidità delle riserve «di carattere generale» apposte dagli Stati membri alle norme convenzionali: quale quella formulata dall'Italia con riguardo al citato art. 4. Il secondo è costituito dalla perimetrazione su base “sostanzialistica” della «*matière pénale*», secondo gli sperimentatissimi “*Engel criteria*”: univoci nell'attrarre in detta materia il sedicente illecito “amministrativo” di manipolazione del mercato, di cui all'art. 187-ter T.U.F. Il terzo profilo è costituito dall'adozione – costante, almeno a partire dalla sentenza *Zolotukhin* del 2009<sup>23</sup> – di una nozione storico-naturalistica, anziché legale, dell'«*idem factum*» in sede di verifica della sussistenza del *bis in idem*: con conseguente irrilevanza degli scostamenti tra la fattispecie astratta del predetto illecito “amministrativo” e quella dell'omonimo reato di cui all'art. 185 T.U.F., a fronte dell'identità del fatto concreto perseguito nelle due sedi.

Su questo fronte, sebbene i giudici di Strasburgo si siano limitati a prescrivere allo Stato italiano misure riparatorie di ordine individuale, appare in effetti indubbio che la condanna tragga origine da una distonia “strutturale” dell'ordinamento nazionale, legata alla configurazione della disciplina legislativa in materia di abusi di mercato. È una disciplina ispirata ad una versione “estrema” (se non “esasperata”) del “doppio binario”, che rende possibile – e, anzi, nella generalità dei casi impone – l'avvio di due procedimenti sanzionatori paralleli, penale e amministrativo, in rapporto al medesimo fatto. Fenomeno che, peraltro, non rappresenta affatto un *unicum* nel panorama normativo interno, riproponendosi anche in aree esterne a quel settore.

I problemi sul tappeto sono, per questo verso, molteplici e di non (sempre) agevole soluzione.

Il più immediato tra essi è la rimozione delle violazioni in atto della norma convenzionale in casi analoghi a quello esaminato dalla *Grande Stevens*<sup>24</sup>: vale a dire, quando in uno dei due procedimenti paralleli per il medesimo fatto di abuso di mercato sia intervenuta una pronuncia definitiva, mentre l'altro è pendente<sup>25</sup>.

L'evenienza “ordinaria” – almeno in linea teorica – è che il procedimento già definito sia quello sanzionatorio amministrativo, caratterizzato da scadenze più serrate. Proprio in presenza d'una simile situazione, registratasi nell'ambito di un processo per il delitto di abuso di

---

<sup>23</sup> Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

<sup>24</sup> Riguardo alla vicenda che ha dato luogo alla pronuncia della Corte europea, come si ricorderà, la Corte di cassazione, con decisione emessa ancor prima della pubblicazione di detta pronuncia, ha dichiarato estinto per prescrizione il reato contestato ai ricorrenti, annullando senza rinvio la sentenza impugnata: cfr. Cass., 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915. Tale declaratoria è valsa senz'altro a soddisfare la prima richiesta dei Giudici di Strasburgo: ossia la chiusura del processo penale «nei più brevi tempi possibili», quale misura individuale tendente alla *restitutio in integrum*. Residua, per converso, qualche dubbio in ordine al fatto che il proscioglimento per prescrizione abbia compiutamente realizzato anche il secondo obiettivo indicato dalla Corte europea, vale a dire la chiusura del processo «senza conseguenze lesive per i ricorrenti» (*amplius*, sul punto, G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 971 s.; il dubbio è condiviso da B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 85).

<sup>25</sup> Va ribadito che la mera pendenza contemporanea dei due procedimenti non comporta ancora una violazione dell'art. 4 Prot. n. 7.

informazioni privilegiate (art. 184 T.U.F.), la quinta Sezione penale della Corte di cassazione ha scelto la via dell'incidente di legittimità costituzionale: congegnandone, peraltro, i contenuti in termini *prima facie* singolari rispetto al *thema decidendum* del giudizio *a quo*<sup>26</sup>.

Al fine di eliminare il *bis in idem* "convenzionalmente sconveniente", la Cassazione ha ritenuto infatti di dover sollevare in via principale questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.<sup>27</sup>, della norma sanzionatoria amministrativa in materia di *insider trading* (art. 187-*bis*, comma 1, T.U.F.), nella parte in cui reca la "clausola di cumulo" «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», in luogo della più consueta clausola di riserva «Salvo che il fatto costituisca reato». L'operazione sostitutiva auspicata varrebbe a rendere "residuale", anziché "aggiuntivo", l'illecito amministrativo rispetto all'omologa fattispecie di reato. Ciò sul presupposto, largamente condivisibile e condiviso<sup>28</sup>, che tale risultato non sia conseguibile tramite una interpretazione "adeguatrice" dell'attuale *incipit* normativo: interpretazione che cozza contro il dato letterale e sistematico<sup>29</sup>.

Le probabilità che la questione si areni sull'inammissibilità per difetto di rilevanza paiono tuttavia non trascurabili<sup>30</sup>.

Alla Cassazione non sfugge ovviamente l'insidia. Il Collegio rimettente prova a doppiarla motivando la rilevanza con la considerazione che, in caso di accoglimento della questione, l'art. 30, quarto comma, l. 11 marzo 1953, n. 87 imporrebbe alla Consob di adottare le «necessarie determinazioni». La citata disposizione – in forza della quale, ove in applicazione della norma dichiarata incostituzionale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, «ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» – sarebbe infatti riferibile, sulla base di una lettura "convenzionalmente orientata", anche al caso della condanna ad una sanzione "formalmente" amministrativa ma sostanzialmente penale. La prefigurata cancellazione della sanzione amministrativa pecuniaria varrebbe a rendere inoperante il meccanismo di detrazione della stessa dalla pena pecuniaria, prefigurato dall'art. 187-*terdecies* T.U.F., consentendo l'esazione per intero di quest'ultima.

L'estro argomentativo non riesce, peraltro, a far velo su un dato inconfutabile: e, cioè, che il censurato art. 187-*bis* T.U.F. è norma della quale la Cassazione non deve fare applicazione nel giudizio *a quo*. L'accoglimento della questione non sposterebbe, in effetti, di una

---

<sup>26</sup> Cass., sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782.

<sup>27</sup> *Scilicet*, in riferimento all'art. 4 Prot. n. 7, come interpretato dalla Corte europea, configurato come «norma interposta».

<sup>28</sup> Per i riferimenti nei due sensi, cfr. G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 981 note 88-90, cui *adde*, nel senso del testo, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 873; per l'interpretazione convenzionalmente conforme, invece, G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato*, cit., 1307.

<sup>29</sup> Quanto alla possibilità di una disapplicazione diretta della norma sanzionatoria amministrativa in ragione del suo contrasto (anche) con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vale quanto si osserverà più avanti, con riguardo all'ipotesi della disapplicazione dell'art. 649 c.p.p.

<sup>30</sup> In senso analogo, N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario. Spunti per una soluzione dell'"arcano" nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 33; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale del ne bis in idem*, *ivi*, 17 novembre 2014, 2.

virgola l'esito del giudizio principale, neppure per quanto concerne le basi motivazionali della decisione: l'imputato resterebbe, come è adesso, giudicabile per il reato di abuso di informazioni privilegiate a lui contestato (la detrazione pena pecuniaria-sanzione amministrativa pecuniaria concerne la fase esecutiva). Correlativamente, la decisione di accoglimento non impedirebbe che si produca nel giudizio principale proprio il risultato che l'art. 4 Prot. n. 7 vuole evitare: ossia un secondo processo (ed, eventualmente, una seconda condanna) nei confronti del soggetto già giudicato (e condannato) in via definitiva per lo stesso fatto.

La quinta sezione ha ampiamente e persuasivamente argomentato come sia preferibile incidere sulla disciplina sostanziale degli abusi di mercato, anziché (come si dirà) su quella processuale del divieto di un secondo giudizio, dato che in questo modo il sistema diviene assai più armonico, adeguandosi alle nuove indicazioni del diritto dell'Unione europea in tema di *market abuse*. La circostanza non sembra tuttavia sufficiente ad escludere l'esigenza che la questione di costituzionalità di cui si discute sia sollevata in una sede processuale consentanea, dal punto di vista delle dinamiche del giudizio incidentale<sup>31</sup>.

Tale sede non può che essere quella del giudizio di opposizione avverso il provvedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della Consob. Il che presuppone che la duplicità di procedimenti si presenti nella seconda e speculare forma: la sentenza irrevocabile è intervenuta nel procedimento penale, mentre quello relativo all'applicazione delle sanzioni amministrative è pendente.

Si tratta della situazione che ha dato luogo alla questione di costituzionalità sollevata, quasi in contemporanea, dalla Sezione tributaria civile della stessa Corte di cassazione<sup>32</sup>. Nella specie, infatti, il processo penale per il medesimo fatto di manipolazione del mercato, oggetto del procedimento sanzionatorio amministrativo (artt. 185 e 187-ter T.U.F.), era stato preventivamente definito con sentenza irrevocabile di patteggiamento.

Tuttavia, a prescindere da possibili dubbi di ammissibilità sul piano della rilevanza, legati ai contingenti sviluppi del giudizio *a quo*<sup>33</sup>, l'ordinanza di rimessione della Sezione tri-

---

<sup>31</sup> È significativo che, in una situazione strutturalmente analoga, ancorché riferita alla materia tributaria (e segnatamente all'ipotesi dell'omesso versamento dell'IVA), il Tribunale di Bologna abbia ritenuto di dover impugnare, come si vedrà più avanti, esclusivamente l'art. 649 c.p.p. e non – o non anche – gli artt. 20 e 21 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, pure ritenuti di dubbia compatibilità costituzionale nella misura in cui postulano la prosecuzione del procedimento amministrativo di accertamento o del processo tributario, culminanti nell'applicazione di una sanzione avente carattere afflittivo-penale, malgrado l'avvenuta definizione del processo penale per lo stesso fatto. E ciò per la condivisibile considerazione che tale seconda questione risulterebbe irrilevante nel giudizio *a quo*, posto che le norme citate concernono la sanzione amministrativa secondo la qualificazione interna, mentre detto giudizio verte sulla fattispecie di reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 (Trib. Bologna, 21 aprile 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 maggio 2015, con commento di M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*).

<sup>32</sup> Cass., sez. trib., ord. 21 gennaio 2015, n. 950, a commento della quale v. S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2015, 597 ss.; A. PALASCIANO, *Rinviata alla Corte costituzionale l'applicazione di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto*, in *Fisco*, 2015, 881 ss.

<sup>33</sup> Secondo quanto risulta dall'ordinanza di rimessione, i documenti comprovanti l'avvenuta formazione del giudicato penale erano stati, nella specie, prodotti dai ricorrenti solo nell'imminenza dell'udienza di discussio-

butaria sottopone a scrutinio l'art. 187-ter T.U.F. (ossia la norma sanzionatoria amministrativa della manipolazione del mercato) senza formulare uno specifico *petitum*. Al lume della motivazione dalle cadenze non del tutto trasparenti, le richieste del Collegio rimettente sembrerebbero oscillare tra una "ablativa secca" della norma e una non meglio precisata pronuncia «additiva» ispirata al «principio del *doppio binario attenuato*»; l'individuazione degli esatti contenuti della pronuncia viene demandata alla Corte costituzionale<sup>34</sup>. La stessa motivazione appare, d'altra parte, in certi passaggi "perplesso": come quando evidenzia la scarsa afflittività concreta della sanzione applicata in sede penale nel caso di specie, in quanto "azzerata" dall'indulto.

