

**NE BIS IN IDEM E "DOPPIO BINARIO" SANZIONATORIO: PRIME
RIFLESSIONI SUGLI EFFETTI DELLA SENTENZA "GRANDE STEVENS"
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.**

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TAVOLA ROTONDA SU:

*"IL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM TRA GIURISPRUDENZA EUROPEA E DIRITTO
INTERNO"*

ROMA, 23 GIUGNO 2014

Gaetano De Amicis

Sommario: 1. Il *decisum*. - 2. Un nuovo diritto fondamentale. - 3. I principi affermati nella sentenza "Fransson" e il ruolo del giudice nazionale. - 4. Le divergenze interpretative con la giurisprudenza della Corte EDU. - 5. Due precedenti rilevanti della Corte di Giustizia: il caso "Bonda". - 6. *Segue*: il caso "Spector Photo Group". - 7. L'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di "doppio binario sanzionatorio". - 8. Un dialogo problematico. - 9. I recenti interventi del legislatore europeo: la direttiva 2014/57/UE ed il regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato. - 10. Le prime risposte della giurisprudenza nazionale. - 11. Il necessario raccordo con gli obblighi di fonte convenzionale ed eurounitaria. - 12. Le possibili soluzioni interpretative. - 13. Un quadro problematico ancora aperto.

1. Il *decisum*. - Con la sentenza del 4 marzo 2014, la Seconda Sezione della Corte EDU ha pronunciato nella causa *Grande Stevens e altri contro Italia*, rilevando, nel sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, una violazione del diritto all'equo processo (art. 6, § 1, CEDU) e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte (art. 4, Protocollo n. 7).

Riguardo alla prima violazione, la Corte ha individuato la presenza di taluni vizi nel procedimento amministrativo sanzionatorio svoltosi davanti alla CONSOB, ponendo in rilievo, da un lato, l'assenza di contraddittorio - per il fatto che la relativa sanzione è stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti - e, dall'altro lato, il mancato svolgimento di un'udienza pubblica, ritenuta necessaria non solo per la presenza di una controversia vertente sulla ricostruzione del fatto, ma anche per il rischio di vedersi applicate sanzioni particolarmente severe; ha, infine, evidenziato, quale elemento rilevante ai fini della sua valutazione, l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (ossia, il Presidente della CONSOB).

Con specifico riferimento al secondo profilo esaminato, inoltre, la Corte EDU ha osservato che, dinanzi alla CONSOB e nell'ambito del procedimento penale, ai ricorrenti era stata contestata, sulla base delle diverse disposizioni di cui agli artt. 185 e 187-*ter* t.u.i.f., entrambe aventi ad oggetto condotte in materia di manipolazione del mercato, una "unica e medesima condotta commessa da parte delle stesse persone nella stessa data", con la conseguenza che l'azione penale riguardava un secondo «illecito», scaturito da fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva in sede amministrativa.

Passato in giudicato il procedimento originato dalla contestazione dell'illecito amministrativo di cui all'art.187- *ter*, e rilevata la pendenza di quello penale, avente ad oggetto l'omologa accusa del delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.i.f., la Corte EDU ha richiamato la propria elaborazione 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 dinanzi ai giudici penali "fossero riconducibili alla stessa condotta" (§ 224).

Muovendo da tali premesse argomentative, la Corte ha dunque concluso nel senso della medesimezza dei fatti, che in entrambi i procedimenti si erano concretati nell'aver dichiarato in una comunicazione al mercato che una società non aveva avviato né messo a punto iniziative concernenti la scadenza di un contratto di finanziamento, nonostante un accordo di modifica dell'*equity swap* fosse stato già esaminato e concluso (§§ 225 ss.).

2. Un nuovo diritto fondamentale. - Il principio del *ne bis in idem*, originariamente confinato nei ristretti limiti di una dimensione territoriale nazionale, è oggi divenuto un diritto fondamentale del cittadino europeo, dispiegando i suoi effetti nel territorio di tutti gli Stati membri dell'U.E., attesa la natura di fonte primaria della Carta dei diritti fondamentali (art. 50), che concorre, assieme alla previsione di altri diritti di pari rilevanza, a garantire la costruzione di un equo processo fondata sui principi di stabilità e certezza del diritto, nel rispetto del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

La formulazione stessa dell'art. 50 evoca la più ampia forma di tutela, dilatandone l'incidenza sull'intero territorio degli Stati membri dell'UE, nella dimensione propria di un principio generale del diritto eurounitario, a norma dell'art. 6, par. 2, TUE. In tal modo, la relativa previsione della Carta supera la necessità di rinviare a disposizioni di singoli ordinamenti nazionali ed assume la

funzione di una garanzia generale, applicabile ogni qual volta si sia formato un giudicato su un medesimo fatto, commesso dalla stessa persona¹.

Un fondamentale presidio di garanzia, dunque, che tende a superare, nella logica espansiva propria dei diritti fondamentali, i confini territoriali assegnati al medesimo principio nel sistema CEDU, che ne circoscrive la rilevanza, *ex art. 4, Prot. 7*, ai soli procedimenti penali ricadenti nella giurisdizione territoriale di uno Stato parte.

Lo scenario europeo, peraltro, si contraddistingue per un'accentuata frammentazione di fonti normative volte a consacrare la centralità di tale principio, segnatamente l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nell'ambito dello stesso ordinamento eurounitario, ad es., la giurisprudenza ha ricostruito in maniera differente il perimetro di applicazione del principio, poiché la valutazione dell'identità dell'interesse giuridico tutelato da una norma figura tra gli elementi costitutivi del *ne bis in idem* solo nell'ambito dei procedimenti per la violazione delle regole sulla concorrenza, mentre tale profilo non viene preso in considerazione ove si tratti di affrontare i problemi legati alla possibile duplicazione dei procedimenti penali (Corte di giustizia, Aalborg Portland, C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00 e C-217/00, 7 gennaio 2004).

Questa frammentazione è, talora, alla base di una ben comprensibile aspirazione ad una *reductio ad unum* della portata del *ne bis in idem* europeo (Corte di giustizia, Toshiba, C-17/10, conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'8 settembre 2011, punto 117)².

Rilevante, in tal senso, appare la traiettoria interpretativa che ha interessato la nozione di *idem factum*, quale elemento costitutivo del principio.

A fronte del tradizionale orientamento della Corte di giustizia³, volto a qualificare l'identità del fatto dal punto di vista storico-materiale, la Corte europea dei diritti umani aveva in passato sostenuto un'accezione formale e più restrittiva, coincidente con la qualificazione giuridica della condotta, sino a mutare il proprio indirizzo nel 2009, quando ha optato per una più ampia lettura del requisito,

¹ A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Spazio europeo e diritti di giustizia*, a cura di A. Di STASI, Cedam, 2014, 30 ss. .

² Al riguardo, v. S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2013, n. 7, 574 ss. .

³ C. giust., Van Esbroeck, C-436/04, 9 marzo 2006, §§ 27 - 36.

incentrata sull'identità del fatto materiale, sanando in tal modo la discrasia giurisprudenziale creatasi con il canone interpretativo seguito dalla Corte di Giustizia ⁴.

La portata del principio, secondo la Corte EDU, va intesa come divieto di giudicare una persona per una seconda "infrazione", qualora questa scaturisca dagli stessi fatto o da fatti sostanzialmente identici: dal raffronto fra gli atti dei vari procedimenti, dunque, è possibile desumere la presenza del requisito dell'identità sostanziale dei fatti posti alla base degli addebiti, assumendo quali parametri di riferimento l'insieme delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissolubilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio.

A questa tendenziale convergenza interpretativa si affianca, altresì, il disposto dell'art. 52, comma 3, della Carta, in virtù del quale l'UE si impegna a garantire un livello di tutela dei diritti fondamentali almeno pari a quello assicurato nel sistema CEDU, conservando la possibilità di concedere una protezione più estesa.

Proprio in questa prospettiva appare opportuno ricostruire la questione giuridica analizzata dalla Corte di Strasburgo nel caso di specie, ossia il controverso tema della coesistenza di un procedimento amministrativo e di un altro di natura penale, destinati a sanzionare il medesimo soggetto in relazione alle stesse vicende storico-fattuali oggetto di giudizio.

