



*Struttura di formazione decentrata
della Corte di cassazione*

***IL DIVIETO DI BIS IN IDEM PUNTI FERMI E
PROFILI PROBLEMATICI
CORTI NAZIONALE E CORTI SOVRANAZIONALI
A CONFRONTO***

**Corte di Cassazione Roma, 19 febbraio 2020, ore 14,30
Aula Magna (Il piano)**

Report

a cura del Dott. Andrea Venegoni

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte

IL NE BIS IN IDEM

Roma, Mercoledì 19 febbraio 2020, Aula magna della Corte di Cassazione

REPORT

a cura del Dott. Andrea Venegoni, Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte

In data 19 febbraio 2020, presso l'Aula magna della Corte Suprema di Cassazione, ha avuto luogo l'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione dal titolo "Il divieto di *bis in idem*: punti fermi e profili problematici; corti nazionali e corti sovranazionali a confronto".

I lavori, presieduti dal **prof. Francesco Viganò, Giudice della Corte Costituzionale**, sono stati introdotti dal **Consigliere Valeria Piccone e dal Consigliere Antonio Corbo, Componenti della struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione. Il Primo Presidente della Corte di Cassazione ed il Procuratore Generale** hanno rivolto saluti introduttivi.

Il **cons. Valeria Piccone** ha sottolineato che scopo dell'incontro è fare il punto su quello che si può definire il *jeu de balle*, o dialogo, tra le Corti, a proposito del tema del *ne bis in idem*, in particolare dopo le ultime pronunce delle corti sovranazionali, dalla sentenza A e B c. Norvegia a Mihalace. L'interprete deve risolvere il caso concreto con un approccio dinamico.

Il **cons. Antonio Corbo** ha spiegato che l'idea di tenere l'incontro su questo tema in cassazione nasce dalla necessità di avere linee comuni cercando di mettere a fuoco ciò che sull'argomento è ormai approdo consolidato e ciò che invece deve ancora essere definito per evitare disarmonie nell'esperienza giudiziaria concreta. Tra questi ultimi temi, la nozione di "*idem factum*" è ancora da chiarire, la nozione di decisione irrevocabile, il problema della duplicità dei procedimenti, dove non c'è allineamento tra le due corti sovranazionali, in particolare sul profilo temporale. Alcuni aspetti quindi richiedono una messa a punto definitiva, e questo è lo scopo del convegno.

Ha poi preso la parola per un saluto introduttivo il **Primo Presidente Giovanni Mammone** che ha sottolineato come il concetto del "*ne bis in idem*" abbia bisogno oggi di una sistemazione. Esso non riguarda più solo il diritto penale. L'impostazione della sentenza Engel va ben oltre il diritto penale. In Italia il tema è particolarmente sentito ed il maggior contenzioso riguarda i provvedimenti delle Autorità indipendenti, come sottolineato di recente anche in un altro convegno presso il CSM. La stessa sentenza Grande Stevens, così come altre decisioni in materia, deriva dall'applicazione di sanzioni di un'autorità indipendente, la CONSOB. Il tema va poi visto non solo alla luce della Convenzione EDU ma anche della Carta dei diritti dell'UE. La Cassazione ha molto da dire al riguardo perché le sentenze più recenti delle corti sovranazionali, in particolare della Corte di Giustizia, sono derivate da rinvii pregiudiziali della sezione tributaria della Corte.

Il **Procuratore Generale Giovanni Salvi** ha espresso apprezzamento per l'organizzazione del convegno. Il tema rileva per l'importanza del dialogo tra le Corti, anche se a volte è un dialogo con frizioni, non lineare, ma pur sempre un dialogo. La Cassazione ha il compito di dare applicazione pratica a questo concetto, anche alla luce del principio di proporzionalità. Importante è però considerare anche l'altra faccia del *ne bis in idem*: il giudicato e le sue evoluzioni, ed in particolare il suo rapporto con altri istituti quali la prescrizione.

