



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

L'INFLUENZA DEL *NE BIS IN IDEM* EUROPEO SUI CRITERI IN MATERIA DI CONCORSO DI NORME

ALESSIA CARERI¹

SOMMARIO: 1. “Doppio binario” sanzionatorio e *ne bis in idem*: in particolare, la condanna dell'Italia da parte della Corte Edu nel caso *Grande Stevens*. - 2. Un quadro ancora in via di definizione: le soluzioni adottate dalla giurisprudenza interna per porre fine al contrasto. - 2.1. La via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. - 2.2. La strada tracciata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione. - 2.3. La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 50 Cdfue. - 2.4. La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu. - 2.5. La via dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. - 3. Lo stato dell'arte in tema di *bis in idem* e concorso apparente di norme amministrative e penali. - 4. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”? - 5. Il *ne bis in idem* convenzionale all'esame della Consulta: la pronuncia n. 200/2016. - 6. *Segue*: L'impatto dell'evoluzione interpretativa del divieto di *bis in idem* convenzionale sul concorso apparente di norme. - 7. Conclusioni.

1. “Doppio binario” sanzionatorio e ne bis in idem: in particolare, la condanna dell'Italia da parte della Corte Edu nel caso Grande Stevens.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente mostrato, la prima anche condannando il nostro paese e diversi altri Stati,² vistosi profili di contrasto dell'ordinamento italiano rispetto al diritto fondamentale del *ne bis in idem*. Tale diritto, in forza del quale nessuno può essere punito due volte per il medesimo reato, né giudicato nuovamente qualora sia già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza penale definitiva, deve essere oggi inteso così come enucleato dalle rispettive disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'interpretazione datane dalle relative Corti europee.³

¹ Dottoranda di ricerca (XXX ciclo), Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario.

² Corte Edu, sentenza 10 febbraio 2009, *Zolotukhin C. Russia*; vedi anche sentenza 20 maggio 2014, *Nykanen C. Finlandia*; sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev C. Svezia*; sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens C. Italia*; sentenza 23 giugno 2015, *Butnaru et Bejan-Piser C. Romania*.

³ Il riferimento è qui all'art. 4 del Protocollo 7 allegato alla Cedu, il quale prevede che «*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*», nonché all'art. 50 della Cdfue, secondo cui «*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law*».

Il contrasto tra giurisprudenza interna e sovranazionale, in particolare, è sorto in virtù dell'emersione di una "nuova" concezione di "illecito" e di "sanzione penale", che vanno ad incidere inevitabilmente sul contenuto e sulla portata del principio del *ne bis in idem*. La Corte Edu, come è oramai noto, accoglie una nozione "sostanzialistica" di tali termini, che consente di ritenere intrinsecamente penale anche sanzioni formalmente definite diversamente dagli ordinamenti interni.⁴ La qualificazione come penale anche di sanzioni formalmente non penali da parte dei giudici di Strasburgo, comporta l'applicazione delle garanzie individuali previste dalla Cedu, in particolare, di quelle contenute negli articoli 6 e 7⁵ e – per quel che qui più ci interessa – di quella prevista dall'art. 4 del Protocollo 7 ad essa allegato, sinteticamente riassunta nella formula di *ne bis in idem*. In virtù di questo nuovo approccio "sostanzialistico", sono emersi punti di forte attrito tra la disciplina nazionale e la normativa Ue e del sistema Cedu, soprattutto per ciò che concerne la disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., nella parte in cui, disciplinando solo procedimenti penali, non vieta l'applicazione, per uno stesso fatto già giudicato con provvedimento penale irrevocabile, di ulteriori sanzioni di natura non penale, ma considerate tali dalla Corte Edu. Anticipando alcune delle questioni che saranno meglio affrontate nei successivi paragrafi, si evidenzia che, a parere di chi scrive, la presunta incompatibilità dell'art. 649 c.p.p. con la vigente disciplina europea, sarebbe solo una delle più vistose conseguenze "patologiche" del mancato rispetto, da parte del legislatore italiano, del principio del *ne bis in idem* sul versante sostanziale, stabilito a tutela del concorso apparente di norme.⁶

Il "dialogo" tra le Corti si è intensificato con riferimento a tutte quelle sanzioni amministrative, il cui notevole livello di afflittività non può che richiedere la necessaria applicazione delle garanzie normalmente riservate allo *ius terribile*, tra cui proprio il divieto di cui all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu.⁷ Oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza europea ed interna è stato, in particolare, il sistema del c.d. "binario sanzionatorio",⁸ che ammette lo svolgimento di due diversi procedimenti, uno penale, l'altro amministrativo, aventi ad oggetto gli stessi fatti storici, ed il conseguente cumulo delle sanzioni. La vicenda che ha avuto maggiore risonanza è stata quella decisa dalla sentenza *Grande Stevens* della seconda sezione della Corte Edu, la quale ha condannato l'Italia dopo aver ritenuto che la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata dalla duplicità di procedure e di sanzioni (amministrative e

⁴ La nozione di "materia penale", non essendo esplicitamente definita dalla Convenzione, è stata elaborata dalla giurisprudenza che, con approccio casistico e pragmatico, ha progressivamente esteso la categoria delle sanzioni "sostanzialmente" penali. Al fine di individuare ciò che rientra nella nozione autonoma di "*matière pénale*", e di garantirne la relativa uniforme applicazione, sono stati perciò elaborati dalla Corte di Strasburgo gli oramai noti "criteri di *Engel*" che, a partire dal famoso caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, sono stati ritenuti parametri idonei a rivelare la sostanziale essenza penale di un determinato illecito nonostante il *nomen juris* adottato dal legislatore nazionale. La Corte ha ritenuto, quindi, che si debba in primo luogo considerare di natura penale la sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede e che, in mancanza, si debba tener conto della natura dell'infrazione o dell'illecito, o della natura, scopo e gravità della sanzione; criteri, quelli menzionati, tra loro alternativi ma che possono essere utilizzati anche cumulativamente se l'analisi separata di ognuno di essi non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un illecito di natura penale.

⁵ Corte Edu, sentenza 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. c. Italia*.

⁶ Cfr. più avanti par. 3 e ss.

⁷ SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, 3° ed., 2017, 29-30.

⁸ Ad ogni modo, come precisato nel *Rapport explicatif* all'allegato 7 della Cedu, l'art. 4, trovando applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti penali, non impedisce che per i medesimi fatti lo stesso soggetto venga sottoposto ad un'azione di diversa tipo. Considerata però la discrezionalità nell'individuazione dei confini tra ambito penale e disciplinare-amministrativo rimessa ai singoli Stati membri, l'unica salvaguardia contro potenziali rischi di aggiramento del contenuto precettivo della disposizione non può che essere rappresentata dal controllo di uno degli stessi organi di Strasburgo. PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, Vol. 5, n. 2, 497.

penali), fosse in contrasto con l'art. 4 del Prot. 7 della Cedu.⁹ In tale pronuncia, l'approccio sostanzialistico, secondo cui ciò che consente di individuare la “materia penale” va ben oltre la qualificazione formale attribuita dal legislatore interno, viene sviluppato nella sua massima estensione: con tale decisione, infatti, la Corte stabilisce che la natura “sostanzialmente” penale di una sanzione formalmente amministrativa, divenuta irrevocabile, comporta in ogni caso il divieto di doppia sanzione e di iniziare un secondo procedimento sullo stesso fatto.¹⁰ Tale decisione ha costituito un importante arresto per l'ordinamento italiano, non soltanto avendo riguardo alla singola vicenda nella quale è stata accertata la violazione di un diritto convenzionale ma, più in generale, in vista degli effetti ad ampio raggio che questa sentenza avrebbe potuto avere in tutti i settori caratterizzati da un sistema repressivo di doppio binario, amministrativo e penale, le cui rispettive sfere di applicazione vengono spesso a convergere e ad accavallarsi, senza che ciò sia mai stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore nazionale.¹¹ All'indomani della pubblicazione della decisione *Grande Stevens*, dunque, gli interpreti hanno dovuto confrontarsi con la questione relativa alle possibili soluzioni per evitare di incorrere in ulteriori violazioni della Convenzione e dei suoi protocolli in tutte le materie interessate.

2. Un quadro ancora in via di definizione: le soluzioni adottate dalla giurisprudenza interna per porre fine al contrasto.

Neppure la Corte Costituzionale è riuscita a fare chiarezza sulla questione relativa alla compatibilità del sistema repressivo del doppio binario con il divieto convenzionale di *bis in idem*.¹² In mancanza di un intervento da parte del legislatore, l'approccio sostanzialistico adottato nella sentenza *Grande Stevens*, nonché il necessario rispetto delle norme convenzionali ed euro-unitarie poste a tutela dei diritti individuali nell'attuale sistema multilivello,¹³ hanno portato i giudici

⁹ Corte Edu, sentenza del 4 marzo 2014. In tale pronuncia, la seconda sezione della Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 4, Protocollo 7 della Cedu nel noto caso *Grande Stevens* per il cumulo di sanzioni (amministrative e penali) in materia di *insider trading*. Oggetto della vicenda erano state, in quel caso, condotte sussumibili nella fattispecie di manipolazione di mercato. Essa era stata oggetto prima di una procedura amministrativa per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter Tuf – al termine della quale la Consob aveva irrogato pesanti sanzioni pecuniarie e interdittive – e successivamente aveva formato oggetto di un procedimento penale per l'omologo reato di cui all'art. 185 Tuf. La Corte di Strasburgo ha qualificato le sanzioni comminate per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter Tuf come sanzioni «sostanzialmente penali» e ha ritenuto afferente alla materia penale la complessiva procedura finalizzata all'accertamento dell'illecito e all'irrogazione di tali sanzioni. Se ne vedano i commenti di TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, 201 ss.; VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *ibidem*, 219 ss.