Sul punto, la Corte europea dei diritti umani, rafforzando in misura significativa la tutela sottesa al divieto di doppio giudizio, ha ribadito il principio secondo cui anche l'inflizione di una sanzione amministrativa definitiva può precludere l'avvio di un procedimento penale nei confronti della medesima persona, in relazione agli stessi fatti che le vengono addebitati ⁵.

Pur avendo sempre riconosciuto agli Stati parti un certo margine di apprezzamento, senza porne in discussione le scelte sanzionatorie, la Corte EDU si è più volte espressa sul concetto di "natura penale" della controversia al fine di superare la varietà delle impostazioni di politica criminale seguite dai vari ordinamenti nazionali, con l'obiettivo di garantire all'individuo una protezione rafforzata di fronte all'esercizio dello *ius puniendi* da parte delle autorità statali: una persona, dunque, non può essere nuovamente sanzionata per lo stesso

⁴ Corte EDU, [GC], Zolotukhin c. Russia, n. 14939/03, 10 febbraio 2009, §§ 83 - 84.

⁵ Corte EDU, Zolotukhin c. Russia, *cit.*, nonché Corte EDU, Ruotsalainen c. Finlandia, n. 13079/03, 16 giugno 2009.

comportamento con il pretesto che si tratti di una misura amministrativa o disciplinare ⁶.

Siffatta estensione della sfera applicativa del *ne bis in idem*, peraltro, non opera in via generale, ma solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfoci in un provvedimento particolarmente afflittivo.

Sin dagli anni '70, invero, la Corte di Strasburgo ha inteso supportare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, in base al quale la reale natura delle misure sanzionatorie previste negli ordinamenti nazionali viene apprezzata alla luce delle loro concrete peculiarità e conseguenze e non in forza della mera qualificazione giuridica ad esse riconosciuta. In particolare, la Corte EDU ha eletto la qualificazione dell'infrazione, la sua natura e l'intensità della sanzione comminata a criteri discretivi di riferimento, idonei a rivelare l'essenza penale di un determinato provvedimento ⁷.

Una linea interpretativa, questa, che pare agevolmente rinvenibile anche alla base dell'*iter* argomentativo sviluppato dall'Avvocato generale e dalla Corte di giustizia nel caso Fransson.

Il primo, tuttavia, mira ad evidenziare come il ricorso congiunto a sanzioni amministrative e penali, seppure mitigato in molti ordinamenti in modo tale da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità delle pene, sia fortemente radicato negli Stati membri, tanto da poter essere elevato al rango di tradizione costituzionale comune.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia, senza recepire formalmente tale impostazione argomentativa, né rischiare di produrre evidenti fratture interpretative rispetto al sistema della CEDU, ha orientato il proprio convincimento, almeno in apparenza, nel senso di una tendenziale assonanza con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Pur senza evocare il contributo di quest'ultima e, al contempo, senza sconfessare le precedenti pronunce nelle quali aveva sostenuto la natura autonoma del principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento UE, la Corte di Lussemburgo ha rammentato che gli Stati membri sono liberi di definire tipologia e *quantum* di sanzioni per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. In linea di principio, dunque, essi sono legittimati a ricorrere contestualmente a misure amministrative e

⁶ S. ALLEGREZZA, *Sub Art. 4, Prot. 7, in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY; Cedam, 2012, 898 ss. .

⁷ Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976.

penali, purché la formale qualificazione delle prime non celi in realtà un'indebita duplicazione punitiva, in spregio al divieto di doppio giudizio.

In quest'ultimo caso, infatti, sono i criteri della sentenza Engel a soccorrere l'interprete nel ritenere applicabile l'art. 50 della Carta. In particolare, la valutazione sulla compatibilità del cumulo di sanzioni con il principio del *ne bis in idem* spetta in via prioritaria al giudice nazionale e può anche poggiare sugli *standards* di tutela interni, purché ciò non infici il livello di protezione assicurato dalla Carta ed il primato del diritto UE.

La Corte di Lussemburgo, inoltre, inserisce in conclusione un inciso foriero di dubbi interpretativi non secondari: la possibilità da parte del giudice interno di rilevare e censurare una duplicazione punitiva, infatti, trova un limite nella circostanza che la sanzione residua rispetti i canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività, imposti a più riprese dal diritto dell'U.E. e derivanti dall'esigenza di garantire la sua piena effettività in sede statale.

3. I principii affermati nella sentenza "Fransson" e il ruolo del giudice nazionale. - Quali, dunque, i nodi problematici che vengono in rilievo nell'ipotesi in cui l'applicazione del divieto di doppio giudizio evidenzia una lacuna sotto questo profilo?

A rigore, lo *status* accordato ai diritti fondamentali nell'ordinamento UE dovrebbe motivare una valutazione di prevalenza dell'art. 50 della Carta, ma una simile scelta da parte dell'autorità giudiziaria interna determinerebbe il conseguente obbligo in capo allo Stato di adottare ogni misura necessaria a rispettare i crismi delle sanzioni volte a garantire l'effettività del diritto UE, con l'ulteriore rischio di determinare una persistente violazione del divieto di doppio giudizio.

Al riguardo, allora, è opportuno richiamare il quadro di principii delineato dalla Corte di Giustizia con la sentenza Fransson:

a) l'art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione europea (§ 34);

b) ciò nonostante, "qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona" (§ 34);

c) ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione, come delineati nella sentenza "Bonda" (§ 35);

d) *"spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive"* (§ 36).

4. Le divergenze interpretative con la giurisprudenza della Corte EDU. - E' evidente che, in tal modo, la Corte di Giustizia giunge ad accogliere con la sentenza Fransson una interpretazione dell'art. 50 CDFUE, nella parte in cui riconosce il *ne bis in idem* interno, parzialmente diversa da quella effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU.

Nessun riferimento è stato effettuato espressamente dalla Corte di Giustizia al disposto di cui all'art. 4, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, nonostante la previsione di cui all'art. 52, § 3, CDFUE, debba essere letta alla luce delle Spiegazioni di corredo della Carta dei diritti fondamentali.

Se, da un lato, i giudici eurounitari hanno richiamato i criteri della sentenza "Bonda" - che a loro volta fanno riferimento ai criteri Engel elaborati dalla Corte europea - per accertare la natura penale delle sanzioni fiscali, dall'altro lato essi sembrano essersene in parte discostati con l'affermazione contenuta nel § 36, in cui vengono in giuoco diverse esigenze (anche) attinenti ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione.

Le statuizioni contenute nel § 36 della sentenza, infatti, consegnano direttamente al vaglio deliberativo del giudice interno il compito di sciogliere quel nodo interpretativo.

Se, però, è tendenzialmente chiaro che il soggetto chiamato ad operare tale valutazione sarà il giudice comune, meno chiaro è il tipo di valutazione che egli dovrà compiere.

In primo luogo, l'oggetto della valutazione sembra mutare rispetto a quanto affermato in linea di principio dalla Corte di Giustizia (§ 34) e in generale dalla Corte europea (con riferimento all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU), non concernendo più la sola natura penale delle sanzioni (illeciti, procedure) fiscali da cui scatterebbe, in

caso di esito positivo, la preclusione processuale *ex art. 50 CDFUE* come accade, di regola, per l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, ma il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (di natura penale) per lo stesso fatto.

In secondo luogo, è assai dubbio stabilire, sul piano interpretativo, quali siano il tipo e la misura dello *standard* di protezione (interno o eurounitario) di cui dovrà tener conto il giudice nazionale nella sua valutazione ⁸.

Certamente, però, nell'area semantica degli "*standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali*", e dunque nell'ambito di tale delicata operazione di bilanciamento, sono ricomprese anche le norme sub-costituzionali rappresentate dalle norme convenzionali secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo, con il conseguente rilievo di una supremazia, sia pure indirettamente affermata, della Carta rispetto alla CEDU⁹.

