

L'evoluzione della garanzia del *ne bis in idem**

di

Giuseppe Della Monica**

SOMMARIO: 1. La duplice dimensione del principio. – 2. I riferimenti normativi interni e sovranazionali. – 3. Le funzioni del principio. – 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di doppio binario sanzionatorio. – 5. La giurisprudenza della Corte di giustizia europea. – 6. La posizione assunta dalla giurisprudenza interna. – 7. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022. – 8. Conclusioni.

1. La duplice dimensione del principio.

La locuzione "*ne bis in idem*" esprime un principio generale dell'ordinamento interno e di quello sovranazionale.

Si tratta, tuttavia, di una locuzione che non si presta ad essere interpretata in senso univoco, pur risultando assodato che consista nel divieto (*ne*) di ripetere (*bis*) una determinata azione relativa al medesimo oggetto (*in idem*).

È noto che esistono almeno due possibili significati da attribuire al principio: uno "sostanziale", ispirato all'esigenza di garantire la proporzionalità del trattamento punitivo e correlato, quindi, alla duplicazione della sanzione per lo stesso fatto illecito ascritto al medesimo soggetto¹; l'altro, quello "processuale", improntato,

* Intervento svolto in occasione della Giornata di studi in ricordo del Prof. Gianrico Ranaldi. *Il processo al di là del processo: i surrogati della condanna nel giudizio penale*, Sapienza Università di Roma, 27 novembre 2023.

**Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Per l'approfondimento del tema in chiave sostanziale, v. F. CONSULICH, *La norma penale doppia, Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in

invece, alla necessità di evitare la duplicazione dei giudizi penali, di regola quando uno di essi sia passato in giudicato, a tutela, innanzitutto, della certezza del diritto². Sebbene entrambe le versioni del principio abbiano come necessario riferimento lo stesso fatto addebitato alla medesima persona, la differenza tra l'accezione sostanziale e quella processuale è evidente: nel primo caso, solo due condanne — anche se pronunciate nell'ambito di un unico procedimento — possono generare una violazione del divieto; nel secondo caso, la violazione è connessa alla instaurazione di più procedimenti, anche se il primo è stato definito con una pronuncia assolutoria.

2. I riferimenti normativi interni e sovranazionali.

Il principio del *ne bis in idem* non ha trovato, nell'ordinamento interno, esplicita enunciazione a livello costituzionale. Tale lacuna ha indotto la dottrina a cercare, comunque, nella Costituzione, le previsioni a cui poter ancorare, anche indirettamente, il riconoscimento della garanzia.

A tal fine, è stato innanzitutto evocato l'art. 27 Cost., espressione dei principi di colpevolezza, di offensività e di proporzionalità della pena, che vengono giocoforza pregiudicati dalla eventuale duplicazione del trattamento sanzionatorio per la punizione dello stesso fatto illecito³.

Riv. trim. dir. pen. ec., 2015, p. 73; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 174 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2021, p. 686 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 516 ss.; A. PAGLIARO, voce « concorso di norme (dir. pen.) », in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 551; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, p. 280 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2007, p. 202 ss.; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, Torino, 1997, p. 7 ss.

² La valenza processuale del principio è stata rimarcata, in particolare, da Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 30 ss. Per le riflessioni della dottrina, v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, p. 33 ss.; N. GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 97 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 406 ss.; M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano, 2005, p. 553 ss.; T. RAFARACI, voce « *Ne bis in idem* », in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 2010, p. 858 ss.

³ Sul concetto di pena costituzionalmente legittima, v. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA. VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguiele*, a cura di G. Conte-S. Landini, Mantova, p. 311 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla*

Per quanto attiene, invece, alla dimensione processuale del principio, il riferimento normativo viene individuato nell'art. 111 comma 2 Cost., che prevede la garanzia della ragionevole durata del procedimento penale, da assicurare, in primo luogo, evitando di moltiplicare le iniziative giudiziarie nei confronti dello stesso soggetto per il medesimo fatto.

La rilevanza costituzionale del divieto del *bis in idem* è stata desunta anche dall'art. 117 Cost., in ragione dell'espressa enunciazione contenuta nell'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU)⁴.

Esplicita affermazione del principio, ma in senso marcatamente processuale, si rinviene anche nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), secondo cui « nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge ». La stessa Carta di Nizza non ignora, peraltro, la prospettiva sostanziale del principio, stabilendo, all'art. 49 comma 3, il divieto di irrogare pene "sproporzionate" rispetto alla effettiva offensività del fatto illecito commesso dal reo.

Sul piano della legislazione ordinaria, il divieto del *bis in idem* processuale è sancito — com'è noto — dall'art. 649 c.p.p., che preclude la possibilità di sottoporre a

misura della pena, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 785 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 52 ss. La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato il principio di proporzionalità, quale proiezione garantistica dell'art. 27 Cost.: v. Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss., con nota di E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*; Id., 14 aprile 2014, n. 105, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1849 ss.; Id., 5 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4057 ss.

