

CAPITOLO I

1. *Ne bis in idem*: definizione e radici storiche

“*Non due volte nel medesimo*”. Letteralmente sarebbe questa la traduzione da apportare al brocardo latino “*ne bis in idem*”. Necessaria è però la sua contestualizzazione in materia processuale penale: nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio per un fatto ascrivibile ad una fattispecie di reato in relazione al quale il soggetto sia stato già processato, assolto o condannato in un precedente giudizio. Per esaurire tale embrionale definizione, adempiendo al necessario criterio di chiarezza posto a monte, è doveroso sottolineare l’ampliamento graduale del principio non solo alle ipotesi di passaggio in giudicato della sentenza risolutiva del giudizio di primo o di secondo grado o di legittimità, sia di assoluzione (o proscioglimento) che di condanna, ma anche alle ipotesi di litispendenza processuale, vale a dire alla pendenza della medesima causa dinanzi a due o più giudici diversi. Il problema della litispendenza trova la sua massima attuazione in materia comunitaria e internazionale (segue cap. II par. 1-2), dato che a livello statale (analizzando il diritto processuale italiano) vi sono criteri finalizzati ad evitare tale sovrapposizione di giudizi¹ (segue cap. III par. 3.4).

Il precedente è però soltanto un mero tentativo didattico nel dare una nozione al divieto di *bis in idem*. Nella letteratura penalistica non vi è una definizione univoca del principio in parola che permetta di svolgere un’analisi sistematica dell’argomento. Tradizionalmente infatti si è soliti aggettivare il brocardo in parola bipartendolo in “processuale” e “sostanziale”², definendo la prima ipotesi, come delineata sopra, di stampo meramente giudiziale, la seconda come l’impossibilità di essere sottoposti ad una duplice pena per lo stesso reato.

In linea generale, il *ne bis in idem* sostanziale costituisce divieto non solo di doppia punizione nei confronti di un soggetto, ma anche di duplice ascrizione di fattispecie di reato tra loro in concorso apparente per il medesimo fatto.

¹ Art 28 ss c.p.p.

² Rispettivamente: “*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*” – “*Nemo debet bis puniri pro uno delicto*”

Evidentemente, l'individuazione e l'applicazione della sola ipotesi prevalente consente anche di evitare una duplicazione sanzionatoria (*segue* cap. I par. 2.4).

Si potrebbe dunque affermare, limitatamente all'aspetto processuale che "Il principio si esprime o declina [...] nel divieto di instaurare nuovo o nuovi procedimenti in *idem* sugli stessi fatti o circostanze già oggetto del precedente giudizio; [...] nell'obbligo di "chiudere" quelli pendenti (in *idem*); [...] nell'obbligo di riconoscere effetti negativi ad una precedente sentenza penale (in *idem*)."³

In seguito a tale definizione è doverosa una precisazione attinente alla differenza tra procedimento penale in senso stretto e processo penale. Il primo inizia con l'iscrizione della *notizia criminis* nel registro del Procuratore Generale della Repubblica, il quale con l'ausilio della Polizia Giudiziaria svolge le cc.dd indagini preliminari. Esse durano (salvo eccezioni previste dal c.p.p.⁴) sei mesi, al termine dei quali il p.m. decide se esercitare l'azione penale (art 112 Cost.), qualora gli elementi probatori raccolti siano sufficienti, oppure, in caso contrario, procedere ad archiviazione (artt. 408 ss. e 125 disp.att.). In caso di rinvio a giudizio, si chiude, al termine dell'indagini, la prima fase ed inizia la seconda, quella prettamente processuale, la quale prevede innanzitutto la fissazione di un'udienza preliminare, alla quale segue⁵ il giudizio e la fase dibattimentale in senso stretto⁶.

Tale precisazione è utile in quanto il principio del *ne bis in idem* copre la sola fase processuale⁷, e "procedimento" deve intendersi come "procedimento in senso lato" che ingloba le due fasi.

Passando all'analisi storica del principio, nel tentativo di una ricostruzione logico-sistematica ed esulando dal piano giuridico, potremmo citare San Girolamo, secondo il quale "Dio non giudica due volte per la stessa offesa" . Inoltre, «tracce del principio

³ B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem*, in "ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo" in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁴ Art. 406 "Proroga del termine" e art. 407 "Termini di durata massima delle indagini preliminari"

⁵ Si noti come il GUP al termine dell'u.p non sempre procede secondo le disposizioni dell'art 429 c.p.p (*Decreto che dispone il giudizio*), ma può anche pronunciare una sentenza di non luogo a procedere "se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratti di persona non punibile per qualsiasi altra causa" (art 125 comma 1 c.p.p)

⁶ Si noti infatti che se si procede ad archiviazione il giudice può a norma del 414 comma 1 c.p.p "autorizza[re] con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del p.m motivata dalla esigenza di nuove motivazioni".

⁷ Da precisare però che il divieto di bis in idem vale anche in caso di emanazione di provvedimenti cautelari, che possono riguardare anche la fase delle i.p.

sono rinvenibili addirittura nell'orazione di Demostene "*Adversus Leptinem*" (335 A.C) e nel "*Corpus iuris Giustiniano*" (529-534 d.C.)»⁸.

Anche nel periodo medievale vengono rinvenute tracce del *ne bis in idem* che iniziano a focalizzarsi precisamente sull'aspetto giuridico e processuale. In particolare è lo stesso Bartolo di Sassoferrato⁹ nei propri *commentaria* ad esporre personali teorie tese ad esporre tale brocardo.

1.1. Rapporti con il giudicato penale

“Il giudicato [...] costituisce il traguardo dell'itinerario cognitivo che muove dalla *notitia criminis*, passa attraverso il processo e perviene ad una decisione che risulta contrassegnata dalla nota dell'irrevocabilità quando non è più soggetta ad impugnazione ordinaria”.¹⁰

In altre parole il giudicato cristallizza la fase procedimentale e quella processuale, rendendo inoppugnabile (perlomeno in via ordinaria) la sentenza emanata dal giudice al termine dell'iter predetto, ottemperando al principio di certezza del diritto attraverso la stabilità che attribuisce al *decisum*. Il giudicato consolida una duplice garanzia: soggettiva, tendente a tutelare la figura dell'imputato, e oggettiva, finalizzata ad evitare la vanificazione dei risultati raggiunti.

La prima caratteristica dell'elemento in esame si configura nella irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali (art. 648 c.p.p comma 1). Si intende dunque che il provvedimento definitivo emanato dal giudice è inattaccabile se non sono stati utilizzati mezzi di impugnazione ordinari, quali l'Appello e il Ricorso per Cassazione, o se questi siano stati esauriti. Restano invece scoperti dal concetto di giudicato penale l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere.¹¹

⁸ B. NASCIMBENE, NE BIS IN IDEM, "*ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*" in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁹ "*Secundum Digesti Novi Partem Commentaria*" 1577.

¹⁰ Così D. VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, Torino, 2017, pag. 845 ss.

¹¹ "L'archiviazione non impedisce la riapertura delle indagini, previa richiesta del pubblico ministero e autorizzazione del giudice (art 414 c.p.p). [...]. La sentenza di non luogo a procedere, che chiude l'udienza preliminare, è suscettibile di revoca, ed è quindi, resistente, almeno sul piano terminologico, ad essere ricondotta fra le sentenze irrevocabili". Così D. VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, Torino, 2017, pag. 846 e 847.