Infatti, la "non compromissione del livello di tutela previsto dalla Carta" (come interpretata dalla Corte di Giustizia) e, soprattutto, il principio della "non compromissione del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione" (rimarcato anche nella coeva sentenza Melloni del 26 febbraio 2013, C 399/11, § 60), stanno a significare che la Corte di Lussemburgo intende applicare esclusivamente, "senza cedevolezza", il suo diritto (art. 50), con la conseguenza che l'eventuale contrasto della norma interna con i diritti fondamentali (ossia, con la loro attuazione in via interpretativa da parte della Corte di Strasburgo) non può comportare comunque la "compromissione del primato o l'effettività" del diritto dell'UE ¹⁰.

Dunque, l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE pare discostarsi da quella abitualmente fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, giacché si concretizza in una lettura tendenzialmente restrittiva del divieto di un secondo giudizio, se non altro per il fatto che tale diritto deve essere bilanciato dal giudice nazionale con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali.

Si è rilevato, in dottrina, che non pare chiaro sino a che punto potranno spingersi i giudici interni nell'interpretazione dell'art. art. 50 CDFUE, senza esporre al contempo lo Stato membro al rischio di una condanna da parte della Corte europea ¹¹.

⁸ D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013, 5 ss. .

⁹ P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2014, 14 ss. del dattiloscritto

¹⁰ P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, *cit.*, 14 ss. del dattiloscritto.

¹¹ D. VOZZA, *cit.*, 8.

5. Due precedenti rilevanti della Corte di Giustizia: il caso “Bonda”. - V'è da osservare, peraltro, che la soluzione accolta nella sentenza Fransson, presenta elementi differenziali rispetto a quella adottata dai giudici eurounitari nella decisione “Bonda”¹², che si ricollega anch'essa all'applicazione del divieto di *bis in idem*.

Il rinvio pregiudiziale, in questo caso, era stato 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 (art. 297 § 1 c.p. polacco), 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.

La Corte di Giustizia, dopo aver ribadito, alla luce dei propri precedenti giurisprudenziali (sostanzialmente fondati sul richiamo ai medesimi criteri direttivi accolti dalla Corte EDU), che non hanno natura penale (ma amministrativa) le sanzioni disposte da normative di politica agricola comune, quali l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un regime di aiuti, ha affermato che la natura amministrativa delle misure previste dall'art. 138 § 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004, non è rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla nozione di “procedura penale”, ai sensi dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU.

Dunque, nella giurisprudenza eurounitaria la “materia penale” può essere definita, allo stato, secondo una “geometria variabile”, le cui linee ricostruttive possono essere diversamente tracciate a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, del contesto normativo e fattuale di riferimento e, ovviamente, dell'interpretazione operata nel caso concreto sottoposto alla cognizione della Corte¹³.

6. Segue: il caso “Spector Photo Group”. - La sentenza “Spector Photo Group” del 23 dicembre 2009¹⁴ ci offre, proprio nella materia degli abusi di mercato, un'indicazione interessante, anche se non risolutiva, laddove la Corte di Giustizia afferma (nei §§ 76-77) che l'art. 14, n. 1, della direttiva 2003/6 - che esige dagli Stati membri che le misure o le sanzioni amministrative da essi imposte alle persone

¹² Corte giust., C-489/10, Bonda, 5 giugno 2012.

¹³ D. VOZZA, *cit.*, 9.

¹⁴ Corte giust., C-45/08, Spector Photo Group, 23 dicembre 2009, §§ 74-77.

responsabili di un abuso di mercato, come un abuso di informazioni privilegiate, siano efficaci, proporzionate e dissuasive, fatto salvo il diritto degli Stati membri d'infliggere sanzioni penali - non può essere interpretato nel senso di imporre alle autorità nazionali competenti l'obbligo di prendere in considerazione, nella determinazione di una sanzione finanziaria amministrativa, la possibilità d'infliggere un'eventuale sanzione finanziaria penale ulteriore.

Ne consegue che la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un'ipotetica sanzione penale ulteriore.

Inoltre, il vantaggio economico risultante da un abuso di informazioni privilegiate, secondo i Giudici di Lussemburgo, può costituire un elemento pertinente ai fini della determinazione di una sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva, ma il metodo di calcolo di tale vantaggio economico e, in particolare, la data o il periodo da prendere in considerazione rientrano nel diritto nazionale.

E' significativo rilevare che uno dei principali argomenti difensivi sottoposti alla Corte EDU dal Governo italiano riguardava il rilievo che sarebbe stato proprio il diritto dell'Unione europea a consentire il ricorso ad una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari, attraverso la disposizione di cui all'articolo 14 della direttiva 2003/6¹⁵.

Al riguardo, in effetti, la Corte EDU ha svolto nella pronuncia in esame una breve analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea - pur precisando che il suo compito non è di interpretarne le statuizioni - ed ha osservato, correttamente, che nella su citata sentenza del 23 dicembre 2009 essa ha stabilito che l'art. 14 della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri dell'UE di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad enunciare che essi sono tenuti a vigilare affinché siano applicate

¹⁵ L'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato - Gazzetta ufficiale n. L 096 del 12/04/2003 pp. 0016-0025) dispone: «1. Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive. 2. La Commissione stila, in conformità della procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 2, un elenco indicativo delle misure e delle sanzioni amministrative di cui al paragrafo 1. 3. Gli Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12. 4. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente possa divulgare al pubblico le misure o sanzioni applicate per il mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva, salvo il caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.»

sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva.

Secondo la Corte EDU, inoltre, la Corte di Lussemburgo ha “messo in guardia” gli Stati membri che tali sanzioni amministrative possono, ai fini dell’applicazione della Convenzione, essere qualificate come sanzioni penali.

Nella pronuncia qui esaminata, tuttavia, i Giudici di Strasburgo omettono di considerare gli ulteriori passaggi motivazionali significativamente dedicati dalla Corte di Giustizia ai criteri di valutazione che le autorità nazionali devono utilizzare nell’esercizio del correlativo potere qualificatorio.

Criteri rilevanti, che in qualche misura sembrano aver anticipato l’assetto interpretativo che avrebbe preso forma nella trama argomentativa successivamente delineata, con maggior precisione, nella motivazione della sentenza *Fransson*.

7. L’evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di “doppio binario sanzionatorio”. - L’elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, ribadita anche nella motivazione della pronuncia *Grande Stevens*, è invece costante nell’affermare il principio opposto, poiché nel suo canone esegetico non soltanto può non rilevare la qualificazione dell’infrazione fornita dal diritto degli Stati membri, ma non spetta in nessun caso al giudice nazionale il compito di valutare la “natura penale” della prima sanzione, poiché è la sola Corte EDU a poter accertare la reale sostanza dell’infrazione, così, di fatto, estromettendo il giudice nazionale dall’esercizio di ogni potere qualificatorio.

Ulteriori complicazioni, peraltro, possono derivare dal fatto che nella elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo talune pronunzie utilizzano criteri aggiuntivi per definire il concetto di materia penale: in un caso, ad es., si è precisato che una sanzione tributaria lieve non costituisce di per sé un fattore decisivo per escludere la natura penale dell’illecito ¹⁶, mentre in un altro caso si è affermato che qualora la procedura fiscale e la procedura fiscale-penale avviate contro un medesimo ricorrente siano “legate tra di loro, in maniera da non essere sufficientemente distinte”, vi è una estensione delle garanzie dell’art. 6 CEDU anche alla procedura fiscale ¹⁷.

Questa seconda decisione, in particolare, assume un certo rilievo, poiché tende a sviluppare un ulteriore criterio (di natura processuale) per la qualificazione giuridica di un illecito come penale.

¹⁶ Corte EDU, GC, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, §§ 29-39.

¹⁷ Corte EDU, *Chambaz c. Svizzera*, 5 aprile 2012, §§ 36-49.

Ed ancora, nel percorso argomentativo della sentenza Grande Stevens la sentenza Fransson viene solo parzialmente menzionata (nel § 229), richiamando, sì, l'affermazione secondo cui, in virtù del principio del *ne bis in idem*, "uno Stato può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale", ma omettendo di confrontarsi criticamente con le implicazioni dei passaggi motivazionali, ben più significativi, che la Corte di Giustizia dedica alla valutazione giudiziale "interna" del possibile rilievo del cumulo delle sanzioni e delle sue eventuali ricadute sui limiti applicativi del principio.