¹⁰ SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, 83.

¹¹ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2016, 190.

¹² Corte C., sentenza del 12 maggio 2016 n. 102. «La Corte Costituzionale (...) ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., sollevata con riferimento all'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi protocolli, rilevando il carattere perplesso della motivazione del rimettente sulla non manifesta infondatezza della questione» (sollevata in via subordinata rispetto ad *atra*, avente ad oggetto la previsione sanzionatoria di cui all'art. 187-bis, comma 1 Tuf, dichiarata pure inammissibile dalla Corte per difetto di rilevanza). CONSO G. - GREVI G. - BARGIS M., *Compendio di procedura Penale*, 2016, 8° ed., 953-954.

¹³ In relazione al diritto di cui si sta trattando, come si è detto, entrano in gioco le disposizioni di cui agli articoli 4

nazionali ad elaborare delle soluzioni alternative per prevenire ulteriori violazioni della Convenzione, ed evitare anche un sistematico ricorso alla Corte Edu come giudice di “quarto grado”.¹⁴

Evidenziando sin d'ora che la maggior parte delle posizioni assunte dalla giurisprudenza interna risultano antecedenti alla sentenza *A e B c. Norvegia*¹⁵, con la quale la Grande Camera della Corte Edu ha rivisto il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem*, individuando, di fatto, l'ulteriore requisito della «*sufficiently close connection in substance and in time*», la cui ricorrenza dovrebbe condurre ad escludere la lesione del diritto a non essere giudicati e puniti due volte¹⁶ – si ritiene comunque opportuno soffermarsi sulle specifiche risposte date dai giudici italiani al fine di risolvere il conflitto tra la normativa interna e gli obblighi sovranazionali.

2.1. *La via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.*

Secondo un primo orientamento, la soluzione del contrasto sarebbe attuabile in via di interpretazione convenzionalmente conforme, rispetto all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, del disposto di cui all'art. 649 c.p.p., che disciplina il “*Divieto di un secondo giudizio*”, attraverso una interpretazione estensiva della nozione di “sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili” che includa anche i procedimenti di condanna qualificati come “penali” dalla Corte di Strasburgo. Infatti, applicando estensivamente la disposizione in questione, il giudice nazionale potrebbe legittimamente pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere anche a fronte di procedure qualificate a livello interno come amministrative. La validità di questa tesi sarebbe supportata anche dall'assunto secondo cui il *ne bis in idem* avrebbe, nell'ordinamento italiano, un ambito di operatività più ampio di quello convenzionale, prescindendo dal requisito della definitività del provvedimento conclusivo del primo giudizio.¹⁷

Protocollo 7 della Cedu, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, nonché gli articoli 50 della Carta di Nizza e 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Shengen. Sussistono, tuttavia, notevoli differenze applicative e di contenuto tra le diverse disposizioni citate: alcune vincolano gli Stati membri ad osservare il divieto in discorso solo nell'ambito dei singoli ordinamenti interni, altre investono invece il diverso profilo della cooperazione giudiziaria sovranazionale, proiettando così il *ne bis in idem* nella delicata e complessa dimensione dei rapporti interstatuali. PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura europea*, Milano 2015, 415.

¹⁴ SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, cit., 98.

¹⁵ Corte Edu, grande camera, sentenza 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*.

¹⁶ Molto in sintesi, nella richiamata sentenza la Corte afferma che, in linea di principio, l'art. 4 Prot. 7 Cedu non esclude che lo Stato possa legittimamente predisporre un sistema articolato di risposte punitive a condotte illecite – in un contesto unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché il cumulo di tali sanzioni e delle relative procedure non comporti un sacrificio eccessivo per l'interessato. Compito della Corte è, quindi, quello di verificare che i meccanismi sanzionatori adottati da ogni singolo Stato risultino “il prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria” e non comportino, al contrario, negli effetti pratici, una violazione del divieto del *ne bis in idem*.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, imp. *Donati*. Chiamate a pronunciarsi in merito alla portata di tale principio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sancito che «l'art. 649 c.p.p. costituirebbe solo un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *regiudicanda*, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema». Tale affermazione consente nella prassi di sganciare il *ne bis in idem* dal concetto di giudicato, permettendo al divieto di operare a livello domestico anche in presenza di una pronuncia non ancora definitiva, come principio fondamentale del sistema, che disvela anche una *ratio* sostanziale che non assorbe ma si affianca a quella processuale. Secondo la Corte «a tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica». Le Sezioni Unite della Corte sanciscono in tal modo l'improcedibilità dell'azione penale, in un secondo processo, avente

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, il ricorso all'interpretazione convenzionalmente conforme per la soluzione del contrasto con il principio del *ne bis in idem* non può essere accolta, perché una siffatta interpretazione si risolverebbe in una “manipolazione” non consentita di una norma pensata ed introdotta per disciplinare esclusivamente i rapporti fra procedimenti penali, ed avrebbe quindi l'effetto di legittimare l'applicazione di una norma processuale di mera creazione giurisprudenziale. Secondo questa tesi, pertanto, la soluzione appena proposta sarebbe vietata dai principi che regolano il diritto processuale penale interno, che condurrebbero verso un'interpretazione restrittiva della norma, limitata alle sole ipotesi qualificate come "penali" dal nostro legislatore nazionale: ne deriva l'impossibilità di estendere la portata dell'art. 649 c.p.p. ai rapporti fra procedimento penale e amministrativo.¹⁸

2.2. *La strada tracciata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione.*

Secondo un altro indirizzo interpretativo, invece, scartata l'alternativa ermeneutica, il giudice penale dovrebbe correttamente sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu,¹⁹ nella parte in cui non vieta l'instaurazione di un nuovo giudizio nei confronti del soggetto che sia già stato sottoposto ad un procedimento formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale conclusosi con provvedimento definitivo, o viceversa. In tal modo, verrebbe in sostanza conferito alla Corte Costituzionale l'ingrato compito di estendere, attraverso una pronuncia “additiva”, l'obbligo per il giudice penale di pronunciare sentenza di non doversi procedere anche nelle ipotesi qui oggetto di considerazione.

Sospettate di illegittimità costituzionale sono state, oltre al già menzionato art. 649 c.p.p., anche delle specifiche norme di parte speciale che, nei settori “convenzionalmente rischiosi”, sono state ritenute idonee a determinare – o comunque inidonee ad evitare – il cumulo di sanzioni amministrative e penali per uno stesso fatto storico. Il riferimento è qui all'art. 187-*bis* Tuf,²⁰ ed in particolare alla sua clausola di apertura «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», strumentale, secondo i propositi del legislatore dell'epoca, proprio a favorire la normale coesistenza delle due sanzioni;²¹ nonché all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 nella versione antecedente alla riforma operata dal d.lgs. 158/2015, nella parte in cui, nel sistema previgente, non vietava che l'irrogazione ad un soggetto di una sanzione formalmente amministrativa definitiva ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 471/1997, di carattere sostanzialmente penale, per l'omesso versamento dell'IVA, determinasse l'impossibilità di avviare un secondo procedimento, in virtù del principio del *ne bis in idem*, per i medesimi fatti e nei confronti dello stesso soggetto.²²

Ad ogni modo, occorre evidenziare come la soluzione del problema del *ne bis in idem* per via giurisprudenziale, operata sia da parte del giudice comune attraverso il meccanismo già illustrato dell'interpretazione conforme, sia da parte del giudice costituzionale mediante una potenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., possa generare

ad oggetto il medesimo fatto, quand'anche il primo procedimento non si sia concluso con una sentenza irrevocabile, a condizione che la nuova azione sia promossa nella medesima sede giudiziaria e ad iniziativa dello stesso ufficio requirente.

¹⁸ MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Tributaria*, 2015.

¹⁹ Secondo l'oramai noto meccanismo inaugurato dalle sentenze gemelle della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

²⁰ Cass. pen., sez. V, ordinanza 10 novembre 2014, n. 1782.

²¹ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 193.

²² Trib. Bologna, sez. penale, ordinanza 21 aprile 2015. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, tuttavia, la questione può forse oggi ritenersi in parte (accidentalmente) risolta, data l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 158/2015, della causa di non punibilità di cui al novellato art. 13 d.lgs. n. 74/2000.

conseguenze illogiche e sconsiderate, perché consentirebbe di fatto di far dipendere la decisione da fattori estremamente imprevedibili e contingenti, quali, per esempio, il procedimento definito per primo con provvedimento irrevocabile, in totale spregio del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.²³ Peraltro, ciò in un ordinamento in cui la certezza del diritto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'agire illecito dei consociati costituiscono ancora principi cardine dell'intero sistema,²⁴ non è certamente ammissibile: ne consegue l'inaccettabilità di un meccanismo che di fatto rimette il trattamento sanzionatorio del reo alle scelte processuali dell'autore stesso delle condotte illecite e gli consente così agevolmente di “pilotare” la risposta punitiva statale nei suoi confronti.²⁵

2.3. La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 50 Cdfue.

A seguito del *non liquet* da parte della Corte Costituzionale,²⁶ autorevole dottrina aveva invitato i giudici comuni ad applicare direttamente l'art. 50 Cdfue. Tale norma, che tutela il principio del *ne bis in idem* a livello comunitario, in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 52 par. 3 Cdfue fa proprio il contenuto della previsione di cui all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Dall'articolo 50 citato, pertanto, in ragione di quanto statuito dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*, deriverebbe – seppur esclusivamente nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione europea²⁷ – il divieto alla celebrazione di un secondo procedimento, ove il primo, avente natura sostanzialmente penale, sia già terminato con provvedimento irrevocabile.