L'eccezione stabilita dall'art 648 c.p.p. apre ad una seconda caratteristica del giudicato, la quale nel corso degli ultimi tempi è risultata essere sempre maggiormente in crescita, ossia la sua relatività. Essa è dovuta all'aumento costante di mezzi di impugnazione straordinari, i quali, legislativamente non sono preclusi dal giudicato e possono attaccare la stabilità che esso assicurerebbe. Infatti, se inizialmente era prevista la sola revisione, successivamente si sono diffusi altri strumenti impugnatori, quali il ricorso straordinario per Cassazione (art 625 *bis* c.p.p.), nel 2001, la rescissione del giudicato (629 *bis* c.p.p.) nel 2014, oltre alla riforma del 2011 riguardante la stessa revisione utilizzata per conseguire una vera e propria riapertura del processo ai sensi dell'art 46, par 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In materia penale (sostanziale) è opportuno sottolineare l'istituto della "conversione immediata della pena detentiva, inflitta all'esito del processo, nella corrispondente pena pecuniaria, qualora la legge sopravvenuta abbia previsto, per l'ipotesi di reato oggetto di giudicato, esclusivamente la sanzione pecuniaria (art. 2, comma 3, c.p.)"¹².

Tale apertura comporta da un lato una sorta di controllo sulla qualità del provvedimento irrevocabile, sia esso sentenza o decreto penale di condanna, dall'altro una forma di *restitutio in integrum* in caso di violazioni processuali.

Per tal verso, "Il divieto di *bis in idem* [...] se costituisce limite invalicabile alla reiterazione dell'azione penale non impedisce, di certo, modifiche in melius del giudicato, quando giustificate dalla necessità di salvaguardare diritti che si collocano al vertice della gerarchia costituzionale."¹³

Potremmo dunque affermare che il divieto di doppio giudizio è un effetto del giudicato, e che la portata del principio in esame si giustifica quale conseguenza dell'irrevocabilità data al provvedimento. Il problema però non è di poco conto se, continuando ad analizzare la relatività del giudicato, si analizzano principi nazionali e sovranazionali gerarchicamente superiori, quali, su tutti, quelli sanciti nella nostra Carta Costituzionale agli art. 2, 24, 111 comma 7. L'imputato dunque gode di diritti individuali e inalienabili, dato che rientra nel *genus* persona, e per questo, soprattutto in caso di condanna, deve essere tutelato. Deve cioè ricevere un'attenzione peculiare dovuta al suo status, quello di imputato o meglio ancora di condannato, che si sostanzia in garanzie processuali (mezzi

¹² Così P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali* in DPC.

¹³ Così P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali* in DPC.

di impugnazione straordinari) viste come strumenti per l'attuazione di attenzioni sostanziali, riconducibili dunque a quei principi sovraordinati.

Pertanto la condanna è definitiva se derivante da un processo giusto (ex 111 comma 2 Cost., quello svolto dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, di durata ragionevole) e legale (quello cioè svolto dinanzi ad un giudice precostituito e naturale, ex art 25 Cost.) “che abbia raggiunto un esito non lesivo di fondamentali prerogative sostanziali e costantemente ancorato su un accertamento idoneo ad eliminare ogni ragionevole dubbio sulla penale responsabilità”¹⁴. Ci troviamo dinanzi a un bilanciamento di interessi non di poco conto in quanto da un lato non si può accettare di condannare un soggetto “ingiustamente” o “illegalmente”, dall'altro nemmeno svalutare e rendere eccessivamente flessibile un elemento di certezza del diritto fondamentale quale il giudicato.

Ecco perché, come mero tentativo di risoluzione del problema, viene in soccorso il dato normativo di cui sopra. “Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione” (art. 648 c.p.p) e, aggiungerei, anche tutti gli altri mezzi di impugnazione straordinaria interessati. Sembra dunque che il principio del *ne bis in idem* in relazione al giudicato non solo sia un effetto¹⁵ che scaturisce dall'irrevocabilità della sentenza, ma anche un elemento che si confronta con il *favor rei*, da intendersi come principio volto a tutelare la figura dell'imputato prima e del condannato poi. Più precisamente il divieto di doppio giudizio, in relazione alla relatività del giudicato, potrebbe essere inteso come un corollario del principio del *favor rei*, in quanto si piega alla necessità di riaprire un dibattito qualora questo, dopo la pronuncia definitiva, si sia rivelato inidoneo ad adempiere le istanze di giustizia e legalità previste per il processo. A riprova di ciò, l'art 649 c.p.p, per l'appunto rubricato *Divieto di un secondo giudizio*, dispone che “l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a processo per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze salvo quanto disposto dagli artt 69 comma 2 [c.p] e 345”.

Potremmo dunque concludere dicendo che l'elemento della irrevocabilità sarebbe lesivo di istanze personali qualora non fosse accompagnato dal criterio della relatività, e che

¹⁴ Così P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali* in DPC.

¹⁵ Così D. VIGONI, *Gli effetti del giudicato* in *Procedura penale*, p. 848 e 849.

quest'ultimo sarebbe eccessivamente strumentalizzato se non ci fossero delineazioni legislative che determinerebbero una giusta valutazione degli interessi sottesi.

1.2. Portata e rilievo processuale del principio: esigenza di tutela e ambito di operatività.

Il divieto oggetto della presente analisi didattica rappresenta un baluardo difensivo per alcuni importanti corollari di carattere procedimentale in senso lato e sostanziale. Il principio infatti soddisfa determinate esigenze, quali l'economia processuale, l'efficacia dell'attività investigativa svolta dalla polizia giudiziaria nella fase procedimentale in senso stretto ed infine la coerenza logico-formale dei giudicati, evitando un conflitto tra due o più *decisum*.

Per quanto riguarda il primo dei tre aspetti, il *ne bis in idem* tende ad evitare una proliferazione di procedimenti aventi ad oggetto lo stesso fatto, risparmiando energie umane e risorse schiettamente economiche. A monte di tale constatazione vi è una visione concreta del giudizio che si manifesta sul formale svolgimento dello stesso, vale a dire sull'impiego di mezzi preziosi per l'ottemperanza di quei principi costituzionali che poi assicurano il c.d. "giusto processo" (*supra* 1.1.). Tale impostazione, anche al di fuori dall'ambito di applicabilità del divieto di doppio giudizio, rappresenta una delle basi sulle quali si fonda l'impianto processuale italiano¹⁶.

In secondo luogo, l'impossibilità di riaprire un caso avente ad oggetto un fatto deciso irrevocabilmente in giudizio dispiega le proprie conseguenze anche nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale, ossia quella delle indagini preliminari. Il pubblico ministero, soggetto che giuridicamente rappresenta la Repubblica, ha l'interesse a perseguire un dato reato proprio perché quest'ultimo è potenzialmente lesivo dei principi sui quali lo Stato si poggia. Proprio per questo motivo, nel corso del procedimento penale in senso stretto, dovrà svolgere il più accuratamente e professionalmente possibile le attività investigative, coadiuvando l'attività della p.g., che risponde funzionalmente al Procuratore. Non è un caso che il p.m. sia il dominus di

¹⁶ A tal proposito l'art 17 c.p.p. prevede determinati casi nei quali si procede alla riunione di processi.

tale fase e che venga definito come “parte imparziale”¹⁷: deve inoltre garantire l’osservanza delle disposizioni previste¹⁸ e tutelare la figura dell’imputato. Infine, il divieto di *bis in idem* svolge, correlato alla figura del giudicato penale, un ruolo fondamentale nella irrevocabilità del provvedimento, evitando dunque un contrasto tra *decisum*. Infatti “la pluralità di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona concretizza oggettivamente una violazione del principio del *ne bis in idem*”¹⁹.