Sono, quindi, iniziati i lavori. Il **Presidente Francesco Viganò** ha preso la parola, ringraziando per essere stato invitato a presiedere e ha fatto un breve intervento introduttivo.

Ha evidenziato che sul tema vi sono pochi punti fermi e molti profili problematici: tra questi ultimi *l'idem factum* sul quale va segnalata la sentenza della Corte Costituzionale n. 200 del 2016, le cui conclusioni sono comunque ancora oggetto di dibattito.

Ma la questione centrale attiene al *ne bis in idem* nei sistemi a doppio o triplo binario sanzionatorio. E' legittimo sottoporre nuovamente a procedimento avente sostanziale natura penale chi è già stato giudicato penalmente? Quelli che si possono definire i "campi di battaglia" su questa domanda nel nostro sistema sono il diritto dei mercati finanziari, dove il doppio binario esiste dal 2005, ed il diritto tributario. I punti di riferimento normativi non sono rappresentati tanto dalla Costituzione, che è silente sul punto, ma dall'art 4 protocollo 7 Convenzione EDU e dall'art 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Il primo ha ingresso nel nostro ordinamento tramite l'art 117 Cost., il secondo tramite l'art. 11 Cost.

Punto di partenza è la sentenza della Corte EDU Grande Stevens del 2014, dove la Corte diede una risposta molto netta: l'inizio o prosecuzione del secondo procedimento, una volta che il primo è definito, è illegittima.

In seguito a questa sentenza si sono manifestati vari filoni giurisprudenziali.

Un primo filone si è basato sul sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ai sensi dell'art. 117 Cost. La Corte Costituzionale, però, ha sempre dichiarato la questione inammissibile.

Un secondo filone ha fatto leva sull'effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia attraverso il presupposto dell'effetto diretto dell'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, per chiarire i contenuti.

In questo scenario è intervenuta la sentenza AeB contro Norvegia della Corte EDU, modificando il quadro e superando la sentenza Grande Stevens, introducendo il concetto per cui due procedimenti possono coesistere, purché vi sia tra essi una connessione temporale sufficientemente stretta ed una connessione sostanziale, ed essi rappresentino, quindi, un unico sistema sanzionatorio integrato.

Ad essa hanno fatto seguito le tre sentenze Garlsson, Menci, Di Puma e Zecca della Corte di Giustizia, nella quali anche la Corte di Giustizia, alla fine, ammette il doppio binario a condizioni molto simili a quelle espresse dalla Corte EDU, ma con una importante differenza: per la Corte EDU, quando ricorrono le suddette condizioni non si verifica violazione del divieto del *bis in idem* perché manca il requisito del "*bis*", del doppio procedimento; la Corte di Giustizia, invece, riconosce l'esistenza di due procedimenti, ma basa la sua conclusione su un giudizio finale di proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva.

Questa è la situazione al momento, che però lascia ancora ampi margini di incertezza. Interessante è capire in che direzione si stia andando adesso.

Secondo il presidente del convegno, manca un dibattito in dottrina sulle ragioni sostanziali a sostegno del doppio binario. Il sistema del doppio binario è molto oneroso anche per l'interessato, per cui occorrerebbe capire per quale motivo in un sistema si insista a prevederlo, quale è il suo valore aggiunto.

Oltretutto, i criteri elaborati dalla Corte EDU nella sentenza AeB c. Norvegia non sono molto chiari e, soprattutto, rinviando ogni valutazione ad una analisi casistica concreta, da compiere "ex post", rendendola non possibile "ex ante".

Anche il criterio della proporzionalità mostra delle debolezze perché anche la pendenza del secondo procedimento è rilevante per l'interessato, e spesso già essa rappresenta una sanzione.

Il presidente ha quindi dato la parola al primo relatore, il cons. Raffaele Sabato, già consigliere della Corte di Cassazione, ed oggi giudice italiano presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo.