Va infine ricordato che, anche successivamente, la Corte EDU ha confermato *in toto* il proprio orientamento, pronunciandosi il 20 maggio 2014 nel caso *Nikänen c. Finlandia*, ove ha condannato lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* in relazione ad una ipotesi di doppio binario sanzionatorio (penale-amministrativo) presente nella legislazione tributaria finlandese. Nel caso appena citato, le autorità fiscali finlandesi avevano inflitto al ricorrente una sanzione amministrativa pecuniaria (sovrattassa) pari alla somma di 1.700 euro. Nel procedimento penale iniziato nel 2008 per gli stessi fatti, egli era stato condannato dalla Corte di appello di Helsinki (con sentenza poi confermata dalla Corte suprema finlandese) per frode fiscale ad una pena di 10 mesi di reclusione e al pagamento di 12.420 euro (somma pari all'importo delle tasse evase).

La Corte EDU, nel ribadire i criteri direttivi elaborati a partire dalla sentenza Engel, ha concluso nel senso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione, precisando, inoltre, *che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo.*

8. Un dialogo problematico. - Questa diversità di opinioni sul ruolo e sull'estensione dei poteri del giudice nazionale è stata subito colta nelle riflessioni avviate da un'attenta dottrina¹⁸ poiché essa involge la stessa articolazione delle linee-guida di un sereno e fecondo dialogo tra le Corti, affondando le sue radici in una visibile linea di frattura tra il sistema interno e quello convenzionale.

¹⁸ N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 907 ss.; P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2014, 17 ss. del dattiloscritto.

E' evidente, infatti, che in un sistema basato sul principio costituzionale della riserva di legge il giudice nazionale è vincolato dalla definizione normativa del fatto come reato o illecito amministrativo secondo la legislazione nazionale.

Sotto altro, ma connesso profilo, egli sarà comunque obbligato al rispetto dei vincoli derivanti dal quadro normativo eurounitario in tema di valutazione della compatibilità della doppia sanzione, e potrà, se del caso, ritenere che, non essendo la prima sanzione inflitta di natura penale (perché non qualificata in tal senso dall'ordinamento nazionale, né tale ritenuta dal diritto dell'Unione), lo *standard* di tutela nazionale rispetto al principio del *ne bis in idem* non è stato affatto violato.

Valutazione, questa, che rischia però di collidere frontalmente con il quadro delle garanzie convenzionali tracciato dalla Corte EDU, poichè, assumendo che lo *standard* nazionale di tutela possa essere integrato anche dai principii della Convenzione e del Protocollo, il giudice nazionale ben potrà giungere alla conclusione di ritenere del tutto legittima un'ipotesi di applicazione della doppia sanzione secondo l'ordinamento nazionale, come interpretato nel prisma dell'art. 50 della Carta; al contempo, tuttavia, un'esegesi di tal fatta può rivelarsi illegittimamente preclusiva sul piano del rispetto delle garanzie convenzionali *ex* art. 4 del Protocollo n. 7, così come interpretato nella prospettiva "sostanzialistica" seguita dalla Corte di Strasburgo.

Se, dunque, la materia è oggetto, direttamente o indirettamente, di una copertura normativa di rilievo eurounitario, il giudice nazionale è abilitato a sviluppare una soluzione interpretativa in senso conforme ai Trattati o al loro diritto derivato, ma potrebbe al tempo stesso infrangere la sostanza del medesimo principio nella diversa prospettiva convenzionale.

Sarebbe possibile, in casi del genere, delineare il percorso di un'interpretazione conforme da parte del giudice nazionale sul contenuto e i limiti del vaglio di compatibilità della doppia sanzione?

Al riguardo, muovendo dalla linea interpretativa tracciata nella sentenza Fransson, si è rilevato che, allorquando la doppia sanzione deriva dal recepimento in sede nazionale di una disposizione normativa eurounitaria (come verificatosi, appunto, nel caso degli abusi di mercato), occorre distinguere l'ipotesi in cui l'operato degli Stati membri sia direttamente determinato dal diritto UE (ad es., un regolamento), non risultando in tal caso alcuno spazio applicativo per gli *standards* nazionali più elevati (con il conseguente rischio, per gli Stati che hanno aderito al Prot. 7, di scegliere tra una possibile violazione degli obblighi euro-unitari ovvero di natura convenzionale), dalla diversa ipotesi in cui l'operato degli Stati membri non

sia interamente oggetto di disciplina del diritto dell'Unione (ad es., quando il doppio binario sanzionatorio è l'effetto della trasposizione di una direttiva), poiché in tale diversa evenienza l'applicabilità del parametro convenzionale, ossia del divieto di *bis in idem* posto dall'art. 4 del Prot. 7, resta subordinata ad una discrezionale valutazione del giudice nazionale, nel senso che il sistema sanzionatorio nazionale, anche in assenza del cumulo di sanzioni, risulti comunque idoneo ad assicurare l'adempimento effettivo degli obblighi posti dall'ordinamento UE: se così non fosse, l'eliminazione del cumulo sanzionatorio si porrebbe in contrasto con tale diritto ¹⁹.

Una ipotesi interpretativa, questa, i cui esiti decisori rischiano di aprire la strada ad una eccessiva elasticità dei margini di discrezionalità dell'interpretazione, e, forse, ad un soggettivismo giurisprudenziale non meno pericoloso di quello che potrebbe verificarsi affidandosi a moduli esegetici esclusivamente incentrati sulla valorizzazione del profilo sostanziale della "materia penale" e, per converso, sulla dequotazione dei criteri formali di individuazione del tipo di illecito.

9. I recenti interventi del legislatore europeo: la direttiva 2014/57/UE ed il regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato. - La linea di tendenza seguita dal legislatore europeo nell'incentivare il ricorso a forme di doppio binario sanzionatorio, peraltro, appare ancor più rafforzata alla luce delle connotazioni assunte dal nuovo quadro normativo delineato dal Parlamento UE e dal Consiglio per prevenire e reprimere le violazioni relative agli abusi di mercato.

Il nuovo impianto sanzionatorio messo in campo con la recente direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014²⁰ è funzionale a garantire l'integrità dei mercati, poiché dal rapporto della Commissione europea è emerso che la precedente direttiva 2003/6 non è stata attuata in modo adeguato in tutti gli Stati membri. Essi, infatti, hanno predisposto unicamente misure amministrative, che alla prova dei fatti, si sono mostrate inadeguate. Si è, inoltre, rilevato che l'assenza di sanzioni penali incide in modo negativo sull'uniformità delle condizioni operative del mercato interno.

Proprio per ovviare a tali mancanze, la nuova direttiva chiede agli Stati membri sanzioni più efficaci, in grado di svolgere un effetto dissuasivo almeno per i reati più gravi.

¹⁹ N. LAZZERINI, *cit.*, 908.

²⁰ G.U.U.E., 12 giugno 2014, L 173/179 ss. .

La sanzione – si precisa nella direttiva – deve essere proporzionata ai profitti conseguiti da chi commette il reato e ai danni provocati anche ai mercati e all'economia in generale. Per i reati previsti dagli articoli 3 a 5 (abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate, comunicazione illecita di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato) la durata massima della pena non potrà essere inferiore ai 4 anni. Tra le altre sanzioni, poi, gli Stati potranno prevedere l'esclusione dal godimento di contributi o sovvenzioni pubblici; l'interdizione temporanea o permanente all'esercizio di un'attività d'impresa; l'assoggettamento a controllo giudiziario; provvedimenti giudiziari di liquidazione; la chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato.

Il termine ultimo per il recepimento di tale strumento normativo è fissato alla data del 3 luglio 2016.

Assieme alla direttiva sulle sanzioni, peraltro, è stato pubblicato il regolamento UE n. 596/2014 relativo agli abusi di mercato²¹, che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (abusi di mercato), nonché la direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

Accanto all'obiettivo di una più decisa penalizzazione di tali abusi, la combinazione tra le due prospettive sanzionatorie è ritenuta comunque possibile dalle istituzioni europee, poiché secondo il *considerandum* 22 della su citata direttiva gli obblighi ivi stabiliti di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche *non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale.*

Si individua, poi, quella che può rivelarsi una generale linea di confine tra le due tipologie di illecito e sanzioni, in modo da evitare possibili violazioni del *bis in idem* nei diversi Stati membri dell'Unione: nel *considerandum* 23, infatti, si precisa l'ambito di applicazione della direttiva in relazione al connesso strumento regolamentare (n. 596/2014), poiché mentre *le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla presente direttiva, almeno nei casi gravi, le*

²¹ G.U.U.E., 12 giugno 2014, L 173/1 ss..

sanzioni per le violazioni del regolamento (UE) n. 596/2014 non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi.