Il contrasto di giudicati differenti è una patologia grave che può infettare la coerenza e la sistematica processuale di un dato ordinamento, in quanto rappresenta, laddove si verificasse, in primo luogo un’attuazione sbagliata delle norme che regolano il processo e in secondo luogo una distorta applicazione della materia sostanziale che si configura con l’irrogazione della pena (qualora la sentenza sia di condanna).

Tradizionalmente il contrasto tra giudicati si bipartisce in teorico e pratico. Tale distinzione rileva in quanto bisogna appurare in tale sede se il principio del *ne bis in idem* tenda a scongiurare la prima piuttosto che la seconda tipologia di conflitto. Nel primo caso ci troviamo dinanzi ad una discrasia logica, ovvero una inconciliabilità ed incompatibilità di due *decisum*. Se il principio del *ne bis in idem* agisse in tale direzione si verificherebbe, da un punto di vista soggettivo, l’estensione dell’efficacia preclusiva del giudicato anche nei confronti dei terzi (la c.d “efficacia riflessa”) e da un punto di vista oggettivo, in caso di concorso di reati, l’impossibilità di agire in giudizio per contrastare quella fattispecie di reità che concretamente non è oggetto del giudicato. Il *ne bis in idem* però, come visto (*supra* 1.1) si affianca al principio del *favor rei* e deve essere bilanciato con altri principi sovraordinati. Ergo, l’ipotesi di conflitto teorico tra giudicati non è coperta dal principio, dato che, per quanto riguarda l’aspetto soggettivo, il divieto di *bis in idem* tende a tutelare il principale destinatario del provvedimento, ossia l’imputato; mentre, relativamente al piano oggettivo, entra in gioco la certezza del diritto (*supra* 1.1) e l’obbligatorietà dell’azione penale.

Il contrasto pratico invece consiste nella concreta impossibilità di applicare due diversi

¹⁷ “Il ruolo del pubblico ministero non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all’imputato”

Corte Cost., sent. N. 88 del 1991.

¹⁸ v. libro V c.p.p. “Indagini preliminari e udienza preliminare” artt 326-415 bis.

¹⁹ D.VIGONI in *Procedura penale* ZANICHELLI EDITORE, 2014, pp. 917 e 918.

provvedimenti allo stesso soggetto. Impensabile. Di conseguenza, il divieto di *bis in idem* dovrebbe arginare tale ipotesi, in quanto riguarda il fatto, il soggetto e il provvedimento emanato. L'art 669 c.p.p.²⁰ tende a risolvere proprio questo secondo tipo di conflitto, il quale riguarda il medesimo fatto e il medesimo soggetto, rifacendosi al principio del *favor rei*.

Inoltre, il ruolo sociale che tale corollario ricopre non può essere messo in secondo piano. Una fattispecie di reità configura una deviazione dalle linee guida prefissate da ogni Stato per tutelare la collettività. A tal fine lo stesso Ordinamento giuridico deve perseguire tali patologie sociali, essendo esso stesso "leso" dal reato, attraverso appunto il procedimento penale. Si riuniscono dunque tutte le ipotesi precedentemente analizzate nel presente paragrafo, le quali generano nel cittadino una sicurezza nella legge, intesa in senso lato. Attraverso il divieto di secondo giudizio (estendendolo ovviamente anche alle ipotesi di litispendenza), si perviene in tale sede alla consapevolezza che il sistema nel suo complesso è ben oliato²¹. Tutto ciò assurge ad una pace sociale, considerata tra i fini di qualsiasi Stato di diritto.

1.2.2. Tutela dell'individuo: funzione che il principio svolge nei confronti dell'imputato

Avendo appurato dunque che il divieto di *bis in idem* tutela i consociati attraverso le tre garanzie di carattere procedimentale (*supra* 1.2.1), bisogna a questo punto analizzare la figura dell'imputato, elemento soggettivo centrale del principio.

L'imputato è tradizionalmente colui nei cui confronti è mossa l'imputazione. Dunque, colui nei cui confronti è svolto il processo. Per Carnelutti, lo stesso giudizio è una pena, quindi, ledendo il principio in esame, si infliggerebbe una duplice "condanna", l'una di carattere processuale, l'altra di carattere sostanziale. Si pensi alla posizione processuale dell'imputato: assistito da un avvocato, attaccato non solo dall'accusa ma anche dalla

²⁰ "Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona." Comma 1: "Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre."

²¹ Si intende che le risorse economiche vengano ben investite, le attività di indagine siano svolte con dedizione e professionalità e che la decisione finale sia definitiva e inoppugnabile, dunque certa.

parte civile, a fini risarcitori, qualora costituitasi.

Ovviamente l'imputato è tutelato attraverso diversi istituti processuali²² e gode della copertura di diversi principi, su tutti la presunzione di non colpevolezza.²³ Tali garanzie però sarebbero inefficaci in caso di lesione del principio del *ne bis in idem*. Se infatti un dato ordinamento non si poggiasse su tale divieto, la conseguenza primaria sarebbe l'*abuse of process*, che annullerebbe qualsivoglia prerogativa dell'imputato. L'esercizio di molteplici azioni penali nei confronti dello stesso soggetto per il medesimo fatto è inconciliabile con l'esigenza di legalità e di giustizia (processuale), anche perché, in primo luogo, attraverso una visione strettamente concreta, la pubblica accusa avrebbe già contezza, in un ipotetico secondo giudizio, della strategia difensiva dell'imputato; in secondo luogo sarebbe giustificata a procedere penalmente.²⁴

Insomma, nei confronti dell'imputato, il principio del *ne bis in idem* svolge una funzione di tutela dei diritti fondamentali del medesimo, le stesse prerogative di cui godono tutti i cittadini non soggetti ad imputazione. Tale principio ci permette di non dimenticare come anche il condannato (o il prosciolto) rientri nel *genus* dei consociati, assumendo un'attenzione particolare in quanto soggetto bisognoso di essere reinserito nel normale meccanismo ordinamentale.

2. Analisi sistematico-didattica: “*Engel's criteria*” nella delineazione processuale e penale del divieto. Identificazione della “materia penale”.

Tutto ciò che precede ha avuto ad oggetto l'analisi del principio del *ne bis in idem* in ambito penale o processuale penale. In realtà seguirà in tale sede una sorta di

²² Vedi l'interrogatorio oppure la facoltà di non rispondere o rispondere, ma non obbligatoriamente seconda verità, oppure attraverso il divieto di utilizzo di alcuni strumenti tecnologici di pressione psicologica, come la macchina della verità.

²³ Si noti la differenza che intercorre tra “*presunzione di non colpevolezza*” e “*presunzione di innocenza*”. La prima, espressa a livello nazionale dall'art. 27 comma 2 Cost., ha una copertura maggiore in quanto si estende anche alla fase procedimentale in senso stretto, dunque quella che precede l'esercizio dell'azione penale. La seconda invece, espressa a livello comunitario dall'art 6 CEDU, si consolida nella sola fase processuale.

²⁴ Da precisare che per “procedere penalmente” si intende l'iscrizione della notizia di reato nel registro del p.m., in quanto l'esercizio dell'azione penale è soggetta al vaglio (in caso di giudizio ordinario) del GUP, il giudice che presiede l'Udienza Preliminare la quale potrebbe essere definita come un filtro tra la prima e la seconda fase.

decontestualizzazione, in quanto il divieto in esame si esprime anche in relazione ad altri settori ordinamentali. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui un soggetto venga prima condannato per un illecito amministrativo con sanzione amministrativa e poi sottoposto a procedimento penale per lo stesso fatto. In questo caso è ovvio che non ci troviamo dinanzi ad un secondo giudizio di carattere penale, ma ad un duplice procedimento, di cui il primo extrapenale. Si noti però come la sostanza non cambia: è sempre lo stesso soggetto il quale per il medesimo fatto viene giudicato due volte. Per scongiurare tale lesione del principio, bisogna delineare l'ambito di operatività della materia penale, per capire se bisogna procedere penalmente oppure no. Nel presente paragrafo (e in quelli successivi) dunque si proverà ad effettuare un'analisi didattico-sistematica di ordine interdisciplinare.

