

## L'insostenibile leggerezza del *ne bis in idem*. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale

di *Federico Consulich e Carolina Genoni*

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, GRANDE SEZIONE, SENTENZE 20 MARZO 2018, MENCI (C-524/15), GARLSSON REAL ESTATE E A. (C-537/16), DI PUMA E ZECCA (C-596/16 e C-597/16)

**Sommario:** **1.** Il *decisum* della Corte di Giustizia. – **1.1.** Il caso *Menci*. – **1.2.** Il caso *Garlsson Real Estate e a.* – **1.3.** Il caso *Di Puma e Zecca*. – **2.** Chiarimenti concettuali: versione maggiore (processuale) vs versione minore (sostanziale) del *ne bis in idem* convenzionale. – **3.** Il criterio della connessione sostanziale e temporale: significato per il diritto penale italiano. – **4.** L'importanza di una relazione critica con la giurisprudenza sovranazionale – **5.** Il parametro della *sufficiently close connection in substance and time*: i limiti di una concezione informale della garanzia penalistica. – **5.1.** Conseguenze di teoria del giudizio. Il rovesciamento del metodo di validazione degli enunciati giuridici: il fatto come 'criterio di legittimazione' del diritto. – **6.** La proporzionalità come *ratio essendi* del 'nuovo' *ne bis in idem* euroconvenzionale.

### 1. Il *decisum* della Corte di Giustizia

A quasi un anno e mezzo dalla significativa sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *A e B vs Norvegia*<sup>1</sup>, occorre tornare al delicato e controverso tema del *ne bis in idem*, questa volta non per affrontare una nuova declinazione convenzionale del principio, ma per analizzarne l'applicazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione.

L'occasione è offerta dalla pubblicazione delle tre sentenze della Grande Sezione della Corte di Giustizia, qui in commento, che il 20 marzo scorso si è pronunciata sui rinvii pregiudiziali da cui sono scaturite le cause *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16) e *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16).

---

<sup>1</sup> Corte Edu, GC, 15 novembre 2016, *A e B vs Norvegia*, su cui Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 novembre 2016.

I ricorsi erano tutti volti a sottoporre al vaglio della Corte la compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio penale ed amministrativo previsto dalla normativa nazionale, rispettivamente in materia di reati tributari, delitti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, con l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce appunto il divieto di cumulo di procedimenti e sanzioni aventi natura penale per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona.

Ripercorriamo, di seguito, le vicende oggetto delle tre pronunce.

### 1.1 Il caso *Menci*

Il primo rinvio veniva formulato dal Tribunale di Bergamo, avanti al quale era stato instaurato un procedimento penale a carico del signor Luca Menci, per il reato di omesso versamento dell'IVA ai sensi degli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000, dopo che questi aveva già subito l'applicazione di una sanzione amministrativa pari ad una percentuale del debito tributario, in forza di una decisione dell'Amministrazione Finanziaria divenuta definitiva.

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte era, dunque, la seguente (§ 16): “*Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 [protocollo] n. 7 [della CEDU] e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile*”.

Nella propria pronuncia la Corte, preliminarmente e sulla scorta della precedente giurisprudenza (*Åkerberg Fransson* C-617/10), ha riaffermato la piena discrezionalità degli Stati membri nella scelta delle sanzioni applicabili – amministrative, penali o una combinazione di esse – volte ad assicurare l'esatta riscossione dell'IVA e a combattere la frode, dando così attuazione al diritto dell'Unione, nel rispetto del diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta (§§ 18-25).

Quanto alla portata della garanzia, e più precisamente al significato attribuito ai concetti di *natura penale* di procedimenti e sanzioni e di *idem factum*, la Corte di Giustizia, con riferimento al primo dei due profili, condividendo l'impostazione seguita dalla Corte Edu, si è avvalsa dei noti *Engel criteria*<sup>2</sup>, concentrando l'attenzione sulla finalità *repressiva* e preventiva della sanzione (§§ 26-33), mentre ha ricondotto l'*identità di fatti materiali* all’*“esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro”*, senza che a nulla rilevi la qualificazione giuridica della contestazione offerta dal diritto nazionale (§§ 35-36).

Alla luce dei parametri sopra descritti la Corte ha ritenuto che il cumulo di procedimenti e sanzioni nei confronti del sig. Menci non costituisse una violazione, ben-

---

<sup>2</sup> Si tratta dei tre notori criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte a partire dalla celebre sentenza della Grande Camera nel caso *Engel e altri vs Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976: a) qualificazione giuridica della violazione nell'ordinamento nazionale; b) natura effettiva della violazione; c) grado di severità della sanzione.

sì una limitazione, al diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta (§ 39), giustificabile però ai sensi dell'art. 52, par. 1, CDFUE. Alla stregua di tale norma, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà nonché il principio di proporzionalità, sicché potranno trovare applicazione solo qualora siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui (§ 41).

La Corte ha osservato, innanzitutto, che la normativa italiana in materia di doppio binario sanzionatorio **risponde all'interesse generale** volto ad assicurare la riscossione integrale dell'IVA e che, pertanto, la realizzazione di siffatto obiettivo giustifica il ricorso al cumulo di procedimenti e sanzioni riguardanti “*scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata*” (§§ 43-45); rispetta il **principio di proporzionalità**, in quanto espressione della piena libertà degli Stati membri, in assenza di armonizzazione del diritto dell'Unione in materia, di scegliere le modalità con cui garantire l'obiettivo perseguito (§§ 46-48).

Quanto al **carattere strettamente necessario**, l'obbligo di prevedere norme chiare e precise che consentano al soggetto di conoscere gli atti e le omissioni che possano generare la duplicazione di procedimenti e sanzioni è assolto dall'art. 13 d.lgs. 74/2000 (§§ 49-50), mentre l'esigenza di ridurre allo stretto necessario l'onere supplementare a carico dell'interessato derivante dal predetto cumulo, attraverso un coordinamento tra autorità competenti, dall'art. 21 d.lgs. 74/2000 (§§ 53-56).

La Corte di Giustizia, nelle ultime battute, ha richiamato, infine, il criterio della “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*” tra procedimenti tributari e penali sancito dalla ormai nota sentenza della Corte Edu *A e B vs Norvegia*, per affermare che i requisiti prescritti dal combinato disposto degli artt. 50 e 52 par. 1 CDFUE assicurano un adeguato livello di tutela del principio del *ne bis in idem*, mantenendolo, dunque, coerente con l'“*acquis*” convenzionale in argomento.