La questione della diretta applicabilità dell'art. 50 Cdfue è stata di recente sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia – attraverso il noto meccanismo del rinvio pregiudiziale.²⁸ La

²³ Cfr. C. cost., sentenza del 12 maggio 2016, n. 102, nella parte in cui rileva che: «l'eventuale accoglimento della questione determinerebbe l'incertezza della risposta sanzionatoria (casualmente amministrativa o penale, a seconda del procedimento conclusosi per primo), così da incidere sulla sua effettività, con pregiudizio degli obblighi comunitari da salvaguardare ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.».

²⁴ Dovrebbe essere questa una delle *ratio* fondanti il principio di legalità penale di cui all'art. 25 della Costituzione, soprattutto oggi, alla luce del contenuto, così come interpretato dai giudici di Strasburgo, dell'art. 7 Cedu.

²⁵ L'ordinanza di rimessione, nel denunciare la violazione del divieto di *bis in idem* nel caso di “doppio binario” sanzionatorio amministrativo e penale, «ammetteva che l'accoglimento della questione avrebbe determinato un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non avrebbe potuto indicare un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *ne bis in idem*, come censurata dalla Corte di Strasburgo». CONSO G. - GREVI G. - BARGIS M., *Compendio di procedura Penale*, 2016, 8° ed., 953-954.

²⁶ Il riferimento è sempre alla già richiamata pronuncia della Consulta n. 102 del 12 maggio 2016 che ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate.

²⁷ Ai sensi dell'art. 51 Cdfue, infatti, la Carta è applicabile solo quando gli Stati membri «agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione». In tal senso v. Corte g. Ue, gr. sez., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akenberg Fransson*, par. 21-22.

²⁸ Cass. sez. trib. civ., ordinanza 20 settembre 2016, n. 20675, con la quale la Corte si è occupata di un caso speculare a quello oggetto della sentenza *Grande Stevens*, vale a dire dell'ipotesi in cui la condanna in sede penale con sentenza di patteggiamento aveva preceduto la conclusione del procedimento amministrativo; V. anche Cass. civ., sez. II, ordinanza 15 novembre 2016, n. 23232, relativa ad una vicenda in cui ad invocare la protezione del *ne bis in idem* era un soggetto già assolto in via definitiva in sede penale, da una imputazione di abuso di informazioni privilegiate, e successivamente sanzionato in via amministrativa dalla Consob. In relazione a tali vicende, i giudici hanno chiesto, in sostanza, di determinare se l'art 50 Cdfue osti alla celebrazione di un nuovo processo solo formalmente amministrativo per una stessa violazione che sia stata già oggetto di valutazione in sede penale con provvedimento irrevocabile. Cfr. FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016, 6 e ss.

scelta del rinvio pregiudiziale evidenzia una certa riluttanza del giudice italiano ad applicare direttamente l'art. 50 Cdfue,²⁹ in ragione del fatto che si tratta di una soluzione che presenta anch'essa diversi profili critici. In particolare, anche applicando una siffatta disposizione, il giudice di merito non avrebbe alcun indice normativo per individuare il procedimento prevalente tra quello penale e quello amministrativo: la gerarchia dipenderebbe, in modo totalmente imprevedibile, da quello che dei due procedimenti sia terminato per primo ed a prescindere dall'esito, il più delle volte influenzato dalle diverse regole probatorie utilizzate nelle relative procedure.

Rimane peraltro da vedere se l'improcedibilità del secondo procedimento – attraverso la diretta applicazione del combinato disposto degli artt. 50 Cdfue e 4 Prot. n. 7 Cedu – sia ora in ogni caso da escludere a seguito dell'irruzione del criterio della «connessione sostanziale e temporale dei procedimenti sufficientemente stretta», introdotto dalla già richiamata pronuncia *A. e B. C. Norvegia*.³⁰

2.4. *La tesi dell'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu.*

Secondo un'autorevole voce in dottrina,³¹ infine, un'ulteriore strada percorribile dal giudice comune, senza l'intervento della Corte Costituzionale, può essere rintracciata nell'applicazione diretta dello stesso art. 4 Prot. 7 della Cedu, e ciò in virtù delle seguenti considerazioni.

Com'è noto, con le sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007, è stata sostanzialmente indicata al giudice comune l'impossibilità di disapplicare le norme di legge nazionali confliggenti con la Cedu e con i suoi protocolli, analogamente a quanto avviene nelle ipotesi di contrasto del diritto interno con la normativa europea munita del c.d. "effetto diretto". Ciò che questa posizione dottrinale sostiene, tuttavia, è la sostanziale insussistenza – nelle ipotesi richiamate in cui sia intervenuto un provvedimento irrevocabile formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale, seguito da un secondo procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti storici, e viceversa – di un effettivo contrasto tra normativa nazionale e Convenzione, andando ad occupare l'art. 4 Prot. 7 Cedu uno spazio giuridicamente vuoto dell'ordinamento, considerato che nessuna norma nazionale, convenzionale o europea disciplina l'ipotesi in questione, analogamente a quanto avviene con l'art. 649 c.p.p. in relazione all'avvio di più procedimenti penali.

²⁹ Decidendo in una materia afferente al diritto dell'Unione il giudice penale dovrebbe dichiarare di non doversi procedere sulla base esclusiva del diritto di matrice euro-unitaria.

³⁰ A tal proposito, peraltro, può essere utile evidenziare come l'Avvocato generale non ritenga, contrariamente da quanto sostenuto dai vari governi intervenuti, che la Corte di giustizia debba senz'altro allinearsi alla soluzione indicata dalla Grande Camera della Corte Edu in *A e B*: quest'ultima soluzione rappresenta, in effetti, soltanto il livello minimo di tutela che il diritto euro-unitario è chiamato a garantire, restando impregiudicata la possibilità di offrire un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'Unione, ove ne sussista l'opportunità. Tale opportunità sussiste senz'altro, secondo l'Avvocato generale, anche perché il nuovo criterio introdotto in *A e B* dalla Corte di Strasburgo aggiunge «notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti», mentre «i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti», e devono comunque poter essere applicati in modo prevedibile e certo. Dalle conclusioni espresse dall'Avvocato generale sembra potersi dedurre la necessità dell'elaborazione, a livello euro-unitario, di una nozione autonoma di *ne bis in idem*, che tenga conto, in particolare, delle condizioni e delle modalità con le quali tale diritto fondamentale può essere compreso ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 52 par. 1 Cdfue, che ammette che i diritti della Carta possano essere limitati laddove la limitazione sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale dei diritti in questione, e risulti altresì – nel quadro del principio di proporzionalità – necessaria rispetto a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. In questo VIGANÒ F., *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 settembre 2017, www.penalecontemporaneo.it.

³¹ VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 196-197.

Data la perdurante “lacuna normativa” in materia, nulla impedirebbe, pertanto, un'applicazione diretta dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu nei casi in questione, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo; disposizione che, a seguito della ratifica da parte dell'Italia dello stesso protocollo con la l. 9 aprile 1990, n. 98, vincola ciascun giudice alla sua necessaria applicazione al pari di qualsiasi altra norma di legge dell'ordinamento nazionale.

2.5. *La via dell'applicazione del principio del ne bis in idem sostanziale.*

Per completare il quadro delle alternative a disposizione dell'interprete per la risoluzione della questione che qui ci occupa, si ritiene opportuno prospettare una diversa (e, tra l'altro, condivisa) tesi, di fatto ancora non recepita dalla giurisprudenza, la quale potrebbe, tuttavia, evitare il sorgere di ulteriori contrasti tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, muovendosi comunque nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Si tratterebbe, in altre parole, di «riportare la tematica nell'alveo dei principi del diritto penale»,³² scomodando, in questi casi, l'applicazione del tradizionale principio del *ne bis in idem sostanziale* che la dottrina penalistica ha già da tempo elaborato proprio per adempiere ad esigenze di giustizia sostanziale e proporzionalità della pena. Nell'attuale sistema normativo vigente, infatti, non sembrano mancare norme e principi di riferimento che consentono di individuare, sul piano del disvalore del fatto, la norma prevalente tra quella penale ed amministrativa nelle ipotesi in questione, quando le medesime si configurino potenzialmente applicabili ad uno stesso fatto concreto. «Ciò consentirebbe di evitare, fin dal momento della mera qualificazione giuridica del medesimo fatto, la duplicazione punitiva (amministrativa e penale)».³³

Si sottolinea sin d'ora che, anche a parere di chi scrive, per prevenire la violazione del diritto fondamentale al *ne bis in idem* tutelato dalla Convenzione, si potrebbe per esempio ipotizzare – nelle ipotesi di asserita commissione di un determinato illecito amministrativo (nella specie, finanziario o tributario) – un sistema che consenta la rinuncia, da parte dell'Ufficio finanziario e della Consob, alla propria potestà punitiva attraverso la trasmissione alla Procura della Repubblica di tutta la documentazione probatoria rinvenuta nel corso dello svolgimento della propria attività *lato sensu* “investigativa” (salvo poi un giudizio di utilizzabilità delle “prove” reperite da parte della stessa Autorità giudiziaria). Tale soluzione, tuttavia, non può che richiedere un intervento di riforma da parte del legislatore: in tal modo verrebbe consentito soltanto all'organo giudiziario, applicando i consueti criteri in materia di concorso di norme, di valutare preliminarmente la legittimità di una duplice contestazione tutte le volte in cui il medesimo fatto possa assurgere ad integrare anche una fattispecie di reato, e rimesso esclusivamente al giudice penale il potere di irrogare eventuali sanzioni, sia di carattere amministrativo che penale, nel rispetto del richiamato principio del *ne bis in idem*.