Sicché nemmeno in questo caso è scontato che la Consulta possa scendere ad un esame di merito, stante l'eventualità che si ravvisino gli estremi di una questione "incipite", oscura o perplesso.

## 5. L'estensione dell'art. 649 c.p.p. al giudicato sull'illecito amministrativo.

Nel caso posto all'esame della quinta Sezione penale – di formazione preventiva del giudicato sul fronte amministrativo – deve evidentemente essere esclusa la possibilità di un intervento sulle norme penali, per rendere sussidiarie le fattispecie di reato rispetto agli illeciti amministrativi: un assetto contrario a logica, prima ancora che alle nuove indicazioni del diritto dell'Unione di cui si dirà.

La rimozione del *vulnus* convenzionale non può che passare per il tramite della disposizione processuale dell'art. 649 c.p.p., in tema di divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto. Si tratterebbe, in specie, di estendere il divieto – e il correlato obbligo del giudice di chiudere rapidamente con una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere il secondo giudizio, instaurato o proseguito in violazione di tale divieto – anche al caso in cui la sentenza (o, *amplius*, la decisione) definitiva concerna un illecito qualificato come «amministrativo» dal diritto interno, ma da considerare «penale» agli effetti della CEDU.

---

ne. Tale produzione documentale dovrebbe ritenersi inammissibile ai sensi del combinato disposto degli artt. 369 e 372 c.p.c., essendo possibile derogare alla regola secondo cui i documenti devono essere depositati, unitamente al ricorso per cassazione, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, soltanto quando essi riguardano l'ammissibilità del ricorso: ipotesi che non ricorreva nella specie. Il Collegio rimettente ha reputato, nondimeno, ammissibile la produzione in base al rilievo che – sebbene la sentenza di patteggiamento fosse divenuta irrevocabile già prima della scadenza del termine previsto dall'art. 369 c.p.c. – la possibilità di eccepire il giudicato penale sarebbe insorta solo a seguito del sopravvenuto arresto della Corte di Strasburgo sul caso *Grande Stevens*, che, inaugurando «un nuovo orientamento giurisprudenziale», assumerebbe il carattere di un «*prospective overruling*». In questa costruzione appaiono, peraltro, dubbi tanto la correttezza del riferimento all'istituto del «*prospective overruling*», quale delineato dalla giurisprudenza civile, quanto, e soprattutto, l'asserita natura "innovativa" della sentenza *Grande Stevens* (S. G. Guizzi, *Hic Rhodus*, cit., 598 ss.).

<sup>34</sup> Come osserva S. G. Guizzi, *Hic Rhodus*, cit., 601, se la volontà della Corte rimettente fosse stata quella di introdurre, in riferimento agli illeciti in discussione, il principio di specialità, essa avrebbe dovuto richiedere una pronuncia non già additiva, ma sostitutiva, e precisamente quella invocata dalla quinta Sezione penale.

Come è emerso sin dai primi commenti alla *Grande Stevens*<sup>35</sup>, le strade astrattamente percorribili per pervenire a tale risultato – salva, s'intende, l'ipotesi dell'intervento legislativo, che, allo stato, non sembra peraltro all'ordine del giorno – sono tre.

La prima è quella dell'interpretazione "convenzionalmente conforme". Si tratta di una soluzione che ha trovato concreti riscontri nella giurisprudenza di merito, in ambiti diversi da quello degli abusi di mercato. Il riferimento è, in particolare, ad una decisione del Tribunale di Brindisi – ampiamente pubblicizzata – con la quale è stata riconosciuta efficacia preclusiva del giudizio penale all'irrogazione di una sanzione disciplinare per il medesimo fatto nei confronti di un detenuto<sup>36</sup>.

Nella specie, un detenuto aveva danneggiato delle suppellettili in dotazione alla sua cella ed era stato sottoposto a procedimento disciplinare ai sensi della legge di ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione (artt. 33, n. 2, 39, n. 5, 40, secondo comma, l. 26 luglio 1975, n. 345 e artt. 77, n. 13, e 81 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). All'esito di detto procedimento – nel quale, secondo quanto si legge nella citata decisione, sono garantiti «un minimo di contraddittorio» e la possibilità di reclamo al magistrato di sorveglianza per vizi di legittimità – era stata irrogata al detenuto, oltre ad una sanzione patrimoniale a carattere risarcitorio (prelievo della somma di euro 341 dal peculio disponibile), la sanzione (effettivamente scontata) dell'esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo per un periodo di quindici giorni.

Per lo stesso fatto, l'interessato era stato successivamente citato a giudizio penale, con l'imputazione di danneggiamento aggravato. Il Tribunale pugliese – riconosciuta natura "convenzionalmente penale" alla sanzione disciplinare, in considerazione della sua incidenza sulla «libertà di movimento e di relazione» del soggetto colpito – ha escluso, sulla base di una interpretazione adeguatrice dell'art. 649 c.p.p., che egli potesse essere sottoposto ad un secondo giudizio per la medesima vicenda, dichiarando quindi improcedibile l'azione penale<sup>37</sup>.

Prescindendo, per il momento, dai consistenti dubbi circa la validità della premessa del ragionamento (il carattere "convenzionalmente penale" della sanzione disciplinare di cui si discuteva) – profilo sul quale si tornerà<sup>38</sup> – riguardo all'asserita "malleabilità ermeneutica" dell'art. 649 c.p.p., non sono comunque state dello stesso avviso né la quinta Sezione pena-

---

<sup>35</sup> Per i riferimenti, v. G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 972 ss.

<sup>36</sup> Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 438, con nota di M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*; in *Giur. it.*, 2015, 215, con nota di N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*; in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2014, con commento S. FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*.

<sup>37</sup> In senso apparentemente adesivo, N. GALANTINI, *Il principio*, cit., 218, che definisce la soluzione «talmente lineare da sembrare [...] scontata». Sulla praticabilità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 649 c.p.p., altresì, A. PODIGGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykänen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, 120.

<sup>38</sup> *Infra*, § 10.

le della Cassazione<sup>39</sup>; né altra parte della giurisprudenza di merito<sup>40</sup>; né, ancora, le prevalenti voci di dottrina espressesi sull'argomento in questi mesi<sup>41</sup>. A loro parere, il dato letterale, storico e sistematico rappresenterebbe un'ostacolo insormontabile all'ipotizzata operazione di adeguamento in via interpretativa della norma codicistica.

Non si ha notizia al momento, di seguiti giurisprudenziali della seconda e più "dirompente" prospettiva d'intervento, basata sull'applicazione diretta dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – che sancisce un divieto di *bis in idem* da interpretarsi alla stregua di quello di matrice convenzionale, grazie alla "clausola di equivalenza" di cui all'art. 52, § 3, della medesima Carta – e sul correlato potere-dovere del giudice nazionale di non applicare la normativa interna contrastante con esso. Tale soluzione nel caso degli abusi di mercato non incontrerebbe ostacoli per ragioni di materia, discutendosi di una normativa emanata in attuazione del diritto dell'Unione (con conseguente sussistenza della condizione affinché le disposizioni della Carta assumano efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri: artt. 51, § 1, CDFUE e 6, § 1, TUE)<sup>42</sup>.

La percorribilità di una simile via è stata invece espressamente esclusa dalla quinta Sezione penale della Cassazione, segnatamente alla luce delle affermazioni della Corte di giustizia nella ben nota sentenza sul caso *Fransson*<sup>43</sup>. Stando ad esse la valutazione della sussistenza dei presupposti di applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito dalla Carta, postula la verifica dell'adeguatezza delle "rimanenti" sanzioni – in termini di effettività, proporzionalità e dissuasività – da parte del giudice nazionale. Sicché, in sostanza, il giudice interno rimarrebbe investito del potere di stabilire in concreto quale o quali sanzioni debbano essere applicate: con una sorta di "subordinazione" del diritto fondamentale dell'individuo a non essere giudicato due volte rispetto alle esigenze di efficacia del diritto eurounitario<sup>44</sup>.

Un impedimento ulteriore è stato ravvisato in dottrina nel fatto che non si tratterebbe qui soltanto di non applicare l'art. 649 c.p.p. in rapporto al predicato «penale»; quanto piuttosto di sostituire tale predicato con un concetto più ampio, tale da includere anche la decisione definitiva sull'illecito "formalmente" amministrativo in base al diritto interno<sup>45</sup>. Sono argo-

---

<sup>39</sup> Cass., sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782, cit.: ciò, malgrado la ricordata possibilità, ivi ipotizzata, di una lettura "convenzionalmente conforme" della norma sugli effetti delle declaratorie di incostituzionalità (art. 30, quarto comma, l. 87/1953, ove pure si parla di «effetti penali»).

<sup>40</sup> Trib. Bologna, 21 aprile 2015, cit.

<sup>41</sup> Cfr., con vari accenti, M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem*, cit., 5; G. DE AMICIS, *Diritto dell'UE e della CEDU e problema del bis in idem*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 664; M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 443; B. LAVARINI, *Corte europea*, cit., 87.

<sup>42</sup> Al riguardo, cfr. *amplius* G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 977 ss. Oltre gli AA. ivi citati, si sono espressi in senso favorevole all'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., 874; M. O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem*, cit., 1448; nonché, con ampie argomentazioni, N. MADIA, *Il ne bis in idem*, cit., 13 ss. Dubbiosa, sembrerebbe, N. GALANTINI, *Il principio*, cit., 219.

<sup>43</sup> Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

<sup>44</sup> Per un rilievo simile, N. GALANTINI, *Il principio*, cit., 219; e, con particolare riguardo al trattamento sanzionatorio dell'omesso versamento dell'IVA, M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem*, cit., 7.

<sup>45</sup> M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem*, cit., 6 s.

menti forse non del tutto irresistibili<sup>46</sup>, ma riflettono un comprensibile e giustificabile atteggiamento di “cautela”.

Scartate, ad ogni modo, le prime due vie (quella dell’interpretazione “convenzionalmente conforme” e quella della disapplicazione dell’art. 649 c.p.p. nella formulazione vigente) non è rimasto che imboccare la terza: ossia investire la Corte costituzionale della questione di legittimità della citata disposizione del codice di rito *in parte qua*, per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all’art. 4 Prot. n. 7 (come interpretato dalla Corte di Strasburgo). Questione, in fatto, già sollevata tanto dalla quinta Sezione della Cassazione (in via subordinata rispetto a quella inerente alla norma sanzionatoria amministrativa)<sup>47</sup>; quanto e di seguito, dal Tribunale di Bologna<sup>48</sup>.

Al riguardo, merita di essere segnalato che quest’ultimo formula un *petitum* calibrato, almeno all’apparenza, sulla fattispecie oggetto del giudizio *a quo* (l’omesso versamento dell’IVA)<sup>49</sup>; la Cassazione opta invece per una soluzione “*catch all*”. Essa chiede al Giudice delle leggi di dichiarare costituzionalmente illegittimo l’art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio nel caso in cui l’imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, in un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU; non già di una sanzione la cui natura penale sia stata già specificamente riconosciuta dalla Corte europea, come nel caso degli abusi di mercato.