A riguardo, la Corte EDU, nella sentenza "*Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 Giugno 1976"²⁵ ha elaborato tre criteri fondamentali per la risoluzione del problema. Prima di illustrarli, c'è da dire però che la «la nozione di "materia penale" rilevante trova applicazione al di là dei reati formalmente intesi nel diritto interno, rispetto alle fattispecie aventi, di fatto, natura penale»²⁶ in quanto "la Corte di Strasburgo non si vincola alle qualificazioni del diritto nazionale, ma va oltre le apparenze, valutando essa stessa se un determinato fatto sia suscettibile o meno di essere perseguito penalmente"²⁷. Dunque, i 47 Stati contraenti del Consiglio d'Europa sono liberi sì di qualificare una fattispecie come penalmente rilevante, ma la Corte si riserva di intervenire qualora gli stessi eludano le garanzie previste dalla CEDU con una "*truffa delle etichette*", attribuendo arbitrariamente la qualifica di "amministrative" o di "disciplinari" a determinate infrazioni aventi, invece, natura penale»²⁸.

Gli "Engel Criteri" sono i seguenti: 1) "la qualificazione dell'infrazione nel diritto

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di sanzioni disciplinari militari. Nello specifico, si tratta di un ricorso di alcuni militari olandesi ai quali sono state inflitte sanzioni extrapenali incidenti sulla libertà personale. *Ivi* la Corte, disattendendo l'opposta tesi lungamente sostenuta dalla Commissione, riconosce l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ad un processo qualificato come disciplinare nell'ordinamento interno, ma che, ad una valutazione sostanzialistica condotta sulla base di criteri quali, la natura dell'illecito e soprattutto la gravità della sanzione (si trattava, in tal caso, di un provvedimento di deferimento ad un'unità disciplinare di durata da tre a sei mesi), è da considerarsi di carattere penale

²⁶ G. Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in F. Ruggieri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione europea*, Cedam, Padova, 2013.

²⁷ F. Mazzacava, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013

²⁸ A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. Grasso, R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Giuffrè, Milano, 2009

interno; 2) la natura dell'illecito, dedotta dalla struttura della norma violata o dalla significatività della trasgressione; 3) la severità della pena"²⁹.

Il primo criterio è meramente indicativo e formale. È utilizzato dalla Corte come mero punto di partenza per indicare la sostanza di un dato fatto collegandolo all'organizzazione ordinamentale dello Stato. Come detto sopra, è l'ordinamento interno a conformarsi all'interpretazione della Corte e non il contrario. Tale criterio si giustifica alla luce del principio di legalità del diritto penale, in particolare in relazione ad un suo corollario, il principio di tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale, che in ambito nazionale (perlomeno in quello italiano) si configura nell'impossibilità di essere sottoposti a procedimento penale per un fatto che non è ascrivibile ad alcuna fattispecie di reato³⁰. «In via preliminare i giudici di Strasburgo esaminano, dunque, se il diritto interno riconduce o meno una determinata infrazione tra le fattispecie di reato positivizzate all'interno dell'ordinamento nazionale e, specie in assenza di una qualificazione formale in tal senso, valutano l'effettiva "sostanza" del procedimento ad essa sotteso»³¹

Il secondo criterio, ossia la natura dell'illecito, è prettamente sostanziale e rappresenta l'elemento che maggiormente viene preso in considerazione dalla Corte nella determinazione della materia penale. A tal fine essa si avvale di determinati indici, tra cui "la funzione repressiva/dissuasiva della norma³² o preventiva/riparativa, come emerge sin dal caso *Welch*; la verifica della classificazione di procedimenti analoghi negli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa; l'accertamento della provenienza dell'azione, se cioè sia stata posta in essere da una pubblica autorità in virtù di poteri legalmente riconosciuti e se la condanna dipenda dalla constatazione di una responsabilità; oppure la verifica della portata della norma e, quindi, della sua generalità o meno"³³.

L'ultimo degli "Engel Criteria" è rappresentato dalla severità della pena, determinata tra

²⁹ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

³⁰ Inoltre tale corollario "coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende [...] a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario" G.FIANDACA, E. MUSCO "La funzione di garanzia della legge penale" in *Diritto penale parte generale*, 2014, p. 85.

³¹ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Öztürk*, cit., par. 53; sentenza del 24 febbraio 1994, ricorso n. 12547/86, *Bendenoun c. Francia*, par. 47, ove si precisa che lo scopo della disposizione in esame è «*both deterrent and punitive*».

³³ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

il suo minimo e massimo edittale, in relazione alla gravità dell'illecito. Nella giurisprudenza della Corte, tale valutazione varia a seconda che si tratti di una pena detentiva (quindi "privativa della libertà personale"³⁴) o pecuniaria. Nel primo caso la "Corte EDU ritiene che sussista una sorta di "presunzione di gravità"³⁵, con la sola eccezione di quelle misure che, per durata, natura o modalità di esecuzione non sono suscettibili di arrecare un'apprezzabile nocimento"³⁶.

Nella seconda ipotesi invece la Corte si serve di parametri differenti, quali l'ammontare della pena, la sua iscrizione nel casellario giudiziario, la possibilità di conversione in una pena detentiva.

In definitiva l'elemento di maggiore importanza dogmatica consiste nel «complessivo effetto limitativo (e potenzialmente incapacitante) per la sfera personale dell'autore innescato dalla sanzione incriminata»³⁷.

Nonostante la presenza di tali criteri, la consapevolezza e la successiva decisione della Corte nella delineazione della materia penale, di cui all'art 6 CEDU, si forma in base al caso concreto³⁸.

Perciò la Corte in più occasioni non ha definito applicabile il predetto articolo. Ad esempio, i procedimenti tributari in senso stretto, intesi come espressione dell'esercizio di un potere pubblicistico, non ricevono la copertura dell'articolo in esame. Allo stesso modo i giudici escludono dalla materia penale i procedimenti aventi ad oggetto una

³⁴ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 novembre 2007, ricorso n. 26986/03, *Galstyan c. Armenia*, par. 59-60; così, anche, sentenza del 17 luglio 2008, ricorso n. 33268/03, *Ashughyan c. Armenia*, par. 66.

³⁶ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lauko*, cit., par. 39 ss.

³⁸ «Con riguardo ai procedimenti disciplinari, ad esempio, la Corte di Strasburgo ha asserito che le infrazioni alla disciplina militare che comportano l'assegnazione di un'unità disciplinare per taluni mesi, sono riconducibili all'art. 6 CEDU, a differenza degli arresti della durata di due giorni, ritenuti troppo brevi per rientrare nella sfera

del "diritto penale". Parimenti la Corte non ha riconosciuto il carattere "penale" nell'ipotesi di un procedimento disciplinare sfociato nel pensionamento d'ufficio di un funzionario, giacché la decisione ricadeva nella sola sfera amministrativa.

Relativamente ad infrazioni commesse in ambito penitenziario, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 6 CEDU, in ragione delle accuse mosse, nonché della natura e della gravità delle pene, anche se il contenzioso penitenziario in quanto tale non cade nell'ambito applicativo dell'articolo *de quo*; si pensi, al riguardo, alla sottoposizione di un detenuto a regimi speciali di sorveglianza o all'accesso alla giustizia per contestare tali misure, le quali non riguardano, in linea di principio, la fondatezza di un'accusa in materia penale».

