

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ELENA BINDI

**LA DELIMITAZIONE DEI CONFINI DEL *NE BIS IN IDEM*:
DALL'AUTOMATISMO ALLA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE**

13 GENNAIO 2020



Elena Bindi
La delimitazione dei confini del *ne bis in idem*:
dall'automatismo alla discrezionalità del giudice

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I più recenti orientamenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo. 3. L'introduzione in via legislativa di un meccanismo di compensazione sanzionatoria per i reati di *market abuse* nell'ordinamento italiano (d. lgs. n. 107 del 2018). 4. I più recenti interventi dei giudici nazionali. 5. (*segue*) Le ricadute interpretative del meccanismo di compensazione sanzionatoria. 6. La sentenza *Nodet* della Corte EDU: la *close connection* nei procedimenti sanzionatori in tema di *market abuse*. 7. La [sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale](#): ancora sul doppio binario sanzionatorio. 8. Il realismo delle Corti: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice.

1. Premessa

La previsione di sanzioni amministrative di indubbia valenza afflittiva è divenuta ormai una scelta costante dei legislatori di numerosi Stati europei. Tali sanzioni molto spesso continuano a “coabitare” con sanzioni penali, applicabili agli stessi soggetti per i medesimi fatti, con proliferazione di sistemi di doppio binario sanzionatorio.

L'ambito dei confini applicativi del *ne bis in idem* è stato pertanto oggetto, negli ultimi anni, di un ampio dibattito dottrinale che ha fatto seguito a rilevanti interventi giurisprudenziali, sia a livello interno che sovranazionale e internazionale¹. Le ormai famose sentenze della Corte EDU e della Corte di giustizia UE in materia, che si sono succedute nel tempo, sono ampiamente conosciute e commentate, per cui mi limiterò solamente a richiamarle per affrontare approfonditamente le evoluzioni giurisprudenziali più recenti.

A livello normativo europeo, sia internazionale che sovranazionale, il divieto di *bis in idem* è disciplinato, come è noto, sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi CDFUE).

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

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

In base alla clausola di equivalenza, prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE, laddove i diritti garantiti dalla Carta europea corrispondano a quelli tutelati nella CEDU, come appunto il divieto di *bis in idem* «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», salvo che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Sorge quindi il quesito se il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea.

¹ Per un approfondito *excursus* sull'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale del principio del *ne bis in idem* a livello nazionale e europeo cfr. P. COSTANZO - L. TRUCCO, [Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo](#), in [Consulta OnLine](#), Studi 2015/III, 860 ss.

2. I più recenti orientamenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo

Per rispondere a questo quesito bisogna ricordare che il problema si è posto soprattutto dopo la sentenza *Grande Stevens*², nella quale la Corte EDU ha censurato il doppio binario sanzionatorio.

In particolare, la Corte europea ha preliminarmente riconosciuto il carattere penale delle sanzioni pecuniarie della Consob sulla base di tre criteri (i c.d. criteri *Engel*³), peraltro alternativi e non cumulativi (è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale)⁴. Questi criteri sono 1) la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale, 2) la natura stessa di quest'ultima e 3) il grado di severità della sanzione.

Dopo aver riconosciuto il carattere penale delle sanzioni Consob, nonostante la loro qualificazione giuridica come sanzioni amministrative⁵, la Corte ha censurato non solo il cumulo tra sanzioni penali e amministrative punitive (*ne bis in idem* sostanziale), ma anche il doppio binario sanzionatorio, evidenziando come la carenza di un meccanismo di interruzione del secondo procedimento instaurato, dopo che il primo si sia concluso con pronuncia definitiva, a fronte dell'identità dei fatti (*ne bis in idem* processuale), determini la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7.⁶

²Cfr. Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*. Sulla sentenza *Grande Stevens*, v. *ex multis*, M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di "market-abuse"*, in *Giur. cost.*, 2014, 2942 ss.; A. LANZAFAME, *Il ne bis in idem vale anche per le sanzioni amministrative di natura afflittiva: la Corte di Strasburgo conferma l'approccio sostanzialistico e traccia la strada per il superamento del "doppio binario"*, in Federalismi.it, 20 giugno 2014, 2/2014; G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2014, 1053 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in E. DESANA, P. MONTALENTI, M. SALVADORI (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2016, 15 ss. B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2017, 306 ss.

³Cfr. Corte EDU, , 8 giugno 1976, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, il par. 82. Sui criteri *Engel* v. P. COSTANZO-L. TRUCCO, [Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo](#), cit., 864 ss.

⁴Cfr. Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, serie A n. 123), anche se ciò non ha impedito alla Corte di adottare un approccio cumulativo laddove un'analisi separata dei criteri stessi non consentisse di concludere per la sussistenza di un'"accusa in materia penale" (Corte EDU, *Grande camera, Jussila c. Svezia*, ric. n. 73053/01, 23 novembre 2006). Sono stati ritenuti "sostanzialmente" penali illeciti amministrativi (si v. ad esempio Corte EDU, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Öztiirk c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1985, 894 ss., con nota di C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale), illeciti tributari (recentemente, Corte EDU, IV Sez., 20 maggio 2014, ric. n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*) e illeciti disciplinari (Corte EDU, 28 giugno 1984, ric. nn. 7819/77, 7878/77, *Campbell e Fell c. Regno Unito*). Sul punto v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione)*, Padova, CEDAM, 2001, 125 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the UE*, in [Utrecht Law Review](#), 2013, 9, 211 ss.

⁵Nella sentenza *Grande Stevens*, con riferimento all'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", la Corte EDU al fine di accertare la natura sostanzialmente penale, ha tenuto conto sia della natura dell'illecito, sia della gravità e della natura delle sanzioni (parr. 94-101).

⁶Con specifico riguardo all'"identità del fatto", cioè all'"*idem*", la Corte richiede che tale valutazione sia effettuata in concreto e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti (l'*idem factum* e non l'*idem legale*), ravvisando l'identità del fatto allorquando, da un insieme di circostanze fattuali, i due giudizi riguardino lo stesso accusato in relazione a situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio. Come affermato a partire dal caso *Zolotoukhine c. Russia*, (Corte EDU, *Grande Chambre*, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*), la nozione di *idem* è intesa dalla Corte EDU come *idem factum*: «l'article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes» (par. 82). Il divieto di *bis in idem* trova dunque operatività ogni qualvolta due procedimenti "sostanzialmente" penali abbiano ad oggetto «*faits qui constituent un ensemble de*

Anche la Corte di giustizia, appena un anno prima nel famoso caso *Fransson*,⁷ si era pronunciata sul medesimo tema del divieto di *bis in idem* e sull'ambito di applicabilità dell'art. 50 della CDFUE⁸. In questa occasione, aveva affermato che il *ne bis in idem* ex art. 50 non impedisce ad uno Stato membro di cumulare sanzione fiscale e penale, sempre che la sanzione fiscale non celi una natura penale da accertare in concreto mediante l'applicazione dei criteri *Engel*. In altre parole, la Corte di giustizia non esclude in via generale la combinazione di sanzioni fiscali e penali, ma richiede ai giudici di verificare in concreto la natura della sanzione fiscale, alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza della Corte EDU, per impedire l'applicazione di una doppia sanzione penale irrogata per i medesimi fatti, in violazione del principio del *ne bis in idem*.

Se è vero pertanto che entrambe le Corti applicano i criteri *Engel* per verificare la natura penale della sanzione amministrativa, non accontentandosi della qualificazione della sanzione come amministrativa, la Corte EDU, una volta ravvisato che in uno stato membro un soggetto è sottoposto al doppio binario sanzionatorio, ordinava la cessazione del secondo procedimento.

La Corte di giustizia invece sembrava prevedere, oltre ai tre criteri *Engel*, un ulteriore criterio di verifica della natura penale della sanzione amministrativa, che finiva per immettere un nuovo elemento di valutazione della sussistenza del doppio binario sanzionatorio: il giudice non potrà proseguire nel secondo procedimento solo se già la prima sanzione irrogata sia effettiva, proporzionata e dissuasiva, in modo da non compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta di diritti UE, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Altrimenti, il cumulo tra sanzioni, penale e amministrativa (ancorché avente natura penale), potrà pur esserci, ma la misura sanzionatoria residuale dovrà essere contenuta nel limite necessario ad assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE⁹.

In sintesi, alla Corte di Strasburgo interessava, al fine di assicurare il rispetto della Convenzione, che gli Stati membri non prevedessero, al loro interno, il doppio binario sanzionatorio. Alla Corte di Lussemburgo, invece, interessava assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della

circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées» (par. 84). Con riferimento al divieto di un secondo giudizio (il c.d. "bis"), come specificato la Corte EDU, «l'articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni», e non si limita a sancire «il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione». Il divieto scatta dunque nel momento d'inizio del nuovo procedimento, quando vi è già un precedente passato in giudicato, non importa se di assoluzione o di condanna (v., ad es., Corte EDU, 3 ottobre 2002, ric. n. 48154/99, *Zigarella c. Italia*; Id., 30 aprile 2015, *Kapetanios e a c. Grecia*, ric. nn. 3453/12, 42941/12 et 9028/13). Con riferimento al reato di manipolazione del mercato v. C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Atti del Convegno a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, Giuffrè, 2010, 65 ss.; F. MUCCIARELLI, *Art. 185*, in M. FRATINI, G. GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, III, Torino, Utet, 2012, 2396 ss.; ID., *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 275 ss.

⁷ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

⁸ Il caso era originato da una questione pregiudiziale rinviata dall'autorità giudiziaria svedese e sorta durante un procedimento penale per frode fiscale aggravata a carico del signor Fransson, già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per il medesimo fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA. Il giudice svedese dubitava della legittimità del doppio binario sanzionatorio alla luce sia degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU, il parametro applicato dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens*, sia dell'art. 50 CDFUE, sopra richiamato. Sul concorso tra le Carte nazionali e europee in tema di *ne bis in idem*, cfr. F. CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem tra fonti nazionali ed europee (2018)*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, n. 3, 953 ss.

⁹ Cfr. il par. 36 della sent. *Fransson*, cit.; sul punto v. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2013, 297 ss. Del resto, la direttiva 2003/6/CE, *Market Abuse Directive: MAD*, prescriveva l'adozione di sanzioni amministrative e la possibilità di irrogare anche sanzioni penali, al fine di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE. Sulle ricadute dalla produzione giuridica dell'Unione europea nell'ordinamento penale italiano v. C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, 1 ss.; A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, ESI, 2015, 1 ss.

sanzione prevista dal diritto UE e all'interno di questa direttrice ricostruivano il divieto di *bis in idem* previsto nell'art. 50 CDFUE.

È da questa diversità di approccio iniziale fra le due Corti al medesimo tema, indubbiamente frutto del diverso ordinamento di riferimento, che bisogna pertanto ripartire per rispondere al quesito se il principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, si applica direttamente negli Stati membri dell'Unione europea, in forza della clausola di equivalenza, prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE.

Domanda, del resto, che gli stessi giudici italiani (Cassazione e Tribunale di Bergamo) hanno posto alla Corte di giustizia¹⁰, prima che la Corte EDU ritornasse sui suoi passi con la sentenza *A e B c. Norvegia*¹¹.

Secondo questa decisione non si avrebbe violazione del *ne bis in idem* convenzionale quando tra i due procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, esista una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*» (c.d. *close connection*). Tale connessione si verifica se i giudizi perseguono scopi differenti e se valutano aspetti diversi della medesima condotta illecita (nel caso di specie, il procedimento penale esaminava anche l'elemento delle frode, non rilevante in quello amministrativo)¹²; se sussiste la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria quale conseguenza del comportamento vietato; se non sussiste duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, in particolare attraverso una «adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento»; se è previsto un meccanismo di compensazione atto ad assicurare che le sanzioni complessivamente irrogate siano *proporzionate*, in modo da evitare che il soggetto sanzionato sopporti un onere eccessivo¹³.

Sotto il profilo temporale, invece, il requisito della «*sufficiently close connection*» può dirsi soddisfatto quando tra i due procedimenti vi sia anche un nesso di natura cronologica, senza però che debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine. Il loro svolgimento, peraltro, deve, dal punto di vista temporale, essere «*sufficientemente vicino*», altrimenti il soggetto sanzionato verrebbe a subire un pregiudizio sproporzionato in quanto esposto a uno stato di perenne incertezza, ritardi e eccessiva durata nel tempo dei procedimenti¹⁴.

¹⁰ Cfr. Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, *Menci* (C-524/15), in [Diritto penale contemporaneo](#), con osservazioni di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, 28 settembre 2015; Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016, n. 20675, in [Diritto penale contemporaneo](#), 17 ottobre 2016, con osservazioni di F. VIGANÒ, *A never ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*; Cass. civ., Sez. II, ord. 15 novembre 2016, n. 23232, *Di Puma c. Consob*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 28 novembre 2016, con osservazioni di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*; Cass. civ., Sez. II, ord. 23 novembre 2016, *Consob c. Zecca*

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 18 novembre 2016; A. LONGO, F.M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in [Federalismi.it](#), 28 giugno 2017; G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del ne bis in idem*, in [European papers, a journal on law and integration](#), 18 aprile 2017, 2/2017, 243ss.; A. PERRONE, *Il criterio della "sufficiently close connection" ed il suo rapporto con il principio del ne bis in idem sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, n. 3, 1127 ss.; G. ANGIOLINI, *Una questione irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.; L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 2017, I, 173 ss.