Una declaratoria di incostituzionalità come quella auspicata dalla Cassazione sembrerebbe, a tutta prima, preferibile, perché evita uno stucchevole “rosario” di sentenze di accoglimento, “parcellizzate” sulle singole sanzioni. Però si tratta di una soluzione che va adeguatamente ponderata, in quanto idonea a spostare gli equilibri del sistema. Non si può, in particolare, trascurare il rischio che – a fronte della scarsa puntualità degli “*Engel criteria*”, di cui il giudice comune sarebbe chiamato a fare applicazione – il meccanismo “espanso” dell’art. 649 c.p.p. si trasformi in una “mina vagante”, pronta a deflagrare nei più disparati e

---

<sup>46</sup> In senso critico, con particolare riguardo agli argomenti della Cassazione, N. MADIA, *Il ne bis in idem*, cit., 33.

<sup>47</sup> Il particolare potrebbe, in verità, gettare qualche ombra anche sull’ammissibilità della questione subordinata. Come già accennato, secondo il Collegio rimettente il modo “corretto” di emendare il *vulnus* costituzionale riscontrato sarebbe la manipolazione sostitutiva della clausola d’esordio dell’art. 187-*bis* T.U.F. Ove, peraltro, la relativa questione – proposta in via principale – dovesse essere dichiarata, non già infondata, ma inammissibile per difetto di rilevanza, giusta quanto in precedenza evidenziato, si potrebbe dubitare che alla Corte sia consentito scendere all’esame della questione subordinata, che secondo lo stesso giudice *a quo* rappresenterebbe un modo “meno corretto” di porre rimedio al rilevato contrasto con il parametro evocato. Vero è, però, che in questa maniera la Corte finirebbe per rendere ineluttabile la violazione dell’art. 4 Prot. n. 7 nel giudizio *a quo*.

<sup>48</sup> Trib. Bologna, 21 aprile 2015, cit.

<sup>49</sup> Il Tribunale felsineo solleva, infatti, questione di legittimità costituzionale «dell’art. 649 c.p.p., *in relazione all’art. 10-ter d.lgs. 74/2000*, nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all’imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli».

impensabili settori; con indesiderabili effetti di “sterilizzazione” della possibilità di perseguire penalmente illeciti che pure il diritto interno qualifica come di natura criminale<sup>50</sup>.

Vi è, tuttavia, un aspetto forse ancora più preoccupante. Pur dovendosi ribadire che la lettura dell’art. 4 Prot. n. 7 offerta dalla Corte di Strasburgo non contrasta, come pure si è sostenuto, con gli artt. 25 e 112 Cost.<sup>51</sup> – onde, per questo verso, non vi sarebbero ostacoli ad assumerla come “integratrice” del precetto dell’art. 117, primo comma, Cost.<sup>52</sup> – la declaratoria di incostituzionalità “manipolativa” dell’art. 649 c.p.p.<sup>53</sup> (ma il discorso vale evidentemente anche per le ipotesi alternative dell’interpretazione “convenzionalmente adeguata” e della “non applicazione”) resta una “soluzione-tampone”. Tale soluzione, se non è accompagnata da una modifica delle norme sostanziali che rendono possibile la sovrapposizione dei due tipi di sanzioni, rischia di generare un regime stabilmente contrastante con il principio di eguaglianza.

Fin quando uno stesso illecito resti punibile tanto con sanzioni penali che con sanzioni amministrative, inflitte tramite percorsi procedurali distinti, il divieto “dilatato” del *bis in idem* equivale difatti, in pratica, alla codificazione della regola “vince chi arriva prima”. Col risultato che il trattamento sanzionatorio del medesimo illecito finisce per essere determinato da un fattore casuale (ma, in buona misura, anche “pilotabile” dall’interessato o dalla controparte pubblica tramite i meccanismi di impugnazione): sarà penale o amministrativo a seconda di quale, tra i due procedimenti sanzionatori, sia giunto per primo al traguardo della decisione definitiva. Tramite un simile congegno, d’altra parte, la previsione di sanzioni (formalmente) extrapenali in funzione “di rinforzo” rispetto a quelle di natura criminale rischia di trasformarsi,

---

<sup>50</sup> Fortemente scettico sulla possibilità di delegare al giudice nazionale, al di fuori di criteri oggettivi, preventivamente fissati e applicabili a tutti i cittadini, il compito di individuare i tratti ontologici della “risposta” ordinamentale ad un determinato tipo di illecito, «contrassegnando con il “bollo” della materia penale quello che il legislatore ha formalmente tipizzato in altro modo», G. DE AMICIS, *Diritto dell’UE*, cit., 665.

<sup>51</sup> L’ipotesi del contrasto con l’art. 112 Cost. è stata riproposta, in particolare, da M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens*, cit., 1064 (secondo la quale, peraltro, il contrasto potrebbe essere superato alla luce dell’art. 50 CDFUE, giacché il principio di obbligatorietà dell’azione penale non costituirebbe un “controlimite” rispetto al diritto dell’Unione); G. DE AMICIS, *Diritto dell’UE*, cit., 664; M. MANETTI, *Il paradosso*, cit., 2043.

<sup>52</sup> Sul punto, *amplius*, anche per i riferimenti, G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 973 ss.

<sup>53</sup> Reputata praticabile, nell’ambito degli scritti più recenti, da B. LAVARINI, *Corte europea*, cit., 87.

Nettamente contraria, invece, M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 447, secondo la quale l’estensione dell’effetto preclusivo assicurato dall’art. 649 c.p.p. al caso di condanna pronunciata in sede amministrativa, anziché innalzare, indebolirebbe il livello delle garanzie nella “materia penale” e dunque contrasterebbe con l’art. 53 CEDU, perché così facendo la salvaguardia delle garanzie che il diritto e la procedura penale assicurano alle persone finirebbero per dipendere, in concreto, da scelte insindacabili dell’amministrazione. Secondo l’A., il problema andrebbe risolto piuttosto tramite un’applicazione più ampia del principio di specialità, basata sul raffronto tra fattispecie concrete, anziché tra fattispecie astratte (al riguardo, v. *infra*, § 9). Tale soluzione, peraltro, difficilmente potrebbe essere adottata nel caso sottoposto all’esame della quinta Sezione penale, non essendo in alcun modo sostenibile che l’illecito amministrativo di manipolazione del mercato, per il quale è già intervenuta la condanna definitiva, sia speciale rispetto al suo omologo penale (essendo vero l’inverso).

Dubbioso riguardo all’accoglimento della questione anche S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus*, cit., 601 s., secondo il quale non è scontato che la Corte costituzionale sia pronta al “salto” per l’omologazione delle due categorie di illeciti, tenuto conto anche della maggiore cautela da essa di recente mostrata nell’uso del parametro di cui all’art. 117, primo comma, Cost., di cui sarebbero paradigmatiche le sentenze n. 230 del 2012 e n. 49 del 2015.



con eterogenesi dei fini, in un fattore di “esonero” da queste ultime<sup>54</sup>. Proprio la consapevolezza di tali riflessi negativi spiega, in effetti, la riluttanza della quinta Sezione ad aggredire in via esclusiva la norma processuale.

## 6. La pluralità di decisioni irrevocabili.

I rischi ora evidenziati risultano amplificati dalla prospettiva che si debba incidere anche sui casi in cui entrambi i procedimenti – penale e amministrativo – risultino già chiusi con pronunce definitive.

A questo riguardo, può essere interessante segnalare la posizione assai “avanzata”, sul fronte dell’adeguamento agli obblighi convenzionali, recentemente assunta con riguardo alla materia tributaria dalla Corte suprema svedese. Essa – di seguito alle reiterate prese di posizione dei Giudici di Strasburgo cui si farà cenno più avanti – ha riconosciuto la possibilità di riaprire i procedimenti penali conclusi con una condanna pronunciata dopo che, per il medesimo fatto, era stata applicata una sanzione amministrativa<sup>55</sup>.

Nell’ordinamento italiano, la soluzione dovrebbe passare attraverso una interpretazione “convenzionalmente orientata”; ovvero – e più verosimilmente – attraverso una declaratoria di incostituzionalità (anche in questo caso additiva) dell’art. 669 c.p.p., in tema di pluralità di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto contro la stessa persona (che porterebbe all’eliminazione della sentenza meno favorevole)<sup>56</sup>. Prospettiva che evoca, peraltro, la delicatissima tematica relativa alla (possibile) “recessività” del giudicato di fronte alla violazione dei diritti fondamentali, nei “casi simili” a quello giudicato a Strasburgo<sup>57</sup>.

Tutto sommato, preoccupano forse meno gli ostacoli di ordine “tecnico” connessi al fatto che le regole dettate dal citato art. 669 c.p.p. – al fine di risolvere, secondo il *favor rei*, il conflitto di giudicati – possono apparire non immediatamente adattabili all’ipotesi del confron-

---

<sup>54</sup> Sugli effetti paradossali indotti dall’assetto prefigurato, altresì, A. PODIGGHE, *Il divieto del bis* in idem, cit., 122.

<sup>55</sup> Ne dà conto la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, di cui si dirà poco più avanti; al riguardo, v. pure M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014, 4.

<sup>56</sup> Ipotizza, per converso, il ricorso all’istituto della revisione del processo, di cui all’art. 630 c.p.p., come “manipolato” dalla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, A. PODIGGHE, *Il divieto del bis* in idem, cit., 121. Ventila l’esperibilità del ricorso straordinario per cassazione di cui all’art. 625-bis c.p.p., B. LAVARINI, *Corte europea*, cit., 85, il quale osserva come, sebbene il principio di tassatività delle impugnazioni precluda ogni ampliamento “interpretativo” dell’ambito di applicazione dell’istituto, la Cassazione vi abbia già ravvisato, nel caso *Drassich*, uno strumento idoneo ad eseguire i *dicta* della Corte di Strasburgo allorché la violazione convenzionale sia stata perpetrata nel giudizio di legittimità (come sarebbe avvenuto anche nel caso *Grande Stevens*, nel quale l’improcedibilità dell’azione penale per violazione del *ne bis in idem* “convenzionalmente inteso” era stata dedotta nei motivi di ricorso, ma negata dalla Cassazione per l’inequivoco dato testuale dell’art. 649 c.p.p.).

Nel caso di preventiva formazione del giudicato sul fronte penale, nel senso che debbano ampliarsi le ipotesi di revisione del giudicato sulle sanzioni amministrative (previste, in specie, quanto al settore tributario, dall’art. 64 d.lgs. 546/1992), A. PODIGGHE, *Il divieto del bis* in idem, cit., 122.

<sup>57</sup> Al riguardo, G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 980 s.

to tra una condanna penale e una condanna amministrativa<sup>58</sup>. La Corte costituzionale si è mostrata, in effetti, propensa ad affrancarsi da simili “pastoie” quando si discute dell’adeguamento ai *dicta* della Corte europea, come dimostra esemplarmente, tra le altre, la vicenda relativa al caso *Dorigo*, sfociata nella declaratoria di incostituzionalità “additiva” dell’art. 630 c.p.p.<sup>59</sup>.

## **7. L’eliminazione delle deroghe al ne bis in idem sostanziale per prevenire violazioni future di quello processuale.**

Il problema di soluzione più ardua e laboriosa è, peraltro, quello di eliminare “a monte” i presupposti per il ripetersi delle violazioni. Ma è un compito al quale occorre metter mano prontamente, stanti anche gli evidenziati effetti “distorsivi” indotti dai rimedi puramente “riparatori”. Esso esige, come si vedrà, una collaborazione “virtuosa” tanto del legislatore, quanto dell’interprete<sup>60</sup>.

