DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE E COMUNITARIO ALLE PRESE CON LA LITISPENDENZA

Spunti per una soluzione dell'"arcano" nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato

di Nicola Madìa

Abstract. *Il lavoro affronta una delle problematiche più spinose e di maggiore impatto pratico correlate al divieto del doppio giudizio nel medesimo ordinamento sancito a livello convenzionale e comunitario (problematica affine ma distinta da quella inerente la portata transnazionale del divieto nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea).* Quid iuris, *ci si domanda infatti, in caso di litispendenza? Allorché il giudice "adito" per secondo in relazione alla* eadem persona *e alla* eadem res *– normalmente quello penale – non trovi il suo cammino sbarrato da un precedente provvedimento definitivo emanato nel procedimento parallelo, magari nel frattempo giunto alle soglie del suo approdo finale – normalmente quello amministrativo –, sono prefigurabili itinerari esegetici attraverso cui elaborare percorsi giuridici volti a evitare l'inutile dispendio di energie umane ed economiche collegato alla celebrazione di un processo destinato a sicura "perenzione" nel momento in cui la procedura iniziato per prima pervenga al suo esito irreversibile? Per testare l'esistenza di soluzioni al problema è stato scelto come campo d'indagine quello degli abusi di mercato perché qui hanno sinora trovato sfogo le più minute e diffuse discussioni intorno all'incidenza del divieto al bis in idem internazionale nel nostro sistema, essendo stato concepito tale comparto giuridico in ossequio alla logica del doppio binario penale/ amministrativo; logica esaltata dalla precisa scelta del legislatore, scolpita nell'art. 187-*duodecies *del t.u.f., di eliminare qualsiasi rapporto di pregiudizialità tra procedimento penale e amministrativo e inoculando così il virus di una futura, certa, cronica e latente violazione della direttiva del* ne bis in idem.

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione. – 2. Prima opzione operativa: la possibile disapplicazione di disposizioni interne "geneticamente" incompatibili con l'art. 50 CDFUE. – 3. *Segue:* l'esempio paradigmatico dell'art. 187-*duodecies* t.u.f. – 4. Seconda opzione operativa: mutando l'ordine degli addendi il risultato non cambia: la *diretta* disapplicazione dell'art. 187-*duodecies* t.u.f. – come di altre disposizioni analoghe – perché contrastante con il livello di tutela offerto al *diritto* al *ne bis in idem* dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU. – 5. La connessa necessità di procedere alla disapplicazione anche dell'art. 649 c.p.p. – 6. Terza opzione operativa: rimessione dell'arcano, ai sensi degli artt. 19, § 3, lett. *b),* del Trattato sull'Unione Europea (T.U.E.) e 267, § 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.), al giudice naturalmente competente a valutare la compatibilità di una disciplina nazionale con il diritto comunitario. – 7. Quarta opzione operativa: il raffronto diretto tra il principio del *ne bis in idem* convenzionale e disposizioni interni configgenti; gli impedimenti a interpretazioni convenzionalmente orientate della normativa sugli abusi di mercato in tema di litispendenza. – 8. *Segue:* l'impraticabilità di un'interpretazione convenzionalmente orientata del *combinato disposto* degli artt. 187-*duodecies* t.u.f. e 649

 (cc) BY-NC-ND 2010-2015 Diritto Penale Contemporaneo

c.p.p. e la consequenziale esigenza di sollevare questione di legittimità costituzionale. – 9. Riflessioni conclusive.

1. Inquadramento della questione.

E' noto come il principio del *ne bis in idem*, nell'estensione e nelle implicazioni ad esso assegnate nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e della Corte EDU, sia stato consacrato, nella sua duplice veste sostanziale e processuale, dall'art. 50 CDFUE (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ormai uscita dal limbo della *soft law* ed ascesa nell'olimpo della *hard law* con la sua "giuridicizzazione" nel Trattato di Lisbona sull'Unione Europea, entrato in vigore nel dicembre del 2009)[1] e, prima ancora, dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)[2], esercitando, dunque, seppure con modalità operative diverse, la sua efficacia cogente negli Stati contraenti questi due documenti internazionali.

Di più: il principio in disamina, nella sistematica sovranazionale, è assurto alla categoria di *diritto fondamentale.*

Essendo stato elevato al rango di predicato inalienabile della persona, il *ne bis in idem* risulta ormai intangibile e la sua particolare forza è attestata dall'inammissibilità di deroghe, neppure in caso di urgenza ai sensi dell'art. 15 CEDU[3].

Nei paesi membri dell'U.E. (Unione Europea), perlomeno – come si vedrà meglio *infra* – nelle materie di spettanza comunitaria, tale direttiva – e a prescindere da apodittiche prese di posizione recentemente adottate in giurisprudenza e di cui si accennerà nel proseguo –, in ossequio alle ordinarie regole di interazione tra ordinamento comune e ordinamenti regionali, ha immediati riflessi precettivi, senza la preventiva esigenza, a cui è invece subordinata l'applicabilità della disciplina convenzionale in insanabile contrasto con quella interna, di alcun incidente di costituzionalità.

L'impatto dirompente del *diritto* al *ne bis in idem* – così come declinato a livello comunitario e convenzionale – nei singoli sistemi nazionali si staglia con contorni nitidi – come si apprezzerà meglio dopo – pensando alla preclusione che esso determina –

---

[1] Questa disposizione, a riprova della doppia valenza sostanziale e processuale conferita al principio in parola a livello eurounionista, recita: "***Diritto*** *di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato:* ***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".*

[2] Questa disposizione, a riprova della doppia valenza sostanziale e processuale conferita al principio anche a livello convenzione, recita: "***Nessuno potrà essere perseguito o condannato*** *penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato".*

[3] Si è di recente espresso in questi termini, TOLOMELLI, *Giudicato penale e* lex mitior ex *art. 7 CEDU: argomenti a difesa della stabilità della preclusione,* in *Cass. pen.*, 2014, p. 2718. Inoltre, FLICK-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 www.abi.it, p. 7.

nella prospettiva ermeneutica sposata a Lussemburgo e a Strasburgo – alla concorrente apertura a carico del medesimo soggetto, per lo stesso fatto, di un procedimento penale e di altro "formalmente" amministrativo – o, perché no, in base al medesimo *iter* logico e argomentativo, anche civile, contabile, disciplinare[4] *et similia* [5]– comportante, però, l'inflizione di misure permeate da tale attitudine afflittiva da convertirle – secondo le indicazioni emergenti nell'attività pretoria delle due Alte Corti internazionali – in autentiche reazioni penali.

In sostanza, dalla regola in parola deriva il divieto, da un lato, ragionando secondo schemi penalistici – pur nell'intrinseca evanescenza della distinzione tra dimensione sostanziale e processuale nell'impostazione sovranazionale, tutta protesa a guardare ai contenuti e agli effetti di una norma più che alla sua collocazione formale – di fare convergere su un unico fatto un multiforme campionario di sanzioni ontologicamente e finalisticamente omogenee, a prescindere dal loro *nomen iuris* e dalla loro *sedes materiae*; dall'altro, in una visuale processualistica, di moltiplicare i procedimenti relativi a violazioni di matrice analoga – in nome dell'idea per cui "il processo è già una pena" e sarebbe ingiusto e iniquo incrementarne irragionevolmente il numero.

---

[4] Il Tribunale di Brindisi ha dichiarato l'improcedibilità dell'azione penale in ragione della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p., e dei principi elaborati dalla Corte EDU in tema di *ne bis in idem,* in una vicenda che vedeva un detenuto imputato per danneggiamento aggravato di beni dell'amministrazione penitenziaria custoditi all'interno della sua cella. A causa di queste condotte il soggetto, ai sensi dell'art. 77, n. 13, d.p.r. n. 230 del 2000, era già stato condannato in sede disciplinare con le sanzioni dell'esclusione per 15 giorni dalle attività in comune e del risarcimento dei danni. Ebbene, il Tribunale pugliese, dichiarando la propensione punitiva delle misure disciplinari comminate all'imputato – sulla base della giurisprudenza della Corte EDU di cui parleremo diffusamente dopo, in effetti, appare indiscutibile la grave incidenza sulla libertà personale dell'esclusione dalle attività in comune per la durata di 15 giorni, tanto più ove si consideri che, associato a tale sanzione, ricorre anche l'isolamento continuo – ha dichiarato il non doversi procedere per avere subito il prevenuto già una condanna per il medesimo fatto. Il giudice brindisino, contrariamente a quanto ha ritenuto recentemente la Cassazione nel sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina sugli abusi di mercato istitutiva del doppio binario sanzionatorio (su cui ci intratterremo *infra),* ha reputato possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., nel senso di ricomprendere al suo interno l'ipotesi in cui il precedente giudicato, benché formalmente non penale, abbia sostanzialmente ad oggetto un'accusa penale. Così, Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, Giudice Biondi, con nota di FINOCCHIARO, *Improcedibilità per* ne bis in idem *a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in *questa Rivista,* 12 dicembre 2014.

[5] Ha già impeccabilmente illustrato i medesimi concetti, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.– Riv. trim.*, 4, 2013, p. 30 ss. Di recente, nella giurisprudenza di merito, proprio alla luce del diritto vivente CEDU, si è addivenuti ad un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 173 c.p. Si è, infatti, osservato come l'ordine di demolizione, previsto dall'art. 31, comma 9, d.p.r. n. 380 del 2001, al di là della sua formale qualificazione giuridica interna, sia assimilabile ad una pena ad ogni effetto convenzionale e nazionale. Pertanto, si è detto, tale misura non può essere sottratta all'ambito applicativo delle disposizioni sostanziali in tema di prescrizione della pena, estinguendosi, quindi, ai sensi dell'art. 173 c.p., ove non eseguita nel termine di cinque anni. Così, Trib. Asti, Sez. Esecuzioni penali – Giudice Corato, 3 novembre 2014, con nota di BUCCHI SIENA, *Strasburgo chiama, Asti risponde: l'ordine di demolizione è una pena e si prescrive*, in *www.archiviopenale.it.*

Portando il discorso alle estreme conseguenze, l'ordinamento, per adeguarsi ai dettami sovranazionali, dovrebbe teoricamente ridisegnarsi, abbandonando, nei settori in cui è stata istituita, la logica del doppio binario penale/ amministrativo e, più in generale, allorché un contegno umano rilevi sul piano penale e in altri ambiti solo *formalmente* differenti – per esempio disciplinari, contabile, *et similia* –, demandare *sempre* ad un unico giudizio – nonché, parallelamente, ad un apparato sanzionatorio unitario – la valutazione delle condotte dell'agente.

Se, dunque – come si osserverà più diffusamente *infra* –, con la direttrice in parola, nella sua peculiare accezione transnazionale – intesa a enfatizzare gli aspetti sostanziali e contenutistici del fenomeno trattato, più che le qualifiche formali assegnate ai procedimenti incardinati nei confronti del medesimo soggetto –, deve ormai necessariamente confrontarsi il nostro ordinamento, così come, d'altronde, qualsiasi altro ordinamento leale al vincolo di fedeltà contratto con la ratifica delle "Carte dei Diritti", occorre cominciare a immaginare soluzioni pratiche finalizzate a dipanare, di volta in volta, le aggrovigliate matasse procedimentali destinate a stringersi intorno alla medesima persona allorché il fatto a lei ascritto sia sindacabile in contesti sanzionatori nominalmente diversi ma, in realtà, teleologicamente identici.

In queste pagine, scandaglieremo una delle problematiche più intricate e delicate, avviata inevitabilmente a proporsi di sovente nella prassi, connessa all' irrompere del principio del *ne bis in idem* "internazionale" nel sistema.

Negli ambiti dove è stato istituzionalizzato il regime del doppio binario penale/ amministrativo, infatti – ma è ovvio che riflessioni speculari si possono sviluppare in qualunque altro caso in cui su un unico contegno umano si concentri una pluralità di interventi repressivi solo *formalmente* divergenti –, si è già verificata, ed è fisiologico si ripeterà in futuro, la concomitante attivazione di entrambi i procedimenti, ingenerando una situazione di *litispendenza*.

Nel microcosmo degli abusi di mercato – terreno di coltura ideale per sperimentare itinerari esegetici funzionali alla risoluzione dei complicati nodi applicativi destinati fatalmente ad affacciarsi, soprattutto perché qui, finora, perlomeno nel nostro Paese, hanno trovato la più minuta e diffusa discussione le questioni attinenti l'operatività del canone del *ne bis in idem* "internazionale"– avviene usualmente che l'*iter* amministrativo riceva impulso e marci secondo tempistiche spedite, mentre quello penale – peraltro spesso attivato *dopo* e proprio *a seguito* di segnalazioni dell'organo preposto a comminare le sanzioni amministrative, la CONSOB – si dipani con le "dilatate" cadenze dettate dal codice di rito; cadenze congenite ad una sequenza altamente "garantita", complessa e articolata, che, per giunta, occorre ammetterlo senza infingimenti, non brilla certo per efficienza[6].

---

[6] In proposito, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 1 ss. hanno osservato che logica del doppio binario è stata accolta anche per promuovere istanze efficientiste, inclini a colpire prontamente i responsabili di questi abusi mediante il più snello e rapido procedimento amministrativo, scevro, peraltro, da strumenti di "fuga" dall'esecuzione della sanzione (come la sospensione condizionale della pena). A p. 2 gli illustri AA. aggiungono che dall'art. 14 direttiva 2003/6/CE, da cui ha tratto origine l'attuale apparato repressivo, si poteva desumere come l'ordinamento comunitario prevedesse solo una *facoltà* – e non l'obbligo – per gli

In simile assetto normativo, può accadere che il procedimento di più "antica data" – normalmente quello amministrativo –, benché giunto ad uno stadio avanzato, non sia ancora approdato al suo esito definitivo quando la procedura azionata successivamente – tendenzialmente quella penale – emetta i primi vagiti.

Questa situazione – suscettibile di proliferare a dismisura in una pluralità di comparti giuridici concepiti in omaggio alla medesima, apparente, logica "binaria" caratterizzante la materia dei *market abuse,* ovvero nella vasta gamma di ipotesi in cui la commissione di un fatto, oltre a consentire il propiziarsi dell'azione penale, apra le porte anche a giudizi solo *nominalmente* civili, disciplinari, contabili, di prevenzione e così via discorrendo – alimenta dubbi, riflessioni e una serie di quesiti collegati alle tecniche di gestione di simili evenienze e, in dettaglio, all' *an* ed al *quomodo* sottrarsi alla spire della litispendenza.

Il Giudice – sia esso quello penale, quello amministrativo o altro –, prima di prendere atto delle ripercussioni del canone del *ne bis in idem* nella fattispecie sottoposta al suo sindacato, deve necessariamente attendere il formarsi del giudicato nell'altra serie procedimentale – solitamente quella *extra* – penale, non di rado prossima al traguardo –, ovvero si possono ipotizzare – in linea con strategie già adottate all'estero[7] – meccanismi di blocco del "successivo" procedimento indifferenti a un ostacolo – più formale che sostanziale – idoneo solo, giova sottolinearlo, a rinviare al futuro un epilogo scontato in partenza, con intuibili diseconomie processuali[8]?

Quid iuris, ad esempio, se i provvedimenti sanzionatori di natura solo formalmente "amministrativa", emanati dalla CONSOB in relazione a presunti abusi di mercato, siano pervenuti alle soglie del vaglio di cassazione allorché il procedimento penale ristagni alla fase di merito o, magari, addirittura a quella istruttoria o dell'udienza preliminare?