Il **cons. Raffaele Sabato**, attualmente giudice italiano della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha messo in luce, con una presentazione basata anche su *slides*, che la sentenza AeB c. Norvegia non è, in realtà, una cesura rispetto al passato sul tema, perché i principi in essa affermati erano già stati affermati dalla Corte in passato.

Egli, prima di tutto, ha ricordato la genesi del protocollo n. 7, entrato in vigore nel 1988, circa quarant'anni dopo la Convenzione EDU e con molte riserve degli Stati, tra cui quella dell'Italia. Si tratta di riserve ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, entrata in vigore nel 1980, (essendo la Convenzione EDU un trattato internazionale), secondo la quale "una riserva formulata nei confronti di un'altra parte modifica per lo Stato autore della riserva nei suoi rapporti con quell'altra parte le disposizioni del Trattato a cui la riserva si riferisce, nella misura prevista dalla riserva medesima".

La riserva dell'Italia è stata nel senso che gli articoli da 2 a 4 del protocollo si applichino solo alle violazioni, nei procedimenti ed alle decisioni qualificate come penali dalla legge italiana.

Le riserve sono espressione delle preoccupazioni sull'entrata in vigore del concetto di "ne bis in idem" dei Paesi che utilizzano il sistema del doppio binario. Al riguardo, alcuni Paesi come, per esempio, la Germania, il Regno Unito, il Belgio e i Paesi Bassi non hanno neppure ratificato il protocollo. La norma che prevede il divieto di "bis in idem", quindi, ha in realtà un ambito limitato.

Tuttavia, dalla sentenza Grande Stevens emerge che la riserva italiana è stata considerata invalida perché l'Italia non ha dimostrato in cosa la norma del protocollo violerebbe il sistema interno.

Il relatore ha sottolineato come alla sentenza Grande Stevens sia stata data un'eco notevole, ma probabilmente la pronuncia si sarebbe potuta evitare se la Corte avesse avuto il quadro preciso della situazione processuale nazionale, dove, sul versante penale, il reato si è prescritto e la CONSOB era parte civile.

Anche riguardo alla sentenza AeB contro Norvegia, i principi in essa affermati in realtà, erano già stati enunciati in sentenze precedenti dalla Corte EDU (R.T. contro Svizzera del 2000, e Nilsson contro Svezia del 2005), e in quel giudizio l'Italia non è neppure intervenuta, a differenza di altri sei Stati che, intervenendo, hanno espresso adesione al criterio della sentenza R.T. contro Svizzera, ripreso poi nella sentenza AeB.

È molto illuminante il paragrafo 122 della sentenza, nel quale la Corte afferma che "nelle cause in cui entra in gioco l'art. 4 del Protocollo n. 7, la Corte ha il compito di determinare se la misura nazionale specifica denunciata costituisca, nella sua sostanza o nei suoi effetti, una doppia incriminazione che reca pregiudizio alla persona sottoposta alla giustizia, o se al contrario essa sia il frutto di un sistema integrato che permette di reprimere un illecito" secondo un sistema di sanzioni coerenti tra loro.

Anche questa sentenza, quindi, si rifà, in qualche misura, al concetto di proporzionalità della sanzione, portando così ad affermare che anche per la Corte EDU la definitività del primo procedimento non comporta necessariamente violazione del principio, se un secondo procedimento è pendente. La definitività del primo procedimento non è allora questione decisiva.

Il problema, semmai, è che questi criteri richiedono un giudizio di mero fatto, variabile da caso a caso, e sul quale difficilmente il legislatore può intervenire.

Ha poi citato, come recenti sviluppi sul principio, i casi Ramda c. Francia, Kadusic c. Svizzera e Mihalace c. Romania che si è soffermata in particolare sul concetto di “definitività” della decisione.

Il **pres. Viganò** ha ringraziato il cons. Sabato per l'intervento, dando poi la parola al **prof. Nascimbene**.

Il **prof. Bruno Nascimbene**, che ha discusso sul tema “Il divieto di bis in idem nell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea”, ha ricordato che ad ottobre 2017 si svolse un convegno sul *ne bis in idem* ed egli si occupò del tema nella prospettiva del diritto internazionale, quindi con riferimento al diritto consuetudinario e convenzionale.