3. *Lo stato dell'arte in tema di bis in idem e concorso apparente di norme amministrative e penali.*

³² MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit. In tal senso, anche FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. delle Società*, 2015, 893, laddove esprimono: «l'esigenza di privilegiare quei criteri di identificazione delle situazioni di specialità - e, *amplius*, di concorso apparente di norme - che, rimanendo perfettamente coerenti con le coordinate generali dell'ordinamento, evitino la creazione di aree di potenziale contrasto tra la normativa interna e il *ne bis in idem* penale-amministrativo di matrice convenzionale, invece di agevolarla».

³³ Favorevole a questa impostazione è anche DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016, 15.

Il sistema repressivo vigente del c.d. “doppio binario”, secondo cui, come si è visto, un medesimo fatto può costituire ad un tempo illecito penale ed illecito amministrativo e così sottostare a sanzioni penali e sanzioni amministrative, merita più puntuali approfondimenti e riflessioni da un punto di vista prettamente dogmatico, per valutare se la situazione in cui uno stesso comportamento venga perseguito con sanzioni dell'una e dell'altra categoria, aventi la medesima finalità punitiva, sia contraria ai principi che regolano attualmente la materia penale.

Come risulta dall'analisi sino ad ora condotta, la giurisprudenza europea sull'art. 4 del Protocollo 7 Cedu ha sancito nella sostanza – e salvo quanto si è detto a proposito del requisito della «*sufficiently close connection in substance and in time*» tra le due diverse procedure – la tendenziale messa al bando del suddetto meccanismo del “doppio binario”. E ciò tutte le volte in cui la formale sanzione amministrativa possieda i requisiti che connotano la *matière pénale*, nella visione europea in precedenza illustrata.³⁴

In virtù di tali considerazioni, il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo dovrebbe essere forse più correttamente impostato e risolto distinguendo due specifiche ipotesi. La prima ipotesi verrebbe ad integrarsi tutte le volte in cui, stante la diversa finalità delle sanzioni penale ed amministrativa – l'una punitiva, l'altra risarcitoria o reintegratrice – entrambe le relative norme dovrebbero trovare applicazione perché nessuna delle due esaurisce l'intero disvalore del fatto e le diverse finalità da esse perseguite. La seconda ipotesi, invece, ricorrerebbe in tutti i casi in cui, in ragione della primaria finalità punitiva di entrambe le categorie di sanzioni, il cumulo delle medesime condurrebbe alla violazione del più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, in base al quale nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto.³⁵ Solo avendo riguardo a tale ultima situazione, sorgerebbe il problema relativo all'individuazione della norma “prevalente” – cioè della disposizione in concreto applicabile tra le due astrattamente utilizzabili in relazione al medesimo fatto – il quale dovrebbe essere risolto facendo ricorso ai tradizionali canoni interpretativi in materia di concorso di norme, cominciando innanzi tutto dal principio di specialità.³⁶

A tal proposito, come già accennato in precedenza, si ritiene condivisibile la posizione di chi tende a mettere in risalto che la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale potrebbe realizzarsi, in prima battuta, proprio attraverso una vigorosa valorizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.³⁷ Infatti, allorquando le norme di diritto sostanziale ammettono la configurabilità di un concorso di illeciti “sostanzialmente” penali in relazione allo stesso fatto, si determinano in modo automatico i presupposti per l'instaurazione di due distinti procedimenti e, di conseguenza, le condizioni per una violazione “sistemica” del *ne bis in idem* convenzionalmente inteso. Per contro, quando secondo la normativa sostanziale risulta configurabile un unico illecito – poiché essa considera come ipotesi di concorso apparente di norme la potenziale sovrapposizione di diverse disposizioni punitive sul medesimo fatto – tale eventualità diviene “patologica”, vale a dire relegata all'ipotesi di errata applicazione del diritto nazionale nella

³⁴ Anche se – come già evidenziato – la violazione della norma convenzionale viene integrata non attraverso la mera pendenza contemporanea dei due procedimenti, ma in virtù del fatto che uno di essi inizi o prosegua dopo che l'altro si è chiuso con una decisione definitiva.

³⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 8° ed., Padova 2013, 988.

³⁶ Si tratterebbe, in altre parole, di stabilire se la norma amministrativa sottragga il fatto alla disciplina della norma penale o viceversa, se il legislatore abbia voluto considerare il fatto come illecito amministrativo o illecito penale, o ancora ritenere entrambi gli illeciti sussistenti perché afferenti a profili diversi della medesima condotta illecita.

³⁷ Anche se le due declinazioni del *ne bis in idem* – quella sostanziale e quella processuale – sono sorrette da *rationes* diverse ed operano su piani distinti, è innegabile che detti principi presentino una connessione funzionale. FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*”, cit.; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

singola vicenda concreta. E' significativo, del resto, che la condanna dell'Italia nel caso *Grande Stevens* discenda proprio da un'esplicita deroga al principio del *ne bis in idem* sostanziale prevista dal legislatore in materia di *market abuse*, attuata attraverso l'esclusione dell'operatività, in relazione a specifiche fattispecie, del criterio della specialità.³⁸

Senza addentrarci nell'analisi dei criteri che regolano la materia del concorso apparente di norme penali e norme punitive amministrative, occorre in ogni caso rilevare che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, il solo canone ermeneutico adoperabile per decidere in merito alla riconducibilità di uno stesso fatto ad una o più norme incriminatrici è quello della specialità,³⁹ in particolare della specialità in astratto.⁴⁰ Tale posizione della giurisprudenza si pone in forte contrasto con quella assunta dalla dottrina maggioritaria che, per soddisfare determinate esigenze di giustizia sostanziale, ha tendenzialmente ampliato – avendo riguardo alla materia *stricto sensu* penale – il ventaglio dei criteri potenzialmente utilizzabili per risolvere i sempre più frequenti dubbi sul tema del concorso di norme. Ciò che ha spinto alcuni autorevoli autori all'elaborazione di ulteriori criteri di carattere c.d. “valoriale” – tra i quali si segnalano, in particolare, quello dell'assorbimento⁴¹ (o del *ne bis in idem* sostanziale) e quello di sussidiarietà⁴² – risiede nella convinzione, assai diffusa in dottrina, che il criterio della specialità in astratto non sia da solo sufficiente ad evitare che un soggetto venga ingiustamente sottoposto ad una doppia punizione in relazione al medesimo fatto.

Premettendo che le tematiche di cui si sta trattando costituiscono a tutt'oggi alcuni tra

³⁸ In questo senso Trib. Brindisi, sentenza n. 2378 del 7 novembre 2016.

³⁹ MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, nota a Cass. Pen., sez. un., sentenza del 28 aprile 2017, n. 20664, in www.giurisprudenzapenale.com, 2.

⁴⁰ Secondo l'interpretazione consolidata della giurisprudenza, l'applicazione del principio di specialità dipende esclusivamente dal confronto logico-formale tra fattispecie astratte, senza che vi sia spazio per qualsiasi valutazione del fatto nella sua concreta materialità. Sussiste, dunque, un rapporto di specialità, ogniqualvolta una delle due fattispecie, oltre a contenere tutti gli elementi costitutivi dell'altra, presenti uno o più elementi specializzanti (per specificazione o per aggiunta).

⁴¹ A mente di tale principio, quando un soggetto commette più fatti di reato, tutti autonomamente punibili in base a diverse norme incriminatrici che risultano, secondo l'*id quod plerumque accidit*, come dei normali *ante facta* o *post facta* rispetto ad uno dei fatti commessi, si verserebbe in un'ipotesi di concorso apparente di norme: in altre parole, poiché la realizzazione di un determinato reato costituisce un passaggio ineludibile per la commissione di un secondo, il disvalore del primo può ritenersi assorbito in quello di quest'ultimo e, di conseguenza, una soltanto sarà la norma applicabile a quei fatti, ovvero quella che prevede la sanzione più grave. Secondo tale criterio, dunque – che riprende il più generale principio del c.d. *ne bis in idem* sostanziale – il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto del fatto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accompagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici. Ne consegue che la sanzione prevista per il reato più grave ingloba in sé anche il disvalore penale degli altri reati tale per cui punire un soggetto tanto per la violazione più grave, quanto per gli altri fatti di reato, comporterebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle sanzioni, contro lo stesso volere del legislatore. Con notevole frequenza, peraltro, il legislatore, avendo riguardo sia a norme penali che a norme amministrative, fa ricorso a clausole di riserva che, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale, sanciscono in modo espresso la “recessività” della previsione “soccumbente” rispetto a quella “assorbente”.

⁴² Secondo tale principio, vi sarebbe concorso apparente di norme quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano gradi di offesa crescenti al medesimo bene giuridico. La sanzione prevista dal legislatore per il fatto di reato che realizza la massima lesione al bene tutelato, per l'impostazione in esame, conterrebbe in sé il disvalore espresso dagli altri fatti di reato. Da qui la necessità di punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto. La sussidiarietà è espressa tutte le volte in cui il legislatore la prevede mediante specifiche clausole del tipo “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”. E' invece tacita in tutte quelle circostanze in cui il rapporto di residualità dell'una disciplina rispetto all'altra risulti implicitamente dal confronto fra le due fattispecie, per cui ciascuna rappresenta un diverso livello di aggressione del medesimo bene giuridico, per cui l'applicazione di quella più grave ricomprende l'altra meno grave. Occorre in tal caso sottolineare come l'applicazione del criterio prescinde del tutto dalla sussistenza di un rapporto strutturale tra norme, guardando unicamente al profilo del bene giuridico tutelato e alla progressività dell'offesa.

gli argomenti più controversi del diritto penale,⁴³ atteso che perdurano le divergenze di vedute sull'argomento sia in dottrina che in giurisprudenza, e che il concorso apparente di norme pare presentare connotati analoghi nel sistema penale ed in quello penal-amministrativo, non vi sarebbero ragioni per non utilizzare, anche in quest'ambito, in relazione al presupposto della convergenza di disposizioni, i considerevoli contributi offerti dalla dottrina penalistica in materia. E ciò vale, *a fortiori*, se si considera che, nella lettura dei giudici di Strasburgo, la nozione di “*matière pénale*” ingloba oggi anche disposizioni etichettate come non penali dal diritto nazionale.

4. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”?

In considerazione delle argomentazioni di cui a breve si dirà, un contributo di assoluta novità rispetto alla declinazione interna del principio di specialità potrebbe giungere dalla più recente giurisprudenza delle Corti europee che, come già osservato, di recente è apparsa assai attenta al tema del *ne bis in idem* e del cumulo di sanzioni penali ed amministrative.

A tal proposito, non si può non considerare come punto di partenza nel giudizio relativo alla sussistenza di un *bis in idem* deve necessariamente essere la valutazione sulla “medesimezza” di un fatto: è questo uno dei punti più interessanti sviluppato nel ragionamento dei giudici della Corte di Strasburgo. Sul punto, la Corte Edu, nelle diverse pronunce, ha avuto modo di affermare che, per giungere alla conclusione in merito alla violazione del divieto di *bis in idem*, occorre verificare che i fatti materiali, per i quali i ricorrenti sono stati giudicati due volte, siano identici.⁴⁴ Tale conclusione è espressione dei principi da tempo elaborati in materia dalla Corte Edu e ancor prima dalla Corte di giustizia⁴⁵ che, più di recente, sembrano essere stati accolti anche dalla nostra Corte Costituzionale nella pronuncia n. 200/2016.⁴⁶

Il principio di diritto che si può pertanto ricavare dalle decisioni delle Corti europee è quello secondo cui deve considerarsi *idem factum* “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.⁴⁷ Le ultime novità sul tema introdotte dalla Corte Edu (Grande Camera) *A & B c. Norvegia*, con la sentenza del 15 novembre 2016, non hanno inteso rivedere le conclusioni cui si era giunti nella decisione *Zolotoukhin* e la nozione di *idem* da essa stabilita: la disposizione convenzionale continua, dunque, ancora oggi, a dipendere dalla commissione di un unico fatto materiale, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica.

In virtù dell'attenzione da parte della giurisprudenza convenzionale – nelle valutazioni relative all'*idem factum* – per la dimensione concreta e fattuale dell'illecito, la tendenza che emerge sembra essere quella secondo la quale le valutazioni di carattere normativo non possono incidere sulle garanzie degli individui. Quello che sembra manifestarsi nella giurisprudenza delle Corti europee è, quindi, l'irrilevanza del criterio dell'*idem legale*, ossia delle diverse qualificazioni

⁴³ Come sottolineano FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, 716 ss.

⁴⁴ Cfr. Corte Edu *Zolotoukhin c. Russia*, Grande Camera del 10 febbraio 2009 che si riferisce a “fatti identici o sostanzialmente uguali”; *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014, che parla di identità del “comportamento”; ancora *Nikanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014 e *Lucky Dev c. Svezia* del 27 novembre 2014, nelle quali l'*idem factum* si definisce come “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”.

⁴⁵ A partire dal caso *Van Esbroeck*, ad avviso della Corte di Lussemburgo, il criterio utilizzabile per valutare l'identità dei fatti non può che essere quello della corrispondenza dei fatti materiali, «intesi come un insieme di circostanze concrete indissolubilmente connesse tra loro nel tempo, nello spazio, piuttosto che per il loro oggetto». V. C. giust. Ue, sentenza del 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, causa C-436/04, in www.curia.eu.int, che ha dato il via ad una serie di pronunce che hanno ribadito tale principio.

⁴⁶ C. Cost., sentenza 21 luglio 2016, n. 200, con nota di ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la consulta dichiara (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 24 luglio 2016.

⁴⁷ Principio enunciato, oltre che nella sentenza *Zolotoukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009, anche nella sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014 e nella pronuncia *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014.

giuridiche attribuite dall'ordinamento ad un medesimo fatto.⁴⁸ Viene così apertamente respinto in sede sovranazionale un approccio interpretativo che guardi esclusivamente ai rapporti astratti e strutturali tra norme: ciò che davvero diviene necessario verificare, in una prospettiva di tutela sostanziale che voglia evitare un *bis in idem*, è la concreta riconducibilità degli illeciti oggetto di accertamento, sia in sede amministrativa che penale, al medesimo fatto storico.

A questo punto, resta però da chiarire se possa dirsi definitivamente abbandonato, anche dai giudizi nazionali, il tradizionale significato di “stesso fatto” elaborato dalla giurisprudenza interna sulla base di considerazioni prettamente focalizzate sulla valutazione degli elementi normativi presenti nella struttura dei diversi illeciti, secondo un'impostazione ancorata ad un giudizio legato all'*idem legale*. Se così fosse, si tratterebbe di una vera e propria rivoluzione copernicana che coinvolge primariamente lo stesso presupposto dell'operare del canone della specialità, e cioè quell'*idem factum* richiamato all'art. 9 l. n. 689/1981, la cui sussistenza deve essere verificata preliminarmente nell'indagine interpretativa svolta dal giudice per risolvere l'alternativa tra concorso apparente di norme e concorso di reati.⁴⁹

Occorre pertanto chiedersi se la menzionata prospettiva europea, che ha già trovato un seguito nella giurisprudenza interna in tema di *ne bis in idem* “processuale”, sia idonea in qualche modo a scalfire anche la classica concezione della giurisprudenza nazionale in relazione al principio di specialità, che opera nella differente ma contigua dimensione “sostanziale” del principio in esame. Sull'onda della giurisprudenza europea, con riguardo a tale profilo, parrebbero delinearsi due diverse posizioni dottrinali. Alcuni autori, ribadendo l'autonomia del *ne bis in idem* processuale dal *ne bis in idem* sostanziale, conformemente alle diverse finalità cui i due principi mirano, sono giunti a sostenere la validità e la conseguente operatività del criterio dell'*idem factum* solo in relazione alla versione “processuale” del divieto. Più in particolare, alla luce della richiamata giurisprudenza di Strasburgo, il principio del *ne bis in idem* determinerebbe l'impossibilità di incardinare un secondo procedimento non solo quando un medesimo fatto afferisca ad un'unica fattispecie incriminatrice che si vorrebbe fare oggetto di un nuovo accertamento – ma anche nei casi di concorso formale, in cui la legge sostanziale ammette, invece, per uno stesso fatto, il cumulo sanzionatorio. Secondo questa tesi, in altri termini, dalla giurisprudenza convenzionale sembrerebbe derivare l'assunto secondo cui, a fronte dei molteplici risvolti penali o amministrativo-punitivi (tutti consentiti) di un unico fatto concreto, e della possibilità di un loro contestuale accertamento, il rispetto dell'art. 4 Prot. 7 Cedu implicherebbe soltanto la necessità di una trattazione cumulativa dei medesimi, a prescindere dal fatto che essi possano avere o meno una loro autonomia da un punto di vista della qualificazione normativa. Nessun effetto, invece, ne discenderebbe sul piano del diritto sostanziale.⁵⁰

Altri interpreti, invece, alla luce di tale rinnovata attenzione alla manifestazione concreta del fatto, hanno cominciato a mettere in dubbio la perdurante validità del criterio della specialità in astratto utilizzato dalla nostra giurisprudenza interna.⁵¹ Siffatto criterio, che, come

⁴⁸ Sulla base di tali considerazioni, se un ordinamento nazionale considera uno stesso fatto sotto un duplice profilo, ed è già intervenuta una condanna, non si potrà assoggettare il soggetto che l'ha commesso ad un nuovo procedimento per le medesime condotte riviste sotto altro aspetto giuridico.

⁴⁹ Si badi che – nonostante le differenze letterali rinvenibili tra la formulazione dell'art. 15 c.p. e l'art. 9 l. 689/1981 rilevate da una parte della dottrina – anche in materia di “specialità amministrativa”, l'orientamento maggioritario della Corte di Cassazione accoglie una soluzione di tipo “strutturale”, nel senso che la sussistenza di uno “stesso fatto” può essere affermata solo partendo da un raffronto in astratto delle fattispecie tipiche previste dalle norme che vengono in considerazione, attraverso un'analisi in cui vengono completamente estromessi tutti gli elementi sostanziali e valoriali del caso concreto. Cfr. Cass. pen., sez. un., sentenza 21 gennaio 2011, n. 1963; in tal senso anche Cass. pen., sez. un., sentenze “gemelle” del 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425.

⁵⁰ MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, cit., 10.

⁵¹ In questo senso Corte di cassazione, Ufficio del Ruolo e del Massimario, Settore penale, *Considerazioni sul*

visto, non si interessa della dimensione fattuale dell'illecito, consente, infatti, che uno stesso accadimento storico sia punito in base a due diverse fattispecie, nella misura in cui le relative disposizioni che le prevedono non si pongano in rapporto di specialità.