E' ammissibile – come si è anche domandata la Suprema Corte di Cassazione nel sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 187-*bis,* comma 1, t.u.f., e 649 c.p.p. per sospetta violazione del *ne bis in idem* convenzionale e di cui tratteremo meglio in seguito[9] – in un sistema edificato sul principio del buon andamento dei

---

stati membri di *aggiungere* alle sanzioni amministrative – la cui adozione era invece dovuta – anche quelle penali.

[7] In Svezia, ad esempio, nel 2013, la Corte Suprema, in composizione plenaria, ha riconosciuto la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU anche in caso di *litispendenza,* di talché se il procedimento amministrativo-tributario per lo stesso fatto era iniziato prima diventava impossibile la coeva apertura di un procedimento penale. Di questa pronuncia ne ha dato notizia, DOVA, Ne bis in idem *e reati tributari: una questione ormai ineludibile,* in *questa Rivista,* 11 dicembre 2014, p. 4.

[8] Ad avviso di VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem: *verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, p.227, la preesistenza di un provvedimento definitivo sarebbe una condizione imprescindibile per invocare la garanzia sovranazionale. Merita di essere sottolineato come l'illustre A., alla nota 12 di p. 227, citi una pronuncia del GIP di Milano (ord. 5 giugno 2014, Giudice Di Censo), con cui si è respinta la questione poiché era pendente ricorso per cassazione avverso la pronuncia della Corte di Appello confermativa della delibera CONSOB.

[9] Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2014, ord. n. 1782, in *questa Rivista,* 22 gennaio 2015. Nel paragrafo 5.2 del *Considerato in diritto* i giudici hanno testualmente rilevato, nell'argomentare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis,* comma 1, t.u.f., derivante dalla ipotizzata sistematica infrazione al principio

pubblici poteri, che il giudizio penale prosegua su un binario morto, incurante dello spreco di risorse umane e materiali provocato dall'inutile mobilitazione di un'intera macchina giudiziaria lanciata verso una fine già segnata, nonché delle intuibili sofferenze psicologiche patite dalle persone coinvolte?

Come si constaterà di qui a poco, siamo convinti che – almeno con riferimento a taluni settori dove è stata espressamente positivizzata la filosofia del c.d. "doppio binario" – sul piano positivo esistano soluzioni capaci di scardinare quel "congegno normativo perverso" da cui trae origine il fenomeno patogeno della litispendenza[10].

Nel campo degli abusi di mercato, ad esempio, è possibile prospettare percorsi atti a neutralizzare questo cortocircuito, ovvero, quantomeno, a rimettere alla valutazione di un "Giudice Superiore" l'accertamento della compatibilità comunitaria e convenzionale di una previsione – i cui cloni popolano altre branche dell'ordinamento concepite in modo analogo come, a titolo indicativo e non certo esaustivo, quello tributario (basti pensare all'art. 20 l. n. 74 del 2000) o delle misure *ante delictum* –, inserita nel Testo Unico delle disposizioni in materia finanziaria (t.u.f.), "responsabile", per un verso, di rendere endemica la coeva esistenza di due procedimenti, difformi nella loro veste formale, ma uguali nella loro essenza penalistica, e, quindi, di sistematizzare una *latente* violazione del *ne bis in idem* – che si realizzerà inevitabilmente e "consapevolmente" nel momento in cui il "secondo" giudizio arrivi al suo epilogo, nonostante la pregressa definizione del primo –; per l'altro, se si conviene sull'incorporazione nel nostro corredo genetico di tale regola internazionale, di ingiungere ad una autorità giurisdizionale di muoversi, nonostante l'intera sua attività verrà inesorabilmente vanificata dall'esigenza di rispettare i vincoli sovranazionali, nell'istante in cui sarà deliberato il provvedimento di chiusura del precedente giudizio.

Preme incidentalmente notare come per sciogliere il *rebus* si profili una rosa di sentieri ermeneutici tra loro non necessariamente in rapporto di mutua esclusione.

E' connaturata, invero, alla struttura "a rete" di quel macro e "caleidoscopico" ordinamento originato dall'intreccio tra sistemi domestico, convenzionale e

---

convenzionale nella materia degli abusi di mercato (i neretti e le sottolineature sono nostre): *"(…) la segnalata incongruenza sistematica avrebbe, ad avviso di questa Corte, ricadute anche sul piano dell'effettività della risposta sanzionatoria:* ***al di là di qualsiasi considerazione circa l'evidente irragionevolezza, sul piano della gestione delle risorse*** *e su quello delle possibili disparità di trattamento tra singoli destinatari delle sanzioni, di una duplicazione di procedimenti* ***destinata* ab initio *a concludersi con l'accertamento di una violazione del divieto di* bis in idem,** *deve rilevarsi che la stessa incertezza sulla sorte dei due procedimenti avviati (****uno dei quali destinato, appunto, a generare la violazione del* ne bis in idem*) sarebbe inevitabilmente destinata a riflettersi sull'effettività della risposta sanzionatoria, compromessa – o comunque sensibilmente ridimensionata – dalla prospettiva di "azzeramento" del procedimento (quello penale, nei casi che dovrebbero risultare statisticamente più frequenti)*** *ancora in corso al momento dell'irrevocabilità della sanzione irrogata all'esito del diverso procedimento".*

[10] Anche FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 13 ss. sostengono che il difetto strutturale di un sistema congegnato secondo la logica del doppio binario deve essere corretto a monte, eliminando le norme interne che rendono possibile la duplicazione dei procedimenti.

comunitario[11] – organizzato, in linea generale, secondo *relazioni* "tendenzialmente", attesa la teorica dei contro – limiti, *verticali* tra giudici sovranazionali e nazionali e secondo *relazioni orizzontali* (nella particolare inclinazione, a parere di alcuni, del *modello dialogante)* tra Corte di Giustizia e Corte EDU[12] –, la possibilità di dirimere i "conflitti" mediante *iter* esegetici eterogenei, ancorché compatibili e fungibili tra loro.

---

[11] Ed anche – intensificando così la tendenza destatualizzante, pluralistica e dinamica del diritto – tra i tribunale *ad hoc* e con la Corte penale internazionale dell'Aja. Così, SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, p. 480. Sulla morfologia reticolare del nuovo sistema, che ha scalzato la tipica struttura piramidale degli ordinamenti tradizionali di "*Kelseniana* memoria", si rinvia alle "pioneristiche" note di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà,* Giuffré, 2004, p. 150 ss. e al più recente, e già fondamentale lavoro monografico, di MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* Dike, 2012, p. 20 ss. L'A., peraltro, nel tratteggiare gli intricati grovigli ermeneutici in cui si viene a trovare il giudice al cospetto di questo nuovo volto assunto dal diritto penale e dal diritto in generale, senza tralasciarne i pregi, si preoccupa di mettere lucidamente e realisticamente in evidenza – come si evince già dalla suggestiva immagine del "Labirinto", sapientemente scelta per intitolare la sua opera – "la paura dell'ignoto" e il senso di smarrimento, sgomento, e, perché no, di inadeguatezza, che può attanagliare l'interprete posto di fronte ad un orizzonte giuridico smisurato, composito, tendente a sfuggire al suo controllo e ad un piena conoscenza, frutto della fusione di "visioni dell'universo" profondamente divergenti (si pensi soltanto alla necessità di confrontarsi con logiche proprie di sistemi di *common law),* oggetto di continui aggiornamenti, adattamenti ed evoluzioni e (come si osserva in particolare da p. 51 ss.) suscettibile di generare infinite ipotesi combinatorie tra disposizioni interne congegnate mediante elementi normativi e fonti sovranazionali – soprattutto comunitarie –, nonché (come si nota a p. 65 ss. e a p. 70 ss.) di lasciare emergere il rischio di applicazioni analogiche *in malam partem* o di *disapplicazioni in malam partem* del diritto interno, in ossequio ad un'ermeneutica orientata alle fonti sovranazionali. Peraltro, la stessa metafora del "Labirinto" è stata impiegata, da altro autorevole studioso, per esaltare le potenzialità del sistema giuridico integrato. Infatti, la natura labirintica del sistema delle fonti è l'unica che consentirebbe – e su questo concordiamo perfettamente – di ottenere finalmente *Giustizia*, privando dell'ultima parola – e, quindi, del vincolo di autorità – una delle Corti a costo di tollerare, pur di evitare che una decisione ingiusta conquisti il crisma dell'irreversibilità, delle incoerenze nelle statuizioni dei giudici coinvolti. Queste note le abbiamo tratte da SOTIS, *All'incrocio tra Carte e Corti: il ruolo del giudice nel "Labirinto delle fonti",* in *Cass. pen.,* 2013, p. 2570, il quale le ha sviluppate prendendo spunto proprio dall'opera di Vittorio Manes. Carlo Sotis, sulla base delle sopra riferite considerazioni, conclude che l'unico profilo del libro di Manes che non si sente di condividere è l'accezione negativa – nel senso di disorientante per il giudice – in cui lo studioso impiega l'immagine del "Labirinto" nel quale, ad avviso di Sotis, occorre restare ben piantati e non, come invero concorda anche Vittorio Manes, uscire "spiccando il volo di Icaro".

[12] In argomento, di recente, MARTÌN, *Modelli di organizzazione giudiziaria nel diritto penale europeo,* in AA.VV., *Europa e diritto penale,* a cura di Paliero-Viganò, Giuffré, 2013, p. 151 ss. A p. 163 ss. l'A. sottolinea come i rapporti tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo, proprio in ragione dello spazio di autonomia riconosciuto nell'attuazione delle decisioni sovranazionali (il c.d. margine di apprezzamento nazionale), si sia sviluppato, più che altro, in base a un modello dialogato – variante del modello orizzontale, implicante una posizione di parità tra i giudici e proteso a disciplinare la cooperazione giudiziaria e le procedure di delibazione –, tendente a" regolamentare" l'attività di due o più tribunali tutti competenti per l'interpretazione di una stessa norma. Lo stesso A. evidenzia, invece, come la Corte di Giustizia, a secondo del ruolo e del tipo di decisione che è chiamata ad assumere, deve essere organizzata attraverso una fisionomia a "geometria variabile" in cui si combinino i modelli gerarchico (*id est:* verticale) – quando i giudici di Lussemburgo indosseranno i panni di garante dell'unità del diritto comune –, orizzontale – allorché i giudici europei opereranno come giudici della libertà o come una Corte d'Appello – e dialogante

La fisionomia "reticolare" di questo complesso – e complicato – sistema integrato – il cui connotato costante è rappresentato, come è stato incisivamente scolpito in dottrina, dalla "*(…) compresenza, nella definizione di un giudizio penale, di norme appartenenti ad ordinamenti diversi, ma in posizione di reciproca interferenza*"[13] – permette sempre di scorgere "scappatoie" utili a sfuggire al vicolo cieco costituito da decisioni irrimediabilmente errate e pregiudizievoli per gli interessi soccombenti meritevoli di tutela.

Nella contemporanea "società dei diritti" – coincidente con l'attuale "*comunità internazionale*" alla quale appartiene anche il nostro Paese[14] –, sarà comunque consentito schiudere nuovi varchi; imboccare una via alternativa, affidandosi ad un altro giudice che, pur sprovvisto di un ruolo sovraordinato rispetto a quello precedente e pur sfornito, dunque, dell'autorità per invalidarne i *dicta*, detiene a sua volta prerogative confacenti a garantire il risultato auspicato, potendo, come è stato sostenuto in dottrina in termini affascinanti ed eloquenti: "*(…) giudicare l'ingiustizia del giudizio supremo sull'ingiustizia di una legge*"[15].

Basta impegnarsi per mettere ordine nella "confusione" imperante in materia e imparare ad orientarsi in un" nuovo" e a tratti sconfinato paesaggio giuridico – figlio del *big bang* innescato da una rapida evoluzione della storia, dal propagante progresso culturale, da una ritrovata armonia tra i popoli e dal processo di universalizzazione dei diritti sbocciato dopo l'esperienza del "male" e la presa d'atto dell'incapacità degli stati nazionali e della loro sovranità ad issare adeguate paratìe a salvaguardia di valori tanto seri come lo sono i predicati fondamentali della persona[16] – a prima vista avvolto in un caos inestricabile ma, in verità, animato da un rigoroso spirito razionale teso a "promuovere il trionfo del bene".

Insomma, la "rete" – spesso ascesa a suggestiva metafora di scenari "claustrofobici" evocanti trappole inestricabili – assurge, in simile *humus* giuridico, a

---

– allorché occorrerà strutturare le interferenze tra giudici costituzionali nazionali, Corte di Giustizia e Corte EDU nella costruzione di un sistema unitario dei diritti fondamentali.

[13] SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 464.

[14] L'espressione riportata l'abbiamo pressoché testualmente mutuata da MARINUCCI, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio d'antigiuridicità del fatto tipico,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1085.

[15] SOTIS, "*La mossa cit.*", p. 483. Secondo l'A. il sistema "a rete" permette di mettere in discussione la decisione ingiusta di un giudice supremo, formalmente – perlomeno secondo logiche proprie del costituzionalismo classico –, insindacabile nei suoi responsi, anche laddove opti per una soluzione iniqua. In breve, rinunciando ad assegnare ad una Corte l'ultima parola ci si avventure nel mare aperto delle incoerenze e, perché no, del disordine giuridico, ma questo è il pedaggio da pagare – in termini di fatica ed impegno intellettuale nell'opera di gestione esegetica della fisiologica complessità di un modello pluralistico e dialogico come quello "Europeo" – all'insopprimibile esigenza umana di ottenere *Giustizia.*

[16] Che questa presa d'atto risieda al fondo della *ratio* istitutiva delle Carte internazionali dei diritti lo ha impeccabilmente rammentato, nel criticare le, talvolta, eccessive resistenze del diritto vivente interno – soprattutto quello di matrice costituzionale – a introitare le direttive provenienti da Strasburgo, VIGANÒ, *Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *questa Rivista,*14 luglio 2014, p. 21.

immagine iconografica della perpetua e insopprimibile speranza di imbattersi, prima o poi, in un *Giudice a Berlino!*

2. Prima opzione operativa: la possibile disapplicazione di disposizioni interne "geneticamente" incompatibili con l'art. 50 CDFUE.

La verifica circa la disapplicabilità di disposizioni nazionali in contrasto con l'art. 50 CDFUE – dove è consacrato il *diritto* al *ne bis in idem* comunitario – sottende il previo svolgimento di un duplice ordine di approfondimenti.

In primo luogo, occorre accertare se la norma europea si compenetri direttamente nei singoli Paesi aderenti ai trattati; soltanto dopo si potrà andare alla ricerca di paradigmi interni con essa eventualmente in perenne attrito e, quindi, tenuti a cedere il passo.

E' superfluo ribadire che l'ingresso nello spazio comune ha determinato limitazioni alla sovranità nazionale, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.[17], imponendo, pertanto, al giudice ordinario, al di là di qualsiasi filtro di costituzionalità, l'accantonamento di disposizioni in rapporto antinomico con quei *caveat* comunitari dotati di immediato valore precettivo; obbligo, quest'ultimo, che si rafforza laddove il "congelamento" della normativa nazionale produca effetti *in bonam partem*.