Quella era stata l'occasione per rilanciare alcune riflessioni sulla rilevanza della CEDU, mentre in quell'occasione il diritto della UE era rimasto più sullo sfondo.

In questa occasione, invece, dovendo trattare del diritto UE, il relatore ha sottolineato che non si può prescindere da quanto avvenuto nella Corte di Giustizia nel 2018, e prima ancora nel 2017 con la sentenza Orsi Baldetti, proveniente da rinvio del Tribunale S. Maria Capua Vetere. Per inciso, questo evidenzia, ha affermato il relatore, la vivacità dei giudici italiani nel “dialogo” con le Corti europee. Infatti, oltre alla sentenza Orsi Baldetti del 2017, proveniente, come detto, da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, anche le tre sentenze del 2018 sul *ne bis in idem*, e cioè le tre sentenze del 20.3.2018, C-524/15, Menci; C-537/16 Garlsson; C-596/16 e C-597/16 Di Puma e Zecca, originano da rinvii pregiudiziali compiuti da giudici italiani, in particolare il tribunale di Bergamo (causa Menci) e la Corte di Cassazione (cause Garlsson e Di Puma-Zecca).

Queste sentenze sono state l'occasione per porre a confronto la Carta dei diritti UE ed altre norme dell'Unione con la CEDU, in particolare il protocollo 7.

Secondo il relatore, la sentenza Menci (relativa ad un illecito tributario) è particolarmente importante per l'analisi di tale confronto; da considerare sono, però, prima ancora delle sentenze, anche le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sanchez Bordona in tutte e tre le cause. Tra l'altro, in questi procedimenti si è verificata la riapertura della fase orale, perché nel frattempo era intervenuta la sentenza A e B c. Norvegia. La riapertura è un fatto non usuale, ma in questo caso opportuna perché la Corte ha voluto valutare in che modo la sentenza AeB potesse incidere sulle decisioni.

Davanti alla Corte ci si è interrogati preliminarmente sul ruolo delle norme dell'UE rilevanti (art. 50, ma anche 51 e 52 della Carta) e sulla loro interpretazione rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU.

Il tema è quello che il relatore definisce della conciliazione o bilanciamento tra il pensiero dei giudici europei e nazionali.

Ha ricordato che l'avvocato generale in questo caso aveva criticato la sentenza AeB della Corte EDU sostenendo che il criterio da essa introdotto era complesso, riduceva le garanzie. L'avvocato generale, secondo il relatore, sembra rimpiangere le sentenze Bonda e Fransson e ritiene che la Corte debba attenersi ad esse; il relatore vede nelle conclusioni dell'avvocato generale non un dissenso rispetto ai criteri Engel, ma il desiderio di non mutare posizione rispetto a quanto affermato nelle sentenze Bonda e Fransson; in altri termini, l'avvocato generale sembra non trovarsi a suo agio con i criteri espressi nella sentenza della Corte EDU AeB contro Norvegia. Sembra rivendicare l'autonomia del diritto UE rispetto a quello del sistema CEDU.

A fronte di queste sollecitazioni dell'avvocato generale, ci si poteva allora attendere, ha proseguito, una presa di posizione formale della CGUE sui “propri” criteri in tema di *ne bis in idem*, che invece non vi è stata, tranne che per alcune considerazioni compiute dalla Corte nella sentenza

Menci. La Corte di Giustizia, ben inteso, fa propria la ratio del principio del *ne bis in idem*, fa propri i criteri Engel della Corte EDU, ed i concetti della Convenzione (secondo il relatore, inevitabilmente, anche perché il prot. 7 e l'art. 50 della Carta sono norme corrispondenti); esprime, però, poi due concetti, più evidenti, in particolare, in due passaggi della sentenza Menci.