¹² Cfr. i parr. 132 e 144 della sent. *A e B c. Norvegia*. Nel par. 144 si sottolinea che nel sistema norvegese le sanzioni amministrative tributarie hanno finalità sia di *deterrenza*, sia di *compensazione* degli sforzi, umani e finanziari, che l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, viceversa quelle penali hanno finalità *esclusivamente punitiva* della condotta antisociale.

¹³ Cfr. il par. 132 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

¹⁴ Cfr. il par. 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit., dove la Corte specifica che "più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti". La Corte Edu, dunque, seguendo il suggerimento della Corte suprema norvegese e riallacciandosi ad alcuni

Dalla sentenza *A e B* deriverebbe quindi che gli Stati membri possono prevedere un doppio binario sanzionatorio, purché conforme ai criteri in cui si articola la *close connection*, tra i quali la proporzionalità.

Peraltro, questa sentenza riguardava il cumulo tra una sanzione amministrativa tributaria e una sanzione penale; diverso, ben si sa, è il caso di cumulo tra sanzione Consob per *market abuse* e sanzione penale.

Forte del *revirement* della Corte EDU, la Corte di Giustizia ha dunque risposto al quesito su quanto sia vincolante l'interpretazione data dalla Corte EDU (o, più precisamente, se in forza della clausola di equivalenza il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea), con tre sentenze pronunciate nello stesso giorno. Si tratta di tre sentenze che riguardano questioni diverse: una concerneva la legittimità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia fiscale -evasione di IVA- (sentenza *Menci*); le altre due riguardavano la legittimità del cumulo della sanzioni penale ed amministrativa per abuso di informazioni privilegiate e per manipolazione del mercato -in questi ultimi casi la sanzione amministrativa era stata inflitta dalla Consob-(sentenze *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*)¹⁵. E la conclusione cui è giunta la Corte di Giustizia è che nonostante i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, e sebbene la clausola di equivalenza disponga che i diritti in essa contemplati hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione Europea non vi abbia aderito, un atto formale dell'Unione Europea.

Inoltre, l'art. 52, par. 3, della Carta (CDFUE) intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea». E ciò è sufficiente alla Corte per affermare che «di conseguenza l'esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e in particolare del suo articolo 50» (par. 26 sentenza *Garlsson*).

La Corte di Giustizia ha invece incentrato la motivazione sulla garanzia della proporzione complessiva delle pene cumulativamente irrogate per lo stesso fatto: affinché il principio di proporzionalità sia rispettato occorre che gli oneri risultanti dal cumulo sanzionatorio siano limitati allo stretto necessario per garantire l'obiettivo di interesse generale. E dunque occorrono norme che assicurino un coordinamento tra i due procedimenti, nonché «l'obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato.» (par. 56 sent. *Garlsson*)¹⁶.

precedenti in materia di ritiro della patente, ha superato quanto affermato nella sentenza *Grande Stevens*. Anzi sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere anche qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale. Così F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 18 novembre 2016; E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 23 dicembre 2016, 8.

¹⁵ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*. Al riguardo, cfr. M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decumum della Corte di Giustizia nelle 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)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1/2018; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 207 ss. E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo fra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, febbraio 2019, 348 ss. In particolare sulla sentenza *Garlsson*, v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), fasc. 2/2018, 14 luglio 2018, 1 ss. Infine, per una analisi approfondita della sentenza *Menci* v. P. I. D'ANDREA, *Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali. Nota a CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15*, Luca Menci, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), fasc. 2/2018, 20 maggio 2018; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in [Eurojus.it](#), 2018; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.

¹⁶ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.

Strumenti di coordinamento tra i due giudizi, sia *ex ante* che *ex post* sono difatti necessari per evitare il *bis in idem* e questa affermazione costituisce una novità rispetto alla precedente, più generale, sentenza *Fransson*.

La sentenza *Garlsson* ha quindi censurato il sistema del doppio binario in materia di abusi di mercato, che, nel testo previgente dell'art. 187-terdecies¹⁷, disciplinava la compensazione sanzionatoria soltanto tra sanzioni di tipo pecuniario¹⁸, non incidendo in alcun modo sul cumulo tra pene eterogenee, -sanzione amministrativa pecuniaria e pena detentiva- che avrebbe potuto determinare un trattamento punitivo sproporzionato e quindi una violazione del divieto di *bis in idem*. Non vi era, infatti, nessuna norma di coordinamento tra la pena della reclusione e la sanzione amministrativa "punitiva"¹⁹ tendente a garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte fosse «limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione» (par. 60 sentenza *Garlsson*)²⁰. E pertanto, il coordinamento *ex post* non era assicurato dall'ordinamento e quindi non vi era garanzia sulla proporzionalità della sanzione.

3. L'introduzione in via legislativa di un meccanismo di compensazione sanzionatoria per i reati di market abuse nell'ordinamento italiano (d. lgs. n. 107 del 2018)

Il *revirement* della Corte EDU nella sentenza *A e B c. Norvegia*, con l'introduzione di una clausola di flessibilità qual è la *close connection*, e ancor più l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia, hanno reso senz'altro più difficile il verificarsi in concreto di violazioni al principio del *ne bis in idem*, e questo ha in parte "tranquillizzato" gli Stati membri che si vedevano minacciati dagli automatismi applicativi del *ne bis in idem* per le ricadute sistemiche sugli ordinamenti nazionali. Tale *revirement* non aveva, tuttavia, fatto venir meno in Italia l'esigenza di un intervento legislativo.

Un intervento legislativo era ancor più necessario in attuazione della normativa dell'Unione europea sulla prevenzione degli abusi di mercato²¹ e alla luce dei principi fissati dalla sentenza

¹⁷ Prima quindi della riforma avvenuta con il d. lgs n. 107 del 2018, sulla quale v. *infra* il paragrafo 3.

¹⁸ Prevedeva cioè un coordinamento solo tra pene pecuniarie, e pertanto, nel caso di applicazione di una sanzione penale pecuniaria e di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima era limitata alla parte eccedente l'importo della seconda.

¹⁹ Cioè formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, e quindi afflittiva, o "punitiva" come preferisce definirla la Corte costituzionale: cfr. [Corte cost., sent. n. 63 del 2019](#). Sulla quale cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2 aprile 2019); G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, *ivi*; E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.* 2019, fasc. 2.

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

²¹ Cfr. il regolamento U.E. n. 596/2014 sulla prevenzione degli abusi di mercato (*Market abuse*, c.d. regolamento MAR). Tale regolamento ha il fine di determinare un quadro normativo comune in materia di abusi di mercato, prevedendo, tra l'altro, che gli Stati nazionali determinino sanzioni per i casi di abuso di informazioni privilegiate, manipolazioni del mercato, comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Sul punto cfr. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 4/2015, 305 ss.; ID., *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1/2018, 2 ss. Sul lungo iter normativo che precede l'adozione del d.lgs. n. 107 del 2018, e la difficile attuazione della disciplina eurounitaria da parte del legislatore italiano v. anche E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Direttiva 57/2014/UE*, in [La legislazione penale](#), 2015; ID., *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in [Diritto penale](#)

Garlsson della Corte di giustizia del marzo 2018, che aveva evidenziato come nell'ordinamento italiano non vi fosse nessuna norma di coordinamento tra la pena della reclusione e la sanzione amministrativa "punitiva", diretta ad assicurare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato²².

È intervenuto dunque il legislatore italiano con il decreto legislativo del 10 agosto 2018, n. 107²³, ma limitatamente agli abusi di mercato, modificando diverse disposizioni del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF).

In particolare, l'art. 6, comma 17, del decreto in questione ha sostituito integralmente l'art. 187-*terdecies* del TUF con un nuovo articolo, intitolato «*applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative*»²⁴, stabilendo, per gli abusi di mercato, alcune regole di coordinamento tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa²⁵.

[contemporaneo](#), fasc. 11/2017, 228 ss.; ID., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in [Diritto penale contemporaneo](#), fasc. 5/2017, 271; M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le società*, 2016, 218 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto con gli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 1/2016, 202 ss.

²² Cfr. il par 60 della sentenza *Garlsson*, sul quale v. *supra* il paragrafo n. 2. Del resto, la stessa Corte costituzionale aveva inviato l'ennesimo monito al legislatore italiano, affermando testualmente che ben si possono ancora verificare violazioni del divieto di *bis in idem* «sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che il sistema del c.d. doppio binario genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU ([sent. 102 del 2016](#))»: così [Corte cost., sent. 43 del 2018](#), punto n. 9 del *Considerato in diritto*, con osservazione di A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 13 marzo 2018. Su tale sentenza v. anche le osservazioni di F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del 'ne bis in idem' europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo ruolo del 'ne bis in idem' costituzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, ivi, 530 ss.; A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, nelle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, in R. ROMBOLI- A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli di esperienze a confronto*, Torino, 2019, 323 ss., spec. 332 ss.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, Relazione al Seminario annuale - Il sistema "accentrato" di costituzionalità, Pisa, 25 ottobre 2019, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2019/3, 5 dicembre 2019, 116 ss. In generale per una ricostruzione delle vie esplorate dai giudici italiani per uniformarsi alla giurisprudenza CEDU, sia consentito rinviare a E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [Federalismi.it](#), n. 17/2018, 12 settembre 2018.

²³ Cfr. il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107 pubblicato, il 14 settembre 2018 (con entrata in vigore 29 settembre), «*norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento U.E. n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124 UE, 2003/125/CE e 2004/74 CE*». Su tale decreto cfr. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 10 ottobre 2018; L. ROCCATAGLIATA, *La riforma del diritto sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al D. lgs. 107/2018*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 2018, 11; nonché, E. BINDI-A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019, 75 ss.

²⁴ La norma prevede che «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187 *septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento della irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.»

²⁵ Regole di coordinamento richieste dall'art. 8 della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (*delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea*). In particolare, il comma 2, lett. f, dell'art. 8 recita, per quanto interessa: «rivedere l'art. 187-*terdecies* del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, prevedendo che l'autorità giudiziaria o la Consob tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate nonché disponendo che l'esecuzione delle sanzioni penali o amministrative aventi la medesima natura».

Prima facie, il nuovo art. 187-terdecies sembra rispecchiare il dettato delle sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018²⁶. La norma prevede, infatti, che «l'autorità giudiziaria o la Consob tengano conto, al momento della irrogazione delle sanzioni di propria competenza delle misure punitive già irrogate». Si tratta di un modello di coordinamento *ex ante*, da effettuarsi quando è stata irrogata una sanzione ma non ancora l'altra, così come in effetti indicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Del pari, la previsione che «l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato, ovvero della sanzione amministrativa è limitata alla parte eccedente a quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria» configura un modello di coordinamento *ex post*, anche in questo caso sollecitato dalla sentenza della Corte di Giustizia.

La “stringatezza” della disposizione pone, tuttavia, non pochi problemi interpretativi, finendo non soltanto per accentuare le preesistenti problematiche, ma creandone di nuove e non meno rilevanti²⁷.

In primo luogo, il decreto legislativo non disciplina espressamente il cumulo di sanzione amministrativa pecuniaria e sanzione della reclusione e, nonostante questa carenza normativa fosse stata evidenziata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Garlsson*, la riforma non vi ha posto rimedio.

Da qui il primo problema interpretativo concernente la non semplice opera di coordinamento tra i due apparati sanzionatori, amministrativo e penale, in assenza di parametri legali predeterminati: dovendo procedere a valutare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato, «*quid iuris* della quota di sanzione pecuniaria applicata in eccedenza rispetto a quella del minimo edittale prevista dalla norma incriminatrice (pena stimata equa dal giudice)?»²⁸.

Sembra inverosimile ma nel caso in cui la sanzione pecuniaria amministrativa dovesse essere assai elevata, al punto da eccedere notevolmente rispetto a quella della multa che il giudice penale stimasse adeguata nel concreto, ciò potrebbe determinare la *totale erosione* della pena detentiva.

Anche il secondo problema salta subito agli occhi e discende dal fatto che la norma attribuisce alla Consob un *potere valutativo illimitato* rispetto all'entità di sanzioni definite come sostanzialmente penali. Il decreto legislativo non determina, difatti, né le modalità, né i criteri né i limiti del potere della Consob di “*tenere conto*” della sanzione già irrogata²⁹. E tutto ciò in un contesto in cui, come è ben noto, la Consob può irrogare, in materia di *market abuse*, sanzioni di molti milioni di euro, quindi gravemente afflittive, alle quali sono poi collegate ulteriori sanzioni accessorie che incidono direttamente sui diritti di libertà della persona.

Può un'autorità amministrativa, sottoposta per definizione al principio di legalità, essere legittimamente dotata di un potere discrezionale di questa ampiezza? Tanto più che le sanzioni Consob vengono emanate a seguito di un procedimento amministrativo, caratterizzato da un contraddittorio di tipo verticale, e non a seguito di un procedimento giurisdizionale, corredato delle

²⁶ Corte di Giustizia UE, sentenze *Menci*, cit.; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., e *Di Puma e Zecca.*, cit., sulle quali v. *supra* la nt. 15.