Con specifico riguardo all'efficacia dell'art. 50 CDFUE ("trattatizzato", insieme all'intera Carta di Nizza, per effetto dell'art. 6 T.U.E.[18]), la Grande Sezione della Corte di Giustizia UE, per il tramite della fondamentale sentenza del 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Fransson, C-617/10*[19], chiamata a esprimersi sull'ipotizzata infrazione al divieto del *"double jeopardy"* nel caso di simultanea pendenza di un procedimento penale e di altro amministrativo – tributario relativo ai medesimi fatti, ha precisato e puntualizzato la portata del principio[20], formulando alcuni cruciali enunciati, sintetizzabili secondo il seguente schema riepilogativo[21]:

---

[17] In ordine ai meccanismi di penetrazione del diritto comunitario in ambito nazionale, v., di recente, MANES, *Il giudice cit.*, p. 120 ss.

[18] L'art. 6, § 1, T.U.E., dando ingresso alla Carta di Nizza tra le fonte del diritto comunitario, riconosce, in via *mediata*, anche la CEDU a cui la Carta, in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, § 3, si conforma. Ma lo stesso art. 6, ai commi §§ 2 e 3, riconosce in via *immediata* i precetti CEDU sancendo: "2. *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".*

[19] Consultabile in *questa Rivista*, 5 giugno 2014, con nota di DOVA, Ne bis in idem *in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatore e giudici nazionali e sovranazionali*.

[20] Abbiamo tenuto a sottolineare questo aspetto in ragione di un orientamento emerso nella Suprema Corte e, in particolare, in Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767, con nota di PARODI-VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in *questa Rivista*, 25 maggio 2012. Si tratta di una sentenza in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporto tra diritto interno e diritto dell'UE, in cui, nel paragrafo 5 della motivazione, si afferma che *"**la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile***

soltanto allorché si sia in presenza di un diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. *Situazione questa che può verificarsi, ad esempio,* ***quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo*** (queste ultime evidenziazioni e sottolineature sono nostre) *e dandosi pertanto luogo non ad un rapporto di conformità-non conformità ma di applicabilità-non applicabilità, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra"*. **Nel caso invece di una situazione di *non conformità* di una norma nazionale con un *principio generale* del diritto comunitario**, continua la Corte – così come segnala l'estensore di questa parte della nota, Francesco Viganò, alle cui evidenziazioni ci siamo riportati –, il giudice nazionale avrebbe anzitutto il dovere di tentare un'interpretazione conforme; laddove questa strada si riveli impraticabile, **egli sarebbe tenuto a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, *ovvero* una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost**: *"non si tratterebbe, infatti, di 'non applicare' la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, 'disapplicare' o 'eliminare' la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria"*. Sebbene, dunque, occorra considerare tale indirizzo (che nel nostro caso non scalfisce la tenuta del discorso, essendosi già espressa la Corte di Giustizia sul divieto del doppio giudizio), tuttavia Francesco Viganò, nel commentare la pronuncia, ha ritenuto la distinzione, così enunciata dalla Corte, non fondata. Infatti, ha osservato l'A., la distinzione tra norme comunitarie dotate e non dotate di effetto diretto non dipende affatto – come invece sembra ritenere la Cassazione nella sentenza in discorso – dalla natura di norma-precetto (puntuale) o di norma-principio della disposizione comunitaria**,** essendo invece pacifico che l'effetto diretto debba essere riconosciuto – concorrendo tutte le condizioni enunciate per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Van Gend en Loos del 5 febbraio 1963, C-26/62, in *eur-lex.europa.eu* – anche alle norme dei trattati che stabiliscono libertà o principi in termini assolutamente generali**,** certamente non riducibili allo schema di una puntuale norma-precetto**.** A fronte di questo quadro – aggiunge Viganò – perdono ogni pratica consistenza le sottili distinzioni terminologiche operate dalla Corte di cassazione, nella sentenza qui in commento, tra "disapplicazione" della legge interna (che dovrebbe essere preceduta da una dichiarazione di illegittimità costituzionale della medesima) e sua mera "non applicazione", così come tra "conformità-non conformità" e "applicabilità-non applicabilità". Il punto di vista della Corte di giustizia – nota conclusivamente l'A. –, che è decisivo per il giudice italiano, stante il principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno – è molto più semplice e lineare: la legge interna contrastante con il diritto dell'Unione dotato di effetto diretto – non importa se con un principio generale o con un puntuale precetto espresso da un singolo atto normativo europeo – non può trovare applicazione nelle controversie pendenti avanti i giudici ordinari, e deve pertanto essere disapplicata da parte di costoro, senza necessità di alcun intervento da parte della Corte costituzionale, e a prescindere altresì dal (possibile, ma non necessario) esperimento di un ricorso pregiudiziale di interpretazione avanti la Corte di giustizia. Proprio in argomento si rinvia, inoltre, alle considerazioni esposte nel fondamentale lavoro monografico di SOTIS, *Il diritto senza codice,* Giuffré, 2007, p. 230 ss.

[21] E' opportuno ricordare che, poco tempo dopo tale pronuncia, la Corte EDU ha affermato la violazione del *ne bis in idem* convenzionale da parte del sistema repressivo penal-tributario finlandese: Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia, ric. n. 11828/11*, in *www.canestrinilex.com.* Per un primo commento alla sentenza si veda DOVA, Ne bis in idem *in materia tributaria: prove tecniche* cit. Di recente, la Corte EDU ha nuovamente condannato la Finlandia per la violazione del *ne bis in idem* in ambito tributario: Sez. IV, 10 febbraio 2015, Kiiverii c. Finlandia, con nota di DOVA, Ne bis in idem *e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prime aperture della Cassazione*, in *questa Rivista,* 27 marzo 2015, a p. 2 l'A. segnala come la giurisprudenza della Corte EDU in materia cominci a fare breccia nella giurisprudenza della Cassazione. In tal senso, l'A. riporta una recente sentenza dove, seppure in un *obiter dictum,* i giudici, trovandosi a valutare un'ipotesi di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*ter* del d. lgs. 74/ 2000), hanno affermato testualmente – come trascritto dall'estensore del commento – che emergono: "*non irrilevanti dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria (si veda a tale proposito quanto stabilito con la sentenza della CEDU del 4 marzo 2014 sul caso Grande Stevens contro Italia), che* ***l'illecito amministrativo e quello penale possano avere ad oggetto sostanzialmente il medesimo fatto, rendendo ingiustificata la duplicità di sanzioni in caso di ritenute che superino la soglia*** **(**il neretto si deve all'A. della nota)**».** La sentenza richiamata è stata pronunciata da Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475 ed è "scaricabile" attraverso il collegamento ipertestuale segnalato in epilogo al contributo di Massimiliano Dova.

- il principio del *ne bis in idem* è sancito nell'art. 50 CDFUE;
- *la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione (ivi incluso l'art. 50) si applica, in via immediata, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto europeo ai sensi dell'art. 51, § 1, dello stesso articolato* (asserto sviluppato dalla Corte in seno ai §§ 26-28, nell'affermare la propria competenza)[22];
- per medesimo fatto si deve intendere, non già coincidenza tra fattispecie tipiche a confronto, bensì, più propriamente, identico accadimento materiale, contestato da due autorità differenti, insignite del potere di infliggere sanzioni la cui natura, a scanso dalle etichette, sia di matrice penale;
- ai fini dell'individuazione della reale essenza delle sanzioni "apparentemente" *extra*-penali il *Giudice nazionale* – e non quello eurounitario (§§ 36 e 38) – deve considerare tre parametri alternativi tra loro (che non impediscono un approccio cumulativo se l'analisi atomistica e particellata dei singoli criteri osta ad un responso chiaro in merito alla sussumibilità dell'accusa nella materia penale[23]): la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la sua natura e, infine, l'indole e il grado di severità della misura, nel senso che una conseguenza può dirsi equipollente ad una pena qualora presenti una proiezione afflittiva in linea con le indicazioni fornite dalla stessa Corte nel

[22] Condizione che, sia detto per inciso, nel caso di specie è stata ravvisata attraverso un'esegesi da taluno giudicata estensiva della regola, trattandosi di materia fiscale e, come tale, tendenzialmente "gelosamente" custodita dalla potestà normativa nazionale. Sul punto, MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "a la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *questa Rivista*, 17 maggio 2013, p. 10 ss.; 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. Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Franssonn, C-617/10*, in *questa Rivista*, 15 aprile 2013, p. 4. Peraltro, ha notato CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "*Road map*" e l'impatto delle nuove direttive*, in *questa Rivista*, 4 febbraio 2015, p. 18, nel caso di specie si discuteva di I.V.A., imposta di origine europea e, dunque, confacente ad attrarre la materia nella competenza UE. Sulla tendenza della Corte di Giustizia ad intendere in senso lato il concetto di "attuazione del diritto UE", SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Europa cit.*, p. 208.

[23] Sul punto, BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del* ne bis in idem *nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia. Relazione n. 35 del 2014 dell'ufficio del Ruolo del Massimario della Corte di Cassazione – settore penale*, in *www.cortedicassazione.it*, p. 5.

leading case 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489[24] e con i cc.dd. "*Engel criteria*[25]", enunciati nel diritto vivente convenzionale (§§ 34 e 35)[26];

- da tale angolo prospettico occorre che il *giudice del rinvio* valuti l'adeguatezza delle "residue" sanzioni a soddisfare i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività (§ 36).

Tali enunciati sono già penetrati in una parte della nostra *law in action*, laddove la Corte di Cassazione ha riconosciuto all'art. 50 della Carta di Nizza, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, diretta applicabilità in tutti i sistemi giuridici interni, accanto alle previsioni contenute nelle rispettive Costituzioni nazionali.

Da tale affermazione – confutata in seguito come constateremo – è derivata, in aderenza all'impostazione dei Supremi giudici, la correlata necessità di prevenire la trasgressione del principio del *ne bis in idem*, ossia di una prerogativa posta a presidio del cittadino europeo, nel quadro dei principi fondamentali dell'Unione[27].

---

[24] In *curia.europa.eu*.

[25] Per amore di completezza occorre osservare come la sentenza *Engel* sia stata emesso in riferimento all'art. 6 CEDU (sul giusto processo convenzionale). Con più specifico riguardo all'art. 7 CEDU (dove è sancito il principio di legalità convenzionale) il *leading case* è, invece, il seguente: 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito, Ric. n. 307- A,* in *Leg. pen.*, 1995, p. 522, dove la Corte ha precisato, rispetto a quanto aveva già statuito in precedenza, come uno dei parametri da considerare onde riconoscere i connotati distintivi di una pena, al di là delle etichette formali, sia costituito anche dalla consequenzialità della misura rispetto ad una condanna per reato. La Corte ha inoltre enfatizzato, al fine di scoprire il reale contenuto di una conseguenza sanzionatoria, la natura e lo scopo della misura in discussione, distinguendo a seconda se la stessa presenti un contenuto preventivo o afflittivo.

[26] Le indicazioni fornite nella sentenza *Bonda* sono simmetriche a quelle impartite dalla costante giurisprudenza della Corte EDU a cominciare dalla sentenza 08 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, *Ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72*, §§ 82-83.

[27] Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2014, n. 21323, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2014, Rv 259244, a p. 8 della motivazione. Sulla base di questi fermenti, i Supremi Giudici hanno stabilito, assegnando al principio il ruolo di garante anche della libertà di circolazione del cittadino europeo: "*In tema di mandato di arresto europeo, il motivo di rifiuto della consegna basato sull'ipotesi di "litispendenza internazionale" ex art. 18, comma primo, lett. o), legge 22 aprile 2005, n. 69 va correttamente interpretato alla luce del nuovo quadro di principi e regole del diritto euro – unitario, di talché va riconosciuta la prevalenza della giurisdizione straniera esecutiva (relativa, quindi, a sentenze di condanna definitive) rispetto alle esigenze processuali proprie della giurisdizione interna, non solo, nell'ipotesi di pendenza di un procedimento penale per gli stessi fatti oggetto del m.a.e. ma, anche, nel caso in cui il procedimento penale dovrebbe instaurarsi ex novo in relazione agli stessi fatti e nei confronti della stessa persona. (Nella fattispecie il ricorrente era stato condannato in Polonia con sentenze irrevocabili per i reati di associazione a delinquere e furti aggravati, commessi in parte in Italia e per i quali non era stata avviata ancora alcuna indagine in territorio nazionale)*". Peraltro, nella giurisprudenza di merito, già si era pervenuti agli esiti sopra riportati. Invero, l'ufficio del giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Milano aveva ormai riconosciuto la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE con sentenza del 6 luglio 2011, Giudice Curami, in *questa Rivista*, 17 gennaio 2012. Qui si è stabilito che: "*L'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali – a norma del quale 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 a legge – è disposizione direttamente applicabile nell'ordinamento interno in seguito all'incorporazione della Carta nel Trattato di Lisbona (art. 6 TUE")*.

Tirando le fila del ragionamento articolato in forza delle acquisizioni interpretative elaborate a Lussemburgo e poi, di conserva, a Roma, non pare affatto stravagante concludere per l'immediata "giustiziabilità" della regola scolpita nell'art. 50 CDFUE nel diritto vigente, a condizione, in ossequio all'art. 51, § 1, della stessa Carta, che tale canone debba andare ad interferire in sfere di dominio comunitarie[28].

In questi ambiti, pertanto, l'automatica incidenza interna esercitata dall'art. 50 CDFUE deve condurre alla disapplicazione di disposizioni nazionali in patente – e non componibile in via esegetica[29] – conflitto con esso e, più nel dettaglio, di disposizioni volte ad inoculare nel sistema il *virus* di una *latente*, futura e inevitabile inottemperanza al principio del *ne bis in idem* europeo.

Un esempio paradigmatico di norma "autoctona" foriera della descritta "cronica" patologia ordinamentale è costituito, come si osserverà subito, dall'art. 187-*duodecies* del D. lgs. n. 58 del 1998 (t.u.f.).

3. Segue: l'esempio paradigmatico dell'art. 187-duodecies t.u.f.

L'art. 187-*duodecies* del D. lgs. n. 58 del 1998, laddove non prevede alcun meccanismo di coordinamento, negando in radice, anzi, qualsiasi rapporto di presupposizione tra procedimento penale e procedimento "apparentemente" amministrativo, istituzionalizza la potenziale violazione del principio del *ne bis in idem* nel campo degli abusi di mercato.

Non è discutibile che la materia in esame rientri nell'alveo di competenza del diritto comunitario[30].

Infatti, l'involucro normativo attuale – di cui, per l'appunto, al D. lgs. n. 58 del 1998 (t.u.f.) – è frutto del recepimento a livello nazionale della Direttiva n. 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, e delle conseguenti

---

[28] Questa possibilità è stata già suggerita da VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 232 ss. alla condizione, nella sua prospettiva esegetica, della previa ricorrenza di un provvedimento definitivo in ambito penale o amministrativo.

[29] Anche MANES, *Il giudice cit.*, p. 51, nel contesto di un'analisi approfondita sulle caratteristiche e i limiti della c.d. *interpretazione conforme*, sottolinea come il vincolo ermeneutico imposto al giudice nazionale dal diritto U.E. (nelle sue poliedriche e multiformi capacità cogenti), implichi, in primo luogo, lo strenuo tentativo di adeguamento dell'ordinamento interno per via interpretativa e, solo ove sia impossibile tale processo di adattamento esegetico, la *disapplicazione* della disciplina domestica.