Un primo passaggio rilevante è quello, nella sentenza Menci, in cui la Corte cita il criterio di bilanciamento come indicazione, sia al giudice nazionale, che alle autorità nazionali per valutare il *ne bis in idem*. Per valutare il doppio binario bisogna considerare quello che la Corte chiama l'"onere finale" o il "risultato finale" dell'applicazione dello stesso. È una valutazione non facile che riguarda in particolare "la fattispecie" e "l'interessato". Il riferimento alla situazione finale dell'interessato, però, secondo il relatore, può creare problemi al giudice nazionale, contraddittore naturale della CGUE.

Con questo criterio, infatti, secondo il relatore la Corte dà troppa discrezionalità al giudice di nazionale, non lo guida come dovrebbe fare per la soluzione del caso concreto. La Corte, ad avviso del prof. Nascimbene, deve in qualche modo dare indicazioni al giudice nazionale, altrimenti non può sussistere l'auspicato "dialogo" tra CGUE e giudici nazionali.

Altro aspetto rilevante, in tutte e tre le sentenze della Corte di Giustizia del 2018, è che in esse la Corte sottolinea una differenziazione che evidenzia come la CGUE decide comunque sulla base del diritto UE, pur tenendo conto del protocollo 7 della CEDU.

In particolare, anche in questo caso in maniera più evidente sempre nella sentenza Menci, afferma la Corte: i criteri dell'art 50 in combinato con l'art 52 paragrafo 1 assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito dall'art. 4 prot. 7 come interpretato dalla Corte EDU.

Va notato che l'espressione italiana "non incide", o "non influisce", nelle altre versioni linguistiche della sentenza è espressa con "ne méconnaît pas" (francese), "is not in conflict" (inglese), "nicht verletzt" (tedesco), per cui il significato, secondo il relatore, non è nel senso che ognuna delle due Corti è del tutto autonoma dall'altra in questa valutazione, che "ognuno va per la sua strada", ma che lo standard UE che vieta il *ne bis in idem* non prescinde comunque dai criteri della Corte EDU; tuttavia, pur con questa premessa, la decisione finale della Corte di Giustizia si basa, alla fine, sul diritto dell'Unione.

A testimonianza di come questo modo di procedere appartenga a ciascuna delle due Corti europee, in una sentenza successiva, del 6.6.2019 (Nodet c. Francia) in tema di manipolazione del mercato finanziario in cui la Corte EDU aveva concluso per la violazione del protocollo, questa, quasi in apparente risposta alla CGUE, cita i criteri della CGUE delle tre sentenze del 2018, ma poi decide sulla base di propri criteri (espressi nelle sentenze a partire da quella del caso Zolothukin); in sostanza, analogamente a quanto osservato per la Corte di Giustizia nella sentenza Menci, in questa occasione è la Corte EDU che mostra di essere consapevole della giurisprudenza della CGUE, ma non decide in base ad essa.

In conclusione, il relatore ha anche sottolineato che nella valutazione del *ne bis in idem* rileva analizzare in quale fattispecie ci si trova: in particolare se in un procedimento amministrativo dopo che si è già svolto quello penale, o viceversa. La circostanza non è affatto irrilevante: se è il procedimento penale che precede l'amministrativo, l'applicazione di sanzioni amministrative in quest'ultimo è molto ridotta. La Corte non la esclude, ma afferma che il giudice deve compiere una verifica, non solo alla luce della proporzionalità.

Se il procedimento penale che precede quello amministrativo si è, poi, concluso con una sentenza di assoluzione, come nel caso Di Puma, lo spazio per le sanzioni amministrative, ad avviso del relatore, allora non esiste neppure. In caso di assoluzione penale, infatti, la sproporzione che deriverebbe dalla successiva applicazione della sanzione amministrativa è manifesta.