In conclusione, il dettato dell'art. 50 della Carta non osta alla normativa italiana che disciplina il doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributari, ma la Corte rimette al singolo giudice procedente l'onere di valutare la proporzionalità dell'applicazione in concreto di tale normativa, avuto riguardo della gravità del reato tributario in discussione e dell'onere effettivo a carico dell'interessato derivante dal cumulo di procedimenti e sanzioni (§ 59).

## 1.2 Il caso *Garlsson Real Estate e a.*

Il secondo rinvio veniva formulato dalla Corte di Cassazione (civile), adita dai ricorrenti Stefano Ricucci, Magiste International e Garlsson Real Estate avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma, che aveva solo parzialmente accolto le rispettive doglianze volte a contestare la decisione con cui la Consob aveva irrogato nei loro confronti una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, ai sensi dell'art. 187 *ter*, comma 3, lett. c), TUF, per gli stessi fatti di manipolazione

del mercato, di cui all'art. 185 TUF, per cui Ricucci aveva già riportato in sede penale una condanna definitiva a pena detentiva.

La Cassazione, dopo avere inutilmente sollevato questione di legittimità costituzionale, in quanto dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale, sottoponeva alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti (§ 20): “1) *Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo o della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;*

2) *se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del ne bis in idem, in base all'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Edu e della normativa nazionale”.*

Quanto alla prima questione, preliminarmente, la Corte europea ha ripreso le proprie considerazioni in tema di *natura penale e stesso reato* già formulate in occasione della pronuncia *Menci*, a cui pertanto si rinvia integralmente: la celebrazione di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della Carta, nei confronti di una persona che ha già riportato una condanna penale definitiva costituisce una limitazione del diritto garantito dal predetto art. 50, e tale limitazione può trovare giustificazione solo entro le coordinate del successivo art. 52, par. 1 (§§ 41-42).

Il cumulo di procedimenti e sanzioni, penali e amministrativi, costituisce, anche in questo caso, l'**attuazione del diritto dell'Unione** volto a tutelare l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari (l'art. 187 *ter* TUF è stato infatti adottato al fine di recepire nel diritto italiano le disposizioni della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che rimette alla discrezionalità degli Stati membri la scelta dei presidi volti a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito di lotta contro le violazioni del divieto di manipolazioni del mercato, non essendo tale materia oggetto di armonizzazione) (§§ 22-23 e 46).

La **proporzionalità** della previsione nazionale della duplicazione degli strumenti sanzionatori non può dunque essere messa in discussione dall'Unione (§§ 47-50) e la normativa rispetta il requisito della **prevedibilità**, in quanto regolata da norme chiare e precise (§§ 50-53)

A detta della Corte, però, la disciplina italiana del doppio binario sanzionatorio in materia di manipolazione del mercato **non rispetterebbe l'esigenza di ridurre allo stretto necessario** l'onere supplementare in capo agli interessati derivante da siffatto cumulo.

Se è pur vero, ha osservato la Corte, che l'attività di cooperazione e coordinamento tra Procura e Consob, di cui agli artt. 187 *decies* TUF e ss., è astrattamente idonea a contenere l'onere aggiuntivo per l'interessato, nel caso in esame la celebrazione del procedimento teso ad infliggere una sanzione di natura penale eccede quanto è

strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo, qualora la condanna penale già irrogata sia *“idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo”*, e la formulazione dell'art. 185 TUF risponde a tale finalità (§§ 57-59).

A parere della Corte, tale conclusione resta salda nonostante il correttivo posto dall'art. 187 *terdecies* TUF, che attiene al solo cumulo di pene pecuniarie e non già al cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale con una pena detentiva (§ 60).

Né può avere impatto alcuno la circostanza per cui la pena della reclusione inflitta a Ricucci si sia successivamente estinta per effetto dell'indulto, perché la protezione conferita dal principio di cui all'art. 50 della Carta si applica alle persone assolute o condannate con sentenza penale definitiva, comprese, quindi, quelle destinatarie di una pena poi estinta per indulto (§ 62).

Alla luce delle precedenti considerazioni, ed in risposta al primo quesito formulato dalla Cassazione, il Giudice europeo ha affermato che *“L'art. 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva”*.

La Corte, richiamando la precedente giurisprudenza *Åkerberg Fransson*, ha risposto affermativamente anche al secondo quesito sottoposto al Giudice del rinvio, affermando che: *“Il principio del ne bis in idem garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un **diritto direttamente applicabile** nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale”*.

### 1. 3 Il caso *Di Puma e Zecca*

L'ultima causa scaturiva da due rinvii, poi riuniti, sollevati sempre dalla Corte di Cassazione (civile), chiamata a decidere, quanto al primo rinvio, in merito al ricorso presentato da Enzo Di Puma, assolto unitamente ad Antonio Zecca con sentenza definitiva del Tribunale di Milano per il delitto di abuso di informazioni privilegiate ai sensi dell'art. 184 TUF, avverso il provvedimento della Corte di Appello di Milano che aveva rigettato l'impugnazione della decisione con cui la Consob aveva irrogato nei suoi confronti sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 187 *bis*, commi 1 e 4, TUF per i medesimi fatti oggetto della pronuncia assolutoria.

Il secondo rinvio è stato, invece, formulato nell'ambito del parallelo procedimento instaurato con ricorso della Consob avverso la sentenza di accoglimento della Corte di Appello di Milano del gravame presentato da Zecca.

Il Giudice del rinvio, prendendo le mosse dal disposto dell'art. 654 c.p.p., in forza del quale, in breve, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione

pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, riteneva imprescindibile ai fini della decisione il coinvolgimento della Corte di Giustizia, stante la matrice eurounitaria della normativa nazionale del cumulo di procedimenti e sanzioni, penali e amministrativi, in materia di abuso di informazioni privilegiate, prevista dagli artt. 184 e 187 *bis*, commi 1 e 4, TUF, attuativo della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Da un lato, insomma, l'esigenza di garantire l'effettività, il primato e l'unità del diritto dell'Unione, dall'altro la necessità di scongiurare un conflitto tra sentenze, potenzialmente capace di minare l'autorità di cosa giudicata di cui è dotata la sentenza penale definitiva.