[30] In senso analogo, VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 219 ss.; Id., *La Consulta cit.*, p. 13. Sempre su questa tema VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del* ne bis in idem *internazionale nell'Unione Europea? Nota a Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel. Ud. 6 luglio 2011*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2012, p. 150, ha osservato come l'art. 50 CDFUE sia applicabile – con certezza – laddove il fatto nuovamente giudicato sia assoggettato a un apparato sanzionatorio introdotto dal legislatore nazionale in attuazione di obblighi imposti dal diritto comunitario: esattamente quel che è avvenuto in materia di *market abuse.* Al medesimo riguardo, FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato,* in AA.VV., *Europa cit.*, p. 305 il quale evidenzia come il settore degli abusi di mercato sia assurto ad autentico paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario.

Direttive di esecuzione emanate dalla Commissione delle Comunità europee n. 2003/124/CE, n. 2003/125/CE, e n. 2004/72/CE, ora in via di sostituzione per effetto della Direttiva 2014/57/UE, entrata in vigore il 2 luglio 2014 e da recepire entro il 03 luglio 2016, e del relativo Regolamento del 16 aprile 2014, n. 596 del Parlamento europeo e del Consiglio, anch'esso entrato in vigore il 2 luglio 2014 e che avrà efficacia sempre dal 03 luglio 2016[31].

Da quanto dedotto si evince che, in relazione al sottosistema degli abusi di mercato, il principio del *ne bis in idem* comunitario acquista immediata *vis* imperativa nel nostro Stato.

E questo tanto più ove si osservi come la Corte di Lussemburgo, con specifico riguardo al settore giuridico in disamina, abbia già ravvisato nelle fattispecie sanzionatorie c.d. amministrative, inserite nel t.u.f., l'enucleazione di provvedimenti pacificamente assimilabili a rimedi penali agli effetti della CEDU[32], in quanto pesantemente incidenti sulla reputazione (pensiamo alla stigmatizzante pubblicazione della sentenza di condanna introdotta dall'art. 187-*septies*, comma 3, t.u.f), sulla libertà economica e di autodeterminazione della persona (pensiamo alle misure in tema di incompatibilità a ricoprire determinate cariche sociali), nonché sul suo patrimonio (pensiamo alla vocazione inequivocabilmente repressiva e deterrente, e non certo risarcitoria, delle sanzioni pecuniarie, o alla confisca che ha, in questo contesto, sul terreno concreto, riverberi speculari – se non maggiori, ove si consideri l'obbligato istituito dall'art. 187-*sexies* t.u.f., di assoggettare al vincolo gli strumenti finanziari funzionali alla commissione dell'illecito – alle altre ipotesi di confisca avvinte a una sentenza penale di condanna definitiva)[33].

---

[31] VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 231 ha sottolineato come il nuovo impianto normativo comunitario si fondi su una logica opposta a quella sottesa alla vecchia direttiva 2003/6/CE, istituendo, contrariamene al passato (come si è già segnalato nelle note precedenti e come si dirà in altra successiva nota), un *obbligo* di adottare sanzioni penali e una mera *facoltà* di introdurre anche sanzioni amministrative.

[32] A tali conclusioni sono già giunti, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 4.

[33] Sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group NV e altri*, *§ 42*. In questa pronuncia, peraltro, la Corte di Giustizia si premura di precisare l'insussistenza di alcuna obbligo per gli stati contraenti, derivante, in particolare, dall'art. 14, comma 1, dalla Direttiva 2003/6/ CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, di istituire il regime del doppio binario penale e amministrativo, indicando la direttiva la via amministrativa quale risposta adeguata in linea generale, ferma restando la facoltà – non l'obbligo – per ciascuno stato di comminare sanzioni penali per gli illeciti in questione. Al riguardo, VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 230 ss., nel confermare l'assenza di qualsiasi dovere in capo agli stati membri di prevedere un regime sanzionatorio imperniato sulla logica del doppio binario, ha osservato che, laddove la direttiva 2003/6/CE avesse contemplato una tale imposizione, la stessa sarebbe stata invalida. Infatti, ha notato l'A., tutti gli atti normativi comunitari devono essere rispettosi dei diritti garantiti dalla CEDU e dai suoi protocolli, poiché questi diritti costituiscono principi generali del diritto UE (art. 6 TUE) e integrano, al tempo stesso, il contenuto minimo dei corrispondenti diritti della Carta (art. 51, § 3, CDFUE). L'inosservanza dei dettami convenzionali, ha aggiunto Viganò, è causa di annullamento degli atti UE da parte della Corte di Giustizia (come accaduto, ha segnalato lo studioso, per la direttiva sulla c.d. *data retention*). Laddove, dunque, la direttiva 2003/6/CE avesse realmente imposto l'adozione del regime del doppio binario si sarebbe posta in contrasto con l'art. 4 Prot. 7 della CEDU, divenendo invalida e consentendo a qualsiasi giudice italiano di formulare un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 267, comma 1, lett. *a*) TFUE.

Se è così, si conferma la perdurante verità dell'assunto alla stregua del quale l'art. 187-*duodecies* t.u.f., nel momento in cui impone l'avvio a carico dell'*eadem persona* per l'*eadem res* sia di un procedimento davanti alla CONSOB sia di un procedimento penale, può produrre, mediante l'introduzione di questa forma di litispendenza, una sicura menomazione del principio del *ne bis in idem*, destinata a consumarsi allorquando entrambe le procedure giungano al capolinea, oppure, comunque, può provocare, ove auspicabilmente ci si trovi di fronte ad un *secondo* giudice sensibile ai richiami internazionali, un'azione condannata, sin dal suo esordio, ad un'esistenza effimera.

Poiché l'art. 187-*duodecies* del D. lgs. n. 58 del 1998 si atteggia a norma di sfavore – esponendo il privato al rischio e ai patimenti di due procedimenti afferenti i medesimi fatti e comportanti sanzione di specie identica[34] –, contraria all'art. 50 CDFUE, lo stesso (essendo stato l'art. 50 della Carta di Nizza trasposto nel tessuto connettivo del nostro ordinamento e dato il suo rango sovraordinato, sancito dall'art. 11 della Costituzione, rispetto alla legge ordinaria interna) deve essere oggetto di disapplicazione – non potendosene stravolgere il suo inequivoco tenore letterale in funzione adeguatrice ai moniti comunitari[35] –, affinché si ripristini un rapporto di reciproca esclusione tra procedimento penale e amministrativo tale da evitare l'attivazione di entrambi e da rimuoverne i connessi effetti distorsivi.

La diffusa disapplicazione dell'art. 187-*duodecies* t.u.f. – e, in generale, qualsiasi rimedio che si adotterà per fronteggiare il fenomeno del *bis in idem* – dovrebbe essere accompagnata, nell'ipotesi in cui si opti per la conservazione del regime del doppio binario, dall'introduzione di dispositivi di coordinamento tra i procedimenti penale e amministrativo, finalizzati a scongiurare l'instaurazione di un secondo *iter* a fianco di quello avviato per primo.

L'autorità amministrativa – peraltro, già destinataria di un obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 187-*decies* t.u.f. –, dovrebbe essere tenuta ad informare la competente Procura della Repubblica nella misura in cui rilevi fatti astrattamente sussumibili in una fattispecie penale, onde prevenire l'apertura anche di un procedimento penale.

L'autorità inquirente dovrebbe a sua volta relazionare della vicenda l'autorità amministrativa, nell'ipotesi in cui acquisisca per prima e per altra via una *notitia criminis*, sempre al fine di non provocarne l'attivazione.

---

[34] Come è infatti noto esiti disapplicativi *in malam partem* risultano banditi dal nostro ordinamento positivo, incentrato sul principio di riserva di legge penale. Sul tema, di recente, MANES, *Il giudice cit.*, p. 70 ss.

[35] Come si premura di precisare MANES, *Il giudice cit.*, p. 56 ss. il limite di qualsiasi interpretazione tendente ad adeguare l'esegesi di una disposizione ad un dato parametro euristico è costituito dal costrutto letterale con cui è stato delineato l'enunciato positivo, nel senso che lo stesso non può essere trasfigurato nell'intento di rispettare un vincolo ermeneutico. Anche VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. Pisani, vol. II*, Celt, 2010, p. 650 ss., sottolinea come il giudice interno, nell'intento di conformare l'interpretazione del diritto nazionale a quello comunitario, non può spingersi fino ad accreditare letture *contra legem* del dato positivo.

4. Seconda opzione operativa: mutando l'ordine degli addendi il risultato non cambia: la *diretta* disapplicazione dell'art. 18-*duodecies* t.u.f. – come di altre disposizioni analoghe – perché contrastante con il livello di tutela offerto al *diritto* al *ne bis in idem* dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

Come è noto e come si dimostrerà compiutamente di qui a poco, nel diritto convenzionale è ormai assodata la vigenza del principio del *ne bis in idem* proprio in relazione alla materia degli abusi di mercato; materia, quest'ultima, come già accertato, ascrivibile alla competenza comunitaria.

Al riguardo, occorre osservare come, alla luce della "clausola di equivalenza" che figura nell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza, ove quest'ultima contenga diritti analoghi a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi si devono intendere in senso coincidente con quelli conferiti dalla suddetta Convenzione (ferma restando la possibilità che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa).

Di conseguenza, i diritti previsti dalla CEDU e dai suoi protocolli[36], purché rinvengano un corrispondente all'interno della CDFUE, devono ritenersi ormai presidiati nel Trattato sull'Unione Europea – e, dunque, direttamente nei singoli Stati contraenti – ad uno *standard* non inferiore al livello di protezione assicurato in sede convenzionale.

In altri termini, se, ai sensi dell'art. 52, § 3, CDFUE, l'estensione dei diritti enucleati nella Carta di Nizza deve essere uguale o superiore a quello accolto nella Convenzione e nei suoi protocolli a prerogative di specie analoga, allora significa che, nei comparti di competenza comunitaria, il contenuto dei predicati convenzionali si è, di fatto, incorporato nell'ordito assiologico dell'ordinamento eurounitario, esercitando nella sostanza (seppure in via *mediata,* per il tramite dei rinvii disposti nel TUE e nella CDFUE) un effetto vincolante per gli stati contraenti.

In proposito, preme notare come la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 80 dell' 11 marzo 2011[37], abbia già rilevato che, nell'ipotesi di materie iscritte nell'alveo delle cognizioni comunitarie, il diritto CEDU, affluito nel catalogo delle fonti comuni a seguito della promulgazione del Trattato di Lisbona nell'anno 2009, acquista, secondo le indicazioni fornite nell'art. 52, § 3, CDFUE, influenza immediata nei singoli Stati

---

[36] E' stato il VIGANÒ, *Doppio cit.,* p. 234 ad osservare come le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (delle quali, ai sensi dell'art. 6, § 1, TUE, occorre tenere conto nella sua interpretazione) chiariscano come il riferimento alla CEDU contenuto nell'art. 52 CDFUE investa sia la Convenzione sia i suoi protocolli.

[37] Questa pronuncia può essere consultata, con nota di LEO, *Una fondamentale pronuncia in tema di rapporti tra Convenzione europea e ordinamento italiano: trattando il tema della pubblicità delle udienze in Cassazione, la Consulta conferma l'impianto delle sentenze 'gemelle' del 2007 pur dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *questa Rivista,* 21 marzo 2011,.

membri, nel senso che i diritti contemplati nella Carta di Nizza devono essere garantiti *come* i loro omologhi convenzionali[38].

Qui, in particolare nel *Considerato in diritto,* al punto 5. 1, si legge che i principi generali del diritto dell'Unione di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati aderenti e *alla CEDU*:

«***rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (….)***» (evidenziazioni e sottolineature nostre come anche quelle che seguono)[39].

Resta la preclusione, precisa la Corta nel punto 5. 4 del *Considerato in diritto*, **soltanto***:*

*"**(…) nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (…)**, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione)".*

Invero, si aggiunge ancora nel medesimo paragrafo:

"Le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione (…) difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la statuizione in esame è volta a recepire – era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero «parte integrante» dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto".

---

[38] In questi termini, nel commentare la sentenza, PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine,* in *Dir. pen. proc.,* 2011, p. 658. Inoltre, più di recente, CAIANIELLO, *Dal terzo cit.,* p. 17 ss.; GAMBARDELLA, Lex mitior *e giustizia penale,* Giappichelli, 2013, p. 109 e VALENTINI, Case-law *convenzionale, cultura dei contro limiti e giustizia penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2014, p. 295 ss.

[39] Questo assunto della Corte è stato oggetto di riserve critiche da parte di chi ha osservato, da un lato, come l'assorbimento della CEDU tra i principi generali dell'Unione dovrebbe comportare, al di là di letture formalistiche del dato normativo sovranazionale, una loro operatività diretta e *generalizzata,* non circoscritta a talune materie, ai sensi dell'art. 11 Cost.; dall'altro, come, ai sensi del nuovo art. 4, § 2, lett. j), T.F.U.E., anche il diritto penale (seppure nei limiti dello "Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia" disciplinato dal Titolo V del T.F.U.E. e con particolare riguardo alle norme di cui ai Capi 4 e 5 in tema di cooperazione giudiziaria e di polizia in ambito penale) costituisca un settore di competenza concorrente dell'Unione Europea. Così, ROMOLI, *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte Costituzionale*, in *www.archiviopenale.it*, p. 16.

Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione, concludono i giudici nel punto 5. 4 del *Considerato in diritto*:

"(…) ***per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale".***

Tali asserti sono stati testualmente recepiti in un recente arresto della Corte di Cassazione che ha ribadito l'impossibilità, nelle *sole* materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario[40].

I Supremi Giudici – attenendosi esplicitamente alla consolidata elaborazione della Corte di Giustizia sul punto – *hanno negato*, infatti, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti primari *unicamente* nei comparti *trascendenti* le attribuzioni dell'Unione europea, fungendo da presupposto imprescindibile di applicabilità dell'articolato di Nizza la sottoposizione al sindacato del giudice domestico di una fattispecie disciplinata dal diritto comune, in quanto inerente ad atti dell'Unione, ovvero ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero, infine, alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione.

Da simile angolatura, ha precisato il Supremo Collegio, nell'*esclusiva* ipotesi di norme nazionali scevre di legami con il diritto dell'Unione, la Carta di Nizza – e, dunque, il richiamo ivi contemplato al testo della CEDU – non dispone dello stesso significato giuridico dei Trattati e non è azionabile nei singoli Stati unionisti.

Tornando a noi, se, come abbiamo dimostrato, il settore degli abusi di mercato è diretta espressione di attribuzioni comunitarie, allora lo stesso – interpretando *ex adverso* i *dicta* della Corte Costituzionale e della Cassazione[41] – si deve adeguare anche ai principi convenzionali, confluiti nel Trattato di Lisbona in ordine alle fattispecie regolate da fonti europee, tra cui, *in primis*, il divieto di un "secondo giudizio" consacrato nell'art. 50 CDFUE, al quale, ai sensi dell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza, dovrà essere riconosciuta una soglia di protezione equivalente a quella ascritta al *diritto* cristallizzato nell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU[42].

Normative nazionali dissonanti con tale disciplina dovranno formare oggetto di disapplicazione diretta *come se* il contrasto si fosse frontalmente istituito tra un paradigma interno e uno comunitario, *strictu senso* inteso.

Aggiungasi che, ai sensi dell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza, le prerogative convenzionali – ivi incluso il divieto ad essere giudicati due volte – devono essere

---

[40] Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2014, n. 43453, in *C.E.D. Cass.*, 2014, Rv. 260328, in particolare nel paragrafo 10 del *Considerato in diritto*.