Il **Pres. Viganò**, riprendendo la parola, ha evidenziato che gli esiti dei due procedimenti, di cui ha parlato il prof. Nascimbene, sono un nervo scoperto che necessita chiarezza. Certamente l'assoluzione in sede penale può fare apparire sproporzionata la sanzione amministrativa. Tuttavia, se l'assoluzione penale si basa sulla mancanza di dolo, essa potrebbe anche lasciare spazio al doppio binario, considerata anche la differenza nella procedura e nelle regole probatorie tra processo penale ed amministrativo. L'esito differenziato dei due procedimenti quindi potrebbe non essere necessariamente patologico.

Ha introdotto, quindi, il successivo relatore, il pres. Berruti, auspicando un chiarimento, però, su una questione di fondo, preliminare a quanto detto finora, e cioè sul senso del doppio binario; in particolare sulla necessità che esso sia mantenuto, non solo rispetto a procedimenti Consob, ma anche di altri organismi quali la Banca d'Italia.

Il **pres. Berruti** cui era assegnato il tema "Il divieto di bis in idem nella esperienza e nelle prospettive delle Autorità indipendenti", ha, pertanto, modulato il suo intervento anche sulla base della sollecitazione ricevuta dall'introduzione del Presidente sulla necessità o meno, dal punto di vista delle Autorità, ed in particolare della Consob, dell'esistenza del sistema del doppio binario sanzionatorio.

Egli ha ricordato che il fondamento dell'esistenza stessa della Consob è l'art 47 Cost. L'esercizio del credito è uno dei fattori della democrazia e la disciplina degli apparati a tutela del risparmio ne fa parte.

Consob non ha il compito del giudice. Il giudice con la sentenza ricostruisce l'ordinamento giuridico. La Consob governa il mercato, prima durante e dopo i fatti che lo possono condizionare, tramite atti di "soft law". Non è la classica amministrazione che contempera le diverse esigenze amministrative. La Consob contempera tutte le esigenze, anche quelle del singolo cittadino.

Per esempio, la Consob può valutare se determinate certe notizie di cui è venuta in possesso devono diventare pubbliche o meno.

La Consob sa che il mercato non è fondato sulla verità ontologica, che nella sua prospettiva non esiste, ma sulla considerazione che gli attori del mercato operino nella più grande trasparenza, così da consentire a chi abbia idee diverse su un prodotto di verificarne il fondamento.

Per questo, una pratica come quella, per fare un esempio, del cd. prestito baciato non deve esistere. Quando questa è posta in essere, la CONSOB interviene immediatamente. In questo interviene in maniera diversa da un giudice.

La Consob, ha proseguito il relatore, non deve ricostruire l'ordinamento, ma farlo procedere. Deve avere elasticità per governare il mercato. Questo significa che deve prendere decisioni immediate, a volte in brevissimo tempo.

Questi poteri di vigilanza della Consob quindi devono avere un procedimento specifico ed una sanzione, per tutelare anche gli sprovveduti che operano sul mercato. Questa, ha affermato il relatore, è una delle componenti di un sistema democratico.

Un principio come quello dell'art. 47 è presente solo nella Costituzione italiana.

La Consob per le sue valutazioni si affida alle presunzioni ed in base ad esse deve prendere le sue decisioni. Non deve diventare, quindi, ausiliario di polizia del giudice penale.

La conclusione di tutte le considerazioni che precedono è quindi che, per poter esercitare in maniera efficace la sua funzione, è necessario che l'indagine Consob si svolga indipendentemente da quella penale, che resti a livello amministrativo ed è legittimo che non venga trasferita al livello penale.

Poi, certo, questo comporta il rischio del doppio processo per lo stesso fatto, ma il relatore, a questo punto, si è chiesto se si tratta veramente dello stesso fatto. La lesività, infatti, è diversa.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 43 del 2018 ha affermato un principio che va tenuto presente.

Il potere delle Corti sta mettendo a punto una razionalizzazione del sistema, che è come un puzzle. Solo le Corti oggi lo stanno facendo, esercitando così una funzione “politica”, soprattutto da parte della Corte Costituzionale, in un momento in cui la politica tradizionale appare in crisi. Applicare la Costituzione è fare politica.