Nella medesima prospettiva, infine, il legislatore europeo tenta di individuare, in altre disposizioni della su citata direttiva (ad es. i *consideranda* 11 e 12), una serie di criteri di ordine generale per poter qualificare “gravi” gli illeciti di manipolazione del mercato e quelli di abuso di informazioni privilegiate, muovendo dal presupposto (*considerandum* 6) che è “essenziale rafforzare il rispetto delle norme sugli abusi di mercato istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative. Introducendo sanzioni penali almeno per le forme gravi di abusi di mercato, si stabiliscono confini chiari per i tipi di comportamenti che sono ritenuti particolarmente inaccettabili e si trasmette al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che tali comportamenti sono considerati molto seriamente dalle autorità competenti”.

10. Le prime risposte della giurisprudenza nazionale . - Muovendo ora il piano delle riflessioni sul diritto interno, v'è da osservare che le prime risposte della Corte di Cassazione sembrano orientarsi nel senso di una decisa valorizzazione della rilevanza tradizionalmente assunta dai tratti costitutivi del principio di legalità formale accolto nella nostra Costituzione.

10.1. Con sentenza del 17 dicembre 2013 - precedente al deposito, avvenuto il 4 marzo 2014, della decisione emessa dalla Corte EDU nella causa “Grande Stevens e altri contro Italia” - la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha affermato, riguardo alla definizione della vicenda in esame, che, sulla base del diritto vigente, l'azione penale non è improcedibile, perché preclusa ai sensi dell'art. 649 cod. proc. pen., in seguito alla irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto ²².

Proprio muovendo dalla valorizzazione degli enunciati interpretativi della sentenza Fransson, la Corte di Cassazione ha ritenuto infondata la richiesta volta ad ottenere una declaratoria di improseguibilità dell'azione penale, osservando che il presupposto formale del divieto di un secondo giudizio e della preclusione della *res iudicata* è costituito dalla sentenza penale - di condanna o di proscioglimento - ovvero dal decreto penale divenuti irrevocabili, “atteso l'incontestabile tenore

²² Sez. 1, 17 dicembre 2013, dep. 14 maggio 2014, n. 19915, in www.cortedicassazione.it.

dell'art. 649, comma 1, cod. proc. pen.", presupposto che, nel caso in esame, è stato ritenuto pacificamente carente.

La Corte ha significativamente aggiunto, poi, che sulla base del diritto vigente non è "plausibilmente prospettabile per l'interprete alcuno spiraglio per una diversa ermeneutica" nel senso, prospettato dalla difesa, di una interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., che miri ad estendere il divieto in relazione ai pregressi giudizi relativi al medesimo fatto sanzionato come violazione amministrativa, ossia nel senso di ritenere la nozione di "reato" sostanzialmente equipollente al concetto di "infrazione".

Un'esegesi di tal fatta, dunque, viene ritenuta *"in contrasto col dato testuale della legge nazionale"*.

10.2. Sostanzialmente non dissimile, nella *ratio* e nei contenuti argomentativi, appare un altro epilogo decisorio, maturato però nel diverso settore del diritto tributario.

Con una pronuncia della sez. VI civile, inoltre, la Corte di Cassazione ha pronunciato sul ricorso di un cittadino che, sul presupposto della irragionevole durata di una controversia tributaria, aveva chiesto l'equa riparazione²³.

Il presupposto del ricorso era fondato sulla "sostanza penale" da riconoscere alle sanzioni tributarie particolarmente afflittive, secondo quanto enunciato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, dunque, sul connesso rilievo che il relativo processo tributario, proprio in quanto vertente su una "materia penale", legittimasse l'assimilazione del processo tributario a quello penale, sia pure ai limitati fini dell'equa riparazione e a prescindere dalla soglia di imposta evasa e dalla sussistenza o meno della rilevanza anche penale dei fatti oggetto di controversia nel giudizio tributario.

La Corte di cassazione ha ritenuto di disattendere la domanda muovendo proprio dall'indirizzo interpretativo seguito dalla Corte di Giustizia nel caso Akerberg Fransson, ai cui principii ha inteso conformarsi.

Pur rilevando, infatti, che la Corte di Giustizia ha ampliato il novero degli elementi alla stregua dei quali il giudice nazionale è chiamato a decidere se le sanzioni tributarie assumano o no natura penale, la Suprema Corte ha osservato che il nostro sistema costituzionale è retto dal principio di stretta legalità nell'individuazione degli illeciti e delle sanzioni penali (art. 25 Cost.), principio

²³ Sez. VI, 13 gennaio 2014, n. 510, A.S. c. Ministero dell'Economia e delle Finanze.

recepito anche in sede di legislazione ordinaria nell'art. 1 cod. pen., e che è quindi demandato solo ed esclusivamente al legislatore il compito di procedere all'individuazione del tipo penale.

Discende da tale affermazione il logico corollario secondo cui “pare assai più conferente ancorare l'assimilabilità di una sanzione amministrativa (o tributaria) ad una sanzione penale solo in presenza di un riferimento normativo e non esclusivamente in base al requisito - che presenta indubbi caratteri di relatività - della afflittività della sanzione”, con l'ulteriore, significativo, rilievo che “*la decisione Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson si pone in perfetta armonia con i principi costituzionali dell'ordinamento italiano*”.

Conclusivamente, dunque, la Corte di cassazione ha ritenuto, nel caso di specie, del tutto corretta la decisione della Corte d'appello di escludere che il giudizio tributario in questione fosse ascrivibile all'ambito della materia penale.

10.3. Nella medesima prospettiva, poi, si colloca un'ulteriore pronuncia della Suprema Corte (8 aprile - 15 maggio 2014, n. 20266), la quale, ponendosi in linea con quanto già affermato in una recente decisione delle Sezioni unite (28 marzo 2013, n. 37425, Favellato), ha escluso che il concorso tra sanzioni amministrative e penali previste in caso di omesso versamento di ritenute (*ex art. 10-bis del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471*) possa costituire una violazione del principio del *ne bis in idem* fissato dalla Convenzione dei diritti dell'uomo.

Nel caso ora richiamato, l'imputato era stato assolto in primo grado dal reato di omesso versamento delle ritenute (*ex art. 10-bis del d.lgs. n. 74/2000*) e la sentenza era stata impugnata *per saltum* dal P.G.. Dinanzi alla Corte di cassazione il ricorrente ha sostenuto che, essendo intervenuta una sanzione per la stessa violazione della disciplina fiscale ai sensi dell'illecito amministrativo di cui all'art. 13 del d.lgs. 471/1997, l'eventuale condanna anche per il reato avrebbe comportato una violazione del principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia, poichè l'omesso versamento delle ritenute sarebbe stato punito sia come illecito amministrativo sia come illecito penale.

La Corte di Cassazione ha ritenuto inconferente il richiamo al precedente giurisprudenziale della Corte EDU, respingendo la tesi del *bis in idem* sul rilievo che la sanzione amministrativa tributaria non può essere considerata una sanzione avente natura penale e che l'omesso versamento-illecito amministrativo e l'omesso

versamento-illecito penale, essendo caratterizzati da elementi costitutivi parzialmente divergenti, non si trovano in un rapporto di specialità, bensì di progressione illecita, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni ²⁴.

11. Il necessario raccordo con gli obblighi di fonte convenzionale ed eurounitaria. - Sullo sfondo, peraltro, sembra progressivamente emergere un problema di non poco momento, giacché una normativa di recepimento degli obblighi di fonte eurounitaria che risulti incompatibile con l'*acquis* CEDU può comportare il rischio che lo Stato si trovi convenuto in giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo per l'ipotizzata violazione del sistema convenzionale nell'esecuzione degli atti dell'Unione.