[41] Già VIGANÒ', *Doppio cit.*, p. 233 aveva autorevolmente suggerito questa strada, proprio attraverso un'interpretazione *a contrarii* della sentenza della Consulta n. 80 del 2011.

[42] Esattamente in questi termini si è già impeccabilmente espresso VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 234.

importate nell'accezione invalsa presso la Corte EDU[43], che, come rilevato, è parzialmente divergente da quella patrocinata dalla Corte di Giustizia in relazione all'autorità giudiziaria, se quella domestica o quella sovranazionale, competente a valutare i presupposti del *ne bis in idem.*

Discende nuovamente da quanto premesso che l'art. 187-*duodecies* del D. lgs. n. 58 del 1998, prefigurando una infrazione potenziale e sistemica alla regola convenzionale e comunitaria del *ne bis in idem*, nella misura in cui ammette il *simultaneus processus* penale e amministrativo per i medesimi fatti, deve essere considerato *tamquam non esset* da parte del giudice ordinario.

5. La connessa necessità di procedere alla disapplicazione anche dell'art. 649 c.p.p.

L'espulsione dal patrimonio tecnico – valutativo del giudice dell'art. 187-*duodecies* t.u.f. – e, in una prospettiva più estesa, di altri disposti similari –, nonostante priverebbe di efficacia *l'esplicito avallo legislativo* alla parallela prosecuzione di entrambi i procedimenti – penale e "amministrativo" –, non basterebbe, di per sé, a prendere congedo dalla "camicia di forza" della litispendenza in carenza di *espresse preclusioni di carattere positivo* all'insorgenza di tale situazione ed, anzi, in presenza di *una regola di rango generale* che parrebbe favorire – o, perlomeno, non frapporsi al – la duplicazione di procedimenti coesistenti.

Invero, la disposizione generale, inserita nel codice di rito, ove è stato effigiato il divieto del "*double jeopardy*" in campo penale – l'art. 649 –, insinua un duplice ordine di ulteriori ostacoli all'attrazione nella sua egida applicativa del principio in parola, nell' accezione invalsa a livello sovranazionale, quando *coesistano* più giudizi, identificati con denominazioni differenti, non ancora pervenuti al loro irreversibile epilogo.

Innanzitutto, la previsione delineata nell'art. 649 c.p.p. è stata costruita intorno al duopolio formato dalla ricorrenza di una precedente sentenza o decreto *penali* divenuti irrevocabili e dall'instaurazione di una nuova "causa" *penale* attinente i medesimi fatti.

Questa condizione sembra difettare allorquando si discetti di doppio livello di tutela penale e amministrativo – così come tributario, contabile, disciplinare ecc. –, in quanto, per l'appunto, dalla stessa vicenda illecita sgorgano due procedimenti di natura *formalmente* eterogenea.

In realtà, ragionando in ossequio alle *guidelines* tracciate dalla giurisprudenza oltre confine, simile insidia potrebbe essere superata – malgrado, come scopriremo dopo, la nostra Corte Suprema abbia già disatteso tale opinione, propendendo per sollevare questione di legittimità costituzionale del disposto in disamina[44] – senza

---

[43] Come ha spiegato VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 234 questa è l'indicazione che si ricava dalle *Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali.*

[44] Peraltro, prima della pronuncia della Corte di Legittimità con cui è stata proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. (su cui ci intratterremo oltre), già era stata negata la possibilità di un'esegesi convenzionalmente corretta della norma, rilevando come la stessa facesse

necessariamente procedere alla disapplicazione dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con i disposti "internazionali" – contrasto dovuto all'assenza di riferimenti nel testo codicistico al caso in cui il precedente giudicato, solo nominalmente "amministrativo", si caratterizzi, effettivamente, in chiave penale – e accedendo, viceversa, ad una sua interpretazione "comunitariamente" e "convenzionalmente" orientata.

E così, facendo prevalere la sostanza sulla forma, in linea con il magistero delle Alte Corti estere, sarebbe agevole assimilare il procedimento amministrativo intentato a seguito di presunti abusi di mercato ad un procedimento di matrice essenzialmente penale, come tale idoneo, a mente dello stesso art. 649 c.p.p., a funzionare da causa ostativa di un secondo giudizio[45].

---

inequivocabilmente rinvio alla previa esistenza di un provvedimento *penale*, precludendo, per tale via, qualsiasi sua interpretazione adeguatrice. In questa prospettiva, nello specifico, ci si era mossi, prima del deposito della sentenza della Corte EDU *Grande Stevens*, proprio in relazione a questa stessa vicenda processuale, confermando nel merito la sentenza di condanna e prendendo atto dell'intervenuta prescrizione: Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, in *www.cortedicassazione.it.*

[45] Nella giurisprudenza di merito questa soluzione è già stata adottata ed è stata ritenuta confacente a risolvere anche casi di *litispendenza* dal Tribunale di Asti, Sez. pen., 10 aprile 2015, Giudice Corato, con nota di GRIFEO, *Evasione fiscale, no al processo se c'è già stata una severa sanzione amministrativa,* in *www.diritto24.ilsole24ore.com.* Il giudicante ha ritenuto, in un caso in cui si discettava di doppio binario penale – tributario, di emettere direttamente sentenza di non doversi procedere per il reato di omessa dichiarazione, attraverso un'applicazione *analogica* dell'art. 649 c.p.p., senza attendere che la Corte Costituzionale e quella di Giustizia si esprimessero sulla stessa questione già sottoposta, come si vedrà, al loro sindacato. Il Giudice piemontese ha ritenuto di potere addivenire direttamente ad una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. A p. 11 il Tribunale, ancorché nella fattispecie sottoposta al suo vaglio il provvedimento impositivo emesso in sede amministrativa fosse divenuto definitivo, ha osservato: "*Ritiene per inciso questo Giudice che, quantunque il requisito della definitività del provvedimento previamente intervenuto sembri imposto dal dictum di cui alla citata sentenza (id est:* quella *Grande Stevens*), *esso non appare tuttavia rilevante nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano. La clausola di salvaguardia di cui all'art. 53 CEDU impone infatti l'utilizzo ermeneutico della Convenzione e del suo diritto vivente esclusivamente "verso l'alto", ossia verso un livello di tutela più elevato di quello nazionale (…) In questa prospettiva, è proprio l'ordinamento giuridico italiano ad apparire più evoluto, alla luce del principio di cui a Cass. S.U. 28/06/2005, Donati che ai fini del ne bis in idem, mediante un autorevole e corretto intervento ermeneutico, amputa dalla fattispecie normativa dell'art. 649 c.p.p. il requisito dell'irrevocabilità della precedente pronuncia giurisdizionale.* ***Tale principio pare altresì conforme ad alcuni passaggi della stessa sentenza Grande Stevens (§ 220), dove si ricorda come la garanzia consacrata nell'art. 4 Prot. 7 CEDU tuteli l'individuo non già contro la possibilità di essere sanzionato due volte per lo stesso reato, ma ancor prima di essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è stato già giudicato. Ciò che, già di per sé, non sembra attribuire rilevanza fondamentale alla definitività, essendo evidente come la contemporanea pendenza, in idem, di un processo penale da un lato e di contenzioso tributario dall'altro – magari susseguente ad un contenzioso amministrativo-sanzionatorio con l'Agenzia delle Entrate – costituisca ipotesi di assai dubbio ossequio al principio fondamentale in parola***" (sottolineature e neretti nostri). In dottrina, anche FLICK- NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 10, nel ventilare una serie di soluzioni operative per conformare il nostro sistema ai dettami sovranazionale nella materia degli abusi di mercato, ipotizzano un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. (in casi, peraltro, di ricorrenza di un precedente giudicato e non di litispendenza), non nascondendosi, tuttavia, gli accidenti che minano questo percorso ermeneutico, attesa la lettera della norma. Questa soluzione è stata espressamente caldeggiata anche da VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *questa Rivista,* 30 marzo 2015, p. 13 il quale aveva già espresso questa tesi in *Doppio cit.*, p.

La seconda e più "ostica" insidia collocata sulla strada dell'allentamento, per via esegetica, delle maglie dell'art. 649 c.p.p., in guisa da risolvere la particolare problematica della litispendenza penale e "amministrativa", scaturisce dai rigidi limiti fissati nel diritto vivente italiano all'operatività della regola processuale quando entrambi gli *iter* non si siano ancora esauriti.

Il supremo organo di nomofilachia, anche in composizione allargata, ha stabilito, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., l'obbligo per il giudice assegnatario del processo instaurato per ultimo, investito della litispendenza, di statuire sul punto, definendo il giudizio con sentenza di improcedibilità, all'inderogabile condizione che a tutte le procedure sia stato dato impulso presso la *medesima sede giudiziaria* [46].

Evenienza, quest'ultima, difficilmente prospettabile nelle aree pensate e calibrate sulla logica di una tutela multilivello, poiché, come dimostra emblematicamente la branca degli abusi di mercato, le discipline sul riparto territoriale della competenza normalmente differiscono da settore a settore.

E in effetti, l'art. 187 *septies*, comma 4, del D. lgs. n. 58 del 1998 stabilisce che a conoscere le impugnazioni avverso le sanzioni irrogate dalla CONSOB debba essere la Corte di Appello – prima autorità autenticamente giurisdizionale a pronunciarsi sul versante (pseudo) "amministrativo"[47] – nella cui circoscrizione è situata la sede legale della società, mentre, per contro, la competenza penale, anziché dipendere incondizionatamente dal luogo in cui è radicata la persona giuridica, deve essere fissata secondo i disposti del codice di rito, con la conseguenza che, salvo contingenze fortuite, della questione si occuperanno giocoforza due autorità giurisdizionali diverse.

L'unico stretto pertugio per aggirare questo presupposto ostativo al ricorso al c.d. principio di "*anteriorità*", potrebbe scorgersi sottolineando, da una parte, come il fattore inibitore in parola, lungi dal figurare nel testo dell'art. 649 c.p.p., sia la derivante di – ancorché autorevole ma pur sempre – *mera* elaborazione giurisprudenziale, in

---

219 ss. Inoltre, si rinvia alle note di TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del* ne bis in idem *in tema di manipolazione del mercato*, in *questa Rivista*, 9 marzo 2013, p. 4 ss. e di D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 629 ss. Ma già nello stesso senso, V. ZAGREBELSKY, *Sanzioni CONSOB, equo processo e* ne bis in idem, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196 ss. L'A., in alternativa, ritiene, anticipando le scelte operative poi effettuate dalla Corte di Cassazione, indispensabile sollevare questione di legittimità costituzionale degli articoli del codice di rito sopra citati.

[46]Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2012, n. 37670, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2012, Rv. 254562. Ma già SS.UU., 28 Giugno 2005, n. 34655, con nota di G. AMATO, *Estensione del* "ne bis in idem" *sulla base di principi generali*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 40, p. 66.

[47] La Corte Costituzionale, con sentenza del 27 giugno 2012, 162, in *www.cortecostituzionale.it*, ha sottratto – dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c) e 134, comma 1, lett. c), del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) – questa materia alla giurisdizione esclusiva amministrativa, con cognizione estesa al merito e competenza funzionale del T.A.R. del Lazio, rimettendola a quella ordinaria e, per l'effetto, assegnando la competenza a decidere sulle impugnazioni delle decisioni della CONSOB alla Corte di Appello territorialmente competente.

quanto tale soggetta ad aggiornamenti mediante letture evolutive del dato legislativo[48]; dall'altra, e in sintonia con questo assunto di base, come non possa essere l'effetto congenito – la suddivisione in due sedi giudiziarie differenti dei giudizi penale e amministrativo – di un fenomeno patogeno – la concorrente pendenza di due procedimenti di carattere sostanzialmente penale dovuta al meccanismo legislativo del doppio binario – a precludere l'estensione di un principio deputato a proteggere una prerogativa centrale della persona.

Sulla scorta di questa premessa, si potrebbe propendere per un'"interpretazione analogica *in bonam partem"* dell'art. 649 c.p.p., nell'esegesi in voga nel "diritto vivente", avocando al suo raggio d'influenza *anche* le situazioni di concomitante incedere di più procedimenti tutti sostanzialmente penali presso sedi giudiziarie diverse.

In questa ottica, dunque, si dovrebbe invocare il canone dell'anteriorità anche in questi casi, nonostante l'alterità dei fori competenti ad esaminare l'addebito solo *nominalmente* amministrativo e quello penale.

Se, al contrario, si ritenesse invalicabile l'espresso – e, quindi, difficilmente malleabile per via interpretativa – argine concepito nella prassi affinché il principio di anteriorità sprigioni i suoi effetti, allora, onde consentire la piena espansione del *diritto* consacrato a livello comunitario e convenzionale, senza dovere attendere la tagliola derivante dal formarsi di *un* giudicato sulla *eadem res* e sulla *eadem persona*, ci si dovrebbe assolutamente orientare per la disapplicazione dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui la giurisprudenza ascrive ad esso la pretesa che la coeva pendenza di entrambe le procedure, per paralizzare il giudice successivamente adito, debba accompagnarsi all'insostituibile requisito integrato dalla coincidenza delle sedi giudiziarie.

Ragionando in questi termini, in definitiva, solo il "combinato disposto" della disapplicazione della disposizione "speciale", fondativa del regime di *litispendenza* nella branca degli abusi di mercato – l'art. 187 *duodecies* t.u.f. –, e della disposizione "generale", inadatta ad evitare la duplicazione di procedimenti attivati da autorità giudiziarie diverse – l'art. 649 c.p.p. –, in virtù del loro "sinergico" contrasto con l'art. 50 CDFUE e con l'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU (traslato nel patrimonio ordinamentale degli Stati membri dopo l'emanazione del Trattato di Lisbona, perlomeno nella materia dei *market abuse)*, permetterebbe di liberarsi dalla morsa della

---

[48] La Corte, peraltro, nell'arresto in parola, ha giustificato le sue conclusioni sottolineando come in caso di litispendenza di procedimenti radicati presso diverse sedi giudiziarie operi l'art. 28, comma 1, lett. *b)*, c.p.p. che regola anche il conflitto positivo di competenza che si determina allorché due giudici prendono cognizione dello stesso fatto attribuito alla stessa persona. Ebbene, questa soluzione, idonea a neutralizzare il fenomeno della litispendenza in ambito *stricto sensu* penale finanche ove i procedimenti pendano in fori diversi, non pare esportabile nel nostro ambito per la banale ragione che non si saprebbe presso quale autorità sollevare il conflitto, trattandosi di giurisdizioni disomogenee. Né si potrebbe pensare, a legislazione vigente, alla proponibilità di un conflitto positivo di giurisdizione, sempre ai sensi degli artt. 28 ss. c.p.p., poiché, nel caso di specie, ci troviamo al cospetto di due autorità (quella penale e quella amministrativa) ugualmente investite del potere di decidere la controversia– senza che nessuna di esse possa rivendicare il monopolio della giurisdizione in materia –, con l'insussistenza dei presupposti minimi per configurare una situazione di contrasto.

litispendenza e di fronteggiare la immanente inosservanza del principio del *ne bis in idem* sovranazionale da essa discendente.

6. Terza opzione operativa: rimessione dell'arcano, ai sensi degli artt. 19, § 3, lett. *b)*, del Trattato sull'Unione Europea (T.U.E.) e 267, § 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.), al giudice naturalmente competente a valutare la compatibilità di una disciplina nazionale con il diritto comunitario.