Quanto ai criteri per risolvere la possibile concorrenza dei due procedimenti, il relatore ha osservato che la prevalenza di un procedimento non può dipendere dall’autorità che per prima adotta il provvedimento. In questo caso la Consob sarebbe sempre la prima. In questo caso, allora, si è chiesto come potrebbe la Consob tenere conto anche dell’eventuale sanzione penale.

A seguito dell’intervento del **pres. Berruti**, il **pres. Viganò** ha apprezzato la difesa della Consob e del risparmio, e della necessità di un intervento immediato della Consob sul mercato.

Qualche domanda aperta però resta: sul concetto di “stesso fatto”, secondo il prof. Viganò il fatto storico è sempre lo stesso (per esempio, l’acquisto di 30.000 azioni a prezzo privilegiato).

Detto questo, si può comprendere la necessità di intervento della Consob con un proprio potere sanzionatorio che può anche conformare il precetto, anche se ciò sconfinava in problemi di prevedibilità della fattispecie e del precetto stesso.

Ha quindi affermato che un intervento del legislatore sarebbe, probabilmente, opportuno.

Ha passato poi la parola all’avv. gen. Gaeta.

L'**avv. gen. Piero Gaeta**, avvocato generale presso la Corte di cassazione, ha svolto una relazione dal titolo “Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione”.

Il relatore ha esordito partendo dalla premessa che, a suo avviso, la sentenza Ae B c. Norvegia rappresenta una cesura rispetto alla precedente giurisprudenza, dissentendo, quindi, sul punto dal cons. Sabato. La sentenza Fransson rappresenta “lo scisma”, la sentenza Grande Stevens è “ribadire un’ortodossia”, la sentenza AeB è una sorta di riconciliazione, un pentimento giurisprudenziale nel tentativo di ricucire con Lussemburgo. Le tre sentenze della Corte di Giustizia del 2018 sono il consolidamento di quest’ultimo orientamento.

Secondo il relatore, le due Corti parlano due lingue diverse. La Corte EDU è corte dei diritti. La sentenza A e B c. Norvegia privilegia il legame sostanziale, e mira ad annullare il *bis* processuale in funzione della garanzia individuale. Del resto, se si guarda all’origine dell’istituto, il *bis* processuale è servente rispetto all’origine sostanziale dell’istituto. Si era trasformato in un istituto processuale per comodità pratica nei vari ordinamenti.

Questa lettura trova conforto in due momenti: la sentenza della Corte Costituzionale n. 43 del 2018, ma soprattutto con la giurisprudenza della Cassazione penale, che riflette il percorso della giurisprudenza sovranazionale.

Prima della sentenza AeB c. Norvegia vigeva una regola solo processuale, un meccanismo automatico preclusivo che si limitava ad accertare la definitività del primo provvedimento.

Questa situazione muta dopo la sentenza AeB che valuta il legame tra i due procedimenti.

Il percorso compiuto dalla Cassazione, che riflette questo mutamento, è straordinario proprio dal punto di vista culturale, perché storicamente noi apparteniamo ad un sistema di separazione

delle giurisdizioni. Il giudicato penale non fa giudicato in quello amministrativo; poi le cose sono cambiate.

La giurisprudenza del primo orientamento (che si potrebbe definire “di tipo conservativo” o “negazionista”) si fonda sulla negazione che il secondo procedimento sia di natura penale, nega quindi il *bis*.

Dopo la sentenza AeB, invece, si riconosce il *bis*, ma lo si manipola secondo i criteri di tale sentenza.

Il primo orientamento sulla scia della sentenza della Corte di Giustizia Orsi e Baldetti si basa o su profili soggettivi del destinatario della sanzione distinguendo, per esempio, tra persona giuridica e rappresentante legale della società (sentenze Palumbo, Passaro, Benedetti e Ovan della sezione III penale), anche se poi la sentenza Palumbo deve confrontarsi col problema della confisca per equivalente rispetto al rappresentante fisico, dopo la verifica dell’incapienza della società, e quindi slegata dal reato. Questo aspetto rappresenta un problema serio di *bis in idem* perché una confisca per equivalente importante si unisce alla sanzione penale.