⁴ Per la disamina del principio nell'ottica convenzionale, v. G. CIVIELLO, *Recensione a Nicola Madia. Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, in *Arch. pen. web*, 21 luglio 2020; N. GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1567 ss.; B. LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2017, fasc. 1, p. 64 ss.; N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2015; E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria*, a cura di A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, Milano, 2016, p. 540 ss.; G. SPANGHER, *Art. 4 Protocollo 7 C.e.d.u.*, in AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Cedam, 2001, p. 962 ss.

procedimento penale, per il medesimo fatto, l'imputato già prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili⁵.

Quanto al *ne bis in idem* sostanziale, esso è desumibile, invece, dagli artt. 15, 68 e 84 c.p., che esprimono l'esigenza di contenere il trattamento sanzionatorio — escludendo il concorso di reati o di circostanze aggravanti — quando sullo stesso fatto convergono più norme penali⁶.

3. Le funzioni del principio.

Il divieto del *bis in idem* assolve funzioni diverse, a seconda che lo si intenda nella sua accezione sostanziale o processuale.

La preclusione di un secondo giudizio sulla stessa regiudicanda è chiaramente volta a salvaguardare la certezza delle situazioni giuridiche definite, evitando il conflitto tra pronunce di segno opposto sul medesimo fatto. Il divieto del *bis in idem* in senso processuale assolve, tuttavia, anche una funzione di garanzia individuale, poiché tutela il cittadino già giudicato con sentenza di proscioglimento da ulteriori interventi dell'autorità statale nella sfera delle sue libertà personali.

Sul piano sostanziale, invece, il principio risponde ad esigenze di equità e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, vietando di addebitare più volte lo stesso fatto al suo autore. Tali esigenze vengono tutelate soprattutto attraverso la limitazione del concorso di reati — che implica, giocoforza, l'irrogazione di più

⁵ La Corte costituzionale — com'è noto — ha dichiarato l'illegittimità della disposizione, nella parte in cui escludeva — secondo l'interpretazione giurisprudenziale allora dominante — che il fatto fosse il medesimo nelle ipotesi di concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e quello per cui si dava inizio ad nuovo procedimento penale (v. Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2446 ss., con nota di D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*). Affinché possa registrarsi la "identità" del fatto, occorre la piena corrispondenza di tutte le componenti naturalistiche del fatto tipico (condotta, evento e nesso causale), nonché del contesto spazio-temporale di riferimento (in tal senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2023, n. 12005, in *www.dirittifondamentali.it*, 2023, sezione giurisprudenza).

⁶ Sul punto, cfr. A. BASSI, *Sub art. 15*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, vol. I, Milano, 2011, p. 272 ss.; F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1183 ss.; S. PROSDOCIMI, *Sub art. 84*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, cit., p. 1380 ss.

sanzioni — quando un medesimo fatto ricade nell'orbita applicativa di una pluralità di norme incriminatrici.

4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di doppio binario sanzionatorio.

Le garanzie del *ne bis in idem* sostanziale e processuale si sono intersecate — non sempre in maniera chiara e lineare — nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Nelle pronunce della Corte di Strasburgo — almeno inizialmente — prevaleva la dimensione processuale del principio, ravvisandosi la violazione del divieto del *bis in idem* nei casi di instaurazione di più procedimenti per lo stesso fatto, nei confronti della medesima persona, anche se l'ordinamento interno dello Stato aderente alla Convenzione prevedeva — nella eventualità di una duplice condanna — meccanismi di scomputo di una sanzione rispetto all'altra⁷.

Il criterio utilizzato in tali arresti giurisprudenziali per verificare l'identità del fatto giudicato più volte si sostanziava nel cosiddetto *idem legale*, volto a vietare la duplicazione dei procedimenti solo nei casi di contestazione del medesimo "reato", mentre lo stesso "fatto", diversamente qualificato, ben poteva costituire oggetto di distinte vicende giudiziarie, attivate contestualmente o succedutesi nel tempo⁸.

Una svolta radicale si è registrata con la nota sentenza Zolotukhin contro Russia del 10 febbraio 2009, con la quale si è registrato l'abbandono del criterio dell'*idem legale* in favore di quello dell'*idem factum*, peraltro mutuandolo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁹.

⁷ Il riferimento è, tra le altre, a Corte EDU, Franz Fischer c. Austria, 29 maggio 2001, n. 37950; Id., Oliveira c. Svizzera, 30 luglio 1998, n. 25711; Id., Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995, n. 15963.

⁸ La Corte europea, per un arco temporale significativamente lungo, ha condiviso la nozione di *idem legale*, basata sul raffronto delle fattispecie astratte (cfr. Corte EDU, Rosenquist c. Svezia, 14 settembre 2004, n. 60619; Id., Ponsetti e Chesnel c. Francia, 14 settembre 1999, n. 36855 e n. 41731).

⁹ Cfr., ad esempio, CGUE, Sez. II, 18 luglio 2007, Norma Kraaijenbrink, C-288/05; Id., Sez. II, 9 marzo 2006, Van Esbroeck, C-436/04.