La Cassazione sottoponeva allora alla Corte la seguente questione pregiudiziale (§ 22): *“Se l'articolo 50 della [Carta] vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per loro natura e gravità siano da qualificarsi penali”*<sup>3</sup>.

La Corte di Giustizia ha reimpostato il quesito, incentrandolo sulla compatibilità dell'art. 654 c.p.p. con l'art. 14, par. 1, della direttiva 2003/6 e il diritto fondamentale garantito dall'art. 50 (§ 25): *“se l'art. 14, par. 1, della direttiva 2003/6, letto alla luce dell'art. 50 della Carta, vada interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati”*.

La Corte, dopo avere ripreso i punti salienti già illustrati nelle pronunce *Menci e Garlsson Real Estate*, ha affermato che la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, dotata di sostanziale natura penale, fondata sui medesimi fatti, sia costitutiva di una limitazione del diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta e che siffatta limitazione può giustificarsi solo alle condizioni indicate all'art. 52, paragrafo 1 (§§ 40-41).

Anche in questo caso, la normativa italiana **risponde ad un'esigenza di protezione** dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, che comporta la giustificazione del cumulo di procedimenti e sanzioni,

---

<sup>3</sup> Per verità, la Corte di Cassazione sottoponeva un secondo quesito: *“Se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del ne bis in idem di cui all'art. 50 della [Carta], debba tener conto dei limiti di pena posti dalla direttiva [2014/57]”*, di cui però la Corte di Giustizia non fornisce soluzione *“tenuto conto della risposta alla risposta data alla prima questione”* (*infra*).

penali e amministrativi, intesi a fini complementari e relativi ad aspetti diversi del medesimo comportamento illecito, così come peraltro già chiarito in *Garlsson* (§ 42).

La Corte ha ribadito, poi, che tale normativa deve essere rigorosamente assoggettata al **principio di proporzionalità** (§ 43).

In questo contesto, però, ad essere tradito è il **carattere strettamente necessario** dell'azione, in quanto la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, a fronte di una precedente sentenza penale definitiva di assoluzione per assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione, risulta sprovvista di qualsivoglia fondamento e rappresenterebbe, dunque, un evidente abuso sanzionatorio (§§ 44-45).

## **2. Chiarimenti concettuali: versione *maggiore* (processuale) vs versione *minore* (sostanziale) del *ne bis in idem* convenzionale.**

Non può cogliersi a pieno il significato delle tre pronunce appena esaminate se non si guarda prima all'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu, che ha avviato una trasformazione del principio del *ne bis in idem*, prontamente mutuata, nelle sentenze in commento, dalla Corte di Giustizia.

La Corte eurounitaria nelle tre pronunce mette a nudo il debole statuto concettuale del *ne bis in idem* e peraltro non fa altro che portare alle coerenti conseguenze le intime contraddizioni in cui si era ammantata la lettura della Corte di Strasburgo con la sentenza *A e B vs Norvegia*, la cui portata innovativa aveva determinato la riapertura della fase di discussione orale della causa *Menci*.

Preliminare ad ogni riflessione sulla vincolatività di questo principio, peraltro dotato di una copertura convenzionale (entro il VII protocollo della Cedu) ed eurounitaria (il riferimento corre all'art. 50 della CDFUE) è la definizione del *contenuto* di siffatta garanzia.

Occorre, dunque, porre sul tavolo questioni propedeutiche ad un'analisi metodologicamente fondata che voglia approcciarsi con equilibrio ad un tema complesso normativamente e combattuto politicamente.

Ciò è tanto più vero se si prendono le mosse dallo scenario italiano: il nostro diritto penale, a dispetto di quello processuale, non possiede un'ontologia condivisa in ordine al *ne bis in idem*, poichè nel codice Rocco, nè tantomeno in qualche legge complementare, non sussiste alcuna premessa normativa anche solo lontanamente riconducibile all'art. 649 c.p.p.<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> In questo senso sarebbe stato molto utile un riferimento normativo come quello proposto nell'ambito del progetto di codice Pagliaro del 1992, che lo erigesse a principio guida nell'ipotesi di concorso apparente di norme.

a) vi è una versione *maior* del principio, paradigmaticamente e plasticamente visibile in pronunce come *Grande Stevens* nonché in quelle successive *Nikainen vs Finlandia* e *Lucky Dev vs Svezia*<sup>5</sup>.

In questa declinazione, scopo dell'art. 4 protocollo VII è di vietare l'inizio di un nuovo procedimento quando è stata pronunciata una sentenza definitiva, ossia una decisione per la quale le parti hanno esaurito tutti i mezzi di impugnazione ordinari. Il principio non preclude, quindi, la contemporanea apertura e celebrazione di procedimenti paralleli per lo stesso fatto, bensì il fatto che uno dei procedimenti non venga interrotto nel momento in cui l'altro è divenuto definitivo. Se è pur vero che il riferimento dell'art. 4 del VII protocollo parla di *punizione*, alludendo quindi al versante sostanziale dell'applicazione di una pena, è altrettanto vero che lo sviluppo giurisprudenziale del principio ha preferenzialmente privilegiato il versante *processuale*, rendendo proprio per questo impossibile la conclusione di due giudizi per lo stesso fatto.

b) Vi è poi una seconda declinazione, *minor*, il cui paradigma è offerto dalla sentenza *A e B vs Norvegia*: in questa accezione vi è un innegabile ridimensionamento del principio, se è vero che secondo la Corte (si veda il § 121 della sentenza) l'art. 4 prot. 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale) che si articolano – nel quadro di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato. Benché sia stata percepita come una sentenza di 'rottura' rispetto all'indirizzo precedente (*in primis* dallo stesso giudice dissenziente Pinto de Albuquerque), occorre tuttavia precisare che questo indirizzo giurisprudenziale della Corte EDU trova i propri prodromi in alcune pronunce che avevano escluso, sulla base di una connessione sostanziale tra procedimenti, la violazione del divieto di *ne bis in idem*. Si tratta del caso *Nilsson vs Svezia*<sup>6</sup>, nel quale il ricorrente si doleva del ritiro della patente da parte dell'autorità amministrativa in quanto tale sanzione si era aggiunta, per il medesimo fatto, alla condanna (penale) sospesa condizionalmente per guida in stato di ebbrezza. Il principio muta qui il proprio significato, acquisendo una forte connotazione *sostanziale*: ora due procedimenti possono non solo iniziare, ma anche concludersi, per un medesimo fatto entro il limite della proporzione complessiva e nel contesto di una reazione statale unitaria e prevedibile. Dati questi presupposti non c'è duplicazione convenzionalmente rilevante. La connotazione *processuale* non scompare, posto che di *bis in idem* si può sempre