Occorre partire dal dato che la giurisprudenza europea sull’art. 4 Prot. n. 7 implica, nella sostanza, la – tendenziale – messa al bando del c.d. “doppio binario” sanzionatorio (metafora ferroviaria abusata a tal segno da essere quasi assurta a nomenclatura giuridica): vale a dire della previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo (nella specie, penale e amministrativo). Ciò, s’intende, quante volte la “sedicente” sanzione amministrativa risponda ai canoni – assai comprensivi – che connotano la materia penale nella prospettiva europea.

La violazione della norma convenzionale è innescata non dalla mera pendenza contemporanea dei due procedimenti, ma dal fatto che uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l’altro si è chiuso con una decisione definitiva (non importa se di assoluzione o di condanna)<sup>61</sup>. Il “doppio binario” potrebbe essere in teoria mantenuto se vi si innestasse un meccanismo di “blocco” del convoglio in ritardo (la decisione che diviene irrevocabile per prima “paralizza” la procedura parallela). Ma è una soluzione chiaramente inaccettabile: non soltanto per gli evidenziati rischi di compromissione del principio di eguaglianza, legati

---

<sup>58</sup> Nel senso che, a fronte di ciò, potrebbe mancare alla Corte una soluzione “costituzionalmente obbligata”, B. LAVARINI, *Corte europea*, cit., 88, il quale evidenzia anche la difficoltà di individuare il giudice dell’esecuzione competente a risolvere il conflitto, posto che i criteri indicati nell’art. 665 c.p.p. presuppongono che tutti i giudici interessati esercitino la giurisdizione in materia penale.

<sup>59</sup> Corte cost., sentenza n. 113 del 2011.

<sup>60</sup> Va avvertito che non si prendono qui in considerazione le “macro-soluzioni” manifestamente inaccettabili sul piano pratico, quale, ad esempio, quella di imprimere a tutte le sanzioni amministrative una connotazione risarcitoria che le collochi al di fuori della «materia penale» di matrice convenzionale (con specifico riguardo al settore tributario, A. PODIGGHE, *Il divieto del bis in idem*, cit., 123 s.).

<sup>61</sup> Principio ribadito di recente, ad esempio, da Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, ove espressamente si afferma che «l’art. 4, protocollo n. 7 non fornisce alcuna tutela contro la litispendenza». Reputa, nondimeno, necessario rimuovere anche le situazioni di semplice “litispendenza” N. MADIA, *Il ne bis in idem*, cit., 4 ss.

all'estemporaneità dei fattori che determinerebbero il tipo di sanzione applicata al medesimo illecito; ma anche perché essa è intrinsecamente disfunzionale, finendo per rendere in larga parte inutile lo stesso doppio "dispiegamento di forze".

Perciò, occorre riconoscere che la rimozione delle *cause* della violazione della garanzia convenzionale passa, prima di tutto, attraverso una energica riaffermazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Non si intende con ciò misconoscere che le due declinazioni del *ne bis in idem* – quella sostanziale (divieto di *punire* più volte una persona per il medesimo fatto) e quella processuale (divieto di *sottoporre a giudizio* più volte una persona per il medesimo fatto) – siano sorrette da *rationes* diverse e operino su piani distinti<sup>62</sup>. È innegabile, tuttavia, che – specie nei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo – detti principi presentino una stretta connessione funzionale<sup>63</sup>.

Allorché, infatti, la legge sostanziale consenta di configurare un concorso di illeciti in rapporto al medesimo fatto – nella specie, uno penale, l'altro amministrativo – si creano automaticamente le premesse affinché tali illeciti possano essere puniti separatamente nell'ambito di procedimenti distinti e, dunque, le premesse per violazioni "sistemiche" del *ne bis in idem* processuale, "convenzionalmente inteso". Al contrario, quando la legge sostanziale rende configurabile un unico illecito – in particolare, perché qualifica come concorso apparente di norme l'eventuale convergenza di diversi paradigmi punitivi sullo stesso fatto – l'anzidetta eventualità resta confinata nel campo della "patologia", ossia della scorretta applicazione della normativa interna nel singolo caso<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Sul piano della *ratio*, il *ne bis in idem* sostanziale esprime, infatti, un'istanza-guida di giustizia materiale, che non tollera l'addebito plurimo di un medesimo fatto allo stesso soggetto, quante volte l'applicazione di una sola delle norme cui il fatto in teoria corrisponde ne esaurisca l'intero contenuto di disvalore sul terreno oggettivo e soggettivo (M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 179). Per converso, il *ne bis in idem* processuale – oltre ad assicurare la certezza dei risultati dell'accertamento giudiziale (collegandosi all'istituto del giudicato) – mira ad evitare che un soggetto, condannato o prosciolto, si trovi esposto indefinitamente ad una possibile reiterazione di procedimenti penali per lo stesso fatto e, dunque, all'arbitrio dell'autorità penale (T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 861): «chi abbia sopportato i costi umani ed economici di un processo penale deve sapere che non sarà più chiamato a rispondere in giudizio del comportamento che ne ha costituito oggetto» (F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 1181 ss.)

Sul piano operativo, d'altro canto, la violazione del divieto di doppio giudizio non implica, di per sé, una violazione del divieto della doppia punizione, potendo uno dei procedimenti (o addirittura entrambi) concludersi con una pronuncia assolutoria. Specularmente, il divieto di doppia punizione può essere violato anche nell'ambito di un unico procedimento.

<sup>63</sup> Al riguardo, P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1415; e, nell'ambito del dibattito che qui interessa, C. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 343.

<sup>64</sup> E – giova aggiungere – di una scorretta applicazione che non si arresti al semplice avvio di un procedimento sanzionatorio amministrativo per un fatto di rilevanza penale. La decisione che riconosce tale circostanza equivale in sostanza a un "*non liquet*" (come nel caso speculare del giudice che riconosce il carattere amministrativo della violazione sottoposta al suo vaglio). Solo nel caso di decisione (definitiva) nel merito sorge lo sbarramento: ma la patologia è ineliminabile.

È sintomatico, del resto, che la condanna riportata dall'Italia nel caso *Grande Stevens* sia figlia proprio della vistosa deroga che la vigente disciplina del *market abuse* reca al principio del *ne bis in idem* sostanziale e, in modo particolare, alla regola attraverso la quale detto principio primariamente si esprime: vale a dire, quella della specialità.

Com'è ben noto, in forza dell'art. 9 l. 689/1981, il principio di specialità assurge a criterio generale di regolazione dei rapporti tra norme sanzionatorie penali e amministrative: ove disposizioni appartenenti ai due diversi ambiti convergono sul medesimo fatto se ne applica una sola, quella speciale<sup>65</sup>. Tale regola – qualora se ne faccia un'applicazione “avveduta” (ma di ciò poco più avanti) – rappresenta un primo robusto argine rispetto al rischio di una duplicazione di procedimenti convenzionalmente censurabile. Sul piano delle coordinate di fondo, non vi è, dunque, una distonia tra il sistema interno e l'elaborazione della Corte di Strasburgo<sup>66</sup>. Si aggiunga che con notevole frequenza il legislatore fa ricorso a “clausole di sussidiarietà”, variamente articolate, che sanciscono in modo espresso la “recessività” della previsione sanzionatoria amministrativa di fronte a quella penale, sempre in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale.

Il fatto è, però, che in altri casi il legislatore adotta una strategia inversa, introducendo delle eccezioni alla regola. Per assicurare una risposta sanzionatoria più pronta ed efficace, riducendo il rischio che determinati illeciti rimangano impuniti, il legislatore ha disseminato infatti qua e là nell'ordinamento delle “clausole di cumulo” tra sanzioni amministrative e penali. Esse estromettono gli illeciti considerati dal perimetro applicativo del principio di specialità e rendono di conseguenza possibile il raddoppio – convenzionalmente rischioso – delle procedure sanzionatorie. Il settore degli abusi di mercato rappresenta, allo stato attuale della legislazione, l'espressione di punta del fenomeno; ma non si tratta dell'unica ipotesi. Si pensi, ad esempio, alle omologhe clausole che compaiono nell'art. 3 l. 23 dicembre 1986, n. 898, in tema di frodi in danno al Fondo europeo agricolo di garanzia; ovvero nell' art. 174-bis l. 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto di autore.

La prima opera cui occorre por mano, affidata al legislatore stesso, dovrebbe essere, dunque, la “bonifica” del sistema da tali deroghe.

Per quanto attiene agli abusi di mercato, l'occasione gli è d'altra parte offerta su un piatto d'argento. La nuova normativa europea in materia, varata nel 2014 (direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE e regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014), ribalta infatti, sia pure in modo alquanto tortuoso<sup>67</sup>, l'approccio della precedente *Market Abuse Directive*, in attuazione della quale la vigente disciplina nazionale è stata emanata (direttiva 2003/6/CE). Essa vincola, infatti, gli Stati membri a colpire con sanzioni penali gli illeciti considerati, configurando come meramente facoltativa la comminatoria congiunta di sanzioni amministrative. Al tempo

---

<sup>65</sup> Salvo che la norma sanzionatoria amministrativa sia una disposizione regionale o di province autonome, nel qual caso, a garanzia del monopolio statale sulla legislazione in materia penale, si applica comunque la sola norma penale.

<sup>66</sup> A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., 865.

<sup>67</sup> Per qualche maggiore ragguaglio, cfr. G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 982 ss.

stesso, peraltro, i nuovi strumenti europei richiamano specificamente i legislatori nazionali al rispetto del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE.

La trasposizione interna di siffatta normativa – che dovrà avvenire entro il 3 luglio 2016 – rappresenta dunque la migliore delle occasioni per rimuovere l'attuale situazione di tensione con l'omologo precetto convenzionale. E il modo più naturale e lineare per farlo è quello di rendere le fattispecie sanzionatorie amministrative “residuali” rispetto alle figure criminose, anziché cumulative. In sostanza, lo stesso risultato che la quinta Sezione penale della Cassazione vorrebbe ottenere dalla Corte costituzionale tramite la prima delle questioni sollevate con la ricordata ordinanza di rimessione.

## **8. Le violazioni del *ne bis in idem* processuale svincolate da una deroga al *ne bis in idem* sostanziale;**

L'ordinamento nazionale conosce, peraltro, anche casi nei quali il “doppio binario” procedimentale, potenzialmente confliggente con i paradigmi delineati della giurisprudenza europea, non è “figlio” di una deroga al principio del *ne bis in idem* sostanziale.

L'ipotesi si riscontra ed assume particolare rilievo segnatamente nell'ambito delle violazioni in materia tributaria. Sino a non troppo tempo addietro era questo, in effetti, uno dei terreni “elettivi” di applicazione del regime del cumulo tra sanzioni penali e amministrative (espressamente sancito, da ultimo, dall'art. 10 d.l. 7 agosto 1982, n. 429, conv., con modif., in l. 7 agosto 1982, n. 516) e della correlata duplicazione di procedimenti sanzionatori. Regime reputato a suo tempo legittimo dalla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost.<sup>68</sup>.

Di diverso avviso si è mostrata, tuttavia, la Corte di Strasburgo con riguardo al parametro convenzionale che qui viene in rilievo. Con un lotto di recenti decisioni, relative ai Paesi scandinavi, i giudici europei hanno riconosciuto che l'irrogazione in sedi separate di sanzioni amministrative e penali per la medesima infrazione tributaria contrasta con la garanzia accordata dall'art. 4 Prot. n. 7, quante volte alle sanzioni del primo tipo debba riconoscersi una finalità deterrente e punitiva, non meramente risarcitoria<sup>69</sup>. Nell'occasione, a conferma

---

<sup>68</sup> Corte cost., ordinanza n. 409 del 1991, di manifesta infondatezza della questione sollevata.