Una soluzione a questi dubbi interpretativi potrebbe forse farsi discendere da una lettura più attenta delle opinioni dei giudici dissenzienti nel caso *Grande Stevens*: in tali *dissenting opinion* si fa espresso riferimento al principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/198 come "garanzia preventiva" rispetto ad una duplicazione sanzionatoria, e si sostiene implicitamente che di quel principio avrebbe dovuto farsi applicazione nel caso di specie.⁵² La conseguenza di tale conclusione – che non viene esplicitata nel testo della sentenza, ma che i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque rendono nota nelle predette opinioni dissenzienti – sembra evidente: nella visione europea non è possibile propendere per una dimensione formale ed astratta della specialità. Il fulcro dell'attività di raffronto tra norme, operata dal giudice al fine di individuare la disposizione applicabile nel singolo caso, deve in ogni caso individuarsi nel fatto concreto, che si erge a criterio guida nell'analisi interpretativa delle norme astratte *lato sensu* punitive.

Le indicazioni provenienti da Strasburgo, dunque, non possono che essere destinate ad influenzare anche il procedimento logico interpretativo formulato dalla giurisprudenza in punto di applicazione del canone della specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981 (e art. 15 c.p.). In particolare, ad essere interessato sarebbe il primo passaggio di tale metodologia ermeneutica, cioè la verifica della sussistenza di uno "stesso fatto", *step* preliminare e necessario per l'individuazione di un concorso apparente di norme, e dunque per l'operare del principio di specialità.⁵³ Dopo la decisa presa di posizione della Corte europea a favore dell'*idem factum* non sarebbero più possibili irragionevoli valutazioni normative volte a "spezzettare" la condotta tipica, dalle quali far discendere, sul piano giuridico, differenze che non trovano riscontro nella realtà fattuale. Seguendo questa impostazione, in presenza di uno stesso fatto materiale, una sola sarebbe la norma utilizzabile, ed una sola la corrispondente sanzione.⁵⁴

In considerazione di quanto detto, il principio di specialità, nella sua dimensione applicativa, rappresenta un istituto centrale su cui valutare la tenuta dei rapporti tra il sistema normativo interno e quello convenzionale. È necessario che «quella tensione al fatto, che già caratterizza la dimensione del *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p., coinvolga anche l'omologa prospettiva sostanziale, entro la quale – come visto – la specialità si pone quale presidio preventivo rispetto ai rischi di duplicazione sanzionatoria».⁵⁵ Interpretato diversamente il

principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea, Rel. n. 35/2014, in www.cortedicassazione.it, 29 maggio 2014, 14; v. anche DE AMICIS G., op. cit., 19; D'AVIRRO A. - GIGLIOLI M. - D'AVIRRO M., *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Milano, 2017, 664; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra il ne bis europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, n. 6, 1537 e ss; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., 15.

⁵² A parere dei due giudici certamente si sarebbe dovuti giungere, nella vicenda oggetto di esame, all'applicabilità del già citato criterio della *lex specialis*, considerato che gli elementi aggiuntivi previsti nella fattispecie penale, e non anche in quella amministrativa (alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari e presenza del dolo), «non sono altro che elementi specializzanti rispetto alla fattispecie generale di manipolazione del mercato prevista all'art. 187-ter Tuf», fatta oggetto di accertamento nelle due distinte sedi penale e amministrativa. PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, 68, nota 22, richiama VIGANÒ F., op. cit., 10, il quale attribuisce «ragione da vendere» ai giudici dissenzienti, concordando con una ricostruzione del rapporto fra illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e illecito penale *ex art.* 185 rappresentabile, in termini grafici, in una relazione di insieme (art. 187-ter) - sottoinsieme (art. 185).

⁵³ PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, cit. 69.

⁵⁴ In questi termini FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, 6a ed., Bologna, 2009, 685. Riconosce nel «medesimo fatto concreto sul quale convergono le norme (...) null'altro che il presupposto stesso per l'operatività del concorso apparente»; anche PELISSERO M., *Concorso apparente di norme*, in GROSSO C. F. - PELISSERO M. - PETRINI D. - PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2013, 562.

⁵⁵ PENCO E., *Il principio di specialità amministrativa*, cit., 68.

principio di specialità si presta a divenire un facile espediente per eludere l'applicazione della garanzia convenzionale oggetto di trattazione.

5. *Il ne bis in idem convenzionale all'esame della Consulta: la pronuncia n. 200/2016.*

Un rinvirgito interesse verso il principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, a livello nazionale, è stato anche manifestato dalla Consulta nella pronuncia n. 200/2016.⁵⁶ Con tale sentenza, la Corte, nel pronunciarsi favorevolmente alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ha anche chiarito alcuni dubbi interpretativi sul tema della valutazione dell'identità del fatto. Nell'ordinanza di rimessione,⁵⁷ il Gup di Torino aveva interpellato i giudici delle leggi, in riferimento alla nota vicenda *Eternit-bis*, chiedendo di vagliare la costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., avendo riguardo, in particolare, all'art. 117 Cost. ed all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu, nella parte in cui la predetta norma processuale – così come interpretata dal diritto vivente delle corti interne, che pongono a fondamento delle proprie valutazioni l'*idem legale* e non l'*idem factum* – «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico».

In relazione a tale profilo la Corte ha dichiarato la questione infondata, facendo leva sulle seguenti argomentazioni. In primo luogo, dopo aver preso atto che i giudici europei, in relazione alla suddetta questione, escludono ogni rilevanza dell'*idem legale*, la Consulta ritiene comunque errata la premessa del ricorrente secondo la quale il concetto di *idem factum* convenzionale sarebbe limitato alla sola “condotta” realizzata dall'agente. Invero, dopo aver richiamato i propri precedenti relativi al dovere dei giudici italiani di trarre dalla giurisprudenza “consolidata” di Strasburgo il contenuto delle disposizioni della Cedu e dei suoi Protocolli che fungono da parametro interposto nel giudizio di legittimità rispetto alle norme costituzionali per effetto del disposto dell'art. 117 Cost.,⁵⁸ la Corte ha affermato che una valutazione del “medesimo fatto” che tenesse in considerazione la sola condotta dell'agente non sarebbe in linea con il contesto normativo che discende dall'interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 della Cedu fornita dalla stessa Corte Edu.⁵⁹ Affermano invece i giudici delle leggi che «né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio

⁵⁶ Importanti commenti alla sentenza sono stati svolti da PULITANÒ D., *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, 70, e da FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, 78. «Quest'ultimo propone anche una lettura critica della giurisprudenza della Corte costituzionale sul valore da conferire alle sentenze delle Corti europee, a partire dalle sentenze gemelle (nn. 348 e 349 del 2007), ritenute “responsabili” di aver creato un canone, ritenuto non condivisibile, di vincolatività della giurisprudenza europea. L'Autore ripercorre l'evoluzione delle sentenze costituzionali sino ad arrivare alla pronuncia n. 49 del 2015, la quale viene portata ad esempio di una logica distante da quella espressa nelle “sentenze gemelle”, là dove essa evidenzia, sì, la funzione interpretativa eminente della Corte Edu, ma rileva che sarebbe errato “ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali e, in primo luogo i giudici comuni, passivi di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato”, sottolineando che il giudice nazionale deve rimanere sottoposto solo alla legge ed a nessun'altra autorità. Tuttavia, secondo l'Autore, anche la sentenza n. 49 del 2015 non si sottrae alla critica di aderire ad una visione vincolante della giurisprudenza Cedu, quando individua il noto criterio del “diritto consolidato”, piuttosto che spostare completamente la visione ed indicare un valore più limitante agli indirizzi della Corte di Strasburgo, dei quali si dovrebbe “tener conto” senza che essi abbiano un tale significato di vincolo interpretativo». Cfr. Relazione n. 26/2017, Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, 21 marzo 2017.

⁵⁷ Tribunale di Torino, ordinanza del 24 luglio 2015.

⁵⁸ Cfr. le sentenze c.d. “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, nonché la più recente pronuncia n. 49/2015.

⁵⁹ La Corte Costituzionale fa notare che non possono essere considerate in senso contrario alla tesi “estensiva” dell'*idem factum* le decisioni aventi ad oggetto reati di sola condotta, nei quali l'indagine verte necessariamente su quest'ultima, come accaduto, per esempio, in *Grande Stevens c Italia*. Il riferimento è in particolare, al par. 233 di tale ultima decisione, ove si afferma: «La questione da definire non è se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti

2009, *Zolotoukhin contro Russia*, né le successive pronunce della Corte Edu recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem*, con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato...in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima». ⁶⁰ Ne consegue che «vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore alla sola dimensione materiale». Dunque, la Corte Costituzionale, nel ricostruire la nozione di *idem factum* convenzionale, arriva ad includere nella stessa, oltre alla condotta, anche l'evento e il nesso causale, arrivando così a dettagliare la nozione tradizionalmente accolta dalla Corte Edu quale «insieme di circostanze fattuali inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio».

La Corte Costituzionale, poi, passando ad occuparsi della questione centrale relativa all'individuazione del diritto vivente formatosi sulla norma sospettata di illegittimità costituzionale, svolge in via preliminare un attento esame della giurisprudenza interna in materia, evidenziando il contrapporsi di due orientamenti, uno maggioritario, l'altro minoritario. ⁶¹

La Consulta osserva che, a ben vedere, il "diritto vivente" non può che identificarsi con l'indirizzo maggioritario avallato dalle Sezioni unite n. 34655 del 28 giugno 2005, *Donati*, secondo il quale «ai fini della preclusione connessa al principio "*ne bis in idem*", l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona». Secondo la giurisprudenza costante, quindi, la nozione di *idem factum* risulta già strettamente connessa alla dimensione fattuale, e l'orientamento che fa leva sull'*idem legale* richiamato dal Gup di Torino è da ritenersi del tutto minoritario. Alla luce delle considerazioni appena illustrate, la Corte conclude per l'inammissibilità della questione prospettata.