---

<sup>5</sup> Corte Edu, IV, 20 maggio 2014, *Nykänen vs Finlandia*; Corte Edu, V, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*. Si vedano anche Corte Edu, IV, 10 febbraio 2015, *Kiiveri vs Finlandia*; Corte Edu, IV, 20 maggio 2014, *Häkki vs Finlandia*; Corte Edu, IV, 20 maggio 2014, *Glantz vs Finlandia*; Corte Edu, IV, 20 maggio 2014 *Pirttimäki vs Finlandia*.

<sup>6</sup> Corte Edu, II, 13 dicembre 2005, *Nilsson vs Svezia* aveva dichiarato manifestamente infondata la questione.

parlare a condizione che vi sia un *simultaneus processus*, ma il riferimento alla proporzionalità, principio tra i *sub-criteri* indicati dalla Corte<sup>7</sup>, a ben vedere è frutto della contaminazione sostanziale dell'originaria vocazione del principio: non vi può essere infrazione della garanzia nel caso in cui il medesimo fatto sia punito più volte ma nell'ambito del medesimo procedimento<sup>8</sup>.

In un primo momento, dunque, il Giudice dei diritti umani aveva in più occasioni accertato la violazione della garanzia sancita dall'art. 4 del Protocollo 7 CEDU, con riferimento al sistema del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, laddove un soggetto giudicato definitivamente all'esito di un procedimento penale fosse stato sottoposto per il medesimo fatto ad un secondo procedimento di *natura penale*, dando esclusivo rilievo alla *materia penale* che avrebbe dovuto informare il nuovo procedimento e all'*idem factum* oggetto di entrambi i procedimenti<sup>9</sup>.

Negli altri casi<sup>10</sup>, invece, la Corte, al fine di decretare la esclusione ovvero la integrazione della violazione del *ne bis in idem* convenzionale, era ricorsa ad un criterio di propria creazione, in ausilio ai due parametri sopra richiamati, volto a verificare, rispettivamente, l'esistenza o meno di una "*sufficiently close connection in substance and time*" tra i procedimenti sostanzialmente penali instaurati per un medesimo fatto materiale nei confronti dello stesso soggetto, senza però avere mai chiarito il significato di tale espressione, fino alla sentenza *A e B vs Norvegia*.

In questa occasione, il Giudice di Strasburgo ha enucleato una serie di indici analitici e sintomatici della connessione sostanziale e temporale tra procedimenti (§ 132), ed è proprio tale profilo a denotare la portata innovativa della pronuncia.

In particolare, per stabilire se vi sia una connessione *in substance* occorrerà valutare i) se i differenti procedimenti perseguano finalità complementari e siano tesi a punire, in astratto e in concreto, aspetti diversi della condotta illecita; ii) se la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per il destinatario della norma; iii) se lo

---

<sup>7</sup> Si legge al § 132 della sentenza: «*Material factors for determining whether there is a sufficiently close connection in substance include:*

- [...]

- *and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate*».

<sup>8</sup> Si veda infatti, di recente, Corte Edu, 12 aprile 2016, *Dungveckis vs Lituania*, che ha escluso dalla garanzia di cui all'art. 4 protocollo VII i cumuli sanzionatori derivanti da un concorso di reati riscontrati nel medesimo procedimento.

<sup>9</sup> È il caso della celebre sentenza *Grande Stevens e altri vs Italia*, 4 marzo 2014, già richiamata.

<sup>10</sup> Cfr., ad esempio, *R.T. vs Svizzera*, 30 maggio 2000 e *Rivard vs Svizzera*, 4 ottobre 2016, in cui la Corte ha ravvisato la sussistenza della "connessione sufficientemente stretta" tra procedimenti, escludendo così la violazione del *ne bis in idem*, e *Nykänen vs Finlandia*, 20 maggio 2014, nonché da ultimo *Johannesson vs Islanda*, 18 maggio 2017, in cui invece la Corte, pur apprezzando il criterio della connessione, ne aveva escluso la sussistenza concludendo per la violazione della garanzia.

svolgimento dei due procedimenti consenta di evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, attraverso una adeguata interazione tra le diverse autorità procedenti, così che gli elementi probatori posti alla base di un procedimento siano utilizzati anche nell'altro; iv) se, soprattutto, la sanzione irrogata all'esito del procedimento che termini per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, così da assicurare la proporzionalità delle sanzioni applicate; la connessione *in time*, invece, non richiede necessariamente che i due procedimenti vengano celebrati simultaneamente, ammettendo la loro instaurazione progressiva, purché la loro durata non rappresenti un grave pregiudizio per i soggetti che vi sono sottoposti (§ 134) (*infra* §§ 5 e 6 del presente lavoro). Deve rilevarsi che la rinnovata veste del criterio ha avuto sin da subito un grande successo.

Non solo è stato recepito *in toto*, come subito vedremo, dalle tre pronunce della Corte di Giustizia in commento, ma altresì dalla Consulta, con la recente sentenza n. 43 del 2018. Decidendo, infatti, di una questione sottoposta dal Tribunale di Monza in tema di reati tributari (nella specie omessa dichiarazione ex art. 5 d. lgs. 74/2000) e rispetto del *ne bis in idem* di fronte alla previa irrogazione di una sanzione amministrativa, la Corte ha evidenziato come il mutamento del significato della normativa interposta di cui al VII protocollo Cedu (con la sentenza *A e B vs Norvegia*) avesse comportato la restituzione degli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della questione di legittimità costituzionale proprio entro il prisma della sufficiente e prevedibile connessione dei procedimenti. Infatti, secondo la Corte, ove il Giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale (oggi anche eurounitario), non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento - incidendo sull'art. 649 c.p.p. - alcuna regola che vieti di procedere nuovamente per il medesimo fatto.