<sup>69</sup> Alla terna di pronunce del maggio 2014 (Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*; Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Häkkinen c. Finlandia*) se ne sono aggiunte altre omologhe nelle more (Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, a commento della quale v. G. D'ANGELO, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: precisazioni della Corte EDU*, in *Rass. trib.*, 2015, 270 ss.; A. GIOVANNINI, *La Corte EDU ribadisce il divieto di doppia sanzione e la Cassazione rinvia alla Consulta*, in *Corr. trib.*, 2015, 905 ss.; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*, a cui commento M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2015). La sentenza *Lucky Dev* si segnala anche per l'importante affermazione – resa con il dissenso (in verità, ben motivato) di tre giudici – in forza della quale il *revisement* giurisprudenziale operato dalla Corte europea nel febbraio 2009 con la sentenza *Zolotukhin*, riguardo al concetto di «*same offence*» (per cui conta il fatto concreto, e non l'astratta previsione legislativa), deve ritenersi applicabile retroattivamente: anche, cioè, al fine di valutare la sussistenza di violazioni convenzionali in rapporto a vicende svoltesi in un momento anteriore.

del fatto che l'esiguità della sanzione non rappresenta un indice decisivo per escluderne la natura penale in ottica convenzionale, la Corte ha riconosciuto al provvedimento definitivo di applicazione di una modesta soprattassa (nella specie, 1.700 euro) l'attitudine a precludere l'avvio o la prosecuzione di un procedimento penale per la medesima violazione, qualificata come frode fiscale<sup>70</sup>.

Alla luce della giurisprudenza europea, ben pochi dubbi sussistono sulla natura "sostanzialmente" penale delle sanzioni amministrative previste dalla legislazione tributaria italiana (e, segnatamente, dai d.lgs. 18 dicembre 1997, nn. 471 e 472), aventi una connotazione spiccatamente afflittiva. Con riferimento ad esse, il pericolo che il nostro Paese incappi in condanne similari dovrebbe rimanere – in teoria – scongiurato dal fatto che nella vigente disciplina penale tributaria, varata con il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non soltanto non risulta riprodotta la vecchia "clausola di cumulo", tipica della materia. Ma risulta anzi specificamente riaffermata la regola generale cristallizzata nell'art. 9 l. 689/1981: ossia che le ipotesi di concorso tra disposizioni sanzionatorie penali e amministrative si risolvono sulla base del principio di specialità (art. 19).

I pericoli si annidano, tuttavia, in una previsione *extra ordinem*, suggerita al legislatore del 2000 da uno scrupolo "efficientistico". Si allude al disposto dell'art. 21 d.lgs. 74/2000, in forza del quale l'amministrazione finanziaria, all'esito dell'attività di accertamento – che, in base all'art. 20, si svolge parallelamente e in piena autonomia rispetto al processo penale – deve non soltanto determinare il tributo evaso, ma anche irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate, ove pure ravvisi in esse estremi di reato.

Peraltro nei confronti dei soggetti cui la responsabilità penale è ascrivibile, dette sanzioni potranno essere eseguite solo se il procedimento penale venga definito con formula di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto. Chiara la *ratio*: in questo modo, l'amministrazione finanziaria si "precostituisce" un titolo che potrà essere messo prontamente in esecuzione qualora nel processo penale si accerti che il fatto non integra alcun reato; con conseguente insussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di specialità.

Il *ne bis in idem* sostanziale non è, dunque, intaccato dal congegno. L'art. 13 d.lgs. 74/2000 configura, in verità, l'avvenuto pagamento delle sanzioni amministrative, unitamente al tributo evaso, sia come condizione per godere di una riduzione della pena connessa alla riparazione dell'offesa (comma 2); sia, attualmente, quale requisito di accesso al "patteggiamento" (comma 2-*bis*, aggiunto da una novella del 2011)<sup>71</sup>. Il *bis in idem* sostanziale – se vi è<sup>72</sup> – discende peraltro in tali frangenti da una libera scelta dell'interessato, finalizzata a beneficiare di trattamenti "premiali"<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, cit.

<sup>71</sup> In specie, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., in l. 14 settembre 2011, n. 148. La Corte costituzionale ha recentemente disatteso censure di costituzionalità mosse a tale ultima disposizione, che non involvevano, peraltro, l'aspetto che qui viene in rilievo (Corte cost., sentenza n. 95 del 2015).

<sup>72</sup> Nella relazione governativa al d.lgs. 74/2000 (§ 4.2) si afferma, in effetti, che tramite la previsione dell'onere di pagamento anche delle sanzioni amministrative non si è inteso introdurre una deroga al principio di

È dubbio, tuttavia, che possa reputarsi parimenti rispettato il *ne bis in idem* processuale. “Innocua” all’apparenza (e nelle intenzioni del legislatore), la segnalata disposizione, se viene messa a confronto con gli approdi della giurisprudenza europea, rischia addirittura di far “saltare il banco” dell’intero diritto penale tributario, tenuto conto del fatto che, in tale settore, la norma incriminatrice trova ordinariamente un *pendant* in una norma sanzionatoria amministrativa dal più ampio raggio operativo<sup>74</sup>. Il provvedimento di applicazione della sanzione amministrativa, che l’ufficio accertatore è tenuto ad adottare in forza del citato art. 21, una volta divenuto definitivo, dovrebbe infatti impedire – al lume delle affermazioni della Corte dei diritti – che il soggetto da esso attinto venga giudicato una seconda volta per lo stesso fatto in sede penale.

La momentanea ineseguitabilità del provvedimento sanzionatorio non sembrerebbe essere argomento sufficiente a contrastare una simile conclusione: giacché ai fini della garanzia convenzionale in discussione conta che vi sia stato un giudizio definitivo; non la concreta esecuzione della sanzione inflitta in esito ad esso<sup>75</sup>. In base alla ricostruzione dei giudici europei, d’altra parte, la definitività del provvedimento dell’amministrazione finanziaria dovrebbe far scattare la preclusione anche se conseguente all’acquiescenza dell’interessato, senza che occorra l’intervento dell’organo giurisdizionale competente per il giudizio di impugnazione<sup>76</sup>.

---

specialità sancito dall’art. 19, «ma semplicemente utilizzare la sanzione amministrativa quale criterio “legale” di commisurazione del risarcimento del danno da reato, ulteriore rispetto al mero pagamento dell’imposta».

<sup>73</sup> La questione di costituzionalità dell’art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, posta dal difensore dell’imputato, è stata ritenuta non manifestamente infondata da Trib. Bologna, 21 aprile 2015, cit., che non l’ha tuttavia sollevata in quanto non rilevante nel giudizio *a quo*.

<sup>74</sup> Nel senso che il meccanismo si ponga in contrasto con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*, oltre agli AA. citati in G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni*, cit., 987, nota 100, cfr. G. D’ANGELO, *Ne bis in idem*, cit., 284; S. GOLINO-A. GOLINO, *Ne bis in idem*, cit., 150; A. MARCHESELLI, *Motivazioni tributarie*, cit., 2888; A. PODIGGHE, *Il divieto di bis in idem*, cit., 118.

<sup>75</sup> Nelle recenti pronunce relative ai Paesi scandinavi, dianzi ricordate (Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*), la Corte di Strasburgo ha operato un “*distinguishing*” rispetto a precedenti decisioni con le quali, pur a fronte dell’irrogazione di due differenti sanzioni da parte di distinte autorità per il medesimo fatto (nella specie, una sanzione limitativa della libertà personale e il ritiro o la sospensione della patente per guida in stato di ebbrezza), non era stata ravvisata la violazione dell’art. 4 Prot. n. 7, sussistendo «a sufficiently close connection between them, in substance and in time», da poterle considerare come parti di un’unica risposta sanzionatoria complessiva (Corte eur. dir. uomo, 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*; Corte eur. dir. uomo, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*). Detta connessione non era, per converso, riscontrabile nei casi oggetto di giudizio, essendo il procedimento penale e il procedimento sanzionatorio tributario paralleli e totalmente indipendenti l’uno dall’altro. Considerazione, questa, che appare estensibile anche all’ipotesi contemplata dalla legislazione nostrana.

Nel caso degli abusi di mercato, sul quale si è pronunciata la *Grande Stevens* – come, del resto, già in altre occasioni (Corte eur. dir. uomo, 18 ottobre 2011, *Tomasovic c. Croazia*) – la Corte europea ha ritenuto, d’altro canto, non rilevante, al fine di escludere la violazione del divieto di *bis in idem*, la circostanza che la prima sanzione sia detraibile dalla seconda al fine di mitigare l’effetto della doppia punizione.

<sup>76</sup> Secondo la consolidata giurisprudenza di Strasburgo, «a decision is final if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the

Il timore di una “sterilizzazione” del sistema penale tributario è solo in parte fugato dalla “spersonalizzazione” della sanzione amministrativa tributaria operata dall’art. 7 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, ove si stabilisce – capovolgendo l’originario approccio del d.lgs. 472/1997 – che «le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica». Nessuna violazione dell’art. 4 Prot. n. 7 è in effetti ravvisabile allorché le sanzioni inflitte nelle due sedi, pur riferendosi ai medesimi fatti, colpiscano però soggetti diversi<sup>77</sup>: quella amministrativa, la società o l’ente cui attiene il rapporto fiscale; quella penale, la persona fisica che ha commesso la violazione<sup>78</sup>.

Il citato art. 7 d.l. 269/2003 lascia tuttavia ancora “scoperta”, ai presenti fini, un’ampia fascia situazioni: in specie, tutti i casi nei quali il rapporto fiscale inciso della violazione non attenga ad una entità metaindividuale personificata.

Sicché, in conclusione, anche su questo fronte l’imperativo dovrebbe essere il medesimo: “ripulire” il sistema dai congegni *extra ordinem*, derogatori dei principi generali.

## 9. (segue) l’esigenza di una lettura “convenzionalmente adeguata” di quest’ultimo.

L’allineamento del sistema interno alle linee tracciate dalla giurisprudenza europea richiede, peraltro – come già anticipato – anche la “collaborazione” dell’interprete. Ci si riferisce, in particolare, alla lettura giurisprudenziale dei criteri attraverso i quali si esprime il *ne bis idem* sostanziale, a cominciare, ovviamente, dal principio di “specialità”, unico “codificato”.

Resta ferma la distanza del *ne bis in idem* sostanziale da quello processuale sul piano concettuale e teleologico. È chiaro però che gli spazi per il riscontro di violazioni della garanzia convenzionale in questione tanto più si accrescono, quanto più si privilegino,

---

time-limit to expire without availing themselves of them» (per tutte, tra le ultime, v. proprio Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*).

<sup>77</sup> Nelle citate Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia* e Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia* si ribadisce – sulla scia della sentenza *Zolotukhin* – che per «stesso fatto» deve intendersi «un insieme di circostanze di fatto *che coinvolgono il medesimo imputato* e che siano inestricabilmente connesse tra loro nello spazio e nel tempo, la cui esistenza debba essere dimostrata per assicurare la condanna o l’avvio di un procedimento penale». L’identità del soggetto attinto rappresenta, dunque, una condizione indispensabile affinché possa ravvisarsi il *bis in idem*.