²⁷ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit. Sul punto anche E. BINDI-A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, cit., 82.

²⁸ Così F. MUCCIARELLI, “*Doppio binario*” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in [Diritto penale contemporaneo](#), 15 marzo 2019, che sottolinea come «il giudizio penale rischierebbe di ridursi a una sorta di rito che si compie al solo scopo della sua stessa celebrazione (posto che, nell'ipotesi appena congetturata, proprio il tipo di pena alla cui irrogazione è tipicamente volto finirebbe con l'essere non applicabile)».

²⁹ Basti pensare, solo per fare un esempio, che la legge n. 689 del 1981 per evitare una libertà di valutazione dell'amministrazione nell'irrogazione di sanzioni amministrative, prevede una serie di criteri cui la amministrazione deve attenersi per valutare la forbice tra il minimo e il massimo (art. 11 significativamente intitolato «*criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*»).

garanzie di separazione tra attività istruttoria e decisoria, di formazione della prova, di contraddittorio orizzontale che caratterizza questa funzione³⁰.

Un terzo problema interpretativo attiene al *potere valutativo illimitato* rispetto all'entità delle sanzioni penali che viene attribuito all'*autorità giudiziaria*. Anche quest'ultima "tiene conto" delle misure punitive già irrogate; e anche qui si può porre il problema se una norma di questa ampiezza sia rispettosa del principio di legalità delle pene di cui all'art. 25 Cost.³¹.

Un quarto problema interpretativo riguarda le *sanzioni interdittive già irrogate dalla Consob*. Con riferimento ad esse si pone il problema se il giudice penale dovrà tenerne conto e, in caso affermativo, come sembra ragionevole, rimane attribuito al *potere valutativo illimitato* del giudice stabilire in base a quali criteri tenerne conto.

Un ultimo problema interpretativo concerne i casi in cui il soggetto sanzionato acceda, nel "binario penale", ad un *rito speciale* avente natura premiale (patteggiamento o rito abbreviato) e consegua in tal modo uno sconto significativo sulla sanzione penale. In questi casi, si può verificare l'ipotesi che il secondo giudice includa lo sconto per il rito nella valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato. Così facendo, chi ha beneficiato della riduzione di pena per aver aderito al rito speciale viene dapprima premiato con lo sconto di pena e poi costretto a subire una pena maggiore a seguito della valutazione della proporzionalità della sanzione complessiva³².

Molti sono, dunque, i problemi interpretativi che la nuova formulazione dell'art. 187-terdecies ha lasciato aperti, ai quali i giudici italiani, come vedremo, hanno cominciato a dare risposta³³.

4. I più recenti interventi dei giudici nazionali

L'importante *overruling* della Corte di Strasburgo con la sentenza *A e B c. Norvegia*, che ha ridimensionato il contenuto convenzionale del *ne bis in idem*, non poteva non avere importanti ricadute all'interno degli Stati membri non solo, come si è visto, in termini di disciplina normativa del cumulo sanzionatorio, ma anche più in generale nei rapporti tra Corti nazionali e Corti europee.

La Corte costituzionale italiana ha infatti evidenziato come la presa di posizione della Corte di Strasburgo «*ha impresso un nuovo sviluppo alla materia*», attribuendo al requisito del «*legame materiale e temporale sufficientemente stretto*» ("sufficiently closely connected in substance and in time"), [...] *tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza*».³⁴ In altre parole, la Corte costituzionale italiana non si è lasciata sfuggire

³⁰ Cfr. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 79 ss.; S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 241 ss.

³¹ Cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 17 giugno 2019, 2, secondo il quale, tuttavia si tratta di un «un meccanismo che, per quanto desti non secondarie perplessità di ordine costituzionale nella prospettiva della legalità della pena, assicura nondimeno un vaglio giudiziario di proporzionalità del trattamento punitivo complessivo rispetto al concreto disvalore di ogni fatto oggetto di giudizio».

³² Cfr. L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 2018, 11, dove giustamente si legge che ciò è "profondamente sbagliato, sia su un piano astratto, perché la riduzione di pena in questi casi si giustifica con la rinuncia al diritto di difesa e con la conseguente contrazione dei tempi di giudizio, e non ha nulla a che vedere con la proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto. Sia, ancor più gravemente, su un piano concreto, perché si giungerebbe così al paradosso per cui chi accede al rito speciale viene prima premiato con lo sconto di pena e poi punito con una valutazione più severa in punto di proporzionalità. Al punto che tanto varrebbe evitare ogni istanza di rito speciale".

³³ V. *infra* il paragrafo n. 5.

³⁴ Cfr. [Corte cost. sent. n. 43 del 2018](#), cit., *Considerato in diritto*, punti 5 e 6, sulla quale v. la bibliografia citata *supra* alla nt. 22. Nel caso di specie, occorre evidenziare che il Tribunale di Monza, avendo sollevato la questione di legittimità costituzionale prima della pronuncia da parte della Corte EDU della sentenza *A e B c. Norvegia*, non ha potuto ovviamente tener conto del nuovo orientamento della Corte di Strasburgo circa la *close connection*, ossia della clausola

l'occasione di sottolineare che mentre in precedenza l'autonomia dei due giudizi «*escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia*»³⁵.

Che la Corte costituzionale si allineasse alla Corte EDU non può del resto stupire, perché da tempo anche i giudici italiani reclamavano una soluzione che premettesse loro di salvare il doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo sostanzialmente penale), previsto in molti paesi europei.

Del resto, la Corte costituzionale norvegese aveva costruito la sua sentenza nel 2010 valorizzando il criterio della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta «nella consapevolezza che il caso sarebbe giunto a Strasburgo»³⁶. Aveva cioè suggerito essa stessa la decisione del caso, attraverso un “dialogo” intergiurisprudenziale, per trovare una soluzione condivisa ad un problema che riguardava molti paesi europei, come dimostra il fatto che ben sei stati sono intervenuti per sostenere le ragioni della Norvegia³⁷.

della sufficiente connessione sia sostanziale che temporale. Il dubbio di legittimità costituzionale era stato pertanto «*correttamente formulato*», alla luce della «*giurisprudenza europea allora in essere*». La Corte costituzionale, proprio a seguito della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, preferisce, quindi, la soluzione della restituzione degli atti al giudice *a quo* per una rivalutazione della rilevanza per *jus superveniens*, anziché pronunciare una sentenza di inammissibilità confermando quanto deciso con la [sent. n. 102 del 2016](#). Alla luce di questo *overruling* in tema di *ne bis in idem*, la Corte avrebbe potuto persino non lasciarsi sfuggire l'occasione per dichiarare infondata la questione, perché i due procedimenti, connessi dal punto di vista sostanziale e temporale, possono essere visti come parti di un sistema integrato di gestione dell'illecito (cfr. S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.*, cit.). Non vi sarebbe stata pertanto violazione del divieto di *bis in idem*, previsto dall'art. 4, Prot. 7, come interpretato dalla Corte europea, norma interposta la cui violazione determina indirettamente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. (stante l'insegnamento delle sentenze gemelle: cfr. ampiamente, *supra*, il cap. 1, par. 1.3.). È vero che in questo caso, la sanzione ammontava al 120% dell'importo evaso, mentre nel caso *A e B c. Norvegia* la sanzione si limitava al 30%. E quindi si era in presenza di una sanzione qualificata dall'ordinamento italiano come amministrativa di elevata entità. Peraltro, già in un'altra pronuncia (la [sent. n. 276 del 2016](#)), la Corte costituzionale italiana, nell'applicare i criteri *Engel* per valutare l'afflittività di una sanzione amministrativa, si è dimostrata particolarmente esigente nel richiedere un alto grado di severità della sanzione, tanto da risultare assai poco convincente quando ha ribadito che scopo della misura della sospensione di diritto dalla carica elettiva sia «*esclusivamente quello di tutelare la pubblica funzione in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato*» (cfr. il *Considerato in diritto*, punti 5 e 6.1).

³⁵ Cfr. [Corte cost., sent. n. 43 del 2018](#), cit. Sulla stessa scia della Corte costituzionale di valorizzazione della *close connection* si erano, del resto, già mossi anche altri giudici nazionali, come ad esempio la Cassazione penale, con una sentenza del 15 dicembre 2016 Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, in [Diritto penale contemporaneo](#), 21 aprile 2017, con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al “doppio binario” sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, nonché il Tribunale di Milano in un'ordinanza del 6 dicembre 2016 (ord. Trib. Milano, Sez. I penale, 6 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, cit.).

³⁶ F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 18 novembre 2016.

³⁷ Anzi sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere *anche qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo*, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale: cfr. ancora F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, che sottolinea come: «In tal modo, i giudici norvegesi stessi hanno posto le premesse teoriche dell'odierna sentenza: senza sbattere il pugno sul tavolo invocando ‘controlimiti’ o pretese identità costituzionali nazionali, ma giocando – per così dire – sullo stesso terreno della Corte EDU; e cioè lavorando essi come ‘primi giudici’ della Convenzione e dei suoi protocolli, avvertiti come espressione di un patrimonio giuridico e valoriale condiviso tra Stato nazionale ed orizzonte europeo.[...]. Il risultato potrà, certo, apparire deludente, per le ragioni benissimo enucleate dal giudice Pinto, che qui si sono potute soltanto schematicamente riassumere. Ma, almeno, esso appare come il risultato di uno sforzo comune tra giurisdizione nazionale e giudici di Strasburgo, alla ricerca di uno standard *europeo* di tutela del diritto fondamentale in gioco – valido per tutti i quarantatré Stati firmatari del prot. 7 – in una questione cruciale, che taglia trasversalmente assetti di disciplina nazionali ed europei di enorme rilevanza; in attesa, naturalmente, che anche i giudici di Lussemburgo forniscano anch'essi il proprio contributo in questa difficile ricerca.».

La Corte costituzionale italiana è stata pertanto ben lieta di seguire l'interpretazione accolta della Corte EDU nella sentenza *A e B*, sebbene costituisse un *revirement* -per quanto della *Grande Chambre*³⁸- rispetto all'orientamento consolidato e fosse pronunciato nei confronti di un altro Stato, la Norvegia.

Come la Corte costituzionale, anche la Corte di Cassazione non si è sottratta alla tentazione di utilizzare la *close connection* per riacquisire una più ampia discrezionalità al fine di salvare il doppio binario sanzionatorio in presenza di due procedimenti sanzionatori "punitivi"³⁹.

Nella sentenza *Franconi*, la quinta sezione penale della Corte di Cassazione, pronunciandosi in tema di manipolazione del mercato ha evidenziato come, a seguito della sentenza *A e B c. Norvegia*, «i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a *garanzia di tipo sostanziale*. Infatti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia *complessivamente proporzionata alla gravità del fatto* e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio e alla autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione»⁴⁰.

Sempre la quinta sezione penale della Corte di Cassazione, in una sentenza di poco successiva sul caso *Chiarion Casoni* in tema di *insider trading*, ha risolto la questione probabilmente più spinosa della *close connection* relativa agli abusi di mercato, ritenendo che gli ambiti di operatività e gli scopi delle normative amministrative e penali sono diverse e complementari (cosa invero dubbia)⁴¹. Gli altri requisiti della connessione sono stati invece ritenuti di più facile dimostrazione, dato che nei casi di *market abuse* sussiste possibilità di osmosi tra le acquisizioni del procedimento amministrativo e quelle del procedimento penale⁴², e normalmente procedimento amministrativo sanzionatorio e

³⁸ Sul punto v. A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, nelle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, cit., 332 ss.

³⁹ Su queste sentenze cfr. E. FUSCO-G. BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse. Qualche punto fermo in una materia ancora in attesa di un moderno assetto normativo*, in [Diritto penale contemporaneo](#), fasc. 1/2019, 8 ss. Nella specie, la Corte di Cassazione, alla luce di questa premessa, ha proceduto direttamente a sindacare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, in applicazione dell'art. 620 co. 1 lett. l) c.p.p. che precede l'annullamento senza rinvio nei casi in cui la Corte ritenga «di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

⁴⁰ Cass., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, *Franconi*, punto n. 3.3.4.b del *Considerato in diritto* (corsivi non testuali), in [Diritto penale contemporaneo](#), 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

⁴¹ Cfr. Cass. Sez. V n. 49869 del 21.9.2018, *Chiarion Casoni*, nella quale la Cassazione afferma la complementarità delle normative amministrative e penali ricordando il diverso ancoraggio del giudizio di colpevolezza e l'equiparazione, per l'illecito amministrativo del tentativo alla consumazione. Inoltre, nell'illecito amministrativo vi sarebbe una più marcata finalizzazione alla tutela oggettiva del mercato e alla fiducia negli investitori, mentre nella normativa penale una funzione speciale preventiva.