L'ulteriore profilo di illegittimità messo in evidenza dal giudice rimettente avendo riguardo all'art. 649 c.p.p. ed al principio del *ne bis in idem* convenzionale concerneva «la regola che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto». In proposito, la Consulta, dopo aver constatato che, in effetti, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente ⁶² fa discendere dalla disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. l'inapplicabilità del divieto di nuovo giudizio ogniqualvolta sia ravvisabile un concorso formale di

dall'art. 185 e 187-ter comma 1 Tuf siano identici o meno, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stesa condotta».

⁶⁰ Cfr. Corte Edu, sentenze *Muslja c. Bosnia Erzegovina* del 14 aprile 2014, par. 34; *Khmel c. Russia* del 14 aprile 2014, par. 65; *Butnaru c. Bejan-Piser c. Romania* del 23 settembre 2015, par. 37.

⁶¹ Il primo, maggioritario, è quello per cui il medesimo fatto di cui all'art. 649 c.p.p. deve essere interpretato come corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo di luogo e di persona. Per il secondo orientamento, minoritario, non deve essere tenuta in conto solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica, dovendosi considerare le "implicazioni penalistiche" dell'accadimento. V. Relazione n. 26/2017, Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, 21 marzo 2017, in www.cortedicassazione.it.

⁶² Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, Cass. Pen., sez. II, 28 novembre 2016, n. 52645 in www.cortedicassazione.it. Tale filone giurisprudenziale, secondo la Corte, «reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento della dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento. Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 c.p., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*».

reati,⁶³ rileva le criticità di una siffatta lettura della norma che, allontanandosi dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, nasconde giudizi fondati sull'*idem legale*, in violazione dei dettami espressi dalla Cedu, nonché dagli articoli 24 e 111 Cost., ai quali la garanzia del *ne bis in idem* indirettamente si ricollega.

Sulla base di queste argomentazioni la Corte ha sostenuto che, tanto a livello costituzionale, quanto nel contesto europeo, l'instaurazione di un nuovo procedimento nei confronti di uno stesso soggetto non può che sottendere necessariamente considerazioni relative agli aspetti fattuali dell'illecito e, pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude il divieto di secondo giudizio, ritenendo che il fatto non sia il medesimo per la sola circostanza che, tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile ed il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale, ricorra un concorso formale.⁶⁴

6. Segue: L'impatto dell'evoluzione interpretativa del divieto di bis in idem convenzionale sul concorso apparente di norme.

La sentenza di cui ci si è appena occupati riguarda, seppur in maniera incidentale, il problema relativo all'influenza del sistema Cedu sui criteri in materia di concorso di norme. A tal proposito, tuttavia, occorre svolgere due diverse considerazioni.⁶⁵ La prima concerne l'asserita esistenza di un criterio di "assorbimento" ai sensi del quale l'interprete, nell'occuparsi del concorso di norme, dovrebbe valutare «che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro».⁶⁶ A tale riguardo, risulta una evidente disarmonia tra le motivazioni della sentenza n. 200/2016 e l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione in relazione ai principi che regolano il concorso apparente di norme.

La seconda considerazione muove da quanto precede nonché dalla richiamata giurisprudenza della Corte Edu. In particolare, si tratta di comprendere se, al fine di garantire l'integrale applicazione della regola del *ne bis in idem*, non sarebbe conveniente conferire una legittimazione ufficiale nel nostro ordinamento ai criteri ermeneutici dell'assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto. Il criterio di specialità in astratto utilizzato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, infatti, fondandosi esclusivamente sul confronto delle fattispecie normative che di volta in volta vengono in rilievo nelle singole situazioni concrete, trascura la dimensione storica del fatto e restringe l'operatività del concorso apparente di norme in favore del concorso di reati.

L'orientamento richiamato della giurisprudenza, costituzionale e convenzionale, secondo alcuni, sembrerebbe proprio favorire il ricorso ai suddetti canoni ermeneutici. Secondo

⁶³ In tal senso, in dottrina, vedi LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino 2014, 808, che sostiene la tesi per cui l'esistenza di un concorso formale esclude in ogni caso l'*idem factum*.

⁶⁴ E' opportuno ricordare che C. cost., 15 gennaio 1976, n. 6, in www.giurcost.org, aveva invece dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 90 c.p.p. del codice abrogato, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, nella lettura datane dalla giurisprudenza, «non opera[va] in caso di concorso formale di reati».

⁶⁵ Messe in evidenza da MULÀ G., *Le sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri in materia di concorso di norme*, cit., 8.

⁶⁶ Si riporta il punto della sentenza oggetto di attenzione: «Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico. Siamo, infatti, nell'ambito di un istituto del diritto penale sostanziale che evoca mutevoli scelte di politica incriminatrice, proprie del legislatore, e in quanto tali soggette al controllo di questa Corte solo qualora trasmodino in un assetto sanzionatorio manifestamente irragionevole, arbitrario o sproporzionato» (*ex plurimis*, sentenze n. 56 del 2016 e n. 185 del 2015).

questa tesi, giudizi incentrati sulla manifestazione concreta del fatto risulterebbero maggiormente idonei a scongiurare l'eventualità di una doppia punizione dell'agente in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. I principi di sussidiarietà, di assorbimento, o di specialità in concreto, esaminando prevalentemente la dimensione "storica" del fatto, estendono l'ambito di operatività del concorso apparente: si tratta, peraltro, di criteri che in origine erano sorti proprio per evitare che un fatto, sussumibile nella sua dimensione concreta sotto più fattispecie, potesse essere punito in base ad ognuna di esse, a prescindere dal rapporto strutturale sussistente tra le relative disposizioni punitive che le prevedono.

Su tale questione hanno preso espressamente posizione, più di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione,⁶⁷ che hanno escluso la rilevanza dei criteri di assorbimento e sussidiarietà ai fini della valutazione circa la sussistenza di un concorso apparente di norme, in quanto criteri basati su un'indagine relativa al fatto storico. Gli ermellini, a sostegno della propria posizione, argomentano che, sia la giurisprudenza convenzionale sia quella costituzionale interna condividono l'idea che la regola del *ne bis in idem convenzionale* produca effetti in una dimensione non sostanziale ma meramente processuale. Ne consegue che i principi costituzionali e l'art. 4 Protocollo n. 7 della Cedu non imporrebbero che ad un fatto consegua un'unica sanzione, dovendosi escludere soltanto che un soggetto possa rispondere dello stesso fatto in due diversi procedimenti, perché ciò finirebbe per far percepire come provvisoria la libertà personale dell'individuo e, di fatto, renderebbe tendenzialmente perpetuo lo *ius puniendi* statale. Secondo questa impostazione, non potrebbe invece desumersi, dai principi appena esposti, l'ulteriore assunto secondo cui la commissione di un fatto astrattamente riconducibile a diverse fattispecie implichi la necessità di una sola punizione; da una siffatta lettura, infatti, discenderebbe l'illegittimità costituzionale delle norme sul concorso formale (art. 81, comma 1 c.p.).

Secondo la Suprema Corte, in estrema sintesi, la natura processuale del divieto del *ne bis in idem* non consente che dalle evoluzioni interpretative del medesimo si possano far discendere ulteriori effetti in relazione ad istituti di diritto penale sostanziale, anche in ragione del fatto che tali effetti contrasterebbero con quanto sostenuto da una consolidata giurisprudenza di legittimità che, sul punto, non ha mostrato sino ad ora aperture in tal senso. Ne consegue che è certamente possibile valutare una fattispecie alla luce di tutte le disposizioni penalmente rilevanti messe a disposizione dall'ordinamento, purché il relativo accertamento sia compiuto in un unico procedimento.

Le Sezioni Unite della Cassazione si sforzano altresì di esplicitare le ragioni che inducono ad accogliere il criterio della specialità in astratto, richiamando dei propri autorevoli precedenti secondo cui «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale».⁶⁸ È, dunque, la necessità di salvaguardare le esigenze di determinatezza e tassatività che spingerebbe i supremi giudici a difendere il criterio di specialità a fronte del vento rivoluzionario proveniente da Strasburgo, ed a ritenere che esso sia l'unico canone interpretativo idoneo a risolvere le questioni in tema di concorso di norme.

Ad ogni modo, taluni autori hanno contrariamente sostenuto che l'assunto richiamato dalle Sezioni Unite – secondo cui i criteri di assorbimento, sussidiarietà e consunzione sarebbero incompatibili con il canone della legalità in materia penale – non sia sufficientemente persuasivo.⁶⁹

⁶⁷ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. un., sentenza 20 dicembre 2005, n. 47164, *Marino*, (in tema di concorso tra le condotte di acquisto o ricezione punite dall'art. 648 c.p. e le successive condotte di immissione in commercio punite dall'art. 171-ter legge 22 aprile 1941, n. 633); cfr., nello stesso senso, Cass. pen., sez. un., sentenza 28 ottobre 2010, n. 1963, *Di Lorenzo* (sul concorso tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 cod. strada e il reato di cui all'art. 334 c.p.).

⁶⁹ FINOCCHIARO S., *Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.