A tale mutamento di impostazione è collegata la valorizzazione della dimensione processuale della garanzia del *ne bis in idem*, che deve ritenersi violata anche quando, in relazione al medesimo fatto, vengono contestati, in procedimenti diversi, più illeciti tra loro in rapporto di concorso formale¹⁰. Così inteso, il *ne bis in idem* vieta la duplicazione delle iniziative giudiziarie nei confronti della medesima persona e in relazione allo stesso fatto storico, a prescindere dalla possibilità di qualificarlo diversamente e indipendentemente dagli esiti dei diversi procedimenti¹¹.

Il passaggio al criterio dell'*idem factum* ha, dunque, notevolmente ampliato le potenzialità applicative della garanzia, ponendo a rischio, in particolare, il funzionamento del sistema del doppio binario sanzionatorio, operante soprattutto in materia tributaria e finanziaria.

Le conseguenze di tale espansione sono emerse, in tutta la loro rilevanza, con la sentenza Grande Stevens contro Italia del 4 marzo 2014, che ha ravvisato la violazione del principio del *ne bis in idem* nel sistema del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, intorno al quale ruota, in Italia, la repressione degli abusi di mercato, secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria)¹².

¹⁰ È, questa, l'inevitabile conseguenza del *revirement* operato dalla Corte europea con la sentenza Zolotukhin c. Russia del 10 febbraio 2009. Per l'approfondimento del tema in dottrina, v. S. ALLEGREZZA, *Art. 4 Prot. 7 CEDU*, in AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelski, Padova, 2012, p. 900 ss.; E.M. MANCUSO-F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7 - Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis-F. Viganò, Torino, 2006, p. 379 ss.; G. PROCACCINI, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di D. Chinnici-A. Gaito, Padova, 2018, p. 336 ss.

¹¹ Il divieto del doppio giudizio risulta violato, infatti, anche quando uno dei due procedimenti si concluda con una pronuncia assolutoria, in quanto il nocumento che si intende evitare è quello della sottoposizione a plurime vicende giudiziaria relative al medesimo fatto. Sul punto, cfr., in particolare, L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, fasc. 3, p. 98 ss.; nonché G. ARDIZZONE, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un'occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem "europeo"*, in *www.sistemapenale.it*, 14 luglio 2022.

¹² Ci si riferisce a Corte EDU, Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014, n. 18640, commentata, tra gli altri, da G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, fasc. 3-4, p. 201 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in*

Perno della censura è stata la qualificazione delle sanzioni amministrative applicate dalla Consob come “sostanzialmente penali”, con la conseguente necessità di estendere ad esse tutte le garanzie che il sistema convenzionale riconnette alla disciplina dei reati e delle pene, tra le quali, appunto, il divieto di un secondo giudizio su fatti già giudicati in via definitiva. Tale divieto — secondo la sentenza Grande Stevens — deve ritenersi violato allorché l’autore dell’illecito, già giudicato in sede amministrativa, viene sottoposto anche a procedimento penale per lo stesso fatto storico.

In sostanza, l’affermazione del criterio dell’*idem factum* e l’elaborazione — attraverso i c.d. “criteri Engel” — del concetto di sanzione “formalmente amministrativa”, ma “sostanzialmente penale”¹³, hanno determinato una notevole espansione della forza preclusiva del *ne bis in idem*, con riflessi particolarmente rilevanti soprattutto sul fronte del diritto amministrativo punitivo.

Il divieto del *bis in idem* applicato anche ai rapporti tra diritto penale e amministrativo rischiava, però, di compromettere irrimediabilmente l’operatività dei sistemi del doppio binario sanzionatorio, adottati da numerosi Stati membri in settori nevralgici della vita economica¹⁴.

tema di manipolazione del mercato, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, fasc. 3-4, p. 219 ss.

¹³ La Corte europea — con la sentenza Engel c. Paesi Bassi dell’8 giugno 1976 — ha individuato i criteri per stabilire la natura “punitiva” di una sanzione, dovendosi considerare a tal fine: a) la qualificazione giuridica data all’illecito dall’ordinamento statale; b) la natura (ovvero la finalità) della previsione sanzionatoria; c) il grado di afflittività delle conseguenze connesse all’illecito (al riguardo, cfr. anche Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica e una svolta radicale). Il tema è stato approfondito con riflessioni di particolare interesse da V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.

¹⁴ I contributi dottrinali sull’argomento sono davvero imponenti: tra gli altri, v. A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855 ss.; R. APRATI, *Il “protocollo” dell’interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3902 ss.; M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen. web*, 20 aprile 2015; G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dei principi dell’equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3099 ss.; F. CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell’autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, fasc. 1, p. 179 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen.*

La Corte europea, a quel punto, ha dovuto necessariamente attivarsi per contenere la portata del divieto del *bis in idem*, limitandolo ai casi di “sostanziale” duplicazione del procedimento o della sanzione, secondo indicazioni che sono state via via affinate nel tempo, fino ad arrivare alla sentenza — a tutti nota — A. e B. contro Norvegia¹⁵.

Il criterio utilizzato dai giudici europei per ridisegnare il perimetro di operatività della garanzia è stato quello della “stretta connessione” tra i procedimenti (*close connection*), che compendia sia il collegamento tra le iniziative assunte sul fronte penale e amministrativo, sia la necessaria proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato¹⁶.