### **3. Il criterio della connessione sostanziale e temporale: significato per il diritto penale italiano**

Già da tempo il *ne bis in idem* rappresenta un problema strutturale dell'ordinamento italiano, ma all'impegno di dottrina e giurisprudenza per digrossarne il contenuto e mapparne la rilevanza per il sistema penale, fa da contraltare un legislatore inerte<sup>11</sup>.

Il nostro ordinamento conosce due principali idealtipi di regimi processuali e sanzionatori improntati al doppio binario.

---

<sup>11</sup> Per questa notazione si veda Manacorda, *Equazioni complesse: il ne bis in idem "ancipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 517; sullo specifico tema del rapporto tra *ne bis in idem* e disciplina del *market abuse* Mucciarelli, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 4/2015, 295 ss.

i) Il doppio binario *alternativo*, tipico del diritto tributario, che prevede che le sanzioni non si applichino congiuntamente, bensì alternativamente. Il principio di specialità di cui all'art. 19 d. lgs. 74/2000 previene il cumulo sul piano sostanziale e il disposto dell'art. 21 dello stesso decreto prevede un congegno preventivo sul piano processuale. Benchè i due procedimenti di accertamento (penale e tributario) siano indipendenti e sovrani ciascuno nel proprio ordine ai sensi dell'art. 20, la sanzione amministrativa non può essere applicata se prima non si sia concluso il processo penale in senso assolutorio. Ove vi sia stata condanna sarà viceversa la specialità a prevenire il cumulo<sup>12</sup>, peraltro a vantaggio dell'illecito penale che contiene sistematicamente elementi specializzanti per aggiunta, solitamente attinenti al dolo specifico. Inoltre, i meccanismi riparatori di cui all'art. 13 mitigano, già prima che una qualsiasi definizione intervenga in sede tributaria, l'applicazione della sanzione penale nel caso in cui intervenga il pagamento del debito fiscale, ivi compresi interessi e sanzioni. Il meccanismo tributario ora accennato garantisce contro la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, non altrettanto è in grado di fare rispetto a quello processuale: anche se la condanna in sede tributaria diventa ineseguibile in caso di riconoscimento di responsabilità penale, entrambi i procedimenti vengono comunque celebrati a carico del privato<sup>13</sup>.

ii) Il doppio binario *cumulativo*, tipico degli abusi di mercato, in cui la duplicazione di procedimenti conduce alla sommatoria di sanzioni, temperata, con esclusivo riferimento alla pena pecuniaria (nonchè a quella per l'ente) e solo nel caso in cui giunga a definizione per primo il processo amministrativo, da discipline come quella dell'art. 187 *terdecies* TUF<sup>14</sup>.

I risvolti pratici delle due accezioni di *ne bis in idem* sono ben diversi.

L'accezione *maior e processuale* possiede capacità prorompente sui sistemi, come quello italiano, ma anche scandinavi, improntati al doppio binario repressivo (ad esempio in materia tributaria). Impatto tanto più rilevante quanto più il criterio è di agevole comprensione e facile applicazione; il giudice interno dovrebbe limitarsi,

<sup>12</sup> Si veda in argomento Russo, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in *Rass. Dir. trib.*, 2016, 25.

<sup>13</sup> Si evidenzia che ai fini del *bis* rileva anche il mero procedimento sanzionatorio tributario nel caso in cui non sia portato innanzi ad un giudice a seguito di imputazione da parte del privato, cfr. in questo senso Corte Edu, *Kiiveri vs. Finlandia*, cit.; Corte Edu, 16 giugno 2009, *Ruotsalainen vs Finlandia* e, nella nostra dottrina, Flick-Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *www.rivistaaic.it*, 10 luglio 2015. 23.

<sup>14</sup> Già prima era toccato alla Corte costituzionale confrontarsi con l'enigma del *ne bis in idem*, allorchè con la sentenza 102 del 2016 aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* TUF in relazione all'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 del VII protocollo Cedu. Su questa decisione si veda Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016.

infatti, a verificare se per lo stesso fatto sia già intervenuto il provvedimento conclusivo.

La modulazione sostanzialistica (la versione *minor*, si è detto) traduce il principio in uno strumento impalpabile, i cui *contorni* sono, è vero, immediatamente visibili, ma il *contenuto* è inafferrabile. Diversamente dall'accezione *maior*, il criterio non offre un programma d'azione chiaro al giudice nazionale, cui è rimessa la valutazione finale dell'esistenza di una connessione forte tra i due procedimenti.

Esso si presta più che alla *critica*, alla *conservazione* dell'esistente. Non è un caso che la nostra giurisprudenza, di legittimità e merito, sia rimasta sorda alla prima versione della garanzia convenzionale, mentre abbia recepito con ammirevole reattività la seconda.

La Cassazione sembrerebbe avere già acquisito il criterio entro i propri paradigmi esegetici: di fronte ad una fattispecie di annotazione di fatture per operazioni inesistenti ex art. 2 d. lgs. 74/2000, ha fatto riferimento alla sentenza *A e B vs Norvegia* della Corte Edu per concludere nel senso che il duplice procedimento, penale e amministrativo, scaturito per il medesimo fatto fosse sufficientemente connesso. Peraltro, la Corte ha operato una propria reinterpretazione del criterio convenzionale di nuova elaborazione, poichè la decisione si basa essenzialmente sul solo *sub*-criterio della connessione temporale, che appariva evidente in presenza di sanzioni irrogate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra<sup>15</sup>.

Di questo criterio, oltre alla Cassazione, ha avuto modo di fare applicazione anche la giurisprudenza di merito, in riferimento al regime sanzionatorio degli abusi di mercato. Il Tribunale di Milano ha ad esempio rilevato come la duplicità di procedimenti sia prevedibile, astratta da comuni coordinate temporali e provvista di meccanismi di coordinamento tra organi procedenti, in forza dell'art. 187 *decies* TUF, nonchè di un congegno di temperamento della sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 187 *terdecies*<sup>16</sup>.

La versione del principio da ultimo promossa dalla Corte Edu veicola, dunque, una delega al formante giurisprudenziale.

---

<sup>15</sup> Cass., III, n.6993 del 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018) che ha dato luogo, come notato in dottrina, ad un rovesciamento dell'approccio della Corte Edu nel caso *Johannesson e altri vs Islanda*, al punto da ritenere legittimo, almeno così pare, ogni cumulo sanzionatorio e procedimentale in cui almeno uno dei requisiti indicati nella sentenza A e B vs Norvegia sia presente nel caso concreto (in specie, la contemporanea pendenza). In questo senso si vedano le riflessioni di Tripodi, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 marzo 2018, 3.