Se, da un lato, il trasferimento di competenze ad un'organizzazione internazionale non esime tale Stato dal rispetto della Convenzione e se l'azione degli Stati è ritenuta compatibile, in via presuntiva, con gli obblighi CEDU (nella misura in cui la protezione offerta dal sistema UE possa ritenersi "equivalente" rispetto a quella garantita dal sistema CEDU sul piano sostanziale e procedurale), dall'altro lato la Corte europea²⁵ ritiene comunque possibile esercitare il suo scrutinio sugli statali di esecuzione ogni qual volta l'organizzazione lasci allo Stato un margine di discrezionalità circa le misure da adottare, ossia quando non si tratti di atti dotati di efficacia diretta, come ad es., i regolamenti. Negli altri casi, dunque, la legislazione nazionale non è sottratta all'eventuale controllo internazionale operato dalla Corte in via sussidiaria rispetto a quello esercitato dai giudici nazionali.

Sotto altro, ma connesso profilo, va considerata anche la posizione in linea generale espressa dalla Corte di Giustizia sin dal caso *Kamberaj*, dove si riconosce che, ai sensi dell'articolo 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali ²⁶.

Siffatta disposizione del Trattato UE, secondo la Corte di Giustizia, consacra il suo tradizionale orientamento giurisprudenziale, che vede nei diritti fondamentali

²⁴ V., sul punto, la nota critica di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014.

²⁵ Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, § 154.

²⁶ Corte giust., 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

una parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza.

L'art. 6, par. 3, tuttavia, non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale.

Discende da tale affermazione, dunque, che il rinvio operato da quella disposizione normativa alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e quella Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

12. Le possibili soluzioni interpretative. - Nel caso in esame si è avuto modo di rilevare che la Corte EDU, dopo aver ricondotto l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter t.u.f. alla *matière pénale*, con il conseguente effetto di assimilazione del relativo procedimento a quello vertente su una "*accusation en matière pénale*", ha concluso nel senso della medesimezza dei fatti, stabilendo il principio secondo cui non rileva accertare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, ma solo il diverso profilo che i fatti sussunti in esse, e giudicati nei due procedimenti, siano o meno i medesimi (§ 224).

Dal richiamo, sia pur parziale, ma in più occasioni operato dalla Corte EDU agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, sembra possibile evincere che ad essere messa in discussione - ed il rilievo può agevolmente estendersi anche al di là della materia degli abusi di mercato - non è tanto la possibilità che un sistema normativo preveda in taluni casi un doppio binario sanzionatorio, quanto la concreta configurazione che esso ha assunto nella disciplina adottata dal legislatore italiano ²⁷.

12.1. Entro questa prospettiva, per sciogliere i dubbi originati dalle situazioni di possibile antinomia normativa sembra comunque assumere un ruolo di centrale rilevanza il ricorso ad una estesa applicazione del principio di specialità sulla base della regola generale dettata nell'art. 9 della l. n. 689/1981.

E' la strada già intrapresa dalla Corte di Cassazione nel 2006, quando ha mostrato di valorizzare la clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 187-ter t.u.f.

²⁷ F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 628 ss. .

per escludere in concreto il cumulo sanzionatorio sullo stesso fatto manipolativo, attraverso l'individuazione, sul piano dell'inquadramento giuridico delle due fattispecie, del confine tra illecito penale e illecito amministrativo²⁸.

La S.C. ha infatti affermato che il reato di "manipolazione del mercato", previsto dall'art. 185 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, così come modificato dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, si caratterizza, differenziandosi dall'omologo illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter del D. Lgs. cit., anch'esso denominato di manipolazione del mercato, per la presenza di condotte *lato sensu* qualificabili come truffaldine o artificiose, idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, ed ha conseguentemente ritenuto corretta, sia pure in un caso di estradizione processuale, la qualificazione giuridica della Corte d'appello, che aveva collocato nell'ambito dell'art. 185 del D. Lgs. cit. la condotta di "conspiracy" dell'estradando finalizzata alla commissione di truffe e frodi in operazioni di borsa.

In applicazione del principio di specialità, la Corte di Cassazione ha incentrato il suo argomentare sulla disamina delle fattispecie in astratto tipizzate dal legislatore, facendo riferimento, per risolvere il problema della sovrapposizione normativa, al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato, presente solo nella disposizione penale, ed alla natura di fattispecie a tutela anticipata di pericolo astratto dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter del D.lgs. n. 58 del 1998, che non postula, alla stregua dell'omologa fattispecie penale, condotte qualificabili come truffaldine, idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari.

Muovendo da tale linea interpretativa si è proposto in dottrina²⁹ di "rileggere" la stessa clausola di salvezza con cui si aprono gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato nel senso di circoscrivere questi ultimi ai soli casi non regolati dalle corrispondenti fattispecie penali.

Valorizzando, pertanto, la clausola, pur di ambigua formulazione, contenuta nell'art. 187-ter, secondo cui sono fatte "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", l'illecito penale dovrebbe applicarsi in via esclusiva come norma

²⁸ Sez. 6, n. 15199 del 16 marzo 2006 - 3 maggio 2006, Rv. 234508.

²⁹ Cfr. A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *cit.*, 630; v., inoltre, la Relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario presso la Corte Suprema di Cassazione, n. 35/2014, 8 maggio 2014, in www.cortedicassazione.it, 27.

speciale più grave rispetto all'illecito amministrativo, quando siano ravvisabili in concreto quegli elementi aggiuntivi o ulteriori già enucleati dalla Cassazione nel 2006, rispetto alla fattispecie di illecito amministrativo descritta nella norma di cui all'art. 187-ter del d.lgs. n. 58 del 1998.

Non v'è dubbio, infatti, che il confronto tra le rispettive fattispecie, astrattamente considerate, induce a ritenere che la norma con elementi specializzanti è quella penale, che deve pertanto prevalere quando quegli elementi sussistano e siano ricavabili dai contenuti del tema d'accusa.

Una soluzione, questa, sostanzialmente incentrata sul regime di alternatività tra fattispecie potenzialmente concorrenti, che potrebbe risultare conforme al quadro convenzionale, ma che, per altro verso, lascerebbe aperta la strada, sempre sotto il profilo di un contrasto con il principio del *ne bis idem*, per una possibile questione di illegittimità costituzionale - ex art. 117 Cost. - della connessa disposizione di cui all'art. 187-terdecies t.u.f., che introduce un meccanismo limitativo della esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-septies³⁰.

Al riguardo, tuttavia, è necessario riflettere sul fatto che la nostra giurisprudenza tende ad applicare il principio di specialità sulla base del confronto tra elementi costitutivi di fattispecie tipiche in astratto considerate, e non tra fattispecie concrete (v., ad es., Sez. Un., n. 1963 del 2011, P.G. in proc. De Lorenzo, Rv. 248722), in ossequio al dato testuale dell'art. 9 della l. n. 689/81, che fa riferimento al "fatto tipico", ed in linea con gli stessi orientamenti interpretativi della Corte Costituzionale (v., ad es., Corte cost., n. 97/ 1987).

Una linea interpretativa, questa, la cui percorribilità rischia di porsi in contrasto con l'approccio "sostanzialistico" privilegiato dalla Corte EDU, la quale, per determinare se il nuovo procedimento si basi sui medesimi fatti che sono stati oggetto di una precedente condanna definitiva, ritiene che la questione da risolvere non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185, punto 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e ai giudici penali siano riconducibili o meno alla stessa condotta.

³⁰ F. D'ALESSANDRO, *cit.*, 630.

In senso critico rispetto ad un'interpretazione "convenzionalmente conforme" della clausola di riserva con cui si aprono le norme sanzionatorie amministrative in materia di *market abuse* si è espressa, peraltro, parte della dottrina, secondo cui l'opzione interpretativa volta ad applicare la sanzione amministrativa nei soli casi in cui il fatto non costituisce illecito penale rischia di apparire di "dubbia compatibilità" con il sistema del diritto eurounitario, poiché, se pure in rapporto alle ipotesi di manipolazione del mercato vi è un qualche (modesto) scostamento tra fattispecie sanzionatoria penale e amministrativa, per l'abuso di informazioni privilegiate (*ex artt. 184 e 187-bis t.u.i.f.*) la sovrapposizione, almeno sul piano oggettivo, risulta pressoché totale, con la conseguenza che la previsione degli illeciti amministrativi resterebbe "sostanzialmente svuotata di senso"³¹.