La Corte, almeno in origine, non aveva, tuttavia, chiarito se fosse necessaria la violazione cumulativa di entrambi i profili — vale a dire, quello processuale e sostanziale — per ritenere integrata la lesione della garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.

proc., 2014, p. 614 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* (« *Materia penale* », giusto processo e *ne bis in idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul *market abuse*), in *Rivista delle società*, 2014, p. 953; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il “non detto” delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, fasc. 3, p. 740 ss.; N. GALANTINI, *Il principio del “ne bis in idem” tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215 ss.; F. VIGANÒ, *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani. Il Libro dell'anno del diritto*, 2015, p. 109 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196 ss.

¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, nonché in www.giurisprudenzapenale.it, 16 novembre 2016, con nota di M. F. CUCCHIARA, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria: negata la violazione dell'art. 4, Prot. 7 della Convenzione*. La sentenza è stata commentata anche da G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469 ss. e da A. F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1064 ss.

¹⁶ D'altra parte, la Corte europea aveva già fatto ricorso a tale criterio in altre decisioni, tra le quali Corte EDU, *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015, n. 41604, nonché Id., *Nykänen c. Finlandia*, 20 maggio 2014, n. 11828. Tale interpretazione si è, poi, consolidata con le successive pronunce sul tema: Corte EDU, *Jóhannesson e A. c. Islanda*, 18 maggio 2017, n. 22007, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*; Id., *Velkov c. Bulgaria*, 21 luglio 2020, n. 34503, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 2104 ss., con nota di G. CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*.

L'evoluzione giurisprudenziale sul tema ha, tuttavia, raggiunto un approdo stabile proprio con la sentenza A. e B. contro Norvegia del 15 novembre 2016, che ha ridefinito i parametri della "close connection" tra i procedimenti, tracciandone una configurazione tuttora condivisa.

Oltre all'elastico criterio della "connessione temporale", la Corte subordina la legittimità di più procedimenti per lo stesso fatto alle seguenti condizioni: 1) la prevedibilità *ex ante* dei plurimi procedimenti, garantita da regole normative chiare e precise¹⁷; 2) la funzione complementare delle sanzioni irrogate nel procedimento penale e in quello amministrativo¹⁸; 3) la raccolta e la valutazione delle prove, nei due procedimenti, in maniera coordinata e, quindi, sostanzialmente unitaria¹⁹; 4) la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, che si assicura considerando l'entità e il grado di afflittività di ciascuna pena.

Secondo tale indirizzo ermeneutico, la violazione di uno solo dei parametri indicati è sufficiente ad integrare la violazione della garanzia convenzionale.

Questo assetto del *ne bis in idem* — cristallizzatosi, come detto, a partire dalla sentenza A. e B. contro Norvegia²⁰ — si fonda su una evidente sovrapposizione dei due significati del principio, poiché la proporzione del trattamento sanzionatorio

¹⁷ La prevedibilità del duplice regime sanzionatorio è, dunque, assicurata dai corollari del principio di legalità. In tal senso, cfr. L. BARONTINI, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in *Legisl. pen.*, 2021, p. 20 ss.; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., p. 116 ss.

¹⁸ Su tale criterio si è espressa in termini critici una parte della dottrina, osservando che il presupposto per ascrivere alla materia penale entrambi i procedimenti e le relative sanzioni è esattamente l'opposto, vale a dire la comunanza di funzioni punitive della norma penale e di quella amministrativa. In tal senso, cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., p. 1048 ss.; G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2409 ss.; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher-P. Tonini, Padova, 2022, p. 283 ss.; R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3837 ss.

¹⁹ Come evidenziato dalla dottrina, il coordinamento sul piano probatorio — assicurato anche attraverso la possibilità di acquisire nel giudizio penale il materiale istruttorio prodotto nell'ambito del procedimento amministrativo — rischia, tuttavia, di compromettere le garanzie proprie del giusto processo (artt. 6 CEDU e 111 Cost.). Sul punto, cfr. L. BARONTINI, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, cit., p. 21 ss.; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., p. 118 ss.; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 289 ss.

²⁰ E ribadito, di recente, da Corte EDU, Sez. II, 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda, in *Proc. pen. e giustizia*, 2019, n. 4.

complessivo costituisce uno dei parametri — ma non l'unico — per valutare la legittimità dell'attivazione di plurimi procedimenti in relazione allo stesso fatto²¹.

5. La giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Va innanzitutto ricordato che solo con la proclamazione della Carta di Nizza, avvenuta il 7 dicembre 2000, il principio del *ne bis in idem* ha assunto il rango di diritto fondamentale dell'individuo anche nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, trovando esplicita enunciazione — come già evidenziato — nell'art. 50 del suddetto testo normativo²².

Prima dell'introduzione della Carta di Nizza, un riferimento al divieto del *bis in idem* si rinveniva nell'art. art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), entrata in vigore, il 26 marzo 1995, per garantire la libera circolazione dei cittadini degli Stati aderenti, attraverso la graduale soppressione dei controlli alle frontiere interne. Secondo tale disposizione, « una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita ».