<sup>16</sup> Tribunale di Milano, I, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 514, con nota di Manacorda, *Equazioni complesse: il ne bis in idem "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*.

#### 4. L'importanza di una relazione critica con la giurisprudenza sovranazionale

Premessa l'evoluzione del principio del *ne bis in idem* in sede convenzionale, occorre immergersi nella lettura delle decisioni della Corte di Giustizia.

Storicamente la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, per il penalista nostrano, ha restituito spesso l'immagine di un giudice non imparziale, *engagé* rispetto ad una funzione promozionale delle istituzioni di cui è parte, specificamente a infittire la tutela di interessi istituzionali dell'Unione. Dalla tutela penale dell'ambiente alla tentazione di prevalere sulle discipline nazionali ritenute disnomiche per il contrasto agli attacchi alle finanze comunitarie (Taricco *docet*) i casi non sono pochi.

Nelle tre sentenze in commento, in luogo dell'ormai tradizionale funzione *proattiva* che è stata nel tempo assunta per promuovere la propria legittimazione valoriale agli occhi dei cittadini europei e dei legislatori nazionali, la Corte ha preferito adottare un atteggiamento *conservativo* nell'interpretazione di un *proprio* (per quanto collegato alla Convenzione Edu) principio di garanzia, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, aderendo in toto al *dictum* dei Giudici convenzionali.

Deve peraltro ammettersi che l'evoluzione interpretativa in tema di *ne bis in idem* che ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte Edu sia stato prontamente colto dalla Corte di Giustizia anche perchè funzionale alla tutela adeguata, proporzionata, ma soprattutto *dissuasiva* da sempre ricercata dalle istituzioni comunitarie per la tutela di propri interessi. Dopo il tentativo, frustrato, di implementare le reazioni penali degli Stati membri all'illecito economico, agendo sul piano della disciplina della prescrizione dei reati tributari (leggasi *affaire Taricco*), il pieno dispiegarsi del principio, assai sfuggente, del *ne bis in idem*, avrebbe posto in grave crisi i sistemi improntati al doppio binario di sanzione, indebolendo ulteriormente le prospettive di una tutela efficace degli interessi protetti dal diritto penale commerciale. Per inciso, la limitata valenza, nell'ottica eurounitaria, del principio era già percepibile nel 2014, allorchè il legislatore europeo, nonostante affrontasse una materia dove il problema era deflagrato con la sentenza Grande Stevens, ovvero quella del *market abuse*, ha confinato entro un considerando della direttiva n. 2014/57/UE il riferimento al principio del *ne bis in idem*, intendendolo come mera direttrice di azione legislativa, priva di sanzione concreta in caso di violazione<sup>17</sup>.

Dal punto di vista pratico, privato di appigli concettuali predicibili, il giudice nazionale ha *oggi* la possibilità di applicare 'a rime sciolte' la criteriologia euro/convenzionale. Solo la sedimentazione di una giurisprudenza di legittimità sul punto potrà costituire un presidio orientativo per l'interprete.

Queste le riflessioni che sovengono immediatamente.

---

<sup>17</sup> Rileva anche l'annesso regolamento (cd. Mar), Regolamento (Ue) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, che, all'art. 30 par. 1, comma 2 e al considerando 72, raccomanda di non applicare la sanzione amministrativa per fatti già puniti penalmente.

a) La prevalenza assicurata alla *prevedibilità*, in uno con il criterio della *proporzionalità* del carico sanzionatorio, rende il principio del *ne bis in idem* un meccanismo di garanzia verso la sanzione e non verso il processo. Si noti, a conferma, che, con riferimento alla sanzione, i c.d. criteri *Engel* della Corte Edu verranno interpretati con peculiare attenzione al sottocriterio della *afflittività* della sanzione (*Menci* § 26-33; *Garlsson Real Estate* § 28-35).

Peraltro, il criterio della *sufficiently close connection* tra i due procedimenti sottende altresì una emergente consapevolezza della dimensione sanzionatoria *dello stesso processo*, quanto meno dal punto di vista reputazionale e psicologico; l'esigenza di poter *prevedere* le condizioni legali per l'apertura di un doppio processo per lo stesso fatto, rimanda al requisito dell'*accessibilità* della norma penale nell'ottica dell'art. 7 CEDU. Si potrebbe dunque pensare che per le Corti europee inizia ad essere visibile nella disciplina processuale una qualche componente afflittiva, cui il cittadino ha diritto di accedere previamente, come già accade per le norme appartenenti alla *matière pénale*. Peraltro, già nella sentenza *A e B vs Norvegia* della Corte Edu emerse la preoccupazione che i due procedimenti, pur non paralleli debbano presentarsi come contestuali nell'ambito della vita del privato, crescendo la probabilità della violazione della garanzia convenzionale direttamente proporzionale al crescere dell'arco di tempo tra i due giudizi<sup>18</sup>.

b) Il criterio di *proporzionalità* che verrebbe privilegiato tra tutti quelli menzionati dalla Corte Edu nel caso *A e B vs Norvegia* (ripreso dalle sentenze in commento) è un parametro fluido ed esso stesso in evoluzione (evolve oggi dalla concezione triadica a quella diadica<sup>19</sup>), variabile poi a seconda del momento in cui viene formulato il giudizio e dell'ordinamento rispetto a quale l'osservatore si pone.

Il sostanziale allineamento tra Corti europee non ha prodotto un *accrescimento* del livello di garanzie in tema di *ne bis in idem*, bensì piuttosto la sua *trasformazione* da meccanismo di tutela processuale a congegno, non particolarmente stringente, volto a prevenire la manifesta sproporzione della risposta sanzionatoria.

Quel che rimane è il riferimento, anche in questa rinnovata versione, al fatto storico e non alla fattispecie legale, come pare possibile cogliere nelle sentenze della Corte di Lussemburgo (*Menci* §§ 34-39 e *Garlsson Real Estate e altri* §§ 36-41).

##### **5. Il parametro della *sufficiently close connection in substance and time*: i limiti di una concezione informale della garanzia penalistica**

La sufficiente e prevedibile connessione sostanziale tra procedimenti pare davvero una formula vuota<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Tripodi, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie*, cit., 2.