<sup>78</sup> Nello stesso senso, A. PODIGGHE, *Il divieto di bis in idem*, cit., 118; S. GOLINO-A. GOLINO, *Ne bis in idem*, cit., 146. Esprime invece dubbi G. D’ANGELO, *Ne bis in idem*, cit., 283 nota 29.

La sezione tributaria della Corte di cassazione ha, per altro verso, recentemente ritenuto che il rappresentante della società della società possa essere chiamato a rispondere, quale obbligato solidale ai sensi dell’art. 98, quinto comma, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, delle sanzioni amministrative tributarie irrogate alla società, senza che a ciò osti la condanna in sede penale per i reati corrispondenti (Cass., 24 luglio 2014, n. 16848). La conclusione non comporta, in effetti, frizioni con la garanzia convenzionale, dovendosi ravvisare nella predetta responsabilità solidale una semplice garanzia civilistica (*ne dubita*, peraltro, A. MARCHESELLI, *Motivazioni tributarie e un “morto che cammina”: il doppio binario sanzionatorio tributario*, in *Corr. trib.*, 2014, 2889).



nell'applicazione del principio di specialità – come la giurisprudenza appare non di rado incline a fare – soluzioni ermeneutiche che minimizzano il *ne bis in idem* sostanziale<sup>79</sup>.

La vicenda ermeneutica sulla quale si è focalizzata l'attenzione in questi mesi attiene, una volta ancora, al settore tributario. Si tratta dell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, avallato dalle Sezioni unite<sup>80</sup>, relativo al possibile cumulo sanzionatorio in tema di omesso versamento delle ritenute o dell'IVA (fattispecie rese di particolare "attualità" dalla difficile congiuntura economica).

In base all'orientamento giurisprudenziale in questione, non sussisterebbe un rapporto di specialità tra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 13 d.lgs. 471/1997 – che si perfeziona con il mancato versamento periodico delle ritenute o dell'IVA alle singole scadenze, mensili o trimestrali, stabilite dalla normativa tributaria – e i delitti di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000. Questi ultimi sono integrati invece allorché l'omesso versamento, per un importo superiore alla soglia di punibilità stabilita, si protragga oltre un successivo limite temporale, determinato su base annuale<sup>81</sup>. Con la conseguenza che entrambe le sanzioni – amministrativa e penale – sarebbero applicabili al trasgressore: ciascuna, naturalmente, all'esito di un procedimento separato e autonomo, secondo le generali indicazioni dell'art. 20 d.lgs. 74/2000.

Era inevitabile che la Cassazione fosse presto chiamata a verificare se un simile indirizzo collida con la giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*. La risposta offerta in prima battuta è stata, nondimeno, negativa. La suprema Corte ha escluso, infatti, che il *ne bis in idem* "convenzionale" possa venire in rilievo nella materia considerata: da un lato, perché le sanzioni amministrative applicabili all'imputato non potrebbero essere ritenute "sostanzialmente penali", essendo molto meno severe di quelle irrogate dalla Consob nel caso *Grande Stevens*; dall'altro, perché non si sarebbe comunque di fronte ad un medesimo fatto, ponendosi il reato di omesso versamento – giusto l'arresto delle Sezioni unite – in rapporto non di specialità, ma di «progressione» rispetto all'illecito amministrativo<sup>82</sup>.

Tanto l'uno che l'altro argomento lasciano, tuttavia, perplessi. Come già si è avuto modo di porre in evidenza, nella prospettiva convenzionale la gravità "non eccessiva" della sanzione pecuniaria – e in particolare di quella tributaria – non è di per sé decisiva per e-

---

<sup>79</sup> Sull'esigenza di privilegiare un'applicazione estesa del principio di specialità, M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 444; G. DE AMICIS, *Diritto dell'UE*, cit., 663.

<sup>80</sup> Cass., sez. un., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), nn. 37424 e 37425.

<sup>81</sup> In specie: la scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale, nel caso delle ritenute; il termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta dell'anno successivo, nel caso dell'IVA.

<sup>82</sup> Cfr., con particolare riguardo all'omesso versamento di ritenute, Cass., 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266, a cui commento v. P. ANTONINI, *L'omesso versamento di ritenute certificate tra sanzioni amministrative e penali: ragionevole applicazione del "ne bis in idem"?*, in *Riv. giur. trib.*, 2014, 651 ss.; E. BOFFELLI, *Principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 1097 ss.; A. PALASCIANO, *Il doppio binario penale-tributario: dalle pronunce CEDU alla Corte di cassazione*, in *Fisco*, 2014, 4544 ss. In senso analogo, con riguardo all'omesso versamento dell'IVA, Cass., 14 maggio 2014 (dep. 26 settembre 2014), n. 39880. V. altresì, ancora più di recente, Cass., 15 aprile 2015 (dep. 20 maggio 2015), n. 20887.

scluderne la natura penale. L'evocato rapporto di «progressione», d'altra parte, sembrerebbe confermare e non smentire che si è di fronte ad un giudizio sul medesimo fatto concreto<sup>83</sup>. In effetti, è possibile che un'omissione sanzionabile in via amministrativa ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 471/1997 non costituisca reato (potrebbe venire sanata o non raggiungere la soglia di punibilità, anche nel cumulo con altre eventuali omissioni di periodo). Ma un comportamento punibile in base agli artt. 10-*bis* o 10-*ter* d.lgs. 74/2000 passa necessariamente attraverso la realizzazione del corrispondente illecito amministrativo: con la conseguenza che l'applicazione della norma penale assorbe l'intero disvalore del fatto<sup>84</sup>.

Proprio in relazione all'indirizzo giurisprudenziale in questione, si è quindi registrato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Tribunale di Torino, inteso a verificare la compatibilità dell'assetto che ne risulta con il divieto del *bis in idem* sancito tanto dall'art. 4 del Prot. n. 7 della CEDU che dall'art. 50 CDFUE<sup>85</sup>. Il giudice rimettente ha scelto, tuttavia, il bersaglio sbagliato. L'iniziativa avrebbe avuto *chance* di successo se fosse stato sottoposto a vaglio il cumulo delle sanzioni (e dei procedimenti) nel caso di omesso versamento dell'IVA, che è un tributo armonizzato<sup>86</sup>. La domanda di pronuncia pregiudiziale ha avuto invece ad oggetto l'omesso versamento di ritenute certificate (istituto previsto nell'ambito delle imposte sui redditi): una materia caratterizzata da una dimensione esclusivamente domestica, che la sottrae all'applicazione del sistema eurounitario di tutela dei diritti fondamentali. Conformemente ai pronostici<sup>87</sup>, dunque, l'iniziativa del Tribunale torinese si è risolta con un nulla di fatto: la Corte di giustizia si è dichiarata «manifestamente incompetente» a rispondere al quesito rivoltole<sup>88</sup>.

Nelle more, peraltro, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha cominciato a far breccia in quella della Corte di cassazione. Sia pure, per il momento, soltanto a livello di *obiter dicta*, sono iniziati ad affiorare nella giurisprudenza della Suprema Corte

---

<sup>83</sup> Così B. LAVARINI, *Corte europea*, cit., 89. In analoga prospettiva, altresì, E. BOFFELLI, *Principio del ne bis in idem*, cit., 1116; M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario*, cit., 10 ss.; M. O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem*, cit., 1451; E. FONTANA, *Piove sul bagnato: può l'omesso versamento di imposte e contributi diventare ipotesi di bancarotta fraudolenta per l'imprenditore?*, in *Dir. giust.*, 2014, n. 1, 14; A. PODIGGHE, *Il divieto di bis in idem*, cit., 110 nt. 12; G. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 349. In senso adesivo, invece, alla posizione della Cassazione, P. ANTONINI, *L'omesso versamento*, cit., 654. Dubbioso G. D'ANGELO, *Ne bis in idem*, cit., 278.

<sup>84</sup> M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem*, cit., 3.

<sup>85</sup> Tribunale di Torino, ord. 27 ottobre 2014, a cui commento v. M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, 1 ss.; M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2014.

<sup>86</sup> La già citata sentenza *Fransson* della Grande Sezione riguardava, per l'appunto, l'imposta sul valore aggiunto.

<sup>87</sup> M. SCOLETTA, *Ne bis in idem*, cit.; nello stesso senso M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario*, cit., 3.

<sup>88</sup> Corte giust. UE, ord. 15 aprile 2015, C-497/14, *Burzio*, a cui commento v. M. SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di giustizia dichiara la propria incompetenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2015.

Con riguardo all'omesso versamento dell'IVA – che, come detto, avrebbe potuto invece giustificare il rinvio pregiudiziale – il Tribunale di Bologna ha invece optato per la questione di costituzionalità, riferita all'art. 649 c.p.p. (Trib. Bologna, 21 aprile 2015, cit.).

dubbi in ordine alla effettiva conciliabilità di tale cumulo sanzionatorio con la garanzia convenzionale<sup>89</sup>.

Al di là della tematica specifica, comunque, interessa soprattutto evidenziare in questa sede l'esigenza di privilegiare quei criteri di identificazione delle situazioni di specialità – e, *amplius*, di concorso apparente di norme – che, rimanendo perfettamente coerenti con le coordinate generali dell'ordinamento, evitino la creazione di aree di potenziale contrasto tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, invece di agevolarla. Si tratta, in altre parole, di valorizzare opportunamente criteri già ampiamente sperimentati ed espressivi di avvertite esigenze di giustizia materiale, quali la specialità c.d. bilaterale o reciproca<sup>90</sup>, la sussidiarietà tacita<sup>91</sup> o l'assorbimento-consunzione<sup>92</sup>. *Modus procedendi* che non manca, in verità, di riscontri giurisprudenziali anche recenti<sup>93</sup>.

Non sembra, peraltro, che si debba giungere addirittura ad una radicale inversione di rotta, dismettendo la tradizionale lettura del principio di specialità in chiave di confronto tra paradigmi sanzionatori astratti<sup>94</sup>, per abbracciare l'opposto criterio della c.d. specialità in concreto<sup>95</sup>. Criterio che non ha mai riscosso i favori, non solo della giurisprudenza, ma neppure della dottrina dominante<sup>96</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. Cass., 9 ottobre 2014 (dep. 12 marzo 2015), n. 10475; Cass., 11 febbraio 2015 (dep. 11 maggio 2015), n. 19334, che ha escluso la possibilità di un rinvio pregiudiziale o di una questione di legittimità costituzionale sul punto solo in ragione della sua ritenuta irrilevanza nel caso concreto, dovuta a contingenti ragioni processuali.

<sup>90</sup> Riscontrabile, come è noto, allorché le due norme sanzionatorie descrivono fatti che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi speciali ed elementi generali rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra.

<sup>91</sup> Non riflessa, cioè, in esplicite clausole di riserva.

<sup>92</sup> La «progressione illecita», ravvisata dalla Cassazione in rapporto ai delitti di omesso versamento delle ritenute o dell'IVA, rappresenta, in effetti, uno dei campi tipici di applicazione proprio di quest'ultimo principio: per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 185.