⁴² Ancora la sentenza *Chiarion Casoni*, cit., ha ricordato come la Consob sia titolare di diritti e facoltà processuali che, nel procedimento penale sono riconosciuti agli enti e alle associazioni rappresentative degli interessi lesi dal reato (art. 187-*undecies* TUF); come la Consob sia titolare di poteri di indagine, previa autorizzazione del Procuratore della Repubblica (art. 187-*octies* comma 5 TUF); come l'art. 187-*decies* del TUF disciplini lo scambio di informazioni funzionale all'accertamento delle violazioni. Inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le relazioni ispettive dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed il contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari. Tuttavia, come giustamente sottolinea M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit., il necessario coordinamento processuale strumentale a minimizzare gli oneri supplementari che derivano da tale cumulo è liquidato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Cassazione «in poche battute (semplicemente rilevando l'esistenza di obblighi di cooperazione ai sensi dell'art. 187-*decies*)». Per contro, basti pensare che «nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo». Inoltre, «senza contare le implicazioni sistematiche, anche nell'ottica del giudizio di *close connection*, derivanti dalla circostanza che la Consob, autorità sanzionatoria nel procedimento amministrativo, diventa addirittura parte processuale – legittimata a costituirsi parte civile – nel procedimento penale».

procedimento penale vanno di pari passo (anche se il primo si conclude normalmente assai prima). Ha, quindi, optato per la prevalenza del processo penale e della pena irrogata al termine di tale processo, per adeguare il trattamento sanzionatorio complessivo al caso concreto, anche mediante disapplicazione delle norme sanzionatrici amministrative sostanzialmente penali, mentre ha individuato come caso “limite” la disapplicazione della normativa penale a fronte di una sanzione amministrativa già proporzionata. Ma questa ipotesi, sicuramente eccezionale, rappresenta più una sorta di norma di chiusura dell’ordinamento che non uno strumento ordinario di determinazione della pena. La forbice tra minimo e massimo edittale, nelle sanzioni amministrative in tema di *market abuse*, è infatti così ampia che è raro che la sanzione possa essere irrogata nel massimo in presenza di un fatto di gravità penale contenuta.

Infine, si può richiamare la sentenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione civile⁴³, che si è pronunciata sul noto caso *Ricucci*, sentenza che costituisce dunque il “seguito” della sentenza *Garlsson Real Estate* della Corte di Giustizia. In questo caso, in cui è stato richiamato il nuovo assetto normativo, la Cassazione ha privilegiato la risposta sanzionatoria penale per gli abusi di mercato e ha ribadito che, per sindacare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, occorre valutare la pena concretamente irrogata e non quella edittale, ritenendo poi, nel caso di specie, sussistente una sufficiente connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo, parallelamente avviati⁴⁴.

Come si vede il ragionamento della Cassazione, in tutte queste sentenze, è prevalentemente, se non esclusivamente⁴⁵ incentrato sulla *proporzionalità del cumulo sanzionatorio* rispetto alla gravità del reato.

Del resto, anche la Corte di giustizia ha fondato le sue argomentazioni sul criterio sostanziale della proporzionalità del cumulo sanzionatorio, senza verificare l’esistenza degli altri profili sostanziali e del profilo temporale della *close connection*, e ciò ha contribuito a consolidare l’orientamento dei giudici italiani secondo il quale affinché sussista tale clausola è sufficiente limitarsi ad assicurare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato.

Ma non sono mancati neppure sentenze in cui i giudici italiani per accertare la sussistenza della *close connection*, cioè di quel «*legame materiale e temporale sufficientemente stretto*», grazie al quale il doppio binario sanzionatorio è legittimo, si sono accontentati di riscontrare il solo profilo di collegamento *temporale*⁴⁶. Mentre la Corte EDU nella sent. *A e B* -è bene ribadirlo- era stata chiara

⁴³ Cfr. Cass. Sez. trib. civ. n. 27654 del 9 luglio 2018, *Ricucci*, che ha richiamato il nuovo assetto normativo previsto nella direttiva 2014/57/UE e il d.lgs. 107 del 2018.

⁴⁴ Cfr. ancora Cass. n. 27654 del 9 luglio 2018, *Ricucci*, cit., nella quale la Cassazione rinvia alla Corte d’Appello di Roma la valutazione del cumulo sanzionatorio riconoscendole la possibilità, oltre ad annullare o confermare la sanzione amministrativa, anche di ridurla «al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata nei limiti della efficacia, proporzionalità e dissuasività».

⁴⁵ Nei casi *Franconi* e *Chiarion Casoni*, cit.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 2456, in [Diritto penale contemporaneo](#), 16 marzo 2018 con nota di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and in time*. Dopodiché, accertata la complessiva contemporaneità dello svolgersi dei due procedimenti conclude asserendo apoditticamente che «deve ritenersi una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti sanzionatori». E così facendo, restringe la portata del diritto fondamentale a non essere perseguiti due volte per il medesimo fatto, ben oltre rispetto a quanto ammesso dalla Corte Edu, la quale ai fini del riscontro della *close connection*, richiede invece la presenza di tutti i profili di collegamento, sostanziale e temporali, come individuati nella sentenza *A e B c. Norvegia*, e confermati nella successiva sentenza *Jóhannesson e a. c. Islanda* (sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 22 maggio 2017). Come sottolinea Tripodi, la Corte di Cassazione rovescia «la prospettiva metodologica implicitamente avallata dalla decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda*, secondo la quale, ai fini del riscontro di una connessione procedimentale sufficientemente stretta, sarebbe necessario il soddisfacimento di tutti i profili di collegamento (con relativi indici) individuati nell’arresto *A. e B. c. Norvegia*. Diversamente, la sentenza in esame sembra affermare la regola opposta, secondo la quale sarebbe sufficiente il riscontro anche di un solo profilo di correlazione – in specie, quello cronologico – perché il *test* abbia un esito positivo». In definitiva, secondo l’A. si ha la sensazione che la Suprema Corte, sia arretrata di fronte «alle questioni “di sistema” sollecitate dagli indici sostanziali – questioni che avrebbero richiesto un’approfondita analisi del quadro normativo di riferimento –, finendo per concentrarsi

nel richiedere il soddisfacimento di *tutti* i profili di collegamento (con relativi indici), perché il *test* abbia un esito positivo. La Corte EDU non si accontenta, infatti, del solo nesso sostanziale della proporzionalità del cumulo sanzionatorio ma, a differenza della Corte di giustizia e della Cassazione italiana, richiede anche uno stretto legame dal punto di vista temporale. Non si accontenta però nemmeno del solo collegamento temporale: affinché sussista la *close connection* la Corte EDU richiede dunque *tutti* i profili (temporale e sostanziale), per cui il profilo di collegamento temporale di per sé non è sufficiente, se non è accompagnato anche dai profili sostanziali.

5. (segue) *Le ricadute interpretative del meccanismo di compensazione sanzionatoria*

Non mancano neppure casi in cui emergono con tutta evidenza i problemi interpretativi del cumulo tra pene eterogenee, che la nuova formulazione dell'art. 187-terdecies non è riuscita a ovviare. Esempio al riguardo è la vicenda di doppio binario sanzionatorio per manipolazione del mercato, che ha visto coinvolta dapprima la Consob e poi il Tribunale di Milano⁴⁷.

La Consob ha difatti irrogato una sanzione pecuniaria amministrativa, divenuta definitiva, di 100.000 euro, dopodiché si è pronunciato il Tribunale di Milano, che ha ritenuto di dover fissare la pena applicabile nel minimo edittale (due anni di reclusione e 40.000 euro di multa)⁴⁸.

Il giudice, dovendo dunque valutare, in conformità al principio del *ne bis in idem*, la proporzione delle sanzioni complessivamente inflitte per il medesimo fatto, è stato chiamato ad un difficile lavoro di coordinamento tra le due pene. La sanzione amministrativa pecuniaria già definitivamente inflitta (100.000 euro) era, difatti, maggiore di quella che il giudice penale riteneva adeguata nel caso specie (40.000 euro), e di questa eccedenza il giudice doveva tenere conto. Ma come poteva coordinare le due risposte punitive in modo da renderle nel complesso proporzionate?

Il giudice ha deciso, pertanto, di comminare la pena detentiva di un anno e quattro mesi di reclusione e 40.000 euro di multa, sebbene la pena detentiva edittale minima sia fissata dal legislatore in due anni di reclusione. Dopodiché, tenuto conto della sanzione pecuniaria già versata di 100.000 euro, ha stabilito che la pena pecuniaria di 40.000 euro di multa non avrebbe dovuto essere ulteriormente versata dal condannato, visto che l'art. 187-terdecies TUF prevede che l'esazione della seconda sanzione pecuniaria *sia limitata alla parte eccedente* quella riscossa dall'autorità, amministrativa o giudiziaria, che ha irrogato la prima sanzione⁴⁹.

unicamente sulla verifica del profilo immanente allo sviluppo materiale degli accadimenti ovvero al concreto svolgersi dei procedimenti».

⁴⁷ Trib. Milano, sez. III, 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), in [Diritto penale contemporaneo](#), 15 marzo 2019, con nota di F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, cit. Per un quadro complessivo in senso critico di questa pronuncia cfr. M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, 533 ss.; in senso adesivo, E. FUSCO, G. BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 1/2019, 1, 68. Da ultimo, ancora, riprendendo testualmente la motivazione della sentenza *Franconi* per rigettare una serie di eccezioni di legittimità costituzionale del doppio binario punitivo in una nota vicenda di *insider trading* (caso *Cremonini*), C. App. Milano, 15 gennaio 2019 (dep. 15 aprile 2019), in [Diritto penale contemporaneo](#), 21 giugno 2019, con nota di C. PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell' "insider di sé stesso": la Corte d'appello di Milano sul caso Cremonini*.

⁴⁸ In particolare, nel caso di specie, gli imputati, ai quali era stata già irrogata dalla Consob, in via definitiva, la sanzione pecuniaria di 100 mila euro per violazione dell'art. 187-ter TUF (illecito amministrativo), erano stati condannati, a fronte del medesimo fatto (storico), per il "delitto di manipolazione del mercato", ex art. 185 TUF. Il Tribunale di Milano ha dovuto pertanto procedere alla quantificazione della sanzione da irrogare in concreto, in base ai criteri fissati dall'art. 133 c.p., tenendo conto della sanzione amministrativa afflittiva già irrogata da Consob.

⁴⁹ Il Tribunale sottolinea come dovendo irrogare «una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice [...] valutata l'entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati – pari a 100.000,00 euro» ritiene «di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 187-terdecies TUF».

A questo punto si poneva il problema di coordinare la residua somma di 60.000 euro e non restava altra soluzione che: a) dapprima, convertire i 60.000 euro, comminati dalla Consob *in eccedenza* rispetto alla sanzione pecuniaria penale di 40.000 euro, in 240 giorni (8 mesi) di pena detentiva⁵⁰; b) dopodiché detrarre dalla pena edittale minima di 2 anni di reclusione i 240 giorni già ‘pagati’.

In sintesi, in questo caso, il giudice ha dovuto *disapplicare il minimo edittale della pena detentiva* stabilita dall’art. 185 TUF, al fine di ovviare alla sproporzione del complessivo trattamento punitivo, sproporzione che non poteva essere riequilibrata operando soltanto sul versante delle sanzioni pecuniarie. La disapplicazione - *in mitius* - del minimo edittale è stata, pertanto, la via scelta per assicurare la proporzione del cumulo sanzionatorio: anche se l’esito non è appagante, sembra tuttavia compatibile con il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalle Corti europee e con la proporzione delle sanzioni complessivamente inflitte, da esse richiesta⁵¹.

Inoltre, questa pronuncia non è soltanto in linea con le indicazioni più recenti fornite dalla Corte EDU, dalla Corte di Giustizia, dalla Corte costituzionale e dalle diverse sezioni della Corte di Cassazione, ma cerca per quanto possibile di dare una risposta ai problemi interpretativi, sopra richiamati, che la nuova formulazione dell’art. 187-*terdecies*, comma 1, lett. a) TUF pone. Tale articolo prevede, difatti, che «*l’autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell’irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate*», e la locuzione “*misure punitive*” per la sua indubbia vaghezza può senz’altro includere *sanzioni di qualunque genere*.

Così come nella sentenza della Cassazione penale sul caso *Erbetta*, si sono realizzati i timori paventati con riguardo alla valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, nell’ipotesi di un soggetto che aveva aderito ai riti speciali. Tale valutazione ha difatti azzerato i risultati premiali raggiunti dall’imputato, poiché lo sconto sulla pena, avendo l’effetto di attenuarla, ha reso il trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato conforme al principio del *ne bis in idem*. E lo sconto era stato ottenuto rinunciando alla garanzia piena del diritto di difesa, per conseguire una contrazione dei tempi di giudizio⁵².

Per non parlare dell’orientamento della Cassazione che risolve a monte il problema del *ne bis in idem*, attraverso un’applicazione dei criteri *Engel* non in linea con la giurisprudenza convenzionale. Secondo questo orientamento, i principi affermati nella sentenza *Grande Stevens* varrebbero *soltanto* con riguardo alle sanzioni relative agli abusi di mercato, e dunque *soltanto* queste sanzioni avrebbero natura “penale”⁵³.

⁵⁰ Utilizzando i criteri di computo di cui all’art. 135 c.p.

⁵¹ Cfr. F. MUCCIARELLI, “*Doppio binario*” sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica; cit.; M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*, cit.