Nell'ipotesi in cui aleggiassero incertezze – e appureremo immediatamente come in una parte della nostra giurisprudenza tali incertezze aleggiano – in ordine alla ricostruzione sopra tratteggiata – anche in forza di un passaggio argomentativo contenuto nel § 34 della sentenza *Fransson* da cui potrebbe sorgere l'esigenza di sciogliere il dubbio circa la sussistenza di un'inderogabile pretesa, persino da parte dei giudici eurounitari, di un provvedimento definitivo per invocare la garanzia in parola[49] – allora il giudice dovrebbe[50], ai sensi dell'art. 19, § 3, lett. *b)*, T.U.E. e dell' art. 267, § 2, T.F.U.E., disporre il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Lussemburgo onde sapere, attraverso la "viva voce" dell'autorità istituzionalmente deputata a fornire l'interpretazione autentica delle fonte comuni e a dirimere gli inediti grovigli applicativi, se l'abbinamento tra l'art. 187-*duodecies* del D. lgs n. 58 del 1998 e l'art. 649 c.p.p., nell'accezione invalsa in seno alla nostra *law in action*, favorendo il parallelo scorrere di due giudizi, intrisi entrambi, a scanso delle vestigia formali sotto cui risultano classificati, di linfa penalistica, sia compatibile con il divieto del *bis in idem*, elevato al rango di *diritto inalienabile della persona* negli artt. 50 CFDUE e 4 del Protocollo n. 7 della CEDU; disposto, quest'ultimo, ormai assorbito nel patrimonio valoriale dell'Unione europea[51].

---

[49] In questa parte della sentenza si osserva – siamo nel contesto del doppio binario tributario: "*qualora la sovrattasse sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, **e sia divenuta definitiva*** (evidenziazione e sottolineatura nostra), *tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona*".

[50] La tendenza da parte dei giudici a rivolgersi alla Corte di Giustizia dovrebbe accentuarsi anche a seguito della promulgazione della legge 27 febbraio 2015, n. 18, in materia di responsabilità civile dei magistrati che, all'art. 2, comma 1, nel sostituire il comma dell'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, ha esteso la responsabilità del giudice anche in caso di inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del TFUE, nonché di inosservanza dell'obbligo di interpretazione del contenuto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia UE.

[51] Questa è stata la soluzione prescelta, in materia di reati tributari, dal Tribunale di Torino per districare i rapporti tra l'art. 13 D. lgs. n. 471 del 1997, che sanziona sul piano amministrativo la condotta di omesso versamento di ritenute certificate, e l'art. 10-*bis* l.n. 74 del 2000, che punisce analoga condotta sul piano penale. Nel caso di specie, peraltro, non ricorreva un'ipotesi di litispendenza poiché l'amministrazione aveva "condannato", in via definitiva, l'imputato. Trib. Torino, sez. IV pen., 27 ottobre 2014, Giudice Pio, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute certificate: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *questa Rivista*, 17 novembre 2014. In dottrina ha suggerito di intraprendere questa strada DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *questa Rivista*, 30 giugno 2014, p. 23.

Per tale via, posto che nell'impostazione concettuale della Corte di Giustizia resta affidato al sindacato del giudice nazionale il potere di stabilire l'identità dei fatti oggetto di duplice giudizio e, soprattutto, di testare la natura o meno punitiva delle sanzioni, l'interpello ai Giudici eurounitari potrebbe consentire di stilare parametri chiari e "universali" entro cui operare simili valutazioni, tenuto conto della imprescindibile esigenza di non compromettere sia il livello di protezione assicurato dalla Carta di Nizza sia il primato del diritto dell'Unione[52].

E' noto, infatti, che, da un lato, l'inosservanza della procedura di rinvio pregiudiziale si traduca in un *vulnus* ai canoni informatori del giusto processo convenzionale[53]; dall'altro, le pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, a mente dell'art. 267 T.F.U.E., assumono un valore generale e vincolante, per quanto concerne l'interpretazione attribuita da essa all'atto comunitario, valevole per il giudice *a quo*, per tutti gli altri giudici nazionali e per la pubblica amministrazione[54].

7. Quarta opzione operativa: il raffronto diretto tra il principio del *ne bis in idem* convenzionale e disposizioni interne configgenti; gli impedimenti a interpretazioni convenzionalmente orientate della normativa sugli abusi di mercato in tema di litispendenza.

Motivazioni legate ad un fisiologico spirito di conservatorismo giudiziario potrebbero spingere ad una "dogmatica" "abiura" delle soluzioni sopra suggerite.

Invero, il nostro apparato giurisdizionale ha appena metabolizzato il "trauma" e la fatica di adattarsi alla brusca accelerazione impressa negli ultimi anni – soprattutto, nonostante i continui rigurgiti di una mai sopita insofferenza verso i *dicta*

---

[52] VIGANÒ, *Doppio cit.*, p. 235, nell'ipotesi in cui dovessero permanere incertezza circa la caldeggiata disapplicazione – ai sensi dell'art. 50 CDFUE nel contenuto che a tale diritto deve essere riconosciuto ai sensi dell'art. 52, § 3, della stessa Carta – delle disposizioni interne da cui si origina il regime del doppio nel settore degli abusi di mercato, ha anche lui già osservato come nulla vieterebbe al giudice italiano di interpellare la Corte di Giustizia , la quale, ha argomentato il Nostro, non potrebbe, prevedibilmente, che trarre le logiche conseguenze di quanto già detto nella sentenza *Fransson.*

[53] Sul tema, SOTIS, *All'incrocio cit.*, p. 2569 ss., il quale si premura di segnalare come tale principio, perlomeno nell'ipotesi in cui l'omissione sia addebitale ad un giudice di ultima istanza, sia stato enunciato da Corte EDU, Sez. II, 20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio, con nota di COLELLA, *Il mancato adempimento da parte del giudice nazionale di ultima istanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE può dar luogo a una violazione dell'art. 6 § 1 Cedu*, in *questa Rivista*,10 ottobre 2011. Istituto analogo, anche se diverso per molteplici aspetti, è ora previsto nel Protocollo n. 16 della CEDU, approvato a Strasburgo il 2 ottobre 2013. L'art. 1, comma 1, di tale articolato stabilisce che: "*le più alte giurisdizioni di un'Alta arte contraente (…) possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*". In argomento si rinvia, altresì, al recente saggio di UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1728 ss.

[54] Si è di recente premurato di ricordare il valore delle sentenze della Corte di giustizia, GAMBARDELLA, Lex *cit.*, p. 203.

sovranazionali, dopo il *trend* inaugurato dalle cc.dd. sentenze gemelle del 2007[55] – al processo di osmosi tra diritto interno e convenzionale; di talché, appare comprensibile la sua refrattarietà a riporre ulteriormente l'orgoglio nazionale, a concepirsi come istanza "*superiorem recognoscens*" e ad accettare "supinamente" i ben più radicali, incalzanti e repentini mutamenti dei paradigmi valutativi – idonei a sfatare credenze diffuse e consolidate in campo giuridico –, portato di "scelte calate dall'alto" da un'entità sovranazionale, munita, per giunta, del potere – tipico di autorità a cui è affidata *l'ultima parola* sull'oggetto del contendere – di imporre *manu militari* le sue "volontà" senza la "tranquillizzante" mediazione – necessaria, invece, per il recepimento dei precetti di ascendenza convenzionale – di alcun precedente vaglio giudiziario di un organo domestico chiamato a rivestire il ruolo di *gatekeeper*[56].

Insomma, rigurgiti "sciovinisti"[57], miranti a rivendicare l'inviolabilità di tradizioni giuridiche stratificate nel tempo, possono esortare gli esponenti dell'ordine giudiziario a rifiutare docili atti di sottomissione agli "sconvolgimenti" dettati da un'autorità esterna, in grado di imporsi sulla magistratura ordinaria senza filtri preventivi, e ad arroccarsi nel loro fortino, erigendo barriere ai venti "di novità" che spirano impetuosi oltre l'arco alpino.

Tale approccio si è spinto persino – smascherando definitivamente la sua estrema fragilità e mettendo a nudo le sue pervasive incrostazioni anacronistiche e "arcaicizzanti" – ad invocare un principio di garanzia – il canone della legalità sancito nell'art. 25 Cost. – per supportare, paradossalmente, un'azione di contrazione degli spazi di libertà dei consociati, sollecitandone un'applicazione *in malam partem.*

Dietro il sottile paravento di un rivendicato monopolio esclusivo del legislatore sul terreno penale, si è accampata l'impraticabilità di itinerari ermeneutici proclivi ad

---

[55] Autorevole dottrina ha di recente nuovamente sottolineato la diffidenza che ancora si addensa su una giurisprudenza convenzionale fortemente creativa – dovendo muoversi alla ricerca di denominatori comuni tra contesti giuridici di 47 paesi provenienti da tradizioni giuridiche diverse – e priva di legittimazione democratica, VIGANÒ, *Convenzione cit.*, p. 5. Lo stesso A., da p. 8, ha osservato come, a fronte della svolta del 2007, la Consulta, al contrario della Cassazione, si mostri molto cauta nel recepire le sollecitazioni provenienti da Strasburgo.

[56] Al riguardo, BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 7, ha osservato come, proprio per fare fronte alla progressiva destrutturazione dell'assetto costituzionale di matrice nazionale, derivante dall'interpretazione conforme al diritto eurounitario, si sia ricorsi ad ogni espediente, compresa l'interpretazione distorta o, comunque, strumentale, della teoria dei controlimiti, con cui, invece, lo spazio dove lo Stato dovrebbe rimanere sovrano risulta limitato ai soli principi supremi e ai diritti fondamentali nel loro nucleo essenziale. Per contro, aggiunge l'A., si è andati alla ricerca di qualsivoglia interesse interno – assiologicamente insuscettibile di fungere da controlimite, nell'autentico senso da attribuire a tale parametro valutativo – contrastante con l'atto comunitario, onde arginarne l'ingresso nel patrimonio giuridico nazionale.

[57] Ma anche, nota acutamente GAETA, *L'erompere dell'interpretazione conforme. Riflessioni in margine al "Giudice nel labirinto" di Vittorio Manes*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2909, rigurgiti "revanscisti" antigiurisdizionali, atteso il ruolo preponderante assegnato alle Corti nell'attività di "elaborazione" del diritto mediante interpretazioni a cui è riconosciuto il "potere" di imporsi" ai giudici nazionali.

inferire l'essenza penale di una sanzione in base al requisito "sostanziale" della sua afflittività, a prescindere dalla qualificazione formale[58].

E' sin troppo agevole replicare, tuttavia, che il principio di legalità è una direttiva ispirata, giustappunto, al *favor libertatis*, che, dunque, serve ad affermare il primato del legislatore *solo* in funzione restrittiva dell'area della punibilità[59].

Sennonché, un'indagine circa la ricorrenza dei caratteri della *matiére pénale* appoggiata sulla ricerca degli elementi assiologici e ontologici considerati nell'*acquis* sovranazionale in chiave limitativa del raggio d'influenza del diritto penale e rafforzativa del tasso delle garanzie[60], contribuirebbe a innescare un circuito virtuoso, confacente – anziché alla mortificazione – all'esaltazione della *ratio* sottesa al dogma della legalità e a restituire vigore ad un fondamentale presidio delle libertà del cittadino.

Donde, se, per ragioni assolutamente intuibili sul terreno "emotivo" e "culturale", non si ritenesse di adottare taluna delle determinazioni in precedenza prospettate (in solare dissenso dall'orientamento della Corte di Giustizia dell' Unione Europea che annette efficacia diretta nel nostro ordinamento all'art. 50 CDFUE), "niente paura", perché la morfologia "reticolare" del "macro" sistema consente un "movimento di lato" e la possibilità di reperire altrove altre soluzioni, *interscambiabili* con quelle saggiate prima, in quanto ad idoneità a produrre il risultato finale di eliminare i "nefasti" influssi della litispendenza.

Costituisce ormai *ius receptum*, come perentoriamente affermato dalla Corte EDU in riferimento proprio alla specifica nicchia degli abusi di mercato, con quella che osiamo definire l'"epocale" sentenza della Quarta sezione, 04 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia, ric. n. 18640/10*[61], che il principio del *ne bis in idem* convenzionale vincola tutti gli ordinamenti aderenti alla CEDU.

---

[58] Cass. civ., Sez. VI-II, 13 gennaio 2014, n. 510, in *C.E.D. Cass.*, n. 629067 ha stabilito che: "*In tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo, ai fini dell'assimilazione della sanzione tributaria alla sanzione penale, che ascrive il giudizio tributario alla "materia penale" ed attiva la tutela ex art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, non è sufficiente il carattere afflittivo della sanzione, occorrendo un preciso riferimento normativo, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella decisione 26 febbraio 2013, "Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson", in armonia col principio costituzionale di stretta legalità delle sanzioni penali*".

[59] Così, MARINUCCI, *L'influenza cit.*, p. 1085. A ulteriore convalida di tale rilievo si osservi che, anche a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11, in *questa Rivista,* con nota di DE AMICIS, *Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia*, 7 giugno 2013, che ha escluso che uno Stato membro possa applicare uno *standard* di protezione dei diritti fondamentali più elevato rispetto a quello accordato in ambito comunitario (al fine di preservare il primato e l'unitarietà del diritto UE), resta precluso ai singoli ordinamenti derogare *in pieus* ai predicati inalienabili della persona sanciti a livello comune. Così, di recente, si è pronunciato anche SCOLETTA, *La legalità cit.*, p. 209 ss.

[60] Così, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 11; SCOLETTA, *La legalità cit.*, p. 256.

[61] In *questa Rivista,* 30 giugno 2014, con nota di DE AMICIS, Ne bis *cit.* Si tratta di arresto ormai divenuto definitivo, poiché la Grande Camera, in data 07 luglio 2014, ha rigettato il ricorso proposto dallo Stato Italiano, come da comunicato della cancelleria n. 203 del 2014, riportato in *questa Rivista*, 08 luglio 2014; inoltre in *Cass. pen.*, 2014, p. 3908, con nota di BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del* ne bis in idem. L'A., a p. 3103 ss. del commento, ha notato come i giudici di Strasburgo abbiano sottolineato, al fine di argomentare le loro conclusioni, che le fattispecie amministrative contenute nel t.u.f. tutelano interessi analoghi a quelli protetti dalla

Le tesi esposte dai giudici di Strasburgo sono riassumibili secondo il seguente schema riepilogativo:

- la direttiva in disamina inibisce di avviare più procedimenti fondati sulla contestazione di *fattispecie storico-naturalistiche identiche*[62], avocabili a modelli astratti che, al di là della loro catalogazione formale, contemplino tutti sanzioni di natura *effettivamente* penale secondo i c.d. criteri *Engel*[63] (§ 224);

---

corrispondenti ipotesi penali; che, per di più, si tratta di fattispecie amministrative con chiaro scopo repressivo e deterrente atteso l'ammontare estremamente elevato delle sanzioni pecuniarie irrogabili, il contenuto notevolmente stigmatizzante delle conseguenze accessorie indicate dall'art. 187-*quater* t.u.f. In questa ottica, nota ancora l'estensore del commento, i giudici di Strasburgo richiamano il precedente ascrivibile alla Sez. II, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/ 08, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, con nota di ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, in *questa Rivista*, 28 novembre 2011, in cui la Corte EDU ha definito sostanzialmente penali le sanzioni irrogabili dalla AGCM per le violazioni alla normativa italiana sulla concorrenza.