La più interessante di questo orientamento è quella che traccia il confine oggettivo, “se non è penale si può fare”; se nego la natura di sostanza penale alla prima sanzione, posso andare avanti con il procedimento penale.

La sentenza Andreatta del 2015, della sez III, nega la deducibilità della violazione del *ne bis in idem* in cassazione, affermando che non costituisce *error in procedendo* ma questione di fatto inammissibile in cassazione.

In questa sentenza i giudici sono consapevoli di un contrasto in cassazione, ma non possono rimettere la questione alle sezioni unite perché una delle due sanzioni non era definitiva e, dunque, le sezioni unite avrebbero restituito gli atti.

Sempre all’interno del primo orientamento, la sezione IV penale si occupa di sanzioni amministrative relative alla condotta di guida (ritiro della patente, confisca del veicolo in caso di guida in stato di ebbrezza), negandone la natura penale. Anche la responsabilità contabile degli enti, le misure di prevenzione sono tutte escluse dal concetto di *ne bis in idem*.

Il secondo orientamento, dopo la sentenza AeB, passa dal divieto di due procedimenti alla facoltà di due procedimenti coordinati purché vi sia “close connection”; tra divieto e facoltà vi è un’enorme differenza.

Questo mutamento, secondo il relatore, determina una maggior estensione del principio, con un mutamento di funzione dell’organo giudicante. La Cassazione è diventato un organo diverso rispetto a prima. Ora accerta la legalità del procedimento dalla legalità della sanzione, mentre di solito il percorso è contrario: si accerta la legalità della sanzione dalla legalità del procedimento

Vi sono quattro sentenze della sezione V penale che delimitano questo orientamento: Franconi, Chiaron Casoni, Erbette e Respigo, le quali pongono dei punti fermi.

Chiariscono perché la sentenza AeB può essere recepita nell’ordinamento nazionale; le sanzioni in materia di mercato non fanno parte del nocciolo duro del sistema penale.

La sentenza Chiaron Casoni anticipa la novella legislativa dell’art. 187 terdecies t.u.f., ed afferma i principi di complementarietà e possibilità di osmosi probatoria.

Da questi punti discende però, purtroppo, un giudizio casistico. Non abbiamo un criterio certo e sicuro che certifichi la materia penale, bisogna navigare a vista, caso per caso.

Questa giurisprudenza ha sempre riconosciuto il legame temporale, quindi sembra spostare la partita per determinare la violazione o meno sul trattamento sanzionatorio, ma il problema è che non abbiamo un criterio per stabilire quando una sanzione integrata sia proporzionata.

Questa giurisprudenza, alla quale si unisce quella penal-tributaria della sezione III penale, con le sentenze Servello, Tronconi, Giardino, esprime il concetto in tre passaggi.

a) La valutazione deve essere onnicomprensiva per tutte le sanzioni.

b) Deve essere valutato il disvalore di entrambi gli illeciti

c) Occorre un uso prudente ed accorto del 133 c.p. La sentenza Erbetta aggiunge che alla luce dell'art. 133 c.p. deve persino essere valutato anche l'editto sanzionatorio emesso dalla Consob.

Tutto il resto è valutazione in fatto.

Il relatore segnala, sulla base di tale principio, la sentenza Respigo come un caso limite: essa afferma che se la prima sanzione assorbe l'intero disvalore, la disapplicazione deve essere in toto, che non può essere relegata in ambiti "paradossali", cioè solo in casi di scuola.

Poi aggiunge che la sanzione penale non può fare da eco alla severità draconiana delle sanzioni amministrative.

La riflessione finale del relatore parte dal presupposto che, sulla base di quanto sopra, allora, allo stato attuale, tutto dovrebbe ritenersi chiarito con un assestamento della giurisprudenza delle sezioni penali, sulla scia di quella sovranazionale. In realtà