12.2. Una diversa possibilità, specie nelle evenienze in cui vi sia una condanna definitiva in sede amministrativa e risulti ancora pendente il procedimento penale, è quella legata all'interpretazione conforme della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., che secondo una parte della dottrina potrebbe leggersi, quanto al riferimento alla tipologia di illecito, secondo la visione "contenutistica" elaborata nella giurisprudenza della Corte EDU³².

L'art. 649 c.p.p., si sostiene, afferma un principio di garanzia ed è norma di portata generale, non certo eccezionale, che può essere interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendere nel concetto «di sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili» anche i provvedimenti di condanna definiti "penali" dalla Corte di Strasburgo. In definitiva, si tratterebbe di attribuire all'elemento normativo «sentenza penale» di cui all'art. 649 c.p.p. il significato indicato dalla fonte convenzionale, facendovi rientrare l'ipotesi in cui per lo stesso fatto, oggetto di un'azione penale e di una parallela procedura amministrativa, sia stata applicata una sanzione "sostanzialmente penale", perché tale classificata dalla Corte EDU, come avvenuto nell'ipotesi regolata dal su citato art. 187-ter.

Un'interpretazione, questa, apparentemente orientata in senso "convenzionalmente conforme", ma in realtà basata su una estensione, o forse dilatazione, del dato letterale e sistematico, che sembra difficilmente percorribile

³¹ G. FLICK - V. NAPOLEONI, *Materia penale*, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul *market abuse*, Relazione introduttiva - in corso di pubblicazione su *Rivista delle Società* - all'incontro di studio organizzato dall'Associazione Bancaria Italiana sulla sentenza Corte EDU, II Sezione del 4 marzo 2014, Roma, 4 giugno 2014, 13 ss. del dattiloscritto. La relazione è rinvenibile sul sito www.abi.it.

³² A. TRIPODI, *cit.*, 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *cit.*, 629 ss. .

non solo alla luce delle prime prese di posizione assunte dalla Corte di Cassazione (v. sent. n. 19915/2014, *cit.*), ma anche in ragione del rispetto del margine di apprezzamento nazionale - inevitabilmente riservato ad uno Stato parte nella definizione, "sovrana", delle sue fondamentali scelte di politica criminale - e del collegamento funzionale tra l'effetto preclusivo introdotto dall'art. 649 e la salvaguardia della oggettiva incontrovertibilità del *dictum* penale da cui quell'effetto deriva secondo la correlata disposizione processuale di cui all'art. 648 c.p.p. .

Alle regole della cognizione penale non possono equipararsi *sic et simpliciter* quelle proprie di una procedura amministrativa sanzionatoria non assistita dal medesimo quadro di principii e garanzie, se non a patto di sacrificare l'irretrattabilità dell'azione penale in favore di quella avviata da un organo amministrativo, determinando in tal modo una violazione del principio costituzionale scolpito nell'art. 112 Cost. e dello stesso principio di soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost., per l'effetto di disapplicazione di una norma penale sul cui carattere imperativo sarebbe destinato a prevalere, per la sua anteriorità, il definitivo accertamento, in altra e meno garantita sede di giudizio, di un fatto illecito ritenuto "sostanzialmente" penale.

La non procedibilità, infatti, è un effetto conseguente alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal P.M. (Sez. Un., n. 34655 del 28/06/2005, dep. 28/09/2005, Rv. 231800) e si delinea all'esito di una valutazione che presuppone, e richiede, la preventiva disamina del contenuto di un provvedimento "tipico" emesso dal giudice, non certo da un'autorità amministrativa.

Un ostacolo insormontabile, dunque, che potrebbe esser superato solo attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., assumendo quale norma interposta quella di cui all'art. 4 del Prot. 7 CEDU, secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo.

Né, sotto altro ma connesso profilo, sembra potersi riconoscere carattere di decisività all'argomento - pur fondatamente prospettabile - incentrato sul rilievo della, peraltro pacifica, applicabilità diretta del diritto fondamentale sancito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali³³, per ricavarne l'effetto di una generale disapplicazione delle norme interne con esso contrastanti.

³³ In giurisprudenza, da ultimo, v., anche per ulteriori richiami, Sez. 6, ud. 22 maggio 2014, dep. 26 maggio 2014, n. 21323, in www.cortedicassazione.it.

E' certo che il contenuto di tale diritto - che comunque deve trovare la sua realizzazione entro uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia chiamato a rispettare non solo i "diversi ordinamenti giuridici" e le "diverse tradizioni giuridiche" degli Stati membri (*ex art. 67, par. 1, TFUE*), ma anche "l'identità nazionale" degli stessi, "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" (*ex art. 4, par. 2, TUE*) - presenta un carattere non condizionato e soddisfa anche i requisiti della chiarezza e della precisione³⁴, riflettendo "lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU"³⁵.

Al suo effetto diretto, tuttavia, non sembra potersi "meccanicamente" correlare un'automatica disapplicazione delle su citate disposizioni processuali interne, il cui contenuto, non in contrasto formale con il quadro delle garanzie europee, rappresenta il secolare deposito di un insieme di garanzie che, come si è avuto modo di osservare, traducono la sostanza di principi di assoluto rilievo costituzionale³⁶: la loro ineludibile applicazione, dunque, deve essere opportunamente valorizzata, *ex art. 6, par. 3, TUE*³⁷, nel più ampio contesto di un necessario bilanciamento, da operare per via normativa ed interpretativa, tra gli interessi generali dell'Unione e le esigenze imperative che derivano dal rispetto del patrimonio costituzionale degli Stati membri, senza escludere la possibilità di investire la Corte Costituzionale o rivolgersi subito, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia.

12.3. Nella diversa ipotesi in cui tanto il procedimento per l'illecito amministrativo che quello per l'illecito penale, aventi ad oggetto il medesimo fatto, risultino già definiti con sentenze passate in giudicato, si configurano ulteriori questioni problematiche legate, da un lato, al principio di intangibilità del giudicato, e, dall'altro lato, ai limiti di proponibilità dell'incidente di costituzionalità per il fatto che ormai si discute di "rapporti esauriti".

Si ripropongono, evidentemente, alternative analoghe a quelle già prospettate, con riguardo, non più all'art. 649 c.p., ma alla diversa disposizione di cui all'art. 669 c.p.p., in tema di «pluralità di sentenze [irrevocabili] per il medesimo fatto contro la

³⁴ N. LAZZERINI, *cit.*, 912.

³⁵ Si esprime in tal senso la *Spiegazione* relativa all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali.

³⁶ V., inoltre, quanto si dirà, *infra*, nel successivo paragrafo 13.

³⁷ Cfr., al riguardo, R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2014, 71 ss., secondo cui l'art. 6, par. 3, TUE, non considera i diritti CEDU da soli, ma in rapporto a quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dei quali invece non fa parola la Carta di Nizza. Proprio il carattere indefinito di tale formula consente una "preziosa flessibilità", mantenendo aperto il catalogo di quei diritti "in ragione della loro evoluzione nel diritto vivente".

stessa persona»: evenienza nella quale il primo comma della disposizione ora citata prevede che il giudice dell'esecuzione debba rimuovere la sentenza meno favorevole.

Anche in tal caso, come sottolineato da una parte della dottrina³⁸, si potrebbe procedere per la via di un'interpretazione "convenzionalmente conforme", ovvero, più verosimilmente, tramite la proposizione di un incidente di legittimità costituzionale, poiché si tratterebbe di estendere la portata applicativa di tale precetto all'ipotesi in cui la sentenza definitiva riguardi l'accertamento di un illecito amministrativo la cui "essenza" risulti connotata dai medesimi tratti identitari di una condotta penalmente rilevante.

Si è altresì posto l'accento, ed il rilievo appare senz'altro condivisibile, sulla difficoltà di invocare con successo la sperimentabilità delle ipotesi di revoca della sentenza da parte del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., stante il carattere eccezionale, e quindi tassativo, attraverso cui vengono individuate dal legislatore le ipotesi di superamento del giudicato³⁹.