<sup>93</sup> Cfr., ad esempio, Cass., 15 ottobre 2013 (dep. 7 febbraio 2014), n. 5906, che ha ravvisato un rapporto di specialità reciproca – con conseguente esclusione dell'applicazione cumulativa – tra il reato di cui all'art. 516 c.p. e gli illeciti amministrativi previsti dalla normativa speciale sui vini di cui al d.P.R. 12 marzo 1965, n. 165 e ora dalla l. 20 febbraio 2006, n. 82; ovvero Cass., sez. un., 28 ottobre 2010 (dep. 21 gennaio 2011), n. 1963, che ha ritenuto sussistente un rapporto di specialità nell'ipotesi del custode che circoli abusivamente con il veicolo sequestrato, punibile solo in via amministrativa (le norme di riferimento sono l'art. 213, comma 4, c. strad. e l'art. 334 c.p.).

<sup>94</sup> Nel senso che principio di specialità e divieto del *bis in idem* processuale non possano essere disinvoltamente accomunati o confusi, giacché il primo ha come oggetto d'indagine le statuizioni legislative, mentre rispetto al secondo ciò che conta è se la stessa condotta costituisca oggetto di un secondo processo, ancorché per effetto della sua qualificazione in base ad una fattispecie legale diversa e del tutto eterogenea, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., 865 s.; V. NOTARGIACOMO, *Illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, 286.

<sup>95</sup> Nel senso, invece, che sia proprio questa la soluzione auspicabile, M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 444 s. Secondo l'A., il caso sottoposto all'esame del Tribunale di Brindisi nella decisione dianzi ricordata (*supra*, § 5), avrebbe potuto essere agevolmente risolto per l'appunto con l'applicazione del principio di specialità in concreto, anziché con una dilatazione interpretativa dell'art. 649 c.p.p., foriera di "guasti di sistema": il Tribunale avrebbe potuto, in particolare, prosciogliere l'imputato perché il fatto non costituisce reato, ritenendo l'illecito disciplinare sanzionato dall'art. 77, n. 13, d.P.R. 230/2000 speciale rispetto al reato di danneggiamento.

Come è stato osservato, in effetti l'approccio della Corte europea non comporta ancora una totale obliterazione della caratterizzazione delle singole condotte illecite, che pur sembrerebbero fondersi in un'unica violazione sul piano naturalistico<sup>97</sup>. Ne danno la misura proprio le recenti pronunce, dianozi ricordate, relative al doppio binario sanzionatorio in materia tributaria nei Paesi scandinavi.

Nell'occasione, i giudici di Strasburgo hanno infatti escluso che l'applicazione in via definitiva di sanzioni amministrative per l'irregolare tenuta delle scritture contabili impedisca di perseguire penalmente la dichiarazione d'imposta infedele, basata sulle risultanze delle scritture<sup>98</sup>. Ciò in quanto non si tratta del medesimo fatto: l'*accounting offence* – pur inserendosi nella stessa serie naturalistica, così da potersi considerare normalmente prodromica all'evasione fiscale – ha comunque una propria autonomia rispetto alla violazione tributaria che esige elementi aggiuntivi<sup>99</sup>. A questa stregua, i casi ordinariamente ricondotti al paradigma della specialità in concreto (si pensi, in ambito esclusivamente penalistico, al classico esempio della truffa mediante falso in cambiale) ben potrebbero dar luogo ad una duplice risposta sanzionatoria, senza incorrere in censure di violazione dell'art. 4 Prot. n. 7.

---

Conclusione che appare, peraltro, dubbia, anche qualora fossero valide le premesse: giacché nell'ottica della specialità in concreto la norma prevalente dovrebbe essere individuata non certo in ragione della priorità temporale della sua applicazione nel caso di specie, ma semmai in base al criterio della maggiore gravità della sanzione; criterio che avrebbe portato a considerare come speciale l'art. 635 c.p., e non la norma sanzionatoria dell'illecito disciplinare.

L'eventualità che le affermazioni della Corte europea nel caso *Grande Stevens* possano essere lette come riferite anche al principio di specialità, quasi a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica "in concreto", e non "in astratto" nel confronto tra fattispecie tipiche (ipotesi che aprirebbe spazi di dissonanza rispetto alla corrente interpretazione della giurisprudenza di legittimità), è prospettata, in termini problematici, anche nella relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. 35/2014 dell'8 maggio 2014, 15.

<sup>96</sup> Per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 385; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 177. Come è noto, si parla di specialità in concreto allorché un determinato fatto concreto risulti integralmente sussumibile sotto più norme, le quali descrivono modelli legali tra i quali non intercorre un rapporto strutturale di specialità.

<sup>97</sup> Così G. D'ANGELO, *Ne bis in idem*, cit., 276.

<sup>98</sup> Diversamente da quanto avviene, invece, allorché la sanzione amministrativa sia inflitta per la stessa dichiarazione infedele.

<sup>99</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*. Val la pena di rimarcare come tale indirizzo non smentisca quanto in precedenza asserito nel testo con riguardo all'omesso versamento delle ritenute o dell'IVA. Qui l'obbligazione rilevante ai fini dei due illeciti – amministrativo e penale – non è diversa, ma esattamente la stessa: quel che rende configurabile l'illecito penale – oltre alla presenza di taluni elementi specializzanti (superamento di una soglia quantitativa, avvenuta certificazione delle ritenute non versate, ecc.) – è semplicemente la protrazione nel tempo dell'inadempienza già rilevante in sede amministrativa.

## 10. Speciali “aree di rischio”: misure di prevenzione; illeciti disciplinari.

Sussistono, peraltro, campi nei quali la “irruzione” del *ne bis in idem* convenzionale si presta a suscitare il timore di effetti addirittura dirompenti: e ciò in ragione del fatto che in tali ambiti difficilmente potrebbe venire in soccorso – quale strumento per impedire la violazione – il principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Timori del genere potrebbero addensarsi sul settore delle misure di prevenzione, a fronte della prospettiva che l’applicazione in via definitiva di una di tali misure ad un indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso possa impedire in tesi, in virtù del precetto convenzionale, di perseguire penalmente lo stesso soggetto per il delitto di cui all’art. 416-*bis* c.p. (e viceversa). Tuttavia, come rilevato in una recente pronuncia della Cassazione<sup>100</sup>, una simile preoccupazione non ha ragion d’essere allo stato della giurisprudenza europea. La Corte di Strasburgo è infatti costante nell’estromettere le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, dalla «materia penale» e dalle relative garanzie, stante la loro preminente finalità di neutralizzazione della pericolosità e non già sanzionatoria; pur nella presenza di loro connotati indubbiamente afflittivi<sup>101</sup>. Sempre secondo la Cassazione, inoltre, il presupposto della misura di prevenzione non è un «illecito», di qualsivoglia natura, ma una «condizione» personale.

La situazione appare invece decisamente meno chiara nel comparto degli illeciti disciplinari: area alla quale si riferisce l’esperimento di applicazione “convenzionalmente adeguata” dell’art. 649 c.p.p. operato dal Tribunale di Brindisi, in precedenza citato. In effetti, è frequente che la sanzione disciplinare consegua a fatti integrativi (anche) di ipotesi di reato, allorché il loro autore appartenga ad una “collettività” soggetta ad uno speciale “statuto” (dipendenti di pubbliche amministrazioni, professionisti, detenuti, militari, ecc.).

Per *communis opinio* in simili evenienze l’applicazione cumulativa delle due sanzioni, penale e disciplinare, ad opera delle diverse autorità a ciò “ontologicamente” preposte (il giudice e l’autorità investita del potere disciplinare) non confligge con il divieto del *bis in idem* sostanziale. Nessuna di dette sanzioni esaurisce, infatti, l’intero disvalore del fatto, proprio perché la sanzione disciplinare riguarda le trasgressioni dei doveri inerenti a rapporti di supremazia particolari<sup>102</sup>. In una simile cornice, può apparire quindi preoccupante l’idea che una delle due sanzioni sia destinata a paralizzare l’altra in ragione dell’operatività del *ne bis in idem* processuale di matrice europea.

---

<sup>100</sup> Cass., sez. VI, 16 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 32715, a cui commento v. F. BRIZZI, *Sentenza Grande Stevens e processo di prevenzione: prime indicazioni del Giudice di legittimità*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, 1 ss. La sentenza conferma sostanzialmente la posizione assunta dalla Procura della Repubblica di Torino in un parere depositato in occasione di un procedimento di prevenzione in corso presso il locale Tribunale: cfr. C. PARODI, *In tema di ne bis in idem tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, 1 ss.

<sup>101</sup> Per tutti, anche per ampie citazioni, cfr. V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, 269 s. Giudica, peraltro, difficilmente difendibile la posizione della Corte europea, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., 869.

<sup>102</sup> M. L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 444.

Non v'è bisogno di esempi per dimostrare come una simile prospettiva possa risultare foriera di esiti fortemente sperequati, se non addirittura schizofrenici. La circostanza che l'autore del reato sia soggetto *anche* a poteri di supremazia particolare può diventare paradossalmente – se la sanzione disciplinare è applicata per prima – un fattore di alleggerimento del trattamento sanzionatorio, escludendo la responsabilità penale. Per contro, se è la condanna penale ad intervenire prioritariamente, il fatto rimarrebbe esente da risposte disciplinari, applicabili invece a fatti meno gravi e che non possono considerarsi “assorbite” dalla sanzione penale sul piano sostanziale. In tal modo la commissione di gravi reati da parte di pubblici dipendenti o professionisti rimarrebbe comunque “neutra” rispetto al rapporto di lavoro o all'esercizio della professione.

Peraltro, che le sanzioni disciplinari – diversamente dalle misure di prevenzione – non restino pregiudizialmente escluse dalla «materia penale» (e, dunque, dalla garanzia che al presente interessa) è fuori discussione. Lo stesso caso *Engel*, che ha offerto alla Corte di Strasburgo l'occasione per formulare i famosi *criteria*, riguardava proprio sanzioni qualificate come disciplinari dal diritto nazionale, parte delle quali è stata ritenuta di carattere sostanzialmente penale<sup>103</sup>.

Le cose sono rese, d'altronde, più complesse dal fatto che le conclusioni della Corte di Strasburgo, in questo campo, non appaiono sempre lineari<sup>104</sup>. Messo da parte il primo degli *Engel criteria* (la qualificazione della violazione in base al diritto interno, che qui si presume essere disciplinare), la Corte tende per lo più a ritenere negativo anche il *test* condotto in base al secondo (l'effettiva natura dell'infrazione): e ciò proprio in ragione del carattere particolare, e non generale, dell'obbligo violato, concernente un gruppo di individui con uno speciale “*status*”. La conclusione negativa non muta per il solo fatto che l'illecito disciplinare costituisca, nel contempo, anche un fatto penalmente rilevante<sup>105</sup>.

In quest'ottica, i giudici di Strasburgo pongono quindi generalmente in secondo piano le possibili assonanze della sanzione disciplinare con quella penale sul piano teleologico (finalità deterrente e punitiva), per attribuire un maggior peso al terzo e ultimo criterio<sup>106</sup>: vale a dire, la natura e la gravità della sanzione<sup>107</sup>.

Tali parametri hanno assunto un rilievo determinante specie per quanto attiene alle sanzioni inflitte in ambito carcerario. I giudici europei hanno attribuito natura penale alla sanzione disciplinare carceraria quando essa comporti un allungamento (o una mancata riduzione

---

<sup>103</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Olanda*. Nella specie, si discuteva del ricorso di alcuni militari olandesi cui erano state inflitte sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale: sanzioni ritenute non penali rispetto ai primi tre ricorrenti, in ragione della loro relativa brevità, e soggette invece alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU quanto agli altri due ricorrenti, stante la loro maggior durata.