A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

mera compensazione fiscale dovuta ad una buona fede del contribuente, in quanto tendono non ad evitare una reiterazione del reato, ma semplicemente a risolvere un danno pecuniario subito dal fisco. Inoltre non sono ricomprese nemmeno le sanzioni elettorali, i procedimenti volti allo scioglimento di partiti politici oppure le commissioni parlamentari di inchiesta.

Diversamente, la giurisprudenza della Corte fa rientrare nella nozione di materia penale le sanzioni amministrative cui soggiace il contraente in caso di violazioni di norme tributarie, data la forte analogia che lega la sanzione penale e quella amministrativa. «In tal modo la Corte finisce per ricondurre nella nozione di “materia penale” tutti i procedimenti relativi alle maggiorazioni di imposta che penalizzano in maniera sostanziale il colpevole, ancorché non dettati da disposizioni di diritto penale, ma da leggi fiscali e benché non vi sia la necessità di accertare la sussistenza di dolo o colpa, considerato che ipotesi di responsabilità oggettiva non escludono di per sé sole la natura penale dell’illecito. Al riguardo si considera, infatti, sufficiente che: le pene siano stabilite da una legge generale avente come destinatari tutti i contribuenti; la maggiorazione dell’imposta non sia destinata a costituire una riparazione pecuniaria del danno causato, bensì a punire e, al tempo stesso, a dissuadere dalla reiterazione del reato ed inoltre che essa risulti, altresì, considerevole. In altri casi, però, anche a fronte di un importo modesto, la Corte ha comunque affermato la natura penale dell’infrazione»³⁹. La precedente determinazione degli Engel criteria risulta fondamentale dunque per arginare il pericolo di incentivazione del doppio binario sanzionatorio. I casi degni di nota sono due: la sentenza *Bonda* del 2012 e *Grande Stevens c. Italia* del 2014. Nel primo caso⁴⁰, la Corte di giustizia, chiamata a valutare la natura (penale o non) di una sanzione irrogata dalla Commissione europea, applica fedelmente tutti e tre i criteri Engel.

Riguardo al primo, “i giudici di Lussemburgo precisano che occorra rilevare se le misure in questione siano classificate o meno come aventi natura penale dal diritto

³⁹ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

⁴⁰ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 5 giugno 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, parr. 36-46. Si tratta di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte Suprema polacca nell’ambito di un procedimento penale a carico del sig. Bonda per il reato di frode in materia di sovvenzioni, avviato per gli stessi fatti (di falsa dichiarazione riguardante la superficie agricola ammissibile al beneficio del pagamento unico per superficie) già decisi dall’Ufficio circondariale dell’Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola.

dell'Unione"⁴¹, rapportando tale constatazione alla valutazione che ne fa il diritto nazionale. L'esito è negativo: la natura dell'illecito non rientra nella nozione di "materia penale" data dalla Corte di Strasburgo.

Relativamente al secondo criterio, (la natura dell'illecito), la Corte precisa che bisogna valutare se la sanzione inflitta persegua una finalità repressiva, che, date le norme in questione, viene esclusa.

Quanto all'ultimo criterio, la sanzione inflitta non è eccessivamente gravosa in capo all'agricoltore (in quanto tende a privare l'agricoltore interessato ad ottenere un aiuto), dunque anche tale ultimo requisito viene accantonato. Pertanto, non si è dinanzi un caso avente valenza penale.

Emblematica, ed anche abbastanza recente, risulta essere il secondo caso, vale a dire la sentenza dell'8 luglio 2014, *Grande Stevens c. Italia*⁴², la quale ha visto la condanna

⁴¹ A. IERMANO in *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018

⁴² Nel febbraio 2006 la Divisione mercati e consulenza economica della CONSOB contestava a Gianluigi Gabetti – nella sua duplice qualità di presidente della IFIL Investment (poi Exor s.p.a.) e della Giovanni Agnelli s.a.a. – a Virgilio Marrone, nella sua qualità di procuratore di quest'ultima società, all'Avv. Franzo Grande Stevens e alle società medesime di avere commesso l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato cui all'art. 187-ter D.Lgs. 58/1998 (T.U.F.) e il corrispondente illecito amministrativo dell'ente di cui all'art. 187-quinquies, per avere concorso a vario titolo nella diffusione al mercato, di un comunicato stampa asseritamente falso, con il quale le società in questione affermavano di non avere ancora assunto alcuna iniziativa in relazione alla imminente scadenza di un contratto di finanziamento a suo tempo concesso da otto banche alle società, allo scadere del quale – in mancanza di rimborso del prestito – le banche in questione avrebbero compensato il loro credito sottoscrivendo un aumento di capitale di FIAT, acquisendo così il 28% del capitale sociale (con correlativa riduzione della partecipazione di IFIL a FIAT, che si sarebbe ridotta dal 30 al 22% circa). La Divisione della CONSOB contestava in particolare alle predette persone fisiche e giuridiche che, alla data del comunicato, fossero già in stato avanzato le trattative relative alla sottoscrizione, da parte di IFIL, di un contratto di equity swap con una banca d'affari inglese, che avrebbe consentito a IFIL, alla scadenza del contratto di finanziamento con le otto banche italiane, di sottoscrivere essa stessa un aumento di capitale, in modo da mantenere la propria quota del 30% di partecipazione a FIAT – cosa poi puntualmente avvenuta. In esito al procedimento di cui all'art. 187-septies T.U.F., la CONSOB irroga gravose sanzioni pecuniarie amministrative alle persone fisiche e agli enti (5.000.000 euro a Gabetti, 3.000.000 euro a Grande Stevens, 500.000 euro a Marrone, 4.500.000 euro a Ifil e 3.000.000 euro a Giovanni Agnelli s.a.s.), oltre a sanzioni interdittive nei confronti delle persone fisiche. Avverso tale provvedimento tutti gli interessati propongono opposizione ai sensi dell'art. 187-septies T.U.F. dinanzi alla Corte d'appello di Torino, la quale riduce significativamente talune sanzioni irrogate dalla CONSOB alle persone fisiche, nonché la durata della sanzione interdittiva per lo stesso Gabetti, rigettando nel resto tutte le altre doglianze dei ricorrenti. La Corte di Cassazione respinge poi tutti i ricorsi, e le sanzioni irrogate dalla CONSOB (così come modificate dalla Corte d'appello) divengono definitive. Nel frattempo, Gabetti, Marrone, Grande Stevens e le due società Giovanni Agnelli e Ifil (poi Exor) vengono rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino con l'accusa di aver commesso il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F., per avere diffuso il comunicato stampa già ritenuto falso dalla CONSOB, creando così un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT. Subito dopo il deposito della sentenza della Cassazione che rende definitive le sanzioni irrogate dalla CONSOB, gli imputati chiedono che sia pronunciata sentenza di non doversi procedere in forza del principio del *ne bis in idem*; e chiedono che venga sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni pertinenti del T.U.F. e dell'art.

dell'Italia per violazione del principio del *ne bis in idem*, in particolare, in chiave normativa, dell'art 4 prot. 7 CEDU (*supra* cap. II par. 2). Nel caso di specie, la Corte europea ha rilevato una carenza di attenzione del sistema legislativo italiano in tema di abusi di mercato relativamente al divieto di doppio giudizio. La Corte ravvisa infatti che dinanzi la CONSOB (Commissione che per prima ha giudicato i ricorrenti) sia stata contestata, sulla base di due diverse disposizioni, ossia l'art 187 *ter* e 185 TUF, la stessa condotta posta in essere dagli stessi soggetti nella medesima data, con la conseguenza che il procedimento penale abbia i medesimi caratteri, sostanziali e formali, soggettivi e oggettivi, di quello amministrativo immediatamente precedente. Essa dichiara come in realtà, prima dell'elusione del divieto di doppia punizione, venga lesa il diritto a non essere giudicati due volte per lo stesso fatto, che in ambito nazionale è delineato dall'art 649 c.p.p. "Sul punto la Corte richiama il proprio orientamento giurisprudenziale, secondo cui non interessa verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, bensì solo se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e ai giudici penali siano «*riconducibili alla stessa condotta*»⁴³. I giudici di Strasburgo non hanno dubbi infatti che le sanzioni pecuniarie e interdittive afflitte ai