⁵² Cfr. Cassazione penale, Sezione V, 5 febbraio 2019 (ud. 9 novembre 2018), n. 5679, Presidente Settembre, Relatore Borrelli, Ricorrente *Erbetta*, con commento di L. ROCCATAGLIATA, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 2019, 2, che sottolinea come nel caso di specie, un imputato già sanzionato in via definitiva dalla Consob per manipolazione del mercato, perseguito anche penalmente per il reato di manipolazione del mercato (art. 185 TUF), a seguito di patteggiamento, veniva condannato alla pena finale di tre anni di reclusione e 200.000 euro di multa e dichiarando non esigibile la pena pecuniaria ai sensi del meccanismo compensativo ex art. 187-*terdecies* TUF. Inoltre, l’imputato veniva condannato al pagamento delle spese processuali delle numerose parti civili costituite e alle pene accessorie di cui all’art. 186 TUF per la durata di un anno e quattro mesi. L’imputato faceva quindi ricorso in Cassazione, chiedendo di essere prosciolto per improcedibilità dell’azione ex artt. 649 c.p.p., 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU. La Cassazione ha tuttavia respinto il ricorso, poiché la sanzione in concreto irrogata era complessivamente proporzionata, stante la notevole distanza dal massimo edittale e in virtù dell’applicato meccanismo di compensazione della sanzione pecuniaria. Ma ciò è stato possibile solo grazie allo sconto di un terzo della pena derivante dal patteggiamento, sconto poi esplicitamente incluso in tale valutazione.

⁵³ Su questa base una Sezione della Cassazione ha ad esempio escluso che le sanzioni di Banca d’Italia fossero considerabili come penali alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, basandosi sulla specificità della vicenda affrontata nella sentenza *Grande Stevens* ed espressamente ricordando che in questo caso la Corte EDU «ha concentrato la sua attenzione sulla natura e sulla severità della sanzione che può essere inflitta ai ricorrenti, rilevando che la Consob può

Anche in una recente sentenza⁵⁴, la Corte di cassazione ha sottolineato come non sia possibile l'equiparazione delle sanzioni amministrative alle sanzioni sostanzialmente penali, secondo i criteri *Engel*, se le sanzioni amministrative quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, non sono «sanzioni amministrative irrogate per manipolazione del mercato *ex art. 187 e ss. TUF*. Le altre sanzioni amministrative, infatti, non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del “*ne bis in idem*” tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti»⁵⁵.

Al riguardo è agevole osservare che la posizione della Corte di Cassazione, si scontra inevitabilmente con i criteri *Engel* elaborati con ormai granitica giurisprudenza della Corte europea e accolti anche dalla Corte di Giustizia.

La Corte europea non ha alcun dubbio sulla natura punitiva delle sanzioni formalmente amministrative, se sussiste *almeno uno* dei due criteri sostanziali *Engel* (cioè, o la natura stessa della sanzione o il *grado di severità* della medesima).

La Corte europea distingue semmai le sanzioni amministrative sostanzialmente penali a seconda del grado della loro afflittività in: *minor offences*, ovvero sanzioni che, pur rientrando nei criteri *Engel*, sono tuttavia di *lieve entità*; e *criminal offences*, sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*, in quanto afflittive rispetto alla persona e non solo rispetto al patrimonio (e in questa categoria rientrano le sanzioni per *market abuse*)⁵⁶.

infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 di euro e questo massimo ordinario può, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito; che l'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità e se tali società sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale; che infine l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo»: Così Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2017, con nota di F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, il quale afferma invece la desumibilità della natura penale delle sanzioni previste dal testo unico bancario. In particolare: «alla luce dell'analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza – così definite dalla Corte EDU – e quelle “amministrative” previste dall'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il nomen iuris di norme “amministrative” attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all'approccio “antiformalista” sovranazionale».

⁵⁴ Cfr. Cass. civ. sez. II, n. 24081 del 21 febbraio 2019, (dep. 26 settembre 2019), Presidente Petitti, Relatore Varrone, Ricorrente Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. nella quale si sottolinea come la ricorrente ritenga «che le sanzioni di cui alla precedente versione dell'art. 190 TUF debbano qualificarsi come sostanzialmente penali alla luce dei cosiddetti “criteri Engel” dettati dalla Corte Edu. In particolare, i ricorrenti fanno riferimento alla funzione punitiva e non risarcitoria della sanzione, peraltro di importo particolarmente significativo e capace di incidere direttamente in modo rilevante sulla reputazione degli esponenti della banca, essendo soggetta per legge alla pubblicazione. Inoltre, con l'ulteriore aggravio di compromettere la capacità degli esponenti della banca di assumere ulteriori incarichi o partecipazioni rilevanti presso gli intermediari vigilati, essendo un presupposto negativo per il possesso dei requisiti reputazionali degli aspiranti a tali incarichi».

⁵⁵ Cfr. ancora Cass. civ. sez. II, n. 24081 cit., che, al riguardo, richiama Cass. Sez. 1, 30/06/2016, n. 13433; Cass. Sez. 1, 02/03/2016, n. 4114; Cass. Sez. 2, 22-09-2017 n. 27837 e Cass. Sez. 2 24/02/2016, n. 3656, «tutte in rapporto a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*». Stante queste premesse, la Cassazione afferma che «non si può condividere, pertanto, l'assunto della difesa della ricorrente secondo cui le suddette sanzioni devono essere considerate afflittive, e dunque, sostanzialmente penali. Peraltro, giova ripetere che, la valutazione sull'afflittività di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce; e che, nell'ordinamento sezione del credito e della finanza (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa tra il minimo edittale di € 5.000 ed il massimo edittale di € 500.000, non corredata dalla sanzioni accessorie, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale».

⁵⁶ In particolare, la giurisprudenza della Corte EDU, al fine di modulare le garanzie dell'equo processo, fino ad ammetterne o meno la compensazione *ex post*, sembra distinguere le sanzioni amministrative sostanzialmente penali in

L'appartenenza a questa seconda categoria fa sì che la valutazione della compatibilità del doppio binario con lo statuto garantistico del *ne bis in idem* convenzionale debba essere condotta secondo uno standard più rigoroso di quello ordinario e quindi il controllo sulla sussistenza della *close connection in substance and in time* debba essere più stringente (come affermato dalla Corte EDU nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*). Un ragionamento ben diverso da quello seguito dalla Cassazione che, in contrasto con la giurisprudenza consolidata sui criteri *Engel*, richiede l'appartenenza al cd. "nocciolo duro" del diritto penale non al fine di svolgere un controllo più stringente della *close connection*, ma per qualificare la sanzione come sostanzialmente penale.

6. La sentenza *Nodet* della Corte EDU: la *close connection* nei procedimenti sanzionatori in tema di *market abuse*.

La lettura svalutativa -se non una vera e propria disapplicazione⁵⁷- della *close connection* da parte dei giudici italiani sulla scia della Corte di giustizia, limitata a verificare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, senza accertare la sussistenza di tutti i profili in cui tale clausola si articola, sia sostanziali che temporali, si scontra adesso, ancora una volta, con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'occasione è stata proprio una pronuncia in tema di *market abuse*, con la quale la V sezione della Corte EDU è tornata a pronunciarsi sui confini applicativi del *ne bis in idem* (sentenza *Nodet c. Francia* del 6 giugno 2019)⁵⁸. Una sentenza molto importante con la quale la Corte, nel condannare la Francia per la violazione del divieto di *bis in idem*, posto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, è rifuggita nuovamente dall'invocare automatismi nell'applicazione del divieto di *bis in idem* (ha ribadito, cioè, che il doppio binario, non integra di per sé una violazione del *ne bis in idem*), ma ha cercato di circoscrivere la discrezionalità del giudice sia attraverso una lettura stringente della *close connection*, sia invocando il ricorso a tutti i principali indici di suddetta clausola.

Nel caso di specie, il ricorrente, signor Antoine Nodet, analista finanziario, si era reso colpevole di condotte manipolative del mercato azionario ed era stato dapprima sanzionato in via amministrativa dall'*Autorité des Marchés Financiers* (AMF) -con una sanzione pecuniaria di 250.000 euro- e in seguito perseguito penalmente per manipolazione di mercato e condannato a tre mesi di reclusione, ai sensi dell'art. 465 del *Code Monétaire et Financier* (CMF).

Nel merito, la Corte EDU, dopo aver confermato che il doppio binario sanzionatorio non è di per sé contrario al divieto di *bis in idem*, qualora, come già affermato nella sentenza *A e B c. Norvegia*, sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra i due procedimenti (*lien matériel e temporel suffisamment étroit*), è giunta ad accogliere il ricorso perché mancava tale legame.

tre tipologie (da tenere distinte dalle sanzioni irrogate dalle autorità giurisdizionali – le *hard core of criminal law* – per le quali la Corte sembra non ammettere mai, salvo rarissime eccezioni, la compensazione *ex post*): a) *minor offences senza necessità di accertamento sul fatto*; si tratta di sanzioni che, pur presentando le caratteristiche dei criteri *Engel* da un punto di vista sostanziale, tuttavia vengono irrogate a seguito di un accertamento tecnico o matematico sul fatto (sentenza *Jussila*, cit.). Poiché non necessitano di un contraddittorio per acclarare quel fatto, ad esse l'art. 6 può anche non applicarsi; b) *minor offences*; si tratta di sanzioni che, rientrando nei criteri *Engel* e per le quali pertanto non è possibile escludere le garanzie dell'equo processo, sono tuttavia di *lieve entità* e quindi è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo; c) *criminal offences*; sono le sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*, sanzioni afflittive rispetto alla persona e non solo rispetto al patrimonio, per le quali normalmente la Corte applica i principi dell'equo processo *anche* alla fase procedimentale di irrogazione della sanzione. Sul punto sia consentito rinviare a E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 72 ss.

⁵⁷ Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)* in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 18 dicembre 2019, 21.

⁵⁸ Corte EDU, Sez. V, 6 giugno 2019, ric. n. 47342/14, *Nodet c. Francia*.

La Corte ha esteso, quindi, anche agli abusi di mercato, la *close connection in substance and in time* elaborata con riferimento ad un illecito tributario, nella sentenza *A e B c. Norvegia*, così come nelle sentenze successive⁵⁹.

La *close connection* secondo la Corte di Strasburgo, si articola, come si è visto, in una serie di indici sintomatici. Sotto il profilo sostanziale (*close connection in substance*), la Corte ravvisa tale connessione se sussistono quattro elementi: 1) le finalità complementari dei procedimenti; 2) la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria; 3) la non sussistenza di duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; 4) la previsione di un meccanismo di compensazione tra le sanzioni complessivamente irrogate⁶⁰.

Sotto il profilo temporale, invece, il requisito della *close connection in time* può dirsi soddisfatto quando tra i due procedimenti vi sia anche un nesso di natura cronologica, senza però che debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine⁶¹.

Nel caso di specie, la Corte ha dunque riscontrato la carenza sia dei requisiti sostanziali *sub 1*, in quanto i due procedimenti non perseguivano obiettivi complementari⁶², sia *sub 3*, poiché nel procedimento penale le prove erano state raccolte nuovamente e rivalutate, senza garantire il necessario coordinamento processuale⁶³. È stata inoltre verificata l'assenza della connessione temporale: il signor Nodet era stato, difatti, sottoposto a procedimenti sanzionatori per un periodo complessivo pari circa a otto anni (dal giugno 2006 al gennaio 2014), e, nonostante per due anni i due procedimenti si fossero svolti parallelamente, il procedimento amministrativo si era concluso quattro anni prima di quello penale⁶⁴.

Stante questa carenza di alcuni degli indici sintomatici della *close connection in substance and in time*, la Corte ha rilevato il contrasto con il divieto di *bis in idem*, sebbene il giudice penale, come sottolineato anche dal Governo francese, avesse tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo, soddisfacendo il test sintomatico relativo alla *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato.

Da questa sentenza emerge, pertanto, che la Corte EDU ha voluto ricostruire una nozione europea di *ne bis in idem*, nel senso di nozione "condivisa" con la Corte di Giustizia – ha richiamato espressamente le sentenze *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*- e che sia accettabile non solo da parte di quest'ultima, ma anche da parte dei singoli Stati membri. Del resto, questo era stato l'intento che l'aveva mossa già a partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, dalla quale era agevolmente intuibile la volontà di riportare "a sistema" il divieto di *bis in idem*. Ma in questo caso, di fronte a sanzioni altamente afflittive quali sono quelle per *market abuse*, ha applicato in modo incisivo il test di valutazione della sussistenza della *close connection in substance and in time*, integrando altresì l'approccio sostanzialista della Corte di Giustizia con l'approccio processuale. Dall'iniziale inchiesta

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, 18 maggio 2017, ric. n. 22007/11, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, cit., che sottolinea come rappresenti il primo caso «in materia di ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di violazioni tributarie dopo il riassetto della giurisprudenza precedente compiuto dalla Grande Camera nel novembre scorso con *A e B v. Norvegia*»; Corte EDU, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14; Corte EDU, sez. II, sent. 16 aprile 2019, ric. n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, con osservazione di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzionalità della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, ivi, 7 maggio 2019.

⁶⁰ Cfr. il par. 132 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

⁶¹ Cfr. il par. 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit., dove la Corte specifica che «più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti».

⁶² Cfr. il par. 48, in quanto cioè erano funzionali a reprimere i medesimi profili di dannosità del fatto di manipolazione del mercato (definito e qualificato nello stesso modo in entrambi i procedimenti punitivi) e a proteggere i medesimi "interessi sociali".