²¹ La tematica è stata diffusamente esaminata da L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, p. 31 ss.; E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 2019, p. 354 ss.; F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2019; M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le società*, 2019, p. 544 ss.

²² Per l'analisi della normativa sovranazionale, v. R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1148 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3162 ss.; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1692 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621 ss.; M. PIAZZA-A. PISAPIA, *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2372 ss.

Si tratta del c.d. *ne bis in idem* “transnazionale”, che opera quando lo stesso fatto ha dato luogo, in due o più Stati, a procedimenti penali diversi, definiti con pronunce irrevocabili²³.

La finalità della Convenzione — bilanciare la tutela dei diritti individuali con la salvaguardia delle sovranità statali — spiega la particolare formulazione dell’art. 54, che non ricollega l’operatività del divieto del *bis in idem* al passaggio in giudicato di una sentenza, bensì all’esecuzione della pena, vale a dire all’esaurimento (o all’impossibilità di soddisfacimento) della pretesa punitiva dello Stato che ha emesso la pronuncia di condanna, così da contemperare l’interesse alla libera circolazione dei cittadini dell’Unione con le esigenze sanzionatorie dei singoli Stati.

In quest’ottica, l’art. 54 CAAS prevede una limitazione al principio non ricorrente nell’art. 50 CDFUE, perché ammette la possibilità di instaurare un secondo procedimento, per lo stesso fatto, nel caso di mancata esecuzione della sentenza di condanna pronunciata all’esito del primo giudizio.

Si è posto, pertanto, il problema del coordinamento tra le due disposizioni.

Sul punto, è intervenuta la Corte di giustizia con la sentenza pronunciata il 19 marzo 2014 nel caso “Spasic”, ritenendo che la limitazione posta all’operatività del principio del *ne bis in idem*, nei rapporti transazionali, attraverso la “condizione di esecuzione” prevista dall’art. 54 della CAAS, non possa ritenersi superata dall’introduzione dell’art. 50 della Carta di Nizza, trattandosi di limitazione ragionevole e proporzionata, volta ad evitare spazi di impunità all’interno dell’Unione europea²⁴.

²³ Al riguardo, cfr. V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la corte di giustizia e i giudici nazionali*, in www.laegislazionepenale.eu, 27 luglio 2017; A.F. LANERI, *Il dialogo tra le Corti in tema di ne bis in idem: alla ricerca di un punto d’equilibrio in un percorso ancora incompiuto*, in *Arch. pen. web*, 15 marzo 2023; A. MANGIARACINA, *Verso l’affermazione del ne bis in idem nello “spazio giudiziario europeo”*, in *Legis. pen.*, 2006, p. 632 ss.; N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1399 ss.

²⁴ V. CGUE, Grande Sezione, 27 maggio 2014, Zoran Spasic, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3096 ss., nonché in *Giur. cost.*, 2015, p. 605 ss., con nota di A.F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi “limiti”: al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione di esecuzione prevista dall’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen*. Sul punto, v. anche C. AMALFITANO-

Al di là della condizione di esecuzione, le disposizioni di cui agli artt. 50 CDFUE e 54 CAAS sono perfettamente sovrapponibili, sicché per la definizione dei caratteri strutturali tipici della garanzia — vale a dire la medesimezza dei fatti giudicati e la pluralità di procedimenti instaurati — si può certamente attingere alla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia già formatasi con riferimento alla Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen²⁵.

Quanto alla nozione di “stesso fatto”, la Corte di giustizia europea ne ha sempre privilegiato la dimensione concreta, sganciata dalle qualificazioni giuridiche e dagli interessi tutelati dalle norme incriminatrici.

Il divieto del *bis in idem* — sempre secondo la Corte di giustizia — opera quando i fatti giudicati in procedimenti diversi siano sovrapponibili per oggetto e per contesto spazio-temporale, non essendo sufficiente, a tal fine, il solo nesso meramente soggettivo costituito dall'unitarietà del disegno criminoso, in quanto esso non esclude che i fatti *sub iudice* si differenzino dal punto di vista spaziale o temporale.

Sul punto, non si registrano, quindi, sostanziali differenze tra l'indirizzo ermeneutico seguito dalla Corte di giustizia e quello espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto concerne, invece, la pluralità dei procedimenti, il problema si è posto — anche in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia — con riferimento al doppio binario sanzionatorio.

Sebbene il tema fosse stato già affrontato — sia pure in modo non limpidissimo — nella sentenza Fransson del 26 febbraio 2013²⁶, tre importanti pronunce del marzo

R. D'AMBROSIO, *Sub Art. 50*, in AA. VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini, Milano, 2017, p. 1029 ss.; N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, cit., p. 1373 ss.

²⁵ Tra le altre, CGUE, Grande Sezione, 29 giugno 2016, Piotr Kossowki, C-486/14; Id., Sez. IV, 5 giugno 2014, M., C-398/12; Id., Sez. V, 10 marzo 2005, Miraglia, C-469/03.