Sembra certo, tuttavia, il riproporsi della delicatissima tematica relativa alla possibile "recessività" del giudicato di fronte all'esigenza di rimuovere la compromissione di diritti fondamentali della persona, anche quando si tratti di soggetti diversi da quello che ha proposto ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, ma che versino in una situazione consimile: tematica che ha visto significative aperture da parte della giurisprudenza, tanto costituzionale (sentenza n. 210 del 2013) che ordinaria (Sez. un., 24 ottobre 2013 - 7 maggio 2014, n. 18821), in rapporto alla ben nota vicenda dei cd. "fratelli minori di Scoppola"⁴⁰.

12.4. Nella prospettiva di un utile dialogo tra la Corte di Giustizia e le autorità giudiziarie nazionali potrebbe rivelarsi opportuna, invece, la proposizione di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* in merito all'effettiva portata e all'ambito di applicazione della materia, di diretto interesse euro-unitario, oggetto delle disposizioni interne di cui agli artt. 187-*ter*, 187-*duodecies* e 187-*terdecies* del D. Lgs. n. 58/1998, trattandosi di una questione di interpretazione nuova, che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, con particolare riferimento alle implicazioni riconosciute allo "spazio" da assegnare in

³⁸ G. FLICK - V. NAPOLEONI, *cit.*, 12 ss. .

³⁹ A. TRIPODI, *cit.*, 3 ss.; F. D'ALESSANDRO, *cit.*, 629 ss. .

⁴⁰ In tal senso, v. G. FLICK - V. NAPOLEONI, *cit.*, 12 ss. .

concreto all'esercizio del diritto affermato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali.

Se è vero, infatti, che la Corte di Giustizia si è già pronunciata nel senso che il concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali può determinare situazioni di *bis in idem*, è pur vero che la stessa - specie in presenza di un orientamento giurisprudenziale parzialmente divergente della Corte EDU, le cui applicazioni negli ordinamenti dei diversi Stati parti possano dunque determinare differenti epiloghi decisori - può essere sollecitata a chiarire quali siano in concreto i criteri di valutazione cui il giudice nazionale possa fare ricorso in merito ai profili di compatibilità del cumulo delle sanzioni con il principio del *ne bis in idem*, tenuto conto della concorrente esigenza di non inficiare sia il livello di protezione assicurato dalla Carta dei diritti fondamentali, che il principio del primato del diritto dell'Unione europea.

E' evidente che, in tali situazioni, una pronuncia della Corte di Giustizia, oltre ad avere efficacia interpretativa delle regole oggetto di rinvio, produrrebbe conseguenze particolari sulla disposizione interna, con effetti di tipo "espansivo" su quelle ad essa oggettivamente collegate o ritenute affini.

13. Un quadro problematico tuttora aperto. - S'impongono, a questo punto, alcune osservazioni conclusive sugli effetti "di sistema" che tale pronuncia, pur non ancora definitiva, può determinare.

E' chiaro, infatti, che la possibilità di qualificare in senso sostanzialmente "penale" una sanzione che presenti un particolare grado di severità (nel caso di specie, un massimo edittale pari a cinque milioni di euro, assieme ad altre misure di tipo interdittivo) ed un connotato evidentemente repressivo, unitamente a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta, pone in discussione ed induce a rimeditare l'intero sistema della depenalizzazione, sollecitando il legislatore, anche sulla base dei paradigmi di riferimento offerti dalla nuova direttiva sugli abusi di mercato, ad individuare nuove tecniche selettive dell'intervento sanzionatorio, restituendo razionalità ed effettività alle scelte della depenalizzazione, all'interno di una prospettiva organicamente finalizzata ad evitare indebite duplicazioni di procedimenti e sanzioni.

E' altrettanto evidente, tuttavia, la problematicità dello scenario entro cui si muovono il legislatore e, ancor prima, l'interprete, stretto nella morsa di una delicata operazione di bilanciamento fra obblighi di diversa origine e natura, da

soddisfare attraverso un dialogo che, da un lato, deve consentire il travaso nel sistema nazionale di principi frutto di elaborazioni giurisprudenziali “esterne”, dall’altro lato deve evitare il rischio di possibili collisioni con l’intero quadro costituzionale, ossia con qualunque norma costituzionale, non solo con i “principi supremi” che fungono da “controlimiti” all’ingresso delle fonti sovranazionali nell’ordinamento interno.

In tal senso, basti solo pensare alla differente lettura che, nelle più diverse situazioni, può darsi del concreto utilizzo, da parte della Corte EDU, degli “elastici” criteri indicati per l’ascrizione di un fatto illecito alla “materia penale”, nonché delle specifiche conseguenze che tali scelte possono determinare nel raccordo fra i sistemi nazionali e quello convenzionale.

Muovendosi all’interno di una prospettiva legata all’obiettivo di una massima espansione delle forme di tutela, è possibile escludere che la lettura dell’art. 4 del Protocollo n. 7 offerta dalla sentenza della Corte EDU si ponga in contrasto con i precetti costituzionali interni, ed in particolare con il principio della riserva di legge in materia penale (*ex art. 25, comma secondo, Cost.*), quando la Corte di Strasburgo, in questo come in altri casi, abbia ritenuto di qualificare «penale», agli effetti della Convenzione, una sanzione che la legge interna configura invece come amministrativa⁴¹.

Si tratterebbe, entro tale impostazione ricostruttiva, di una qualificazione funzionale ad un incremento del tasso delle garanzie, secondo la logica del sistema “multilivello” di protezione dei diritti fondamentali, che punta alla massima espansione delle tutele. Quello che si richiede, in sostanza, dai Giudici di Strasburgo è che determinati presidi – propri della materia penale – siano resi operanti anche in rapporto a violazioni formalmente qualificate come amministrative dal diritto nazionale.

In tal senso, dunque, il canone costituzionale della legalità formale rappresenterebbe un possibile argine alla penetrazione dei principi convenzionali nel sistema nazionale “solo nella misura in cui si traducesse in una “valvola di garanzia” aggiuntiva”, correlata all’esigenza di “legittimazione democratica” del soggetto investito del potere di normazione.

D’altro lato, tuttavia, deve ritenersi parimenti legittima, e per certi versi addirittura necessitata, la scelta di un modello interpretativo incentrato sulla decisa

⁴¹ G. FLICK - NAPOLEONI, *cit.*, 11 ss. .

valorizzazione del carattere formale dei vincoli costituzionali che scaturiscono dal principio di stretta legalità in materia penale ⁴².

Sembra difficile, infatti, ritenere che, al di fuori di criteri oggettivi, preventivamente fissati e generalmente applicabili a tutti i cittadini (*ex art. 3 Cost.*), possa delegarsi al giudice nazionale, o ad altri per lui, il compito di individuare i tratti ontologici della “risposta” ordinamentale ad un determinato tipo di illecito, muovendosi liberamente nel “giardino” dell’apparato sanzionatorio statale, e marchiando con il “bollo” della materia penale quello che il legislatore ha formalmente tipizzato in altro modo, all’esito di un processo decisionale frutto di scelte deliberate in sede parlamentare.

Per il nostro sistema, si è osservato, quello che la CEDU identifica come il primo criterio “formale” (e che dalla Corte di Strasburgo viene sostanzialmente svilito), vale a dire la definizione normativa del fatto come reato o illecito amministrativo, è l’unico ad assumere valore costituzionale, in ragione del principio di stretta legalità scolpito nell’art. 25 Cost. ⁴³.

Sembra dunque necessario, in definitiva, un intervento del legislatore che, valorizzando i criteri di ordine generale dettati dalla direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014 in tema di sanzioni penali per gli abusi di mercato, introduca efficaci meccanismi di raccordo nello sviluppo delle forme procedurali di “diversa” origine ed individui le fattispecie “gravi” cui assegnare valenza penale, disegnando le linee di un doppio binario sanzionatorio che renda oggettive, oltre che ragionevolmente percepibili dal senso comune, le esigenze di tutela legate alla previsione di una doppia modulazione della sanzione, nel rispetto del principio del *ne bis idem* e degli altri diritti fondamentali del cittadino europeo.

⁴² V. l’analisi di P. GAETA, *cit.*, 22 ss. .

⁴³ P. GAETA, *cit.*, 22 ss. .