<sup>19</sup> Si veda per tutti sulle diverse dimensioni del principio di proporzionalità nel diritto penale, Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 29 ss.

<sup>20</sup> Sulla genericità e vaghezza degli indici della connessione, nonché sulla loro incongruenza rispetto alla *ratio* del principio del *ne bis in idem*, si vedano le riflessioni di Rudoni, *Sul*

Peraltro, dei differenti criteri esplicitati dalla Corte Edu nel caso *A e B vs Norvegia* (*supra* § 2), si nota come alcuni si propongano come preminenti ed altri recessivi.

Tra i *preminenti*, come meglio si dirà, compare la *proporzionalità*, a tal punto preponderante da condurre ad una sostanziale trasformazione del principio del *ne bis in idem* per come concretamente l'abbiamo conosciuto finora, se questa sentenza diverrà la capofila di un indirizzo consolidato.

Tra i recessivi sicuramente la *prevedibilità*. Guardata nell'ottica del *bis in idem*, tanto sul fronte sostanziale che su quello processuale, essa non rappresenta un criterio razionale, se isolatamente considerata: una pena iniqua perchè eccessiva non cessa di essere tale solo perchè prevista da una norma accessibile; allo stesso modo un doppio processo per uno stesso fatto non diviene ammissibile solo perchè preannunciato all'imputato.

Per alcuni di questi criteri può predicarsi anche la possibile incongruenza rispetto allo scopo: si pensi all'impiego, con grande enfasi, del dato *cronologico*. La *contemporaneità* dei procedimenti non può compensarne l'inutilità o la sovrabbondanza a fini repressivi.

Che tra i criteri funzionali all'accertamento della connessione sostanziale e temporale ve ne sia uno solo necessario e sufficiente, al cui cospetto gli altri finiscano per essere ancillari è ancor più chiaro guardando sinotticamente la sentenza *Menci* in filigrana con *quella Garlsson Real Estate e altri*. Gli oneri derivanti dal doppio procedimento, pur nella prevedibilità del cumulo e nel meccanismo di contemperamento di cui all'art 187 *terdecies* non sono sufficienti a mantenere il complessivo trattamento sanzionatorio entro limiti di proporzione, anche perchè tale contemperamento vale necessariamente solo per la pena pecuniaria e non per quella detentiva, che già da sola assume forme draconiane e inoltre è operativo solo quando intervenga prima la sanzione amministrativa rispetto alla sanzione penale.

È ben vero che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo successiva alla sentenza *A e B vs Norvegia*, ha lasciato intendere come tutti i requisiti dettati in quest'ultima sentenza debbano concorrere per evitare la violazione della garanzia ed il difetto di una sola tra esse apra la strada ad una pronuncia che rilevi il difetto di connessione tra i due procedimenti<sup>21</sup>, ma ciò non toglie che tra i diversi parametri la proporzione possa assumere valenza preminente.

---

ne bis in idem *convenzionale*: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 4, dicembre 2017, p. 838 e ss.

<sup>21</sup> Corte Edu, I, *Johannesson e altri vs Islanda*, 18 maggio 2017, su cui Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari, in penale contemporaneo - riv. trim.*, 5/2017, 392 ss.

### 5.1 Conseguenze di teoria del giudizio. Il rovesciamento del metodo di validazione degli enunciati giuridici: il fatto come ‘criterio di legittimazione’ del diritto

Il riferimento alla sufficiente connessione temporale offre un criterio ambiguo anche per un'altra ragione, che non a caso conduce ad un ritorno dalla Corte di Giustizia al singolo giudice ordinario nazionale. La verifica della sostanziale connessione spetta a quest'ultimo perchè la valutazione è inevitabilmente condizionata da una serie di dati di fatto che solo il giudice dello Stato può padroneggiare.

A conferma, si noti che in alcune sentenze della Corte di Cassazione, il tema del *ne bis in idem* è stato inteso come una mera questione di merito estraneo alla verifica di legittimità<sup>22</sup>.

Si può concretizzare qui il rischio di valutazioni divergenti delle stesse normative da parte di giudici diversi: si tenga infatti conto che, come tipico del diritto eurounitario, la garanzia è direttamente azionabile, stando alle sentenze della Corte di Lussemburgo, alla luce dell'art. 50 della CDFUE.

La Corte di Giustizia, occupandosi di una questione apparentemente tecnica e incoloro, ha così tracciato una nuova traiettoria delle relazioni istituzionali tra legge e giudice, determinando l'insorgenza di un vero e proprio giudizio diffuso di effettività delle norme interne da parte del giudice nazionale. La stretta connessione sostanziale e cronologica, come è intuitivo rilevare, implica valutazioni fattuali e concrete e, come la stessa sentenza *Menci* sottolinea (§§ 58 e 59), esso comporta l'inevitabile ritorno del *thema decidendum* al giudice nazionale, in quanto unico arbitro del fatto, cui spetta l'ultima parola in ordine alla definizione del livello di gravità dell'illecito cui parametrare il carico sanzionatorio e processuale sostenibile dall'accusato.

Nella trama della sentenza si può notare, infatti, l'indicazione ai Tribunali nazionali di un nuovo metodo generale per approcciare le norme del diritto penale, in base al quale non si deve più giudicare solo *il fatto*, ma *la stessa legge* che quel fatto disciplina; ne consegue un 'innalzamento di livello' del giudice ordinario.

Ora al giudice è, infatti, consentito uno scrutinio diretto ed immediato della legge sulla base di valutazioni nuove, inerenti non più solo al contrasto *formale* tra norma interna e discipline eurounitarie (come del resto è sempre stato fin dalla sentenza della Corte costituzionale sul caso Granital<sup>23</sup>), ma *di adeguatezza sostanziale* della

---

<sup>22</sup> Cass., n. 19334 del 11 febbraio 2015; Cass., 20887 del 15 aprile 2015. Per un'analisi della giurisprudenza nazionale prima della sentenza della Corte Edu sul caso *A e B vs Norvegia* del 15 novembre 2016, Dova, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 febbraio 2016; Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *penale contemporaneo - Riv. trim.*, 1-2018, 122 ss.