²⁶ V. CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Akerberg Fransson, C-617/10. Tale pronuncia è stata resa all'esito del rinvio pregiudiziale operato dall'autorità giudiziaria svedese in ordine alla possibile applicazione dell'art. 50 della Carta di Nizza nell'ambito di un procedimento penale per frode fiscale instaurato nei confronti di un soggetto già condannato, per lo stesso fatto, al pagamento di una sanzione pecuniaria all'esito di una verifica tributaria. Per i

2018 (Menci²⁷, Garlsson Real Estate²⁸ e Di Puma-Zecca²⁹) hanno determinato un'ulteriore evoluzione del modo di intendere la garanzia del *ne bis in idem* rispetto ai sistemi sanzionatori integrati³⁰.

Esaminando le tre pronunce, si possono ricavare alcune indicazioni di fondamentale rilievo, perché volte ad individuare le condizioni in presenza delle quali il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali – pur se formalmente eterogenee – non integra una violazione del principio del *ne bis in idem*.

A tale scopo, occorre, innanzitutto, che il cumulo sanzionatorio abbia una base legale, costituita da norme chiare e precise, che consentano di prevedere quali condotte siano punibili con sanzioni concorrenti.

Per escludere la violazione della garanzia del *ne bis in idem*, è richiesta, inoltre, la necessaria complementarietà finalistica del cumulo sanzionatorio, nel senso che le due sanzioni – pur se entrambe di natura sostanzialmente penale – devono perseguire scopi diversi, collegati ad aspetti differenti della condotta illecita.

Ultimo requisito imposto è quello della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, che costituisce, in realtà, la vera condizione di validità

commenti a tale sentenza, v. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 3, p. 247 ss.; E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra le Corti in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2926 ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 3, p. 294 ss.

²⁷ V. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, C-524/15. Nel caso di specie, la violazione del divieto del *bis in idem* veniva invocata da un soggetto imputato del delitto di cui all'art. 10-bis d.lgs. 74/2000 a cui era stata già inflitta una sanzione pecuniaria formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale.

²⁸ V. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate, C-537/16, incentrata sulla verifica della compatibilità fra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e il delitto di manipolazione di mercato previsto dall'art. 185 dello stesso decreto legislativo. In tal caso, dopo la definizione del giudizio penale con sentenza di applicazione della pena concordata, era stato avviato il procedimento finalizzato all'irrogazione della sanzione amministrativa.

²⁹ Cfr. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16. Anche in tal caso, dopo la condanna inflitta in sede penale per il delitto di abuso di informazioni privilegiate, la Consob aveva irrogato ai ricorrenti, per lo stesso fatto, una sanzione amministrativa di natura punitiva.

³⁰ Vanno segnalate, al riguardo, le riflessioni di E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 129 ss.; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, p. 949 ss.

del doppio binario sanzionatorio, a conferma della volontà della Corte di giustizia di valorizzare — in maniera ancora più accentuata rispetto alla Corte EDU — la dimensione sostanziale del principio del *ne bis in idem*. In questa prospettiva, la previsione del cumulo sanzionatorio deve essere accompagnata da norme che consentano all'autorità procedente di garantire la congruità della punizione complessiva, potendo tener conto, nella determinazione della sanzione da irrogare, anche dell'entità di quella già inflitta.

In definitiva, la posizione della Corte di giustizia non è perfettamente allineata a quella assunta dalla Corte EDU e tale discrasia inevitabilmente accentua la difficoltà, per l'interprete dell'ordinamento interno, di districarsi nelle concrete applicazioni del principio, specie in presenza di un doppio regime sanzionatorio³¹.

6. La posizione assunta dalla giurisprudenza interna.

La giurisprudenza interna ha assunto un atteggiamento ancora più rigoroso rispetto al riconoscimento, in concreto, della garanzia del *ne bis in idem*³².

Per quanto attiene al parametro della stretta connessione materiale e temporale indicato dalla Corte EDU, i giudici di legittimità sostengono che, tra i sub-criteri individuati nella sentenza A. e B. contro Norvegia, debba ritenersi prevalente quello della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo.

³¹ La diversità di approccio al tema delle due Corti è rimarcata, tra gli altri, da L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, cit., p. 1 ss.; S. LONATI, *Doppio binario e giurisprudenza europea*, in *Riv. delle società*, 2023, fasc. 1, p. 138 ss.; F. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in AA. VV., *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiaracina, Torino, 2021, p. 225; A. VALLINI, *Tracce di "ne bis in idem" sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, p. 525 ss.

³² Sul punto, v. F. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in AA. VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, p. 57 ss.; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la corte di giustizia e i giudici nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27 luglio 2017; A. GAITO-D. CHINNICI, *Comandamenti europei e resistenze interne*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito-D. Chinnici, Padova, 2016, p. 5 ss.; E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2910 ss.

D'altra parte, anche la Corte di giustizia — si è aggiunto a sostegno della tesi — attribuisce un rilievo preminente al canone di proporzionalità, ai fini della verifica di ammissibilità del doppio binario sanzionatorio³³.