649 c.p.p., nella parte in cui tali disposizioni consentono la prosecuzione di un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU. Il Tribunale di Torino rigetta anzitutto l'istanza degli imputati in quanto manifestamente infondata: sottolinea la diversità tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*ter* e il delitto di cui all'art. 185 T.U.F. (l'uno strutturato secondo lo schema del pericolo astratto e punibile anche a mero titolo di colpa, l'altro concepito quale reato di pericolo concreto e punibile solo a titolo di dolo) e, dall'altro, rileva come la coesistenza di sanzioni penali e amministrative per fatti di manipolazione del mercato sia imposta dal diritto dell'UE, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE. Nel merito, tuttavia, il Tribunale assolve gli imputati dai fatti loro ascritti: Marrone per non aver commesso il fatto, e tutti gli altri (persone fisiche e, conseguentemente, gli enti per il cui interesse essi avevano agito) perché non era stato provato che la loro condotta avesse provocato alcuna alterazione significativa dei prezzi degli strumenti finanziari. Adita per *saltum* dalla pubblica accusa, la Cassazione annulla la pronuncia del Tribunale torinese con riferimento alle posizioni di Gabetti e Grande Stevens, nonché delle due società imputate, affermando in sostanza che – stante la natura di reato di pericolo concreto e non di danno del delitto di manipolazione del mercato – la mancata prova dell'effettiva alterazione del prezzo degli strumenti FIAT non escludesse di per sé la sussistenza del reato, come erroneamente ritenuto dal giudice di merito. In sede di rinvio, la Corte d'appello torinese condanna le due persone fisiche imputate, ritenendo altamente probabile che, senza le false informazioni contenute nel comunicato stampa diffuso, il prezzo delle azioni FIAT sarebbe calato in maniera assai più significativa. Assolve, invece, le due società imputate *ex D.Lgs. 231/2001*. Quanto, infine, all'eccezione delle difese relativa al *ne bis in idem*, la Corte territoriale conferma nella sostanza le valutazioni del Tribunale, ritenendo dunque manifestamente infondata la relativa eccezione di illegittimità costituzionale. Contro tale sentenza interpongono ricorso i due imputati condannati, reiterando tra l'altro l'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme pertinenti del T.U.F. e dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con il principio convenzionale del *ne bis in idem*. Infine, la Corte di Cassazione dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, rigettando ancora una volta l'eccezione di illegittimità costituzionale riproposta dalle difese.

⁴³ A. IERMANO *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018.

colpevoli abbiano carattere penale, “facendo applicazione al suo criterio di qualificazione autonomo e sostanziale di ciò che deve considerarsi “materia penale” ai fini delle garanzie convenzionali”⁴⁴. La Corte valorizza in tale ipotesi il terzo dei criteri Engel, attinente alla gravità della sanzione amministrativa irrogata, qualificando un’evidente funzione dissuasiva che è propria della sanzione penale, indipendentemente dalle previsioni legislative nazionali. “Inoltre, a supporto della sua tesi, la Corte richiama anche tutta una serie di precedenti nei quali ha ritenuto afferenti alla materia penale le sanzioni (e i relativi procedimenti applicativi) disposte da autorità amministrative francesi nell’ambito della concorrenza, dei mercati finanziari e del controllo sulla trasparenza dei bilanci. Tra questi viene in rilievo la sentenza *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, con la quale la Corte ha riconosciuto la natura penale dei provvedimenti sanzionatori adottati dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sulla base di argomenti identici”⁴⁵.

Tale pronuncia rappresenta il *modus procedendi* della Corte EDU, il quale tende a salvaguardare l’applicazione pratica dell’art 4 prot. 7 CEDU, affinché un soggetto, in primo luogo, non venga giudicato due volte per lo stesso reato e, in secondo luogo, non sia vittima di una duplice irrogazione sanzionatoria. Da ciò deriva che la comminatoria di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali (qualificazione che avviene grazie all’applicazione dei criteri Engel) precluda l’inizio di un nuovo procedimento a carico dello stesso soggetto avete ad oggetto il medesimo fatto storico (per la nozione di *idem factum* vedi Cap II par 2.3). In altre parole, il divieto di *bis in idem* opera ogniqualvolta si proceda penalmente nonostante la presenza di un provvedimento rientrante nella materia penale.

La predetta impostazione garantista della Corte EDU però viene fortemente messa in discussione nella sentenza *A. e B. contro Norvegia* nella quale i giudici di Strasburgo hanno illustrato determinati criteri tesi a guidare gli Stati membri nella delineazione del procedimento penale ed amministrativo, al fine di evitare una lesione del principio del *ne bis in idem*. La Corte ha sottolineato che il parallelismo dei procedimenti presumibilmente concorrenti debba essere valutato considerando che: a) essi perseguono

⁴⁴ A. IERMANO *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018

⁴⁵ A. IERMANO *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, CACUCCI EDITORE, 2018

scopi differenti e abbiano ad oggetto profili eterogenei della stessa condotta; b) la duplicità procedimentale sia conseguenza inevitabile della condotta; c) la valutazione della prova sia indipendente, evitando dunque una duplicazione nella ricerca della stessa, separando l'attività di indagine delle autorità richiamate; d) la sanzione irrogata nel procedimento che giunge per primo a compimento deve essere tenuta in considerazione dal giudice dell'altro procedimento nella delineazione della pena. Aldilà dei criteri enunciati dalla Corte, aspramente criticati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (in particolare dal giudice Pinto nelle sue opinioni dissenzienti, secondo il quale “la vaghezza di tali criteri potrebbe essere oggetto di soluzioni ermeneutiche contrasti con gravi conseguenze per la tutela dei diritti dei singoli”⁴⁶), sembra che i giudici accolgano un'impostazione secondo la quale non solo non si esclude la possibilità che un secondo giudizio possa iniziare al termine del primo, ma si ammette paradossalmente una “doppia” pronuncia e una “doppia” sanzione relativamente al medesimo fatto; ciò in netto contrasto con la portata del principio in parola. Inoltre, l'innovazione che la sentenza ha apportato al problema del doppio binario sanzionatorio riguarda la posizione e il ruolo dei giudici nazionali, i quali devono verificare se i due procedimenti presentano connessioni temporali e fattuali, escludendo l'attuazione del principio del *ne bis in idem* quando presentano consecuzione procedimentale.

Nonostante la Corte di Giustizia europea si avvalga di una base normativa fondamentalmente differente, le conclusioni alle quali perviene nelle sentenze pronunciate dalla Grande Sezione in data 20 marzo 2018, relativamente alle cause C- 524/15, Menci; C-537/16 Garlsson Real Estate; C-596/16 e C-597/16 Di Puma e Zecca sono pressoché le medesime della Corte di Strasburgo. In tali sentenze vengono enucleati determinati criteri tesi a delineare il rapporto tra “doppio binario” e “divieto di *bis in idem*”, evitando ipotesi di incompatibilità applicativa. Questi sono: 1) la presenza di un obiettivo di interesse generale; 2) l'esistenza di norme ordinamentali che tendono a sincronizzare la contemporaneità dei procedimenti; 3) la previsione di disposizioni normative le quali prevedono sanzioni equipollenti alla condotta, tenendo in considerazione contemporaneamente sia il procedimento penale che amministrativo.