<sup>23</sup> Nella nota sentenza Granital (Corte cost. n. 170/1984), la Corte costituzionale ha rivisto la posizione espressa nella sua giurisprudenza precedente, muovendo sempre dalla premessa che l'ordinamento nazionale e quello comunitario (oggi eurounitario) sono distinti e tra loro autonomi anche se coordinati, in quanto in forza dell'art. 11 della Costituzione sono

tutela rispetto agli *standard* di garanzia tracciati dal combinato disposto dell'art. 50 CDFUE e 4 Prot. VII CEDU.

Il principio di diritto espresso dalla Corte di Lussemburgo ha carattere metodologico e conformazione condizionalistico/ipotetica: se vi è una disposizione dell'ordinamento interno che il Giudice nazionale reputi un fattore di duplicazione privo di connessione sostanziale e cronologica di una disciplina sanzionatoria, consegue per il Giudice stesso il dovere di disapplicarla, diversamente il doppio binario dovrebbe perdurare.

Un simile vago, ma suggestivo, criterio per necessità è foriero di nuove questioni pregiudiziali da parte del giudice nazionale, implementano e seminano nuove occasioni di intervento della Corte di Giustizia (o, a seconda dei casi, della Corte Edu) a seconda di come si atteggi in concreto questa o quella vicenda in cui si registri una disciplina di doppio processo.

Simili criteri, in altro modo, generano un vincolo di dipendenza interpretativa del giudice nazionale da quello europeo, che precisa i propri principi per successive approssimazioni. Con un effetto secondario di certo non sgradito al Giudice eurounitario: questo modo di procedere dei rapporti tra giurisdizioni indice un'autolegittimazione, in via di fatto, della Corte sovranazionale, il diuturno fiorire di questioni rende la Corte un interlocutore indispensabile del cittadino europeo e del magistrato nazionale.

#### **6. La proporzionalità come *ratio essendi* del 'nuovo' *ne bis in idem* euroconvenzionale.**

All'esito dell'evoluzione giurisprudenziale ora tratteggiata e, in particolare, delle sentenze in commento, potrebbero preconizzarsi i seguenti scenari.

In primo luogo, una disciplina che offra una copertura legislativa al cumulo di sanzioni e procedimenti, prevedendo una qualche forma di temperamento, benchè sia indiziata di essere ritenuta compatibile con il principio del *ne bis in idem*, non è di per sè rispettosa di tutti i criteri richiesti dalla Corte. Il banco di prova sarebbe, ulteriormente e per la precisione, costituito dalla complessiva proporzionalità della sanzione, che risulta dunque essere il vero e unico reale criterio embricato nel *ne bis in idem* di 'seconda generazione'. É infatti compatibile con il diritto eurounita-

---

state trasferite alle istituzioni comunitarie le competenze relative a determinate materie. L'autonomia tra i due sistemi giuridici implica che la norma comunitaria provvista del requisito della immediata applicabilità impedisca alla norma nazionale (non importa se anteriore o successiva), eventualmente contrastante, di venire in rilievo per la disciplina del rapporto da parte del giudice nazionale. Ciò significa che la norma italiana contrastante con il diritto eurounitario non è né nulla né invalida, ma solo inapplicabile al rapporto controverso.

Ne consegue che la norma eurounitaria provvista di effetto diretto va applicata immediatamente dal giudice in luogo della norma nazionale confliggente, senza bisogno di ricorrere al giudizio di costituzionalità. In pratica, l'effetto diretto della norma europea rende inammissibile la questione di legittimità costituzionale della norma nazionale contrastante.

rio (e *a fortiori* lo sarebbe nell'ottica della CEDU) la disciplina del rapporto tra procedimento penale e tributario.

Rileva non solo il contemperamento di cui all'art. 21 d. lgs. 74/2000, che *sospende* l'esecuzione delle sanzioni amministrative nel corso del procedimento penale e lo impedisce definitivamente nel caso in cui il processo si chiuda con una condanna, ma anche la disposizione dell'art. 13 del medesimo decreto, in forza del quale il pagamento del debito tributario, in cui confluisce anche la relativa sanzione, determina un'attenuazione della pena (nei casi dei reati più gravi) se non il proscioglimento o archiviazione del processo penale, a seconda della fase processuale in cui ci si trova, per i reati meramente omissivi (cfr. *Menci* § 54-57)<sup>24</sup>.

Non così, invece, nel caso della disciplina degli abusi di mercato: non solo perchè l'art. 187 *terdecies* TUF si riferisce esclusivamente alla sanzione pecuniaria irrogata in sede penale, ma soprattutto perchè il congegno normativo funziona solo nel caso in cui la sanzione amministrativa giunga prima di quella penale. Allo stesso modo, nella terza delle sentenze citate (*Di Puma e Zecca*), relativa alla disciplina dell'*insider trading* (del tutto identica a quella della manipolazione del mercato sul piano sanzionatorio), la Corte di Giustizia riconosce infatti come non rispetti in alcun modo il principio di proporzione un sistema in cui le due tipologie di sanzioni viaggino su binari indipendenti.

In secondo luogo, il principio del *ne bis in idem*, nell'ottica della Corte di Lussemburgo, possiede un maggiore effetto pratico allorchè il giudizio penale *preceda* quello amministrativo piuttosto che nel caso reciproco. La *pena*, infatti, già di per sè è in grado di saturare, con il proprio carico sanzionatorio, tutto lo spazio reso disponibile per la reazione statale dal *ne bis in idem* ispirato alla proporzione. La sola sanzione amministrativa lascerebbe spazio ad una ulteriore sanzione penale, ove questa, diversamente da quella che è ora, non intervenisse con tutta la propria mole a far crollare sotto il proprio peso il sistema sanzionatorio per sproporzione.

---

<sup>24</sup> Con riferimento alla sentenza della Corte Edu *A e B vs Norvegia*, già evidenziava come il principio del *ne bis in idem* convenzionale sia stato "piegato" ad esigenze di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio Rudoni, *Sul ne bis in idem convenzionale*, cit., § 8; nello stesso senso, segnalava come tra i criteri enucleati dalla Corte quello della presenza di un contemperamento, al fine di garantire la proporzionalità della sanzione, fosse prevalente Tripodi, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie*, cit. Evidenzia come la sentenza *A e B vs Norvegia* non abbia in alcun modo modificato la nozione di *idem*, inteso come unico fatto materiale a prescindere dalla qualificazione giuridica, sancito dalla nota sentenza *Zolotukhin* (Corte Edu, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin vs Russia*), Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 2.