In definitiva, la Corte di cassazione valorizza il punto comune alle posizioni delle due Corti europee, affermando che non sussiste la violazione del principio del *ne bis in idem* laddove le sanzioni complessivamente irrogate rispettino il canone di “proporzionalità”³⁴.

Tale valutazione — in mancanza di un preciso riferimento normativo — implica ampi margini di discrezionalità, peraltro accentuati dai meccanismi di compensazione introdotti dal legislatore per consentire la modulazione, caso per caso, del trattamento sanzionatorio complessivo³⁵.

È il caso, ad esempio, dell'art. 187-terdecies d.lgs. n. 58 del 1998, modificato dal d.lgs. n. 107 del 2018, che concede all'Autorità giudiziaria o alla Consob, al

³³ In tal senso, Cass. pen., Sez. III, 10 luglio 2023, n. 37312, in *CED Cass.*, n. 268036; Id., Sez. III, 7 febbraio 2023, n. 12005, in *CED Cass.*, n. 247957; Id., Sez. I, 15 novembre 2022, n. 12340, in *CED Cass.*, n. 300281. La medesima prospettiva è condivisa anche da Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43 in *Giur. cost.*, 2018, p. 530 (con nota di A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*), che ha evidenziato come il « criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata ». In senso contrario, si è, però, osservato che « la rilevata assenza di una stretta connessione tra le sanzioni penale e amministrativa non potrebbe essere superata dalla sola possibilità di comminare un trattamento sanzionatorio complessivo proporzionale alla gravità del fatto. La proporzionalità di quest'ultimo, pur costituendo un criterio di preminente importanza, non può rappresentare l'unica ragione giustificatrice, in assenza di una stretta connessione sotto il profilo sostanziale, della duplice repressione di un medesimo fatto. La possibilità di irrogare un trattamento punitivo proporzionato costituisce, invero, un *posterius* rispetto alla valutazione in ordine alla connessione stretta tra le diverse sanzioni previste per lo stesso fatto » (Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1645 ss., con nota di G. SPANGHER, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole*).

³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 aprile 2023, n. 39767, in *CED Cass.*, n. 255029; Id., Sez. V, 10 luglio 2018, n. 45829, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*; Id., Sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679, in *CED Cass.*, n. 274754. In dottrina, v. C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen. web*, 15 febbraio 2019.

³⁵ Tale aspetto è stato evidenziato anche da Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in *Giur. comm.*, 2020, p. 743 ss., con nota di L. BARON, *Ne bis in idem e giudizio di proporzione: la certezza dell'incertezza applicativa*.

momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, di tener conto delle misure punitive già irrogate.

Vero è che la giurisprudenza di legittimità, in alcune sue pronunce, ha cercato di fissare dei parametri di giudizio — raccomandando, ad esempio, di considerare non solo la pena principale, ma anche la eventuale misura ablatoria (confisca) e le sanzioni interdittive accessorie, l'episodicità della condotta e il danno arrecato al bene protetto dalla norma incriminatrice³⁶ — ma resta comunque eccessivamente ampio l'apprezzamento demandato al giudice preposto a verificare la proporzionalità della risposta punitiva nella sua interezza, a cui è ancorata la concreta tutela della garanzia del *ne bis in idem*.

D'altra parte, sebbene la proporzionalità del trattamento sanzionatorio costituisca il principale criterio di legittimità del "doppio binario", non è stata espressamente prevista l'integrale disapplicazione della norma penale (o di quella amministrativa) laddove la pena inflitta nel procedimento definito per primo sia tale da assorbire per intero l'offensività della condotta. La lacuna ha indotto la giurisprudenza di legittimità ad ipotizzare — pur in mancanza di una espressa previsione normativa — la possibilità di derogare *in mitius* il limite del minimo edittale della pena³⁷, fino a disapplicarla del tutto³⁸.

³⁶ In quest'ottica, *ex multis*, v. Cass. pen., Sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 11145, in *CED Cass.*, n. 237683, nonché Id., Sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, in *CED Cass.*, n. 308516.

³⁷ Sul punto, cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 12 novembre 2018, con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*.

³⁸ V., in particolare, Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1237 ss., con nota di L. NOTARO, *Ne bis in idem europeo e disapplicazione del minimo edittale: si consolida il rimedio della cassazione per garantire la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio in materia di abusi di mercato*. Chiamata a pronunciarsi in merito ad un procedimento penale avviato dopo la definizione di quello amministrativo, la Corte ha affermato che, « in tema di *insider trading* e *ne bis in idem*, la disapplicazione della disciplina penale potrà avere luogo soltanto nell'ipotesi in cui la sanzione amministrativa già inflitta in via definitiva sia strutturata in maniera e misura tali da assorbire completamente il disvalore della condotta ("coprendo" sia aspetti rilevanti a fini penali che a fini amministrativi e, in particolare, offrendo una tutela complessivamente e pienamente adeguata e soddisfacente all'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), poiché in tal caso il cumulo delle sanzioni risulta radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. n. 7 CEDU ».

7. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022.

La Consulta si è pronunciata, di recente, sulla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ritenuto in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, per lo stesso fatto, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non collegato a quello penale da un nesso materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione di natura sostanzialmente penale³⁹.