⁴⁶ P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, CACUCCI EDITORE, Bari

Nell'attuazione di tali criteri, la Corte è pervenuta alla conclusione che la disciplina ordinamentale italiana in materia di abusi di mercato risulta essere conforme al principio del *ne bis in idem*, in quanto l'apparato legislativo interno tende a salvaguardare l'integrità dei mercati europei, obiettivo definito di interesse generale all'interno del perimetro dell'UE. Dunque, i giudici precisano come ci sia una piena compatibilità tra doppio regime sanzionatorio e divieto di doppio procedimento.

A tal punto risulta però doverosa un'osservazione attinente alla figura del giudice nazionale. Questa va contestualizzata alla difficoltà che, soprattutto il procedimento penale comporta. L'organo giudicante deve infatti tutelare la figura dell'imputato applicando le disposizioni previste. Molto spesso però l'apparato normativo in materia di duplicazione procedimentale è scadente, e questo comporterebbe un pregiudizio ai danni del soggetto nei cui confronti è mossa l'imputazione. Proprio per questo, le pronunce più recenti delle Corti, le quali hanno depauperato il principio del *ne bis in idem* estendendo parzialmente la sua inapplicabilità alle predette ipotesi, previa l'applicazione dei predetti criteri, sono tuttora oggetto di discussioni dottrinali.

2.1. *Ne bis in idem* e diritto amministrativo (cenni)

Il doppio binario sanzionatorio costituisce un punto di criticità anche nell'ordinamento italiano (*segue* Cap III par 1). A mero titolo esemplificativo, in tale sede, si vuole dimostrare come l'applicazione degli *Engel criteria* sia ovviamente obbligatoria ma di difficile praticità. Il caso cui si suole far riferimento è rappresentato dalla sentenza del Tribunale di Milano del 15/11/2018. Brevemente, l'esposizione dei fatti. Gli imputati ai quali era stata irrogata una sanzione pecuniaria (euro centomila) per illecito amministrativo ex 187ter TUF⁴⁷, erano stati tratti in giudizio per il medesimo fatto storico, qualificato giuridicamente come manipolazione di mercato ai sensi del 185

⁴⁷ “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014” (comma 1)

TUF⁴⁸. L'organo giudicante, avuto riguardo dell'art. 133 c.p.⁴⁹, ha ritenuto idoneo stimare nel minimo edittale la pena applicabile, cioè, anni due di reclusione e quarantamila euro di multa. La sanzione che il Tribunale di Milano ritiene di dover irrogare è inferiore rispetto a quella già prevista nel procedimento dinanzi la CONSOB. Si verifica dunque non solo una seconda circostanza sanzionatoria, ma anche una sorta di contrasto giurisprudenziale.

La portata delle norme nazionali citate non aiuta il giudice nella delineazione della fattispecie, in quanto esso si trova a dover rendere una sanzione proporzionale al reato oggetto del *decisum*. In tal caso, le fonti normative e legislative sovranazionali di stampo europeo prevedono che, qualora venisse lesa o dovesse verificarsi un pericolo di lesione del principio del *ne bis in idem*, trova applicazione l'art 50 della Carta di Nizza (*segue* Cap II par 2). Oltre al predetto dato normativo, soccorre la sentenza *Fransson*, nella quale la Corte di Lussemburgo sottolinea che nell'esaminare «la compatibilità di norme di diritto interno con i diritti garantiti dalla Carta, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁵⁰.

In tal modo, in ossequio al principio di coordinamento tra norme nazionali (art. 187 *terdecies* co. 1 lett. a) TUF⁵¹) e tenendo conto del criterio parametrico

⁴⁸ “Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni.” (comma 1)

⁴⁹ In base all'art. in esame, il giudice, “nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'art. precedente”, deve tener conto della gravità del reato (comma 1) e della capacità a delinquere del colpevole (comma 2).

⁵⁰ Così ancora CGUE, GS, 20.3.2018, *Garlsson Real Estate*, cit.

⁵¹ “Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187 septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato:

a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;

b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.”

dell'afflittività della sanzione ex art 135 c.p.⁵², risulta aritmeticamente valutabile che la pena di euro sessantamila (che corrisponde all'eccedenza sanzionatoria attribuita alla decisione della CONSOB), convertita in pena detentiva, si sostanzia in mesi otto di reclusione e che questa nuova sanzione va scomputata da quella prevista a monte di anni due di reclusione.

“Per certo, l’ambigua clausola dell’art. 187-terdecies co. 1 lett. a) TUF se si presta a essere intesa come un (timido) invito a considerare anche le pene detentive eventualmente già inflitte, tuttavia essa non necessariamente implica che si debba procedere per ciò solo alla commutazione della sanzione pecuniaria eccedente nel suo corrispondente in termini di pena detentiva, ben potendo attribuirsi alla del tutto atecnica formula “tener conto” una valenza diversa e meno pregnante: potrebbe infatti fungere, ad esempio, da criterio di apprezzamento per la concessione delle attenuanti generiche”⁵³.

Inoltre, potremmo concludere con il valutare che il dato normativo richiede un intervento legislativo in materia. Paradossalmente, prendendo in considerazione la vicenda così come conclusasi, si giungerebbe alla conseguenza che, convertendo la pena pecuniaria in detentiva e scomputando il risultato dal minimo edittale, il procedimento penale diverrebbe fine a se stesso.

2.1. *Ne bis in idem* sostanziale: criterio di specialità e commisurazione della pena

Storicamente il *ne bis in idem*, come già accennato, si compone di un elemento sostanziale e di uno processuale. Per quanto riguarda il primo, oggetto del presente paragrafo, nonostante una storia millenaria, esso ancora non viene riconosciuto in termini legislativi. Infatti, ciò che penalizza maggiormente il *ne bis in idem* sostanziale è

⁵² “Quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva”.

⁵³ F. MUCCIARELLI, *Doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenza CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in DPC.

proprio l'assenza di una positivizzazione, cioè una determinazione codicistica che invece caratterizza il principio sul piano processuale, statuito all'art 649 del codice di rito. Non vi è dubbio però che il *ne bis in idem* sostanziale sia ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza come l'impossibilità di essere punito più volte per lo stesso fatto. Non si parla di giudizio, ma di pena irrogata al termine dello stesso. A tal proposito bisogna necessariamente curare il rapporto tra queste due facce del divieto di *bis in idem*: nonostante ci sia chi pensi che quello processuale sia prodromico al sostanziale, in quanto la condanna o l'assoluzione succedono al giudizio, sembrerebbe opportuno seguire la tesi opposta. Seguendo tale impostazione, il *ne bis in idem* sostanziale è antecedente al processuale, in quanto il primo costituisce il reato (che è la base per iniziare un procedimento penale che porti a sentenza) e la conseguente pena, il secondo invece pone le proprie basi sull'*idem factum* che caratterizza il reato, e dunque l'aspetto prettamente penale. Usando una proporzione matematica potremmo dire che il *ne bis in idem* sostanziale sta al diritto penale come il *ne bis in idem* processuale sta al diritto processuale penale.