⁶³ Cfr. il par. 49, ove la Corte evidenzia come il giudice penale d'appello abbia posto a fondamento della decisione non solo gli elementi probatori raccolti dagli ispettori dell'AMF, ma anche quelli forniti nel quadro dell'inchiesta penale dalla *Brigade Financière*, e come quest'ultima abbia svolto autonome indagini, benché, al momento del loro inizio, il rapporto d'inchiesta degli organi accertatosi dell'AMF fosse già stato depositato da oltre un anno.

⁶⁴ Cfr. il par. 52.

della *Autorité des Marchés Financiers*, del giugno 2006, alla pronuncia definitiva della Cassazione, del gennaio 2014, erano trascorsi difatti quasi otto anni, che è un lasso di tempo troppo a lungo, nel quale il ricorrente era stato sottoposto all'alea del giudizio, soggiacendo a un indubbio pregiudizio.

Se la Corte europea si fosse accontentata, come la Corte di Giustizia e la Cassazione italiana, di un controllo sulla proporzionalità del cumulo sanzionatorio complessivamente irrogato, non avrebbe dovuto accogliere il ricorso. Del resto, il giudice penale, come rilevato dal Governo francese, aveva tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo.

La Corte europea ha, invece, serrato i ranghi, senza rifuggire dal consolidare una nozione "europea" di *ne bis in idem* e quindi senza ritornare all'automatismo della *Grande Stevens*, e ha affermato che la discrezionalità del giudice nel ricorso alla *close connection* deve essere circoscritta entro gli stringenti indici sintomatici. E lo ha fatto proprio con riferimento non agli illeciti tributari, come la *A e B c. Norvegia*, ma con riferimento agli illeciti per *market abuse*, per i quali sono previste sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*.

È peraltro vero -e questo aspetto non può essere sottovalutato- che la sentenza *Nodet* si rivolgeva ad un paese come la Francia, che già aveva proceduto a modificare il proprio sistema normativo di doppio binario sanzionatorio per i reati di *market abuse*⁶⁵. Non temeva, quindi, la Corte EDU eventuali "ribellioni" dei giudici interni, perché la Francia aveva già realizzato un sistema di riforme importanti nel campo del potere sanzionatorio delle autorità indipendenti⁶⁶. Del resto, la Corte EDU dà essa stessa conto la sentenza sarebbe stata "accettata", quando evidenzia con riguardo al criterio della complementarità dei fini perseguiti dalle sanzioni, che già nel 2015, il *Conseil Constitutionnel* francese aveva dichiarato incostituzionale il delitto di abuso di informazioni privilegiate, in quanto il *délit d'initié* e il *manquement d'initié* avevano la medesima natura, concernevano i medesimi comportamenti ed erano volti a reprimere i medesimi fatti e a proteggere gli stessi interessi sociali, mediante sanzioni che non avevano quindi natura diversa⁶⁷.

⁶⁵ Il *Conseil constitutionnel* francese, infatti, dando seguito alla sentenza *Grande Stevens*, da un lato aveva dichiarato incostituzionale la previsione di una duplice sanzione penale ed amministrativa, incentrando la motivazione sul principio di necessità delle sanzioni, indissolubilmente collegato a quello del *ne bis in idem*, e dall'altro lato, aveva differito gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità per dare tempo al legislatore di colmare il vuoto generato dall'eliminazione di una delle due fattispecie punitive. Sul punto sia consentito rinviare a E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 2016, fasc. 10, 1131 ss.

⁶⁶ La Francia si è dimostrata molto più sollecita a seguire le indicazioni della Corte EDU per conformarsi agli standard europei, sia attraverso mutamenti di indirizzi giurisprudenziali interni sia procedendo ad un'imponente riorganizzazione dell'Autorità in materia di vigilanza bancaria. Cfr. A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1229 ss.; D. COSTA, *L'Autorité des marchés financiers: juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ?*, in *RFDA*, 2005, 1174 ss.; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Les techniques législatives au service du pouvoir administratif répressif de l'AMF, nouvelle autorité des marchés*, in *LPA*, 5/7/2007, n. 134, 39 ss.; M. GOLDBERG-DARMON, G. GUERIN, *Les dernières réformes relatives à la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers*, in *LPA* 11/2/2009, n. 30, 3 ss.; S. DETRAZ, *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n. 27, 49-53; M. PELLETIER, *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n. 30-35, 3-5; R. SALOMON, *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, *ivi*, 26-28; V. PELTIER, *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n. 9, 43-44; J.-H. ROBERT, *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n. 1, 39-40.

⁶⁷ Cfr. il par. 48 della sentenza *Nodet*, nella quale si legge « En revanche, s'agissant de savoir si les deux procédures visaient des buts complémentaires et concernaient ainsi, non seulement in abstracto mais aussi in concreto, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause, la Cour relève que le Gouvernement ne le soutient pas. Ce dernier tient au contraire à préciser que, dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a estimé que les sanctions du délit d'initié et du manquement d'initié ne peuvent être regardées comme étant de nature différente en application de règles distinctes devant leur propre ordre de juridiction (paragraphe 38 ci-dessus). La Cour note en effet que, dans sa décision, le Conseil constitutionnel a considéré que ces deux textes tendaient à réprimer les mêmes faits, qu'ils définissaient et qualifiaient de la même manière le manquement d'initié et le délit d'initié, qu'ils protégeaient les mêmes intérêts sociaux et, enfin, qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet de sanctions qui n'étaient pas de nature différente (paragraphe 27 cidessus). Dans les circonstances de l'espèce, qui concernaient le délit de manipulation au sens de l'article L. 465-2 du CMF, l'identité des buts visés par les procédures devant l'AMF et les juridictions pénales, qui concernaient des aspects identiques de l'acte préjudiciable à la société en cause, exclut la complémentarité exigée pour constater l'existence d'un lien suffisamment étroit du point de vue matériel et, partant, la compatibilité des procédures mixtes (A

Ben diversi sono, invece, i casi nei quali la Corte EDU si rivolge a paesi recalcitranti, che reclamano una soluzione che premetta loro di salvare il doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo sostanzialmente penale), previsto del resto in molti Stati europei. Questi casi sono senz'altro più spinosi, se solo si pensa ad altre occasioni nelle quali la Corte EDU ha incontrato non poche difficoltà a fare “accettare” le sue decisioni agli Stati⁶⁸. Ma sono comunque casi, nei quali la stessa Corte, pur facendo tesoro dell'esperienza maturata, non dovrebbe rifuggire dall'applicare il test di valutazione della sussistenza della *close connection* in modo stringente, ma dovrebbe giungere ad accogliere il ricorso ogniqualvolta manchi un legame materiale e temporale sufficientemente stretto.

7. La [sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale](#): ancora sul doppio binario sanzionatorio

L'Italia rientra proprio tra i paesi che mal tollererebbero, in termini di ricadute sistemiche, un'applicazione stringente della *close connection* con riferimento agli abusi di mercato. A differenza della Francia, infatti, il nostro Paese non ha ancora proceduto a modificare il proprio sistema normativo di doppio binario sanzionatorio in tema di *market abuse*, ma -come si è visto- è intervenuto con una disciplina normativa «minimale», che ha sollevato non pochi dubbi interpretativi⁶⁹, a fronte di sanzioni amministrative altamente afflittive (*criminal offences*).

Diverso è invece il doppio binario sanzionatorio nei casi di illeciti tributari, ai quali si applicano sanzioni amministrative sostanzialmente penali, che tuttavia rientrano, generalmente, nella categoria

et B, précité, § 132) ». Sulla sentenza del *Conseil constitutionnel* (dec. 18 marzo 2015, n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC): cfr. A. BUTTON, *Droit penal des affaires – Délit d'initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, n. 2, 367-370; F. STASIAK, *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, n. 2, 374-378. Diverso è il caso del doppio binario in materia di illeciti tributari, che è stato fatto salvo dal *Conseil constitutionnel* (dec. 24 giugno 2016, n. 2016-545 QPC, punto 13; dec. 24 giugno 2016, n. 2016-546 QPC, punto 13; dec. 22 luglio 2016, n. 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 11 cfr. C. MASCALA, *Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale: deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 22 settembre 2016, n° 31, 1839-1841. Il *Conseil* ha ritenuto la normativa conforme ai principi interni, sebbene sullo sfondo del suo ragionamento ‘aleggiassero’ gli indici sintomatici della *close connection* elaborati dalla giurisprudenza delle Corti europee. Sul punto cfr. S. DETRAZ, *La pérennisation jurisprudentielle du cumul des répressions fiscale et pénale*, in *Revue de droit fiscal*, 13 marzo 2019, n. 11, 49-54. Al riguardo v. anche M. PELLETIER, *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n. 13, 20 ss.

⁶⁸ Cfr. D. TEGA, *Corte Edu: dinamiche processuali e politica*, in AA. VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, in R. ROMBOLI- A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli di esperienze a confronto*, cit., 16-17; D. GALLIANI, [Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione](#), in [Consulta OnLine, Studi 2018/I](#), 151 ss.; ID., *Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 aprile 2017.

⁶⁹ Cfr. la Relazione tecnica al d.lgs. n. 107 del 2018 (su cui v. *supra* paragrafo 3), nella quale si afferma testualmente «Dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel T.U.F. è quello *minimale* rispetto alla norma vigente», (corsivo non testuale). Cfr. al riguardo, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit., 21-22. Su tale disciplina è già intervenuta la Corte costituzionale, con la [sent. n. 112 del 2019](#) in materia di *insider trading*, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 186-*sexies* del T.U.F. nella versione introdotta dall'art. 9, comma 2, lett. a), della l. 18 aprile 2005, n. 62, e, in via consequenziale, del testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 4, comma 14, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107. Molto importante in materia di *market abuse* è anche la [sent. n. 63 del 2019](#), cit., con la quale la Corte costituzionale, con una elaborata ma chiarissima sentenza di accoglimento, ha alla fine preso una posizione netta sulla questione del principio di retroattività della *lex mitior* da applicarsi anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive, segnando così un tassello fondamentale nell'iter di conformazione dell'ordinamento italiano ai principi convenzionali. Sul punto, oltre alla bibliografia citata *supra* alla nt. 19, cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 27 novembre 2019.

delle sanzioni di minor entità (*minor offences*). Tanto più che per queste sanzioni il sistema normativo italiano ha previsto norme di raccordo tra i procedimenti tributari e penali, che agevolano il soddisfacimento dei criteri sostanziali e temporali in cui si articola la *sufficiently close connection*, come ben emerge dalla recente [sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale](#). Con tale sentenza, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi ancora sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio tributario con il principio del *ne bis in idem* e non ha mancato di ricordare che ormai gli automatismi nell'applicazione di tale principio sono stati superati per valorizzare la discrezionalità del giudice, che deve valutare la sussistenza della *close connection in substance and in time*.

Il Tribunale di Bergamo chiedeva una pronuncia additiva sull'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 alla CEDU e per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli⁷⁰.

Ritornava quindi alla Corte la medesima questione, già risolta con la [sent. n. 102 del 2016](#), con la quale i giudici costituzionali, nel pronunciare l'inammissibilità, avevano scelto di attendere, da una parte, le pronunce della Corte di Giustizia⁷¹, dall'altra l'intervento del legislatore, al quale avevano inviato un monito a disciplinare la materia⁷².

Da quel "lontano" precedente, il quadro giurisprudenziale europeo è molto cambiato, come si è visto, con l'erompere sulla scena della *close connection in substance and time*⁷³. La Corte europea, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, ha infatti abbandonato la via dell'automatismo per lasciare spazio alla discrezionalità dell'interprete, in linea con la giurisprudenza precedente della Corte di Giustizia (sentenza *Fransson*), poi confermata nelle successive sentenze *Menci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma-Zecca*.⁷⁴

In particolare, la Corte di Giustizia, adita sempre dal tribunale di Bergamo, si era pronunciata in via pregiudiziale, con la sentenza *Menci*, sulla conformità con il diritto europeo della normativa italiana, sottoposta adesso al sindacato di costituzionalità. La Corte costituzionale ha, dunque, avuto gioco facile nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 della CEDU, dal momento che il giudice *a quo* non aveva «chiarito adeguatamente le ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte nel caso di specie le condizioni di ammissibilità di un "doppio binario"

⁷⁰ Sulla ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit., nt. 16.

⁷¹ Al riguardo v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 28 settembre 2015.

⁷² Sul punto sia consentito rinviare, ancora, a E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, cit., 1131 ss. Sulla [sent. n. 102 del 2016](#) v. anche A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss., R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 2016, 2.

⁷³ Al riguardo v. anche [Corte cost. sent. n. 43 del 2018](#), cit., con la quale la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo* al fine di rivalutare la persistente rilevanza della questione di legittimità sollevata a seguito mutamento giurisprudenziale avvenuto con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, mentre al momento della sollevazione della questione il divieto di *bis in idem* convenzionale aveva ancora una natura esclusivamente processuale. Sulla restituzione degli atti al giudice *a quo* cfr. R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi 2018/III](#), 636, il quale che rileva come, in caso di restituzione degli atti per la sopravvenienza di pronunce della Corte EDU, «la Corte costituzionale usa espressioni quali "novum", "nuova regola", "mutamento di significato" e non quella di "ius superveniens", utilizzata invece per le sentenze della Corte di giustizia Ue, ad evitare espressioni troppo impegnative, ma non si può certo escludere che il trattamento riservato alle decisioni della Corte Edu venga significativamente parificato, quanto ad effetti, ad una fonte del diritto».