[62] E' opportuno segnalare come il confronto tra fatti storici, anziché tra fattispecie astratte, sia stato imposto dalla Corte EDU a seguito del *revirement* operato dalla Grande Camera, con sentenza del 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russua*, ric. n. 14939/ 03.

[63] La sentenza *Grande Stevens*, in effetti, per riconoscere in una disciplina formalmente amministrativa le stigmate e i tratti distintivi della materia penale, si è mossa sulla base dei criteri enunciati nel 1976 – e poi affinati nel tempo – con la sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82, già citata. I parametri allora elaborati erano uno di tipo formale: 1) qualificazione giuridica dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale; due, alternativi tra loro, di matrice sostanziale: 2) natura della violazione; 3) natura e scopo della sanzione secondo la valutazione della Corte EDU. E questo, a differenza di quel che accade nell'ordinamento comunitario dove la definizione della materia penale, anziché spettare alla Corte di Giustizia, è assegnata al giudice nazionale. Circa i criteri adottati dalla Corte EDU per definire la *matiére pénale* si rinvia a F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Convenzione cit.*, p. 413. Da questo punto di vista, la sentenza in parola si innesta nel solco di un indirizzo consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo laddove, sulla base di criteri ormai "scolpiti nella pietra" ha riconosciuto i connotati intrinseci della materia penale – e, quindi, la violazione del *ne bis in idem* – negli illeciti formalmente amministrativi collocati nel settore degli abusi di mercato. Tale rilievo (a mio giudizio, ma anche su questo aspetto, come si vedrà *infra*, sarà chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale, proprio nell'ambito degli abusi di mercato e proprio a seguito dell'arresto in disamina, su sollecitazione della Corte di cassazione, sia penale che civile/tributaria) consente alla pronuncia *Grande Stevens* di assurgere a parametro euristico a cui i giudici nazionali devono uniformarsi anche nella prospettiva accolta di recente dalla Consulta con sentenza 14 gennaio 2015, n. 49, con nota di BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *questa Rivista*, 30 marzo 2015. Secondo la Corte: "*(…) il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla "giurisprudenza europea* – quando la stessa risulti, aggiungiamo noi – *consolidatasi sulla norma conferente" (…)"* (punto 6. 2 del *Considerato in diritto).* L'estensore del richiamato commento, a p. 4, ha salutato con favore l'applicazione del "diritto vivente" nel valutare gli effetti della giurisprudenza di Strasburgo. In questo modo, a parere dell'A., si evita che qualsiasi *flatus vocis* proveniente d'Oltralpe possa assurgere a monito vincolante per l'ordinamento interno. Peraltro, argomenta VIGANÒ, *La Consulta cit.*, p. 9 ss. e anche 11 ss., nell'ipotesi in cui la Consulta (già interpellata in proposito come vedremo dopo), negasse il carattere di orientamento consolidato alla *Grande Stevens* potrebbe dichiarare, come avvenuto con la sentenza annotata dall'A. (in cui si doveva testare, alla luce della sentenza della Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia* – con nota di MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu* in *questa Rivista*, 5 novembre 2013 –, la tenuta convenzionale e, quindi, costituzionale, dell'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, laddove stabilisce, nell'interpretazione in voga presso il diritto vivente interno, la confiscabilità dei terreni abusivamente lottizzati anche in caso di proscioglimento per prescrizione. Si noti, in proposito, come la

- la valutazione circa *l'identità degli addebiti* e *la comune matrice penale dei rispettivi apparati sanzionatori* è rimessa, in ciò affiorando un tratto distintivo rispetto agli approdi raggiunti a Lussemburgo, non già al *Giudice interno,* bensì all'insindacabile avviso della *Corte EDU* (§§ 222-223)[64];
- normative interne volte a permettere l'apertura di diversi procedimenti relativi ai medesimi *fatti concreti*, da cui possano scaturire sanzioni penali, si pongono in contrasto con il parametro "interposto" di cui all'art. 4 protocollo n. 7 CEDU – nonché, soggiungiamo noi, con quello di cui all'art. 50 CDFUE, se non altro ove ne venga negata, come già accaduto (vedi *infra)*, l'efficacia diretta negli Stati membri della U.E. – e, di conseguenza, con l'art. 117 Cost. (§§ 222-223);
- nella materia dei c.d. "abusi di mercato" questo fenomeno degenerativo è connaturato all'impianto della normativa di settore dove sono previste

---

Corte EDU, in singolare coincidenza cronologica con l'arresto della Consulta, abbia deciso di rimettere la questione alla *Grande Chambre* con pronuncia della Sez. II, 5 giugno 2012, Ric. n. 34163/ 07, con nota di CIVELLO, *Rimessa alla* Grande Chambre *la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?*, in *www.archiviopenale.it*), inammissibili le questioni di legittimità proposte dalla Cassazione sul "doppio binario" sanzionatorio in materia di abusi di mercato, per carenza del parametro convenzionale di riferimento attesa l'assenza, per l'appunto, di un indirizzo costante a Strasburgo a cui rapportarsi. Il principio enunciato dal Giudice delle leggi, sottolinea opportunamente l'A., finisce per trasformare il sindacato sui c.d. "controlimiti" in un sindacato diffuso, affidato a qualsiasi giudice nazionale, il quale, senza d'altronde potere contare su precisi criteri predefiniti dalla Consulta per guidare il suo giudizio, potrà autonomamente deliberare circa la ricorrenza di un orientamento consolidato a livello di Corte EDU, evitando così agevolmente l'obbligo di interpretazioni convenzionalmente conformi, ovvero, in alternativa, l'onere di eccepire l'illegittimità costituzionale della disposizione interna in insanabile contrasto con i precetti sovranazionali ancora non consolidati e, dunque, privi dell'attitudine a convertirsi in norme interposte. In sostanza, nota conclusivamente Viganò, la Corte Costituzionale, con la sentenza in esame, ha frapposto un altro ostacolo alla penetrazione dei "diritti fondamentali" nel nostro sistema giuridico, confermando la sua tradizionale propensione ad un atteggiamento di diffidenza verso l'omologazione dell'ordinamento alla giurisprudenza di Strasburgo. Osservazioni di tenore analogo sono state sviluppate, sempre nell'annotare il citato provvedimento della Corte Costituzionale, da RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta al riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *questa Rivista*, 2 aprile 2015, p. 7 dove l'A. sottolinea come la Consulta abbia confermato un orientamento nazionalista e patriottico che l'ha spinta sino al punto di riservarsi l'ultima parola in ordine agli indici utili a definire la "sostanza" della giurisprudenza europea (cfr. punto n. 7 del *Considerato in diritto).* Viceversa, MARTINICO, *Corti Costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *questa Rivista*, 28 aprile 2015, p. 1 ss., addita la sentenza in disamina quale esempio virtuoso di c.d. "disobbedienza funzionale", ovvero proficua, derivante da un consapevole confronto con le tesi elaboratore a Strasburgo (e non da un loro apodittico e immotivato rifiuto) tendente, in una prospettiva dialogica, a suggerire anche alla Corte EDU come potere affinare meglio le sue decisioni, onde rendere le sue soluzioni adattabili, senza provocare stravolgimenti, alle specificità del contesto nazionale, proprio allo scopo di incentivare il recepimento delle istanze di tutela dei diritti convenzionali. Ancora, per altro autorevole commento a tale arresto, MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *questa Rivista*, 13 aprile 2015.

[64] Ha efficacemente rilevato DE AMICIS, Ne bis *cit.*, p. 11 ss. come la valutazione del giudice nazionale possa divergere da quello del giudice convenzionale, con il connesso rischio di addivenire a soluzioni contrapposte – secondo i diversi canoni nazionali e convenzionali – in relazione a identiche fattispecie materiali.

fattispecie dichiaratamente penali e fattispecie "nominalmente" amministrative, ma, *nella prospettiva della Corte EDU*, di fatto penali, avuto riguardo – in omaggio ai parametri escogitati sin dalla sentenza *Engel* – alla natura degli illeciti (ossia dell'importanza dei beni protetti e della funzione deterrente assegnata alle fattispecie in questione), al contenuto e al grado di severità delle sanzioni (pecuniarie e interdittive, criterio, quest'ultimo, particolarmente valorizzato dalla Corte nell'arresto in esame) previste dalla legge e, nel caso di specie, concretamente comminate ai ricorrenti (§§ 96-99);

- qui emerge una divaricazione endemica tra ordinamento interno e convenzionale che, se non emendabile in via esegetica, esige – è l'implicito invito, ha convenuto anche la Corte di Cassazione[65], evincibile dal *dictum* in disamina – interventi correttivi del legislatore finalizzati a "smantellare" la logica del doppio binario, ovvero, aggiungiamo noi, come pioneristicamente annotato da autorevole dottrina, la sua conservazione, accompagnata, però, da una rimodulazione della disciplina atta a distinguere bene illecito "*maior*" e "*minor*"; illeciti che, per usare l'efficace immagine scolpita dall'illustre autrice, dovrebbero correre su binari alternativi quando, invece, allo stato attuale dell'arte, percorrono rotaie per lunghi tratti coincidenti [66].

Sulla scorta di questi stringenti enunciati della Corte EDU si inferisce, a nostro parere, la strutturale antinomia tra l'art. 187-*duodecies* del D. lgs. n. 58 del 1998 e la regola convenzionale del *ne bis in idem*, dal momento che lo stesso, escludendo un rapporto di pregiudizialità tra giudizio penale e amministrativo, innesca il concorso di

---

[65] In questo senso si è di recente espressa la Corte di Cassazione (con un arresto che riprenderemo di nuovo in seguito) allorché ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 187-*bis*, comma 1 t.u.f., nella parte in cui istituisce il cumulo tra sanzioni penali e amministrative, e 649 c.p.p. laddove, secondo questa lettura, pretende che il pregresso giudicato sia il parto di un'autorità giudiziaria penale e non formalmente amministrativa. La Corte, nel *Considerato in diritto*, paragrafo 3.2, ha testualmente osservato: "*(…) la pronuncia, infatti, ha comunque accertato una violazione del* ne bis in idem, *ossia un'incompatibilità – tra sanzione penale e sanzione amministrativa comminate dal TUF – di* ***tipo sistemico*** (neretto e sottolineatura nostra), *(…)":* Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2014, ord. n. 1782 cit.

[66] Così, SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 683: in senso analogo, DE AMICIS, Ne bis *cit.*, p. 25. Anche AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale,* Giappichelli, 2012, p. 291 ss. e MASUCCI, *Abusi di mercato,* in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale,* a cura di Fiorella, Giappichelli, 2012, p. 258 ss. hanno caldeggiato la necessità di una netta differenziazione tra le fattispecie penali e amministrative così da escludere la contemporanea presenza di due illeciti e di due procedimenti. D'altronde, è esattamente questa la direzione imboccata dal legislatore comunitario come dimostra quanto osservato nel *Considerandum* n. 23 della nuova Direttiva in materia di abusi di mercato 2014/57/UE del 16 aprile 2014. In questo documento il legislatore europeo, pur auspicando il mantenimento del regime del doppio binario, invita le parti a tracciare la linea distintiva tra illeciti penale e amministrativi, sottolineando che i primi devono attenere a condotte dolose gravi, mentre i secondi riguardano condotte rispetto a cui non occorre provare il dolo o che siano idonee ad integrare illeciti qualificati come gravi: Inoltre, si precisa, mentre gli illeciti penali risultano punibili conformemente alla direttiva, quelli amministrativi configurano infrazioni al regolamento UE n. 596 del 2014.

una molteplicità di procedimenti a carico del medesimo soggetto in relazione a contestazioni *sostanzialmente* analoghe[67].

Alle stesse conclusioni si dovrebbe pervenire con riferimento all'art. 649 c.p.p., poiché tale norma, perlomeno nell'inflessione da essa assunta nel diritto vivente, resterebbe lettera morta nell'ipotesi, pressoché scontata in contesti simili, in cui i due procedimenti si svolgano davanti ad autorità giurisdizionali dislocate in ambiti territoriali differenti.

Rebis sic stantibus, occorre verificare se, a legislazione vigente, e in attesa di auspicabili interventi di ortopedia normativa, siano fruibili itinerari ermeneutici confacenti all'adeguamento del nostro ordinamento agli ammonimenti provenienti da Oltralpe e, quindi, ritornando allo specifico profilo controverso oggetto del nostro lavoro, a schivare il rischio della simultanea pendenza di più procedimenti relativi ad ipotizzati abusi di mercato integralmente ascrivibili ad una dimensione penalistica.

8. *Segue:* l'impraticabilità di un'interpretazione convenzionalmente orientata del *combinato disposto* degli artt. 187-*duodecies* t.u.f. e 649 c.p.p. e la consequenziale esigenza di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Se, come sopra illustrato, si potrebbero individuare "strettoie" ermeneutiche funzionali – ancorché tra molte incertezze e perplessità ingenerate dal dato testuale e dai chiari e inequivocabili insegnamenti impartiti dalla giurisprudenza (che aggancia inderogabilmente l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. ai casi di litispendenza al requisito dell' unicità della sede giudiziaria di competenza[68]) –, ad un'interpretazione convenzionalmente orientata del disposto "generale" inserito nel codice di rito[69], in ordine all'art. 187-*duodecies* t.u.f. non residuano spazi per "artificiose" manipolazioni adeguatrici della espressa *voluntas legis*, così come la stessa si è materializzata nel "cristallino" testo normativo.

La disposizione "speciale", infatti, senza margini di ambiguità idonei ad offrire il pretesto per interpretazioni alternative, dichiara *expressis verbis* l'insussistenza di un

---

[67] Anche FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 13 rilevano un'infrazione del nostro sistema al divieto del *bis in idem* convenzionale. Ancora in merito all'approccio sostanzialistico, *behind the domestic classification*, in voga presso la Corte EDU nell'opera di individuazione dei connotati caratteristici della "materia penale", si rinvia al sintetico ma efficace ed esaustivo *excursus* giurisprudenziale di MANCANO, *Riflessioni in tema di incandidabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 951 ss. Inoltre, sempre in argomento, si v. il fondamentale contributo di MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-V. Zagrebelsky, Giuffré, 2011, p. 38 ss.

[68] Queste perplessità sono bene illustrate da DE AMICIS, Ne bis *cit.*, p. 20 ss.

[69] In argomento, BOZZI, *Manipolazione cit.*, p. 3107, osserva che, laddove si dovesse negare la ricorrenza di un rapporto di specialità tra figure penali e amministrative, allora si dovrebbe saggiare la possibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme degli artt., 649 e 669 c.p.p. Peraltro, a suo avviso, come precisato a p. 3108, allo stato attuale non vi sarebbe la possibilità di risolvere il problema, dovendo, dunque, intervenire il legislatore a modificare la disciplina. Nega la ricorrenza di una relazione di specialità tra queste disposizioni, AMATI, *Abusi cit.*, p. 291.

rapporto di reciproca esclusione tra procedimento penale e procedimento *formalmente* amministrativo[70].

Siamo, dunque, di fronte ad una norma "generale" in un sospetto stato di insanabile contrasto con l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU e con l'art. 50 CDFUE (ove si "riduca" il ruolo assolto da tale testo a quello di semplice parametro interposto anziché di prescrizione immediatamente cogente)[71] e ad una norma "speciale" in conclamato e irrimediabile conflitto con i precetti sovranazionali.