“In linea generale, il *ne bis in idem* sostanziale costituisce divieto non solo di doppia punizione nei confronti di un soggetto, ma anche di duplice ascrizione di fattispecie di reato tra loro in concorso apparente per il medesimo fatto”⁵⁴. Per molto tempo la dottrina ha giustificato il principio sostanziale (in relazione al concorso apparente di norme) negli art 15, 84, 61, 62, prima parte, 68 c.p. Al di là di tentativi di ricostruzione codicistica, il principio deve essere considerato come corollario inespresso, che gode anche di copertura costituzionale. Infatti, la duplicazione di qualificazioni giuridiche contrasta, su tutti, con il principio di proporzionalità della pena (art 27 comma 3 Cost); con il principio di uguaglianza (art 3 Cost.); con quello personalistico (art 2 Cost.) collegato al principio dell'inviolabilità della libertà personale (art 13 Cost). Particolare è, però, la problematica interpretativa che riguarda il concorso apparente di norme, il quale si verifica attraverso una *fictio iuris* dove il reato è unico, la norma che lo prevede anche, ma apparentemente potrebbero rientrare altre disposizioni, per l'appunto in concorso. In relazione a ciò, la portata del principio del *ne bis in idem* sostanziale varia a seconda dell'interpretazione che la dottrina effettua riguardo il concorso apparente.

⁵⁴ C. SILVA, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio in Giurisprudenza Italiana*, dal 1849, UTET GIURIDICA.

Due le impostazioni: la prima ha ad oggetto la divisione tra teorie moniste e pluraliste. Da un lato infatti si colloca chi vede nel solo principio di specialità⁵⁵ la risoluzione del concorso. Parte della dottrina e della giurisprudenza tende a scongiurare l'utilizzo di altri criteri al fine di evitare una sorta di indefinita indeterminatezza e discrezionalità. Nonostante ciò però "in talune sentenze le dichiarazioni di seguire una impostazione monista vacillano nella fase applicativa, addivenendo a conclusioni confliggenti con le premesse, facendo ricorso proprio a ragionamenti in teoria respinti, benché sotto la veste formale del principio di specialità"⁵⁶. Le teorie pluraliste invece, esulano dal solo criterio di specialità e spaziano per altri orizzonti, ricercando criteri idonei e magari più appropriati.

La seconda impostazione invece riguarda l'interpretazione del criterio di specialità. Senza dubbio, il panorama scientifico si è largamente espresso nel senso di una specialità strutturale, avendo superato ormai da tempo sia impostazioni di tipo valoriale che interpretazioni della specialità c.d. in concreto⁵⁷. Ciò nonostante, le teorie moniste tendono ad allargare le maglie della struttura del suddetto principio data l'insufficienza che tale criterio può comportare nella delineazione dell'*idem factum*. Pertanto, dovrebbero accogliersi le teorie pluraliste, facendo cioè riferimento ad un secondo criterio, vale a dire quello della consunzione. "Esso dovrebbe operare in tutte quelle situazioni che non trovano soluzione mediante il criterio logico e astratto, ma mediante un assorbimento da parte della fattispecie più grave che contiene ed esaurisce integralmente il disvalore del fatto. "Nella consunzione prevale così la norma che esaurisce il significato antiggiuridico del fatto, che prevede il trattamento penale più severo. In definitiva, l'oggettività giuridica non può e non deve assumere rilevanza nella specialità bensì nella consunzione, ove la valutazione riguarda i beni giuridici tutelati dalle norme. Consumante diviene la fattispecie che tutela un bene giuridico che ricomprende al suo interno il bene protetto da quella consumata ovvero un bene

⁵⁵ «Dispone l'art 15 c.p.: "quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilita". Il rapporto di specialità tra fattispecie implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie "generale" siano contenuti in un'altra fattispecie "speciale", la quale ne contiene a sua volta di ulteriori cosiddetti specializzanti».

G. Fiandaca, E.Musco in *Diritto penale parte generale* p. 717.

⁵⁶C. SILVA, Ne bis in idem *sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio in Giurisprudenza Italiana*, dal 1849, UTET GIURIDICA.

⁵⁷ "Quelle [ipotesi] in cui un medesimo fatto concreto è riconducibile a due o più figure criminose, pur se tra le medesime non sussiste «in astratto» un rapporto di genere a specie"

G. Fiandaca, E.Musco in *Diritto penale parte generale* p. 719.

giuridico sopra ordinato rispetto a quello della norma soccombente, ovvero il medesimo bene giuridico tutelato però più intensamente, o tutelato insieme anche ad altro bene giuridico nel caso di norma consumante plurioffensiva”⁵⁸. Tramite il confronto tra beni giuridici tutelati, pertanto, è possibile stabilire la capacità di una norma di esaurire il disvalore del fatto concreto e di assorbire dunque un’altra norma. La capacità di assorbimento della norma consumante e prevalente emerge nel trattamento sanzionatorio più severo”⁵⁹. Laddove dovesse esserci una coesistenza di entrambi i criteri, prevale quello di specialità.

Nonostante la citata interpretazione pluralista conduca a molteplici difficoltà pratiche, in quanto si fonda sul bene giuridico, è proprio l’analisi dello stesso a renderla favorita. Esso comunque rappresenta lo strumento fondante la legittimazione della norma penale e giustifica la sua applicazione nel caso concreto. Se da un lato il criterio della consunzione implica una maggiore discrezionalità rispetto al criterio della specialità, dall’altro esso è sorretto da logiche di ragionevolezza. «Ciò è d’altra parte inevitabile, se non si vuol commettere, da un altro punto di vista, un’uguale o più grave ingiustizia»⁶⁰.

3 Analisi logico-sistematica: tipologie di *ne bis in idem* e chiarificazione didattica.

Giunti a questo punto della trattazione risulta doveroso effettuare una attività didattico-sistematica riguardo le molteplici figure del *ne bis in idem*. Tale operazione non è fine a se stessa in quanto assume un ruolo di chiarificazione per tutto ciò che seguirà nei successivi capitoli. Come detto, tale principio ha un ambito di operatività molto ampio, per questo non risulta difficile inquadrarlo e analizzarlo in relazione a tutti gli argomenti che tocca. Ecco che la dottrina tende sempre maggiormente a differenziarne le varie

⁵⁸ C. SILVA, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio* in *Giurisprudenza Italiana*, dal 1849, UTET GIURIDICA

⁵⁹ C. SILVA, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio* in *Giurisprudenza Italiana*, dal 1849, UTET GIURIDICA

⁶⁰ Così MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 78 e 81. Vd anche PAGLIARO, «Concorso di norme (dir. pen.)», cit., 554.

sfaccettature, creando un sistema di ramificazioni passibile di confusione.

Oltre infatti alla basilare differenziazione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale (*supra* par. 2.3), la dottrina (e anche la giurisprudenza) parla di *ne bis in idem estradizionale* e *ne bis in idem esecutivo*, usati per delineare la posizione che il divieto di doppio giudizio assume in ambito internazionale.

Altra ipotesi attinente al principio in parola e di difficile applicazione pratica è rappresentata dal doppio binario sanzionatorio, verificatosi in tutti quei casi di interdipendenza disciplinare tra il procedimento penale ed altri procedimenti, in particolare quello amministrativo. In particolare potrebbe verificarsi una pendenza omogenea (qualora in due Stati diversi si iniziano due procedimenti penali – ipotesi che può attere principalmente al fenomeno della litispendenza europea) oppure eterogenea (qualora la materia sia penale o diversamente qualificata). Nella predetta statuizione si potrebbe concretizzare sia un *ne bis in idem* di stampo processuale (la pendenza di due giudizi, l'uno penale l'altro extrapenale, sia contemporanei che consecutivi), sia un *ne bis in idem* sostanziale (riguardante l'irrogazione di duplici sanzioni, l'una penale e l'altra amministrativa). Appare chiaro come si verifichi, nella materia oggetto d'esame, una diramazione e un intreccio che necessita di essere sciolto (nei limiti dell'attuazione normativa) ai fini di una tutela piena e consolidato dell'imputato.