<sup>104</sup> V. MANES, *Art. 7*, cit., 266.

<sup>105</sup> Per un recente esempio di tale indirizzo, cfr. Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 2013, *Müller-Hartburg c. Austria*, ove il richiamo a ulteriori precedenti.

<sup>106</sup> Criterio alternativo rispetto al secondo, per costante indirizzo della Corte.

<sup>107</sup> V. MANES, *Art. 7*, cit., 266.

ne, connessa alla perdita di benefici) del periodo di detenzione<sup>108</sup>: e ciò in applicazione del principio per cui quando la sanzione inflitta si traduca nella privazione della libertà se ne deve presumere la natura penale, salvo si provi che essa non abbia provocato un «serio pregiudizio» all'individuo per la sua durata o le sue modalità di esecuzione<sup>109</sup>.

Invece la Corte ha negato la riconducibilità alla «materia penale» di misure disciplinari che, senza incrementare la durata della detenzione, incidano in senso limitativo sui diritti del detenuto<sup>110</sup> (ad esempio, quello di ricevere visite)<sup>111</sup>. Tale soluzione è stata adottata in più d'una occasione anche con riguardo alla sanzione dell'isolamento, che il Tribunale di Brindisi ha invece ritenuto di poter senz'altro qualificare come di natura «convenzionalmente penale»<sup>112</sup>.

Con riguardo alle sanzioni inflitte ad appartenenti ad ordini professionali, pur nell'ambito di una casistica alquanto frastagliata<sup>113</sup>, la Corte è parsa in vari casi propensa a considerare il procedimento disciplinare come un «affare interno», sottratto alle garanzie della materia penale, anche quando possa condurre all'applicazione di sanzioni severe, quali pesanti ammende, la sospensione o la cancellazione dall'albo professionale<sup>114</sup>. Questa linea potrebbe valere ad affievolire le preoccupazioni esposte dianzi a proposito del cumulo tra sanzioni penali e sanzioni disciplinari.

## 11. «Una parola ha detto Dio; due ne ho udite».

La citazione del Salmo 62.12 – ancorché forse irriverente; ma certamente non irrispettosa, nelle intenzioni di chi scrive – sembra particolarmente adatta per concludere temporaneamente queste riflessioni in attesa della decisione della Corte costituzionale.

---

<sup>108</sup> Cfr., per tutte, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno unito*, con riguardo all'inflizione di giorni di detenzione supplementare da parte di un direttore di carcere.

<sup>109</sup> Per altra applicazione del principio, con riguardo a misura privativa della libertà personale inflitta ad un appartenente alle forze armate, Corte eur. dir. uomo, 16 gennaio 2007, *Bell c. Regno Unito*.

<sup>110</sup> Al riguardo, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, p. 45 s.

<sup>111</sup> Tra le ultime, Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2008, *Gülmez c. Turchia*.

<sup>112</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 novembre 2007, *Štitić c. Croazia* (con riguardo alle sanzioni dell'isolamento per sette giorni e della restrizione della facoltà di movimento all'interno dell'istituto penitenziario per tre mesi, inflitte per fatti di resistenza e di traffico illecito di stupefacenti commessi nello stesso istituto); Comm. eur. dir. uomo, 9 maggio 1977, *X c. Svizzera* (nella specie, si trattava della sanzione disciplinare di cinque giorni di isolamento e della soppressione di ogni permesso premio inflitta ad un detenuto per un rientro tardivo).

<sup>113</sup> Al riguardo, E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 46.

<sup>114</sup> Cfr. D. J. HARRIS-M. O'BOYLE-E. BATES-C. BUCKLEY, *Law of the European Court of Human Rights*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2009, 207. Per una recente espressione di tale approccio, cfr. Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 2013, *Müller-Hartburg c. Austria*, che ha negato natura penale alla sanzione della cancellazione di un avvocato dall'albo professionale, facendo leva sulla considerazione che «its aim is to restore the confidence of the public by showing that in cases of serious professional misconduct the Bar Association will prohibit the lawyer concerned from practicing».

La Corte EDU non è certo l'Altissimo; la sua parola – ancorché unica in ciascuno dei casi decisi – è spesso ambigua, come dimostra l'esperienza. Inoltre, in questo caso il ruolo dell'Altissimo è conteso fra più protagonisti, che rivendicano la primogenitura: la Corte EDU, quella di giustizia, quella costituzionale, la norma convenzionale e quella interna. L'interprete dal canto suo ha ascoltato nella vicenda non due ma una moltitudine di parole, a giudicare dalle numerose soluzioni proposte per superare l'*impasse* provocata dalla sentenza *Grande Stevens*.

È una parola, quella della Corte di Strasburgo, spesso ambigua perché la sua decisione è l'emblema del diritto vivente attraverso l'interpretazione del giudice; e prende le distanze – come essa conferma esplicitamente nella specie, con l'applicazione degli *Engel criteria* – dalla riserva di legge, ovviamente e soprattutto da quella della legge nazionale. La sentenza della Corte EDU difficilmente potrebbe essere applicata come una legge, nell'ottica tipicamente nazionale del principio di legalità come riserva di fonte della produzione della norma; anche perché non sempre essa esprime orientamenti consolidati o richiami ai precedenti.

D'altronde, è appena il caso di ricordare che quella Corte non ha un ruolo di nomofilachia o di controllo della correttezza nell'applicazione della legge. Ha il ruolo di accertare la violazione di un diritto in un caso concreto e di imporre allo Stato responsabile di quella violazione un'equa riparazione e l'eventuale adozione di rimedi strutturali e preventivi, nel caso di una violazione dovuta ad una causa sistemica e perciò destinata probabilmente a ripetersi; non ad un incidente occasionale.

Insomma, come è stato giustamente e felicemente osservato, le sentenze della Corte EDU vanno prese sul serio, ma non alla lettera<sup>115</sup>. In tale prospettiva sembra muoversi il monito espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015. Essa chiede al giudice nazionale di verificare se l'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo sia consolidato: condizione, questa, per ritenerlo vincolante. Conseguentemente, in quel caso la Corte gli chiede di sollevare una questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. soltanto quando non si possa giungere ad una interpretazione della norma interna da applicare, conforme a tale orientamento vincolante.

In assenza di un simile "*diritto consolidato*", secondo la Corte costituzionale, il giudice potrà non tener conto delle contrarie indicazioni "*non ancora consolidate*", provenienti dalla Corte EDU; e potrà prevenire la proposizione della questione di legittimità costituzionale attraverso una propria interpretazione costituzionalmente orientata della norma interna.

---

<sup>115</sup> Per un'analisi dei rapporti fra i due profili del principio di legalità cfr. da ultimo, per tutti, ampiamente O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo; il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (a proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12 giugno 2015; ID., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, relazione al 3° Convegno dell'Associazione Nazionale dei Professori di diritto penale – Napoli, 7/8 novembre 2014, destinata alla pubblicazione sugli atti; ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, pp. 159 ss.



La Corte costituzionale infine propone una serie di “*indici idonei*” a orientare il giudice nazionale nella valutazione del “consolidamento”; non senza premettere che una simile valutazione “*non sempre è di immediata evidenza*”. Anzi – ad avviso di chi scrive e di altri – si tratta di una valutazione di dubbio esito ai fini della certezza.

Non è questa la sede per approfondire il tema del passo indietro o quanto meno della cautela che, con la sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale – ad avviso di taluni<sup>116</sup> – avrebbe imposto rispetto al percorso tracciato da essa con le due sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007; con le altre gemelle successive; con la loro applicazione ai “fratelli e poi ai nipotini di *Scoppola*” e ora forse ai “cugini di *Grande Stevens*”. Anche perché nella specie l’orientamento assunto da Strasburgo con gli *Engel criteria* è certamente consolidato e non è posto in discussione da nessuno; ferma restando la ampiezza e l’ambiguità di quei criteri.

Interessa invece sottolineare che proprio la diversa prospettiva del principio di legalità c.d. europeo («nessuno può essere condannato per un’azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale», alla stregua degli artt. 7 CEDU e 49 CDFUE) e di quello interno («nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», alla stregua dell’art. 25, secondo comma, Cost.) influisce certamente sulle premesse per l’applicazione nella specie delle garanzie del giusto processo di cui all’art. 6 CEDU e del divieto di bis in idem processuale previsto dall’art. 4 Prot. n. 7. Il principio di legalità, infatti, è la ovvia premessa sia al fine di individuare la “materia penale”; sia al fine di definire il “medesimo fatto” (artt. 649 e 669 c.p.p.) o “reato” (art. 4 Prot. n. 7 CEDU; art. 50 CDFUE).

Non è necessario approfondire ai fini della presente riflessione la disputa – oramai forse più un dialogo – sul contrasto tra legalità nazionale e quella europea; tra il formalismo della prima e l’antiformalismo della seconda; tra il riferimento della prima più al problema delle fonti e quello della seconda più al problema di accessibilità della norma e di prevedibilità dell’esito applicativo; tra il rispetto delle garanzie e della democrazia in astratto nel primo caso e in concreto nel secondo; insomma, tra la legge e il giudice; tra l’attenzione alla divisione dei poteri e quella al rapporto fra ordinamenti. È probabile che quel contrasto, nella vicenda *Grande Stevens*, abbia influito sulla pluralità di soluzioni – d’anzi richiamate – prospettate in via interpretativa, per rispondere alle numerose parole attribuite dagli interpreti alla sentenza della Corte EDU e per risolvere i problemi che nascono da essa.

Interessa piuttosto sottolineare la necessità di puntare a una sinergia tra entrambe le prospettive. Essa non può che ispirarsi alla semplicità, al buon senso, al dialogo fra le Corti, come è evidente nel caso di specie: una situazione in cui, al di là delle qualificazioni e delle acrobazie formali (come la distinzione fra pericolo astratto e pericolo concreto nel confronto

---

<sup>116</sup> Sulla sentenza n. 49 del 2015 della Corte Costituzionale cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 aprile 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, 30 marzo 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, *ivi*, 30 marzo 2015; G. MARTINICO, *Corti Costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, *ivi*, 28 aprile 2015.

fra gli artt. 185 e 187-ter T.U.F., in tema di manipolazione del mercato), resta il fatto che si è sottoposti a un duplice giudizio per il medesimo fatto.

Altrimenti, la certezza del diritto – lungo dall'essere un mito enfatizzato – finirà al contrario per essere soltanto un'illusione e un ricordo: per di più in un'Europa che di questi tempi rischia ben altri e più urgenti momenti di crisi nella sua esistenza.

Altrimenti, invece delle “due parole” ascoltate dall'uomo in luogo di una detta dall'Altissimo, su cui ci avverte il Salmo 62. 12, si rischia Babele e l'ammonimento di Genesi 11. 24: «...confondiamo la loro lingua, perché non comprendano più l'uno la lingua dell'altro»; con i tempi che corrono, non sarebbe proprio il caso ... È ben vero che nella circostanza non ci si trova di fronte ad una unità frantumata dalla sordità o dalla durezza di cuore dei diversi interpreti; al contrario, si tratta di una molteplicità da ricondurre faticosamente ad unità. A differenza di Babele, l'aspirazione ad un'unica lingua (dal *bis in idem* all'*e pluribus unum*) e la sua necessità appaiono giuste e necessarie per proseguire, quanto meno nel campo del diritto, il difficile cammino dell'unità europea.