Un primo argomento a favore della tesi contraria a quella delle Sezioni Unite sarebbe rappresentato dalla circostanza che, in questo modo, l'applicazione del principio di legalità, anziché porsi a tutela del cittadino, produrrebbe effetti in *malam partem*, nel senso che andrebbe ad allargare il numero degli illeciti dei quali un soggetto può essere chiamato a rispondere. Inoltre, non fondato sarebbe anche l'assunto secondo cui tali criteri risultino sprovvisti di una base normativa, atteso che il numero non poco rilevante delle clausole di riserva espressa, sparse qua e là all'interno dell'ordinamento, consente di risalire a veri e propri "principi interpretativi generali", come peraltro già paventato nella Relazione al Progetto definitivo al codice penale.⁷⁰ Ulteriori appigli normativi possono inoltre ricavarsi da una lettura sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 84, 61, 62 e 68 c.p. L'applicazione dei criteri "valoriali" appena richiamati, infine, meglio si coordinerebbe con il principio fondamentale di proporzione della sanzione, espressamente riconosciuto dall'art. 49.3 della Cdfue e implicitamente desumibile anche dall'art. 3 Cedu,⁷¹ nonché recentemente ricollegato dalla Consulta agli artt. 3 e 27 Cost.⁷² Pertanto, l'applicazione dei criteri di assorbimento e di sussidiarietà, quali canoni ermeneutici per risolvere conflitti tra norme, è stato ritenuto compatibile con il principio di legalità in materia penale.

Neppure convincente è parsa l'ulteriore asserzione della Corte secondo cui le figure dell'assorbimento, della consunzione e dell'ante-fatto o post-fatto non punibile individuerebbero «elementi incerti quale dato di discriminazione, come l'identità del bene giuridico tutelato, dalle norme in comparazione e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, di non univoca individuazione e, per questo, suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti». Infatti, se da una parte il criterio di assorbimento non può prescindere da valutazioni di natura sostanziale-valoriale, dall'altra ciò non vuol dire che tale principio si proponga quale strumento totalmente rimesso alla libera discrezionalità del giudice, che quest'ultimo applica a suo piacimento sulla base delle peculiarità riscontrate nel singolo caso sottoposto alla sua attenzione: esso, al contrario, può essere ricostruito come un criterio generale dell'ordinamento utilizzabile per raffrontare norme giuridiche, e non solo fatti materiali.

A tal fine sono state anche postulate le modalità con le quali un siffatto approccio obiettivo nell'applicazione dei criteri medesimi potrebbe realizzarsi;⁷³ è stato infatti ipotizzato il possibile ricorso ad una tecnica ermeneutica che si rivelerebbe idonea a garantire un'applicazione neutra dei medesimi, scevra da giudizi dell'interprete di stampo soggettivistico, fondata su una valutazione a tre tempi, equivalenti ad altrettanti passaggi logico-giuridici⁷⁴. A tal proposito, si

⁷⁰ Cfr. Lav. Prep. Cod. pen. e Cod. proc. pen. 1929, vol. V, pt. II, 218.

⁷¹ Cfr., ad esempio, C. Edu, Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, par. 102. Il principio di proporzionalità è stato inoltre recentemente valorizzato dalla sentenza della Grande Camera *A e B. c. Novergia*, quale *ratio* sottostante al divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu.

⁷² C. cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, 14 novembre 2016; per un precedente, cfr. anche C. cost., sentenza 22 luglio 1994, n. 341.

⁷³ FINOCCHIARO S., *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016, 10 e ss.

⁷⁴ Secondo FINOCCHIARO S., *ibidem*, «Anzitutto occorrerebbe individuare la violazione più grave, nello stesso modo in cui si opera in sede di applicazione del cumulo giuridico ex art. 81 c.p. In secondo luogo, le norme incriminatrici andrebbero messe a raffronto, attraverso gli ordinari strumenti esegetici (di tipo letterale, storico, sistematico, nonché costituzionalmente e convenzionalmente orientato), così da accertare se la violazione più grave tuteli (in via esclusiva o accanto ad altri) beni giuridici omogenei rispetto a quelli tutelati dal reato meno grave, tale per cui non può che porsi come un approfondimento della medesima offesa già in precedenza arrecata a quei medesimi beni giuridici. In terzo luogo, occorrerebbe stabilire se il disvalore sanzionato dalla prima norma incriminatrice contenga in sé quello relativo alla seconda fattispecie. Ciò implica, ad esempio, di valutare se il legislatore abbia già tenuto in considerazione anche gli ulteriori ordinari sviluppi della condotta incriminata dal reato più grave; un elemento indicativo potendo trarsi dal quadro sanzionatorio comminato *ex lege*. In questo senso, risulta rilevante l'eventuale

tratterebbe di: (i) individuare la violazione più grave tra quelle previste dalle diverse norme; (ii) verificare che la fattispecie meno grave sia posta a tutela di beni giuridici già offesi dal primo illecito; (iii) stabilire se il disvalore di quest'ultimo contenga in sé quello espresso dalla condotta punita da una diversa disposizione.

La Cassazione, viceversa, piuttosto che riconoscere rilevanza autonoma ai principi di assorbimento e sussidiarietà come proposto dalla dottrina citata, espressamente ha colto l'occasione per ribadire ancora una volta l'applicabilità dei medesimi solo in virtù di specifiche clausole di riserva, negando loro la valenza di criteri generali dell'ordinamento.⁷⁵

Alla luce di tutto quanto sinora detto, si ritiene che debbano essere fatte oggetto di più attenta ed approfondita analisi, da parte della giurisprudenza, le argomentazioni di chi ha sostenuto che, considerata anche la presenza nel nostro sistema penale di clausole di riserva "indeterminate",⁷⁶ sarebbe opportuno riconoscere un più generale principio fondato sulla "progressione della tutela" in virtù del quale, laddove una norma (detta "principale") sia posta a tutela, in via rafforzata, dello stesso bene giuridico presidiato da una diversa norma (detta "sussidiaria"), ovvero garantisca una tutela adeguata a più beni giuridici, ivi compreso quello tutelato da una specifica ed ulteriore norma (detta "assorbita"), può considerarsi sussistente un concorso apparente.⁷⁷

Pure in mancanza di un rapporto di specialità – ed a prescindere dalla presenza di clausole di riserva – pertanto, dovrebbe rintracciarsi un concorso apparente di norme tutte le volte in cui una delle sanzioni da irrogare possa considerarsi "superflua" in relazione alla tutela di determinati interessi già adeguatamente salvaguardati dall'applicazione della sola norma punitiva "prevalente".

7. Conclusioni.

In conclusione, preso atto di una sostanziale convergenza di posizioni circa l'insufficienza del criterio di specialità a disciplinare tutti i casi di concorso apparente di norme, sembra auspicabile un *revirement* della giurisprudenza in materia. Per ostacolare il riconoscimento di ulteriori canoni interpretativi diversi dalla specialità sarebbe irragionevole richiamare in *malam partem* la barriera rappresentata dal principio di legalità, dovendosi considerare, peraltro, che a favore dell'assorbimento propende il principio di proporzionalità della sanzione punitiva, previsto a livello costituzionale, euro-unitario e convenzionale. La presenza di molteplici dati normativi e sistematici in tal senso, da tempo evidenziati dalla dottrina, inoltre, non può che rafforzare l'idea secondo cui l'assorbimento rappresenti non già un'ipotesi eccezionale, bensì un principio generale del nostro sistema giuridico. Un principio per la cui applicazione l'interprete può utilizzare tutti gli strumenti logico-giuridici di cui ordinariamente si serve nello svolgimento dell'attività giurisdizionale.

Sia consentita un'ultima considerazione. Le riflessioni sinora svolte non intendono certamente negare la ragionevolezza dell'istituto del concorso formale di reati in tutte quelle ipotesi in cui la condotta illecita presenti profili di disvalore molteplici, ciascuno dei quali venga

connessione delle fattispecie secondo l'*id quod plerumque accidit*. Il che non significa, è opportuno sottolinearlo, che il secondo reato debba porsi quale "unico" possibile sviluppo del primo».

⁷⁵ Che l'applicazione del criterio dell'assorbimento fuori dai casi in cui sia presente un'espressa clausola di riserva violi tali profili del principio di legalità è affermato da Cass. pen., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, *Giordano e a.* (in riferimento al concorso tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato *ex art.* 640 co. 2 c.p. e i reati fiscali di cui agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

⁷⁶ Intendendosi per tali quelle clausole che dispongono una subordinazione nei confronti non di specifiche figure di reato, ma di qualunque altra norma incriminatrice, oppure di intere classi di reati.

⁷⁷ In tal senso cfr. BERNARDI S., *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. cont. online*, www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2017.

sanzionato da una specifica norma *lato sensu* punitiva, come avvenuto, ad esempio, nel noto caso “*Eternit*”⁷⁸. In tali ipotesi, peraltro, ciascuna delle norme invocate puniva un singolo aspetto del fatto storico alla base della contestazione (omissione di tutele antinfortunistiche, evento disastroso di proporzioni immani, ecc.). Diversamente, le argomentazioni della prevalente giurisprudenza interna scontano un limite evidente nell'ipotesi in cui le diverse norme sanzionatorie teoricamente applicabili ad un unico fatto siano parzialmente o totalmente sovrapponibili già da un punto di vista astratto: vale la pena qui richiamare la disciplina in materia di *market abuse* e degli illeciti tributari, laddove le diverse sanzioni presidiano quello che è sostanzialmente il medesimo bene giuridico (es. integrità del mercato finanziario, corretta riscossione dei tributi, ecc.) e puniscono i medesimi profili dello stesso fatto storico. In questi casi il cumulo delle sanzioni sostanzialmente penali rischia di rivelarsi pericolosamente irragionevole e di porsi seriamente in contrasto con i diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale e sovranazionale.

⁷⁸ Il procedimento noto come “*Eternit-bis*”, oggi ancora pendente, costituisce uno stralcio del primo procedimento c.d. “*Eternit*”, relativo alla medesima vicenda, in cui all'imputato *Schmidheiny* erano stati contestati i diversi delitti di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro *ex art. 437 c.p.*, aggravato dalla verifica degli infortuni, e di disastro doloso *ex art. 434 c.p.*, aggravato dalla verifica del disastro, tutti dichiarati estinti per prescrizione.