La vicenda riguardava la sottoposizione di un imputato a procedimento penale per il delitto previsto dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941, dopo essere stato sanzionato dall'autorità amministrativa per l'illecito di cui all'art. 174-bis del medesimo testo normativo.

Il giudice *a quo* — ritenendo acclarati la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa secondo gli “*Engel criteria*” di matrice convenzionale, la medesimezza del fatto storico posto a fondamento dei due illeciti e il difetto di un'adeguata connessione temporale tra i distinti procedimenti — rilevava l'assenza di strumenti normativi volti ad evitare sia l'indebita duplicazione di azioni punitive che l'irrogazione di un regime sanzionatorio complessivamente sproporzionato⁴⁰.

Nell'occasione, la Corte costituzionale — con un significativo mutamento di rotta rispetto alla posizione assunta in precedenza⁴¹ — ha affermato a chiare lettere che

³⁹ Si allude a Corte Cost., 10 maggio 2022, n. 149, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1574, con nota di C. PINELLI, *Ma cosa ha detto “un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale”? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché in Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, p. 1676 ss., con nota di N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*. Per ulteriori riflessioni sulla pronuncia, v. anche L. CARRARO, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. per violazione del ne bis in idem in materia di diritto d'autore: la natura “ectoplasmatica” del test di close connection*, in *Arch. pen. web*, 13 gennaio 2023;

⁴⁰ Così Trib. Verona, ord. 17 giugno 2021, n. 152, in *Gazz. Uff.*, 13 ottobre 2021, n. 41, 1^a serie speciale.

⁴¹ Il riferimento è a Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, in *Giur. cost.*, 2018, p. 530 ss., con nota di A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*.

la garanzia del *ne bis in idem* mira non solo a scongiurare il rischio di un incongruo cumulo di pene, ma è volta anche ad evitare che il soggetto già giudicato patisca ingiustamente i pregiudizi economici e morali connessi alla instaurazione di un secondo procedimento per il medesimo fatto⁴².

La pronuncia valorizza, dunque, allo stesso modo, entrambe le accezioni del principio.

In primo luogo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.⁴³, la Corte ha aperto la strada all'integrale disapplicazione della norma penale, sinora consentita solo grazie all'ardita interpretazione di cui si è fatta promotrice una parte della giurisprudenza di legittimità.

Si è anche evidenziato, però, che la sola proporzionalità della pena complessivamente inflitta non è sufficiente ad assicurare la legittimità dei sistemi del doppio binario sanzionatorio, perché non evita, comunque, l'apertura di più procedimenti nei confronti dell'autore dell'illecito, costretto a patire costi personali ed economici obiettivamente eccessivi.

Da qui, l'auspicio — formulato dalla Corte a margine della declaratoria di incostituzionalità — che il legislatore intervenga quanto prima per rimodulare la disciplina del doppio regime punitivo, in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni « procedimentali » e « sanzionatorie », nel rispetto dei principi enunciati dalla stessa Corte costituzionale e dalle Corti sovranazionali.

8. Conclusioni.

⁴² Condivide questa impostazione N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, cit., p. 1688, il quale precisa che, in un primo momento, la Corte costituzionale aveva ricondotto il divieto del *bis in idem* « ad una questione di proporzione sanzionatoria del cumulo tra pena e sanzione amministrativa ».

⁴³ La disposizione codicistica è stata censurata « nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge ».

La pronuncia della Consulta ha, di certo, contribuito ad armonizzare l'interpretazione del divieto del *bis in idem* fornita dal diritto vivente nazionale con quella offerta della giurisprudenza sovranazionale.

Il mutamento di rotta segnato dalla Corte costituzionale verso una rinnovata considerazione del doppio binario sanzionatorio — allo scopo di adeguarlo ai *dicta* comunitari e convenzionali — non può essere ritenuto, tuttavia, risolutivo. Tanto non basta, infatti, assicurare il pieno recupero della garanzia del *ne bis in idem*, poiché le pronunce di incostituzionalità — com'è noto — hanno una valenza pur sempre limitata alle singole disposizioni di volta in volta scrutinate. Né sembra più possibile affidare la messa a punto del sistema del doppio binario sanzionatorio all'ermeneutica giurisprudenziale, poiché ciò significa, comunque, rimettersi all'imponderabile discrezionalità del giudice chiamato a pronunciarsi caso per caso.

Appare ineludibile, pertanto, un intervento organico del legislatore, finalizzato al completo restauro delle procedure sanzionatorie applicabili ai fatti ritenuti meritevoli di un regime punitivo integrato. Come si è acutamente osservato già anni addietro, il rischio di veder frustrato il senso compiuto e profondo della garanzia del *ne bis in idem* « potrà essere scongiurato solo se, e quando, il legislatore riterrà di implementare quale metodo elettivo di punizione dell'illecito penale — formalmente e sostanzialmente — quello dell'unico processo e dell'unica sanzione, adeguata al tipo e alla gravità dell'illecito »⁴⁴.

⁴⁴ La felice intuizione si deve a G. RANALDI-F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 126.