⁷⁴ Su tali sentenze cfr., *supra*, la nt. 15.

procedimentale e sanzionatorio per l'omesso versamento di IVA, così come enunciate dalla giurisprudenza europea evocata»⁷⁵.

La Corte costituzionale ha ritenuto invece sussistenti i criteri, materiali e temporale, legittimanti il doppio binario sanzionatorio. Ha ribadito, cioè, che la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa non integra sempre e necessariamente una violazione del *ne bis in idem*. Affinché sussista la violazione, devono mancare sia il legame materiale che il legame temporale e questa carenza deve essere valutata dal giudice, il quale deve, altresì, valutare - come già affermato nella [sentenza n. 43 del 2018](#) - «se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto»⁷⁶. In altre parole, in linea con la giurisprudenza della Corte europea⁷⁷, se le sanzioni sono stigmatizzanti, il giudice deve applicare un test di valutazione della *close connection* più stringente.

La Corte costituzionale, pertanto, è stata molto attenta a analizzare tutti gli indici sintomatici del test della *close connection*⁷⁸, per mettere in luce le carenze del percorso argomentativo seguito dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione⁷⁹.

Semmai la Corte, in alcuni passaggi della motivazione, pare avere lasciato un po' in ombra il collegamento temporale⁸⁰, cui si riferisce con un fugace accenno, quando afferma che vi sono disposizioni, estranee al corpus normativo del d. lgs. n. 74 del 2000 – sulle quali il giudice *a quo* non si confronta- miranti ad assicurare una *sostanziale contestualità* dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale⁸¹.

Comunque sia, la disamina sugli altri indici sintomatici del test della *sufficiently close connection* è molto accurata, sebbene, in caso di illeciti tributari, le sanzioni non siano stigmatizzanti e il test di *close connection* debba quindi essere meno stringente. Aspetto questo, del resto, di cui il giudice *a quo* non ha tenuto affatto conto, come giustamente rilevato dai giudici costituzionali⁸².

⁷⁵ [Corte cost., n. 222 del 2019](#), punto 2. del *Considerato in diritto*. Del resto, il *petitum* non pare coerente né con i «nuovi» contenuti del *ne bis in idem* convenzionale, che postula un confronto in concreto fra la garanzia fondamentale e il singolo sistema di doppio binario, né con lo stesso percorso motivazionale seguito dal rimettente, che da un punto di vista metodologico si era, in effetti, fondato sulle precipe caratteristiche del sistema punitivo degli omessi versamenti dell'imposta sul valore aggiunto.

⁷⁶ [Corte cost., n. 43 del 2018](#), cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Dalla sentenza *A e B* fino alla sentenza *Nodet*.

⁷⁸ Visto che ormai la recente giurisprudenza europea ha superato l'automatismo di *Zolotoukhine* e *Grande Stevens*; come si legge testualmente nella [sent. n. 222 del 2019](#), punto 2.1. del *Considerato in diritto*: «la recente giurisprudenza tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto della Corte di giustizia dell'Unione europea, da cui il rimettente prende le mosse, non affermano affatto che la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa *integri, sempre e necessariamente, una violazione del ne bis in idem*» (corsivo non testuale). Cfr. al riguardo anche il punto 2.2. del *Considerato in diritto*, dove si afferma che contrasta con quanto affermato dalla sentenza *Menci* la conclusione dell'ordinanza di rimessione secondo la quale «la contrarietà al *ne bis in idem* – così come riconosciuto tanto dall'art. 4 Prot. n. 7, quanto dall'art. 50 CDFUE – dell'attuale sistema di “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale, così come previsto in astratto dalla legislazione italiana in materia di omesso versamento di IVA [...] *produrrebbe sempre e necessariamente* la violazione del diritto in parola allorché il contribuente, già definitivamente sanzionato in via amministrativa, venga sottoposto a un procedimento penale per la medesima violazione» (corsivo non testuale).

⁷⁹ [Corte cost., n. 222 del 2019](#), cit. punti 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.4. e del *Considerato in diritto*. Questi passaggi dell'iter motivazionale della [sent. n. 222 del 2019](#), sono stati poi ripresi Corte di Appello di Reggio Calabria, Sez. II penale, n. 1149, 19 novembre 2019, dep. 3 dicembre 2019, 11 ss.

⁸⁰ Al punto 2.1 del *Considerato in diritto*, sia quando richiama i criteri della *close connection* secondo la sentenza *A e B c. Norvegia*, e non menziona il criterio temporale, sia quando sottolinea che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*) vi è una «sostanziale coincidenza di tali criteri rispetto a quelli enunciati dalla Corte di Strasburgo», sebbene la Corte di Giustizia trascuri il legame temporale.

⁸¹ [Corte cost., n. 222 del 2019](#), punto 2.2.3. del *Considerato in diritto*, cit.

⁸² [Corte cost., n. 222 del 2019](#), cit., 2.2.5. del *Considerato in diritto*, dove si legge «Nessun argomento spende, infine, il giudice *a quo* sulla questione della riconducibilità o meno delle sanzioni penali previste in materia di evasione di IVA al “nocciolo duro” del diritto penale, rispetto al quale – secondo la sentenza *A e B* contro Norvegia della Corte europea

Un'ultima considerazione con riguardo a quanto eccepito dall'Avvocatura di Stato, in merito alle carenze argomentative dell'ordinanza di rimessione. L'Avvocatura concentra, difatti, tutta la sua attenzione sulla valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, richiamando espressamente la sentenza *Franconi* della Cassazione penale, come se l'attuale conformazione del *ne bis in idem* europeo equivallesse ad assicurare la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, senza alcun rilievo per gli altri profili della *close connection*⁸³. Ma questa lettura svalutativa della *sufficiently close connection* non è in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come ci ha ricordato anche la recente sentenza *Nodet*.

In conclusione, sorge comunque la domanda se l'inammissibilità anche in questo caso possa costituire un *assist* per il giudice, come riteneva il relatore della sentenza in esame, commentando tre anni prima la [sentenza n. 102 del 2016](#)⁸⁴. Con la consapevolezza che, tre anni addietro, la Corte Edu non aveva ancora rivisto il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem*, letto ancora in termini di automatismo nell'interruzione del secondo giudizio quando il primo si era definitivamente concluso.

dei diritti dell'uomo – più rigoroso dovrebbe essere il vaglio di compatibilità del “doppio binario” sanzionatorio con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.»

⁸³ [Corte cost., n. 222 del 2019](#), punto 2.2. del *Ritenuto in fatto*, dove si legge «Tali carenze argomentative imporrebbero di ritenere inammissibili le questioni sollevate, non avendo il rimettente assolto al proprio compito di effettuare, nell'ambito del procedimento penale susseguente a quello amministrativo, il doveroso giudizio di proporzionalità della complessiva risposta punitiva dell'ordinamento all'illecito, alla luce della sanzione amministrativa già inflitta, in conformità del resto a quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale spetterebbe al giudice di merito operare, nel vigente quadro normativo, una valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, alla luce delle circostanze del caso concreto e della condotta dell'imputato (è citata Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 16 luglio 2018-10 ottobre 2018, n. 45829)». L'Avvocatura dello Stato ritiene inoltre che «L'invocato intervento sull'art. 649 cod. proc. pen. sarebbe infine suscettibile di porsi in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., atteso che la mera definitività di una sanzione amministrativa verrebbe a paralizzare la prosecuzione dell'azione da parte del pubblico ministero»: così ancora il punto 2.2. del *Ritenuto in fatto*. Questa affermazione sembra tuttavia trascurare che dietro una sanzione qualificata formalmente come amministrativa si cela una sostanza penale; l'esercizio del procedimento sanzionatorio amministrativo non è però esercizio di azione penale e perciò si determina una violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost. In tal modo la legalità viene riaffermata non ai fini di tutela dell'individuo, ma in astratto; e allora, sembra lecito domandarsi il principio di obbligatorietà dell'azione penale cosa tuteli. La Corte costituzionale già con la [sent. n. 88 del 1991](#) aveva risposto che le finalità di tale principio sono garantire l'indipendenza del pubblico ministero da qualunque altro potere e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (cfr., F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 2010, 132; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658). Ma la prassi applicativa ha dimostrato quanto sia ampia la discrezionalità delle procure nella operatività dell'obbligatorietà dell'azione penale. La scarsità di risorse ha difatti costretto la pubblica accusa a dover selezionare i procedimenti ai quali dare priorità sulla base di criteri che trovano la loro fonte in direttive interne o in provvedimenti del CSM, con buona pace del principio di obbligatorietà dell'azione penale, (sul punto v., L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 9 novembre 2016; G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle deliberazioni del CSM e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, III, 48; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019, cap. 6). Del resto, il principio assoluto della doverosità dell'azione, a tutela del potenziale punitivo enucleato dalla legge penale, con l'avvento della Costituzione si è convertito in un valore relativo da relazionarsi con altri valori di rango costituzionale ai quali talvolta può ‘cedere’ o con i quali raccordarsi (cfr. N. GALATINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 29 settembre 2019, 1 ss.). Quanto sostenuto dall'Avvocatura di stato sembra in definitiva sottovalutare i problemi applicativi dell'art. 112 Cost. e soprattutto non pare tenere conto che alle sanzioni amministrative afflittive, soprattutto se rientranti nel “nocciolo duro” del diritto penale, la Corte sta iniziando a estendere alcune delle garanzie previste dalla Costituzione per la materia penale (v. ad es. [sent. n. 63 del 2019](#), cit.), con alcune eccezioni relative al principio della responsabilità penale ex art. 27 Cost., perché «strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale» ([sent. n. 112 del 2019](#)). Con riferimento a questo profilo, non dovrebbe tuttavia essere sottovalutato che le sanzioni amministrative afflittive limitano la libertà personale del soggetto sanzionato ricadendo anche sul suo diritto al lavoro: sul punto v. *infra* al paragrafo 8, e la nt. 94.

⁸⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 16 maggio 2016, 1 ss.

La risposta tuttavia, anche adesso, non può che essere positiva, e quindi il giudice che ravvisa la mancanza dei requisiti della *sufficiently close connection* che legittimano il doppio binario sanzionatorio, deve sospendere il secondo giudizio quando il primo si sia concluso. Ma abbandonato ormai l'automatismo, è rimessa alla discrezionalità del giudice la valutazione della *sufficiently close connection* e il suo sindacato sarà più o meno stringente, a seconda che la sanzione sia riconducibile, oppure no, al "nocciolo duro" del diritto penale. Ciò non toglie che l'inammissibilità costituisca ancora oggi «un prezioso assist per il giudice comune italiano, che avrà ora la possibilità (e il dovere) di mostrare di essere all'altezza del proprio compito di tutore dei diritti fondamentali dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale, così come riconosciuti nel comune spazio giuridico europeo»⁸⁵.

8. *Il realismo delle Corti: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*

Dall'*excursus* giurisprudenziale in materia emerge con chiarezza che l'automatismo ha fatto posto alla discrezionalità del giudice. A partire dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la Corte EDU non ha lasciato dubbi al riguardo, anche se poi la giurisprudenza italiana molto spesso ha letto in tale decisione, per un verso, più di quanto c'è scritto, per l'altro verso, meno di quanto c'è scritto.

Più di quanto c'è scritto perché i giudici italiani hanno *esteso* al doppio binario in materia di abusi di mercato quanto affermato con riferimento al doppio binario per illeciti tributari (*lettura estensiva*).

Meno di quanto che c'è scritto perché in molti casi i giudici italiani hanno *limitato* i criteri della *sufficiently close connection in substance and in time* soltanto alla valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato, lasciando in ombra il contenuto processuale (*lettura svalutativa*).

Dal combinato della lettura *estensiva* dei criteri della *close connection*, con la lettura in parte *svalutativa* dei suddetti criteri, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale interno che ha ritenuto conformi al principio del *ne bis in idem* convenzionale molte applicazioni del doppio binario sanzionatorio per *market abuse*, la cui conformità all'art. 4 del Prot. add. n. 7 alla CEDU è invece piuttosto dubbia.

Per la verità la Corte EDU, già nella sentenza *A e B c. Norvegia*, aveva messo in luce che l'appartenenza di una sanzione al nocciolo duro del diritto penale, comporta un diverso grado di intensità del legame richiesto tra i due procedimenti sanzionatori. Distinguendo cioè tra sanzioni afflittive stigmatizzanti e non stigmatizzanti, aveva ritenuto che in questa seconda ipotesi il test della *close connection* potesse essere meno stringente. Anche la più recente sentenza *Nodet* ha ribadito che in caso di sanzione rientrante nel nocciolo duro del diritto penale la valutazione del nesso tra i due procedimenti deve essere più rigorosa. E soprattutto ha messo ben in luce che affinché non vi sia violazione del *ne bis in idem* non basta scongiurare la sproporzione del trattamento sanzionatorio complessivo, ma è necessario che siano soddisfatti tutti gli indici sintomatici della *close connection*.

Come è stato giustamente detto, «il diritto a non essere giudicati due volte per il medesimo fatto, infatti, prima di declinarsi nella (minore) pretesa a una pena giusta e proporzionata, implica soprattutto il titolo a non sopportare due procedimenti e i relativi costi»⁸⁶.