Di talché – come, peraltro, già suggerito in dottrina, all'indomani della sentenza *Grande Stevens*[72] –, in caso di litispendenza dei due procedimenti, per uniformare il nostro sistema repressivo degli abusi di mercato – come anche di altri ambiti interessati da problematiche affini – al dettato convenzionale, non si potrebbe trascendere dal chiamare in causa il Giudice delle leggi, sollevando questione di legittimità costituzionale della normativa di settore, a partire dal combinato disposto degli artt. 187-*duodecies* e 649 c.p.p. – opzione ottimale al fine di sgombrare il campo dai dubbi che, come osservato, aleggiano sull'area d'incidenza occupata da quest'ultimo modulo astratto – con riferimento al parametro di cui all'art. 117 Cost.

A nostro avviso, tale opzione operativa deve essere percorsa anche a seguito della sentenza della Corte EDU del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia,* ric. 7356/10[73], con cui si è escluso che la *coeva* pendenza di due procedimenti sia incompatibile con l'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU.

A ben considerare, in effetti, nel caso sottoposto al suo sindacato *non si discettava di litispendenza*, bensì di una violazione convenzionale discendente dalla preesistenza di un provvedimento di condanna amministrativo-tributario definitivo, di talché la Corte non ha avuto occasione di soffermarsi in modo specifico e con consapevole spirito critico su tale profilo problematico, *non concentrando* l'attenzione sui – da noi – prospettati vizi sistemici ingenerati da una legislazione – come quella italiana nella materia degli abusi di mercato ma anche, per esempio, come quella disciplinante i reati tributari – che ammette esplicitamente la celebrazione di procedimenti paralleli.

D'altronde, se la non manifesta infondatezza della questione emerge inconfutabilmente, a nostro avviso, da quanto sinora esposto, la sua rilevanza nel

---

[70] Hanno formulato osservazioni analoghe, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 13.

[71] Anche FLICK- NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 10 ss. caldeggiano, in alternativa ad un'esegesi convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., la proposizione della questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost.

[72] In questi termini si è già espressa lungimirante dottrina, con esclusivo riferimento all'art. 187-*duodecies* t.u.f.: TRIPODI, *Uno cit.*, p. 5.

[73] Questa pronuncia è consultabile attraverso il link indicato in *questa Rivista* (materiale inserito l'11 dicembre 2014), con nota di DOVA, Ne bis cit., p. 1 ss. Peraltro, come segnalato in precedenza (e come ci ricorda lo stesso Dova a p. 4 del suo prezioso contributo), *la Corte Suprema Svedese*, in composizione plenaria, già nell'anno 2013, aveva adottato un livello ancora più elevato di tutela della prerogativa in questione rispetto agli enunciati della Corte EDU sul punto, sancendo, in sostanza, il *divieto della litispendenza in materia tributaria*. Anche per questo, crediamo valga la pena di portare questa specifica questione a Strasburgo – evidenziando, in particolare, il difetto strutturale inficiante un ordinamento in cui imperversa il germe patogeno di una sicura, futura, inosservanza di un diritto fondamentale della persona – onde ottenere una risposta netta e definitiva.

giudizio in cui verrebbe proposta appare parimenti in *re ipsa*, poiché l'eliminazione degli effetti prodotti dall'unione dei due articoli in parola comporterebbe la preclusione di proseguire il procedimento partito "in ritardo" – generalmente quello penale – in costanza di una procedura – normalmente quella amministrativa – iniziata tempestivamente e – variabile tutt'altro che rara – giunta quasi alla meta.

Peraltro, questa è la strada intrapresa di recente dalla Corte di Cassazione, sia penale che civile/tributaria[74], in situazioni, tuttavia, non già di litispendenza, ma dove una delle due sequenze – rispettivamente, quella amministrativa e quella penale – si era definita.

La Corte, nel suo ramo competente per gli affari penali[75], con enunciazioni capaci di irradiarsi al di là della particolare fattispecie assoggettata al suo scrutinio e di investire anche il problema della litispendenza – problematica consacrata, ovviamente, ad una fulminea dissoluzione, venendo travolta da prevedibili dichiarazioni di illegittimità costituzionale consequenziali attinenti anche l'art. 187-*duodecies*, t.u.f., ove la Consulta, assecondando le richieste del giudice ordinario, plasmasse la disciplina sugli abusi di mercato in guisa da neutralizzare il regime del doppio binario e da restituire all'illecito amministrativo un ruolo meramente succedaneo[76] – ha deliberato di sollevare eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis*, comma 1, t.u.f.[77], nella parte in cui istituisce il cumulo tra sanzioni penali e amministrative – come

---

[74] E' singolare notare come nella controversia sottoposta al vaglio del giudice civile – adito in sede di impugnativa delle sanzioni irrogate dalla CONSOB – ad essere stato definito per primo fu il giudizio penale. L'ordinanza a cui ci siamo richiamati è Cass. Sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014, n. 950, con nota redazionale *Anche la sezione tributaria civile della Cassazione manda gli atti alla corte costituzionale su abusi di mercato e* ne bis in idem, in *questa Rivista*, 23 gennaio 2015. La Corte, in proposito, nota, giustamente, come l'efficacia del divieto sia bidirezionale, funzionando sia nel caso di sanzione amministrativa precedente a quella penale sia nel caso inverso. In ambito tributario, si è di recente mosso nella stessa direzione, sollevando questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, dell'art. 649 c.p.p., in riferimento all'art. 10 – *ter* D. lgs. n. 74 del 2000, il Tribunale penale di Bologna, Sez. I, 21 aprile 2015, Giudice Cenni, con nota di CAIANIELLO, Ne bis in idem *e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale,* in *questa Rivista*,18 maggio 2015.

[75] Corte Cass., Sez. V, 16 ottobre 2014, n. 1782 cit.

[76] Come ha notato giustamente Scoletta in sede di primo commento alla diffusione della notizia relativa alla proposizione della questione di legittimità costituzionale da parte della Corte di Cassazione, ove il *petitum* venisse accolto risulterebbe una completa e generalizzata inoperatività della fattispecie amministrativa di *insider trading* primario attesa la sua perfetta coincidenza con la fattispecie penale – che impedisce la creazione di una relazione di sussidiarietà. L'area dell'illecito amministrativo finirebbe per ridursi alla repressione del solo *insider* secondario, non essendo tale figura più presa in considerazione in ambito penale. Lo stesso A. prevede/ auspica, infatti, che la Consulta, ove aderisse all'impostazione suggerita dalla Suprema Corte, proceda ad espellere quelle norme di coordinamento che nel t.u.f. disciplinano i rapporti tra procedimento penale e amministrativo, prima tra tutte l'art. 187-*duodecies.* Così, SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del* market abuse *al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale del* ne bis in idem, in *questa Rivista*, 17 novembre 2014, p. 2.

[77] Dal canto suo, la Cassazione civile ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*ter*, comma 1, t.u.f., ovvero la norma che punisce in via amministrativa i fatti di manipolazione del mercato, sempre al fine di sollecitare la riscrittura della clausola di apertura della norma – "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato (…)*" – in modo da sradicare alla base il regime del doppio binario sanzionatorio.

attestato nel suo *incipit* dalla clausola di riserva che recita "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*", anziché "*Salvo che il fatto costituisca reato*"; formula che avrebbe suggellato la funzione sussidiaria dell'illecito amministrativo[78] – e dell'art. 649 c.p.p. che, nell'ermeneutica del Suprema Collegio, presupporrebbe la comune riferibilità dei procedimenti conclusi – e nella nostra ottica anche *in itinere* – all'autorità giudiziaria penale.

A tale decisione – su cui, è inutile nasconderlo, incombono dubbi di ammissibilità sotto il profilo della sua rilevanza[79] – i giudici sono arrivati, negando, per un verso – con argomenti poco convincenti e, forse, dettati da un moto di cautela che ha indotto ad affidare ad un *Giudice superiore* l'"arduo responso"[80] –, all'art. 50 CDFUE

---

[78] Proprio in relazione alle clausole di riserva con cui esordiscono le disposizioni amministrative, in dottrina si è ipotizzato di testarne un'interpretazione convenzionalmente orientata, "manipolandole" esattamente nella direzione suggerita dalla Cassazione alla Consulta – come se le clausole dicessero "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*" – in guisa da evidenziare la loro funzione sussidiaria rispetto alle fattispecie penali e da mettere bene in luce il loro intervento nei soli casi non coperti dall'area del penalmente rilevante. Così, BRANCACCIO, *Considerazioni cit.*, p. 25. Inoltre, pur non nascondendosi la difficile praticabilità di questa soluzione, atteso il chiaro tenore letterale delle clausole in questione, e, in generale, dell'assetto normativo degli abusi di mercato, tutto proteso a svelare la chiara volontà legislativa di istituire una tutela multilivello, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo cit.*, p. 13. Peraltro, notano giustamente i due AA. a p. 14, il sistema che ne deriverebbe avrebbe poco senso, nel senso che, in ragione della sovrapponibilità strutturale tra illeciti penali e amministrativi, per questi ultimi, al di là di ipotesi marginali (pensiamo all'*insider* secondario punito solo sul piano amministrativo e alle fattispecie di manipolazione caratterizzate da quelle "sfumature" della figura astratta amministrativa che la distinguono da quella penale), non residuerebbero spazi di azione.

[79] Questa osservazione è stata sviluppata da anticipatoria dottrina e, in particolare, da SCOLETTA, *Il doppio cit.*, p. 2, in particolare, ha acutamente notato come la Cassazione *penale* pretenda la manipolazione di una disciplina amministrativa già applicata sul versante *extra*-penale e la cui modifica, dunque, dovrebbe restare priva di influenza nel giudizio penale. Anche in sede di motivazione dell'ordinanza non sembra che i giudici abbiano superato tale insidia.

[80] Come si legge nel paragrafo 4 del *Considerato in diritto*, l'impraticabilità di una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE discenderebbe dalla parzialmente diversa fisionomia impressa al divieto in esame dalla Corte EDU e da quella di Giustizia. Come già osservato, a Strasburgo è stato ascritto al giudice convenzionale il sindacato circa l'identità dei fatti contestati e la natura penale delle sanzioni derivanti dalle fattispecie astratte a cui gli stessi sono riportabili; mentre a Lussemburgo tali prerogative sono state demandate al giudice nazionale. Ad avviso dei giudici, dunque, il differente approccio delle due Corti internazionali impedirebbe di definire la portata del *ne bis in idem* e la conseguente non applicazione di norme interne nella sola prospettiva convenzionale. E poiché, continuano i giudici, ragionando in ottica comunitaria, dovrebbe essere l'autorità competente ad emanare le sanzioni amministrative, e non l'autorità giudiziaria penale, a valutarne la natura intrinseca, il giudice penale potrebbe soltanto sollevare questione di legittimità costituzionale delle disposizioni confliggenti e non disapplicare l'art. 187-*bis*, comma 1, t.u.f.: "*restando affidata – in caso di accoglimento della questione – all'autorità amministrativa l'adozione dei necessari provvedimenti*". Ebbene, risulta francamente poco comprensibile l'itinerario logico argomentativo sulla base del quale la Corte, solo in quanto autorità giudiziaria penale, si sia ritenuta "defraudata" del giudizio circa l'identità dei fatti in valutazione e il contenuto delle relative sanzioni. Infatti, per quanto abbiamo potuto osservare e salvo errori, nessun "diritto" di esclusiva in favore dell'autorità amministrativa emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Anzi, trattandosi di giudicare l'eventuale natura penale di un apparato sanzionatorio solo formalmente amministrativo, non solo non appare "eccentrico" che tale sindacato sia devoluto al giudice penale, ma risulta addirittura fisiologico. Inoltre, a ulteriore dimostrazione di come la Corte di Cassazione *penale* avrebbe potuto già

immediato valore cogente negli ordinamenti periferici proprio nella materia degli abusi di mercato, sebbene la stessa sia riconducibile alla sfera di attribuzioni comunitarie; per l'altro, alla disposizione codicistica la flessibilità necessaria ad estendere la regola ivi effigiata ai casi in cui il *precedente* sia di ascendenza *formalmente* amministrativa e non penale.

9. Riflessioni conclusive.

Dunque, dai tentacoli della litispendenza si può sgusciare adottando "stratagemmi" diversi, ma surrogabili tra loro nel garantire il pieno rispetto del divieto del *bis in idem* "internazionale", a prescindere della ricorrenza di un precedente giudicato da fare valere nel procedimento *in itinere.*

E questo, superando ogni preconcetto e resistenza "ideologica" alla rivoluzione (*id est:* rifondazione) in corso per effetto dell'ingresso delle fonti sovranazionali nel diritto autoctono.

Il contesto paneuropeo di *Rechtsprechungsverbund* – ovvero, detta all'anglosassone, di *multilevel cooperation system* – ha partorito un assetto a "geometria variabile", per certi versi "anarchico" e, comunque, lontano dalla classica struttura piramidale monistica delle architetture giuridiche "regionali".

In questa "eccentrica" dimensione "globale" la tutela dei diritti umani non costituisce una prerogativa esclusiva delle singole giurisdizioni ma, piuttosto, l'obiettivo ultimo ed inderogabile di quello che si definisce *European Commonwealth law of human rights.*

Nessuna Corte riveste la posizione di pietra angolare nella protezione dei diritti umani, fungendo solo da colonna di una più complessa struttura[81].

In questo rinnovato *habitat*, proteso ad assicurare riparo ai predicati inalienabili della persona "costi quel costi"[82], il problema della litispendenza assurge ad emblema delle potenzialità insite in una nuova impalcatura normativa dominata, non già da

---

prendere atto della matrice penale delle fattispecie "amministrative" in parola – traendone, in via autonoma, le dovute conseguenza in tema di divieto del doppio giudizio –, occorre considerare che il contenuto del principio del *ne bis in idem* convenzionale, nei comparti di competenza comunitaria, è penetrato nel sistema delle fonti comuni e, quindi, nel nostro sistema. Pertanto, come già visto, a tale diritto, nell'ambito degli abusi di mercato, devono essere riconosciuti, ai sensi dell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza, i significati elaborati dai Giudici di Strasburgo (poiché i precetti convenzionali acquistano forma e sostanza cogente solo nel "diritto vivente"). Ebbene, la Corte EDU si è anche arrogata il potere di decidere sulla ricorrenza dei presupposti del *ne bis in idem* (ivi compreso quello di vagliare la reale natura delle sanzioni collegate a una data violazione) e, come osservato nel testo, nella sentenza *Grande Stevens* ha già definitivamente chiarito la matrice penale delle misure amministrative enucleate nel t.u.f.

[81] La paternità di questa "affascinante" metafora è da ascriversi a VOßKUHLE, *The protection of human Rights within the Courts (paper presented on the Venice Commission)* al Convegno tenutosi a Venezia il 9 marzo 2013, p. 3.

[82] In argomento si rinvia alla suggestiva indagine di MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo,* in AA.VV., *La Convenzione cit.*, p. 299 ss.

quell'ideale di certezza su cui si erge l'istituto del "giudicato", bensì dalla consapevolezza dei valori in gioco e dalla consustanziale necessità di circoscrivere – con l'ambizione di annullarli – i margini di errore nelle decisioni giudiziarie e, di rimando, di prevenire l'ingiustificata compressione dei diritti della persona (*i deste:* di prevenire e riparare il torto), anche al prezzo di introdurre una molteplicità di controlli, tutti suscettibili di invalidare i provvedimenti precedenti e, quindi, di minare la "stabilità nel male" accettando ed anzi assecondando l' "instabilità nel bene".