⁸⁵ Così F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, cit., che sottolinea come «anche al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE, dove non possono essere invocati i diritti riconosciuti dalla CDFUE (come, ad es., nella materia dell'omesso versamento di ritenute d'imposta)», il giudice comune «possa assicurare diretta applicazione all'art. 4 prot. 7 CEDU, che è - dopo tutto - convenzione ratificata e resa esecutiva con la legge 9 aprile 1990, n. 98, che ne ha determinato l'incorporazione nell'ordinamento italiano con il rango di norma primaria». Del resto, «che le norme della CEDU (e dei suoi protocolli) siano suscettibili di diretta applicazione da parte del giudice comune» è consentito «in tutte le ipotesi in cui esse si inseriscano in spazi giuridicamente 'vuoti', non regolati cioè in modo antinomico da una disposizione di diritto interno», come nel caso dell'«area applicativa *eccedente* quella coperta dall'art. 649 c.p.p.».

⁸⁶ Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, cit., 21.

La sentenza *Nodet*, seppur indirizzata alla Francia, ha, quindi, costituito un'ulteriore conferma da parte della Corte EDU di quanto sostenuto da tempo in dottrina: che, applicando tutti gli indici sintomatici della connessione, sostanziali e processuali, il sistema di doppio binario italiano in tema di *market abuse* finisce per contrastare con il divieto di *bis in idem*, sia perché non soddisfa il requisito della complementarità degli scopi dei due procedimenti sanzionatori, in quanto caratterizzati da *unicità teleologica*⁸⁷; sia perché manca anche il requisito dell'adeguata interazione tra le autorità in modo da evitare la duplicazione nella raccolta delle prove⁸⁸. Diverso è il caso delle sanzioni tributarie⁸⁹, per le quali il sistema normativo italiano prevede meccanismi atti a soddisfare il necessario collegamento materiale e temporale tra i due procedimenti, come emerge dalla [sent. n. 222 del 2019 della Corte costituzionale](#).

In sintesi, dalla sentenza *Nodet* della Corte EDU discende l'imprescindibile necessità di una riforma normativa del sistema italiano in materia di *market abuse*. L'intervento del legislatore del 2018 -come si è visto- è stato parziale e non ha risolto tutti i problemi, anzi per certi aspetti li ha complicati.

Il nostro legislatore è intervenuto difatti solo su alcuni aspetti; ma ciò che manca è un intervento più organico, magari guardando all'esperienza inglese, senza voler sottovalutare le differenze fra i due ordinamenti. Un meccanismo deterrente a sanzioni crescenti: dagli illeciti amministrativi per le condotte meno lesive, alla repressione penale nei casi più gravi, assumendo come parametro discrezionale la proporzionalità tra entità dell'offesa e tutela dei beni giuridici in gioco, come appunto attualmente accade nel Regno Unito⁹⁰.

Si potrebbe guardare anche alla Francia. Il legislatore italiano, che nel licenziare il d.lgs. n. 107 del 2018 aveva già messo in conto un ulteriore intervento legislativo, potrebbe ora ispirarsi al nuovo modello punitivo francese, allo scopo di predisporre una soluzione tecnica coerente con i vincoli convenzionali, passando da un modello di "doppio binario cumulativo" ad un modello di "doppio binario alternativo".

Un meccanismo deterrente a sanzioni crescenti, e quindi una gradazione tra le diverse sanzioni, costituisce probabilmente lo strumento per risolvere anche il grande problema, di natura ordinamentale e di politica legislativa che sta dietro, ma che condiziona inevitabilmente, tutta questa problematica⁹¹. La gradazione tra le sanzioni consentirebbe, a sua volta, una gradazione della estensione delle garanzie e quindi, nella sostanza, un possibile bilanciamento tra le esigenze di garanzia e i fini della depenalizzazione⁹².

⁸⁷ È dato incontrovertibile, chiaramente espresso anche dalla MAR II – che entrambi i procedimenti tutelano la "integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari", sinergicamente perseguite dalla sanzione amministrativa e da quella penale (costituendo quest'ultima una modalità di protezione più incisiva del medesimo interesse giuridico): così M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio"*, cit.

⁸⁸ Sebbene la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione si accontentino della previsione normativa di obblighi di cooperazione (*ex art. 187-decies*). Basti pensare che nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo (cfr. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5/2017, 217 ss.), e che la Consob, più che cooperare con l'autorità giudiziaria, è legittimata a costituirsi parte civile nel procedimento penale (cfr. ancora M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio"*, cit.). Sul punto v. *supra* il paragrafo 4, nt. 42.

⁸⁹ Che di solito si concretizzano in un aumento percentuale dell'imposta non versata sono sanzioni punitive 'meno stigmatizzanti', non fanno parte dello "nocciolo duro del diritto penale" e sono sottoposte ad una più indulgente valutazione della *close connection*.

⁹⁰ Al riguardo cfr. G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Regno Unito e Italia: qualche riflessione sul ne bis in idem sostanziale in materia di manipolazione del mercato*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc.1, 3 ss.

⁹¹ Anche le recenti sentenze della Corte di Strasburgo, come si è visto, utilizzano la distinzione tra *criminal offences* e *minor offences* in relazione alla difficilissima questione del *ne bis in idem*.

⁹² In senso analogo anche C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, cit., 32 e ss., il quale sottolinea che in questo contesto, l'unica via da percorrere non può che essere la riforma legislativa. Tra le tre soluzioni possibili: *a*) eliminare di una delle due tipologie di sanzioni, *b*) introdurre un sistema alternativo, e non cumulativo, delle sanzioni, e *c*) perimetrare le fattispecie di abusi di mercato, prevedendo, per alcune di esse (le più gravi), la sola sanzione penale e, per le altre, la sola sanzione amministrativa. Ed è quest'ultima soluzione che sembra preferibile.

Per il momento, a fronte di un modello di doppio binario cumulativo, la soluzione trovata dalla giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità, per scomputare le sanzioni dal contenuto disomogeneo in tema di *market abuse*, se non *pienamente* soddisfacente in termini di principio di legalità, riesce nondimeno ad avviare ad un dettato normativo carente.

Certo non si può sottovalutare che siffatto meccanismo di scomputo alla fine avvantaggi i soggetti «economicamente più forti» che hanno i mezzi per pagare la sanzione pecuniaria irrogata dalla Consob e che può raggiungere importi assai elevati. Questi possono “conquistarsi” una riduzione (anche rilevante) della pena detentiva. Altrettanto non possono ottenere coloro che, versando in disagiate condizioni, non riescano pagare la sanzione pecuniaria amministrativa⁹³.

Questa disuguaglianza tra chi è ricco e chi è povero non dovrebbe, quindi, essere trascurata.

Così come non dovrebbe essere sottovalutato che le sanzioni amministrative afflittive limitano la libertà personale del soggetto sanzionato ricadendo anche sul suo diritto al lavoro. Come è stato giustamente sottolineato in dottrina, le sanzioni interdittive -come, ad esempio, l’incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate - e le conseguenze inabilitative, -come, ad esempio, la perdita dei requisiti di onorabilità- previste per l’illecito amministrativo hanno una indubbia portata afflittiva, incidendo direttamente sulla libertà personale del soggetto. «A meno di credere che la libertà personale debba essere intesa soltanto nel senso (ben angusto) di limitazione del movimento nello spazio fisico, la nozione di libertà personale dell’individuo concerne infatti e senz’altro anche la possibilità di svolgere ogni attività lavorativa (dipendente o autonoma) lecita, possibilità che rappresenta l’estrinsecazione di un diritto fondamentale, come tale espressamente riconosciuto dall’art. 4 Cost.»⁹⁴.

Infine, non dovrebbe essere sottovalutato che il soggetto sanzionato dalle autorità di controllo dei mercati finanziari versa in una situazione di *debolezza* sia durante il procedimento amministrativo davanti all’autorità indipendente che irroga la sanzione⁹⁵, sia nel giudizio di opposizione davanti al

Sul punto v. anche G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio* in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno*, Padova, 2016, 515 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato, una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2016, 1, 186 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB*, cit., 15 ss.; J. Y. CHEVALLIER, *Droit des peines, Cumul des sanctions pénales et administratives*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, n. 1, 107-108.

⁹³ Così F. MUCCIARELLI, “*Doppio binario*” *sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, cit. che conclude constatando “con monotonia, che l’inerzia e l’insipienza del legislatore, pur non avendo la grandezza necessaria per creare (al pari del sonno della ragione) mostri, generano situazioni nelle quali l’interprete si trova obbligato a ricercare soluzioni comunque foriere d’incertezze, specialmente perniciose nella *materia penale*”.

⁹⁴ Così F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit., 7; ID., [Diritto penale contemporaneo](#), *Sanzioni e attività d’impresa: qualche nota*, in C. F. PALIERO, F. VIGANÒ, E. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1170.

⁹⁵ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca Impresa Società*, 2019, n. 1, 3 ss.; che sottolinea come fino al momento del ricevimento della lettera di contestazione il sanzionando «si trova in una posizione del tutto passiva. Non ha alcuna possibilità di interloquire nella formazione della lettera di contestazione; lettera che imprime al procedimento una direzione unilateralmente stabilita dall’Autorità che dovrà adottare il provvedimento sanzionatorio». Dopodiché «né il sanzionando né il suo avvocato possono illudersi» che le controdeduzioni che trasmettono all’autorità procedente «possano porre termine al procedimento sanzionatorio». Sul punto v. anche F. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2018, 554 ss.; E. DESANA, *Sanzioni Consob, Banca d’Italia e garanzie dell’incolpato: never ending story?*, in *Banca Impresa Società*, 2019, n. 2, 367 ss. La Corte costituzionale, con l’[ordinanza n. 117 del 2019](#), ha adesso proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per verificare se, per la normativa europea, il sanzionando abbia il diritto al silenzio ossia il diritto di non rispondere alle domande della Consob nell’ambito della sua attività di vigilanza sui mercati finanziari. Sulla suddetta ordinanza, cfr. A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in [Consulta OnLine](#), *Studi 2019/II*, fasc. 2, 242 ss.

giudice ordinario, cui si rivolge con la speranza di ottenere l'annullamento della sanzione⁹⁶. La casistica, infatti, sembra dimostrare che il giudice ordinario è deferente nei confronti della Consob e assai di rado i giudizi di opposizione a queste sanzioni si concludono con sentenze di accoglimento che sostituiscono la valutazione dell'autorità con quella del giudice. Ne consegue l'affannosa ricerca da parte degli avvocati del sanzionato di vizi formali del provvedimento (ad esempio, la non osservanza di termini entro i quali debba essere contestata la violazione) che non possono ovviamente essere neutralizzati da un atteggiamento deferente.

La difesa del sanzionato diventa, dunque, una missione impossibile: l'avvocato sa di andare incontro ad una quasi certa sconfitta quando coltiva l'idea di veder cancellata la sanzione che Consob abbia deciso di irrogare⁹⁷.

In conclusione, senza un intervento legislativo, troppi sono i problemi che rimangono irrisolti. Il passaggio da una "sorta di automatismo" nell'accertare la sussistenza del doppio binario sanzionatorio, ad un criterio ampio come la *close connection*, ha permesso ai giudici un'ampia discrezionalità, invocata a gran voce da molti Stati europei, ma che non deve servire ai giudici italiani da via di fuga per salvare il doppio binario, anche quando non sussistono tutti i requisiti della *close connection in substance and time*.

Diversamente, in attesa che il legislatore italiano intervenga in materia, l'Italia andrà incontro a ulteriori condanne da parte della Corte EDU. Se poi la Corte EDU non dovesse accogliere i ricorsi, si rischia di veder vanificata la valenza garantistica del principio del *ne bis in idem*⁹⁸, principio che ha origini assai antiche e che è ormai riconosciuto formalmente in pressoché tutte le costituzioni più recenti, in quanto principio cardine dello Stato di diritto di matrice liberal-democratica⁹⁹.

⁹⁶ La competenza è tornata, difatti, al giudice ordinario, a conclusione di una lunga vicenda che giustamente è stata definita come "il balletto delle giurisdizioni": cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 1166 ss.

⁹⁷ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca Impresa Società*, 2019, fasc. 1, 3-11, spec. 3.

⁹⁸ Come è noto, la Costituzione italiana non prevede testualmente il principio del *ne bis in idem*, che trova la sua formulazione a livello di fonti di primo grado nell'art. 649 c.p.p. Tuttavia, la Corte costituzionale, ha colmato questa mancanza con la [sent. n. 200 del 2016](#) laddove ha tratto tale principio, nella sua dimensione nazionale, dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost.

⁹⁹ Sul punto, v. P. COSTANZO, L. TRUCCO, [Il principio del "ne bis in idem"](#), cit., 851-852, che ricordano come «di un tale principio sarebbe rinvenibile traccia nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.)», e che «si è poi perpetuato nei secoli come dimostra, tra l'altro, la particolare attenzione dedicata all'argomento, in epoca medievale, nella *Common Law*, da parte dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket (XII sec.) ed ancora successivamente sul suolo italico, da parte di Bartolo da Sassoferrato (XIV secolo)». Al riguardo v. anche V. ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo* in *Annali triestini di diritto, economia e politica*, 1941, 255 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Teoria generale del Processo. Procedura civile, Milano, 2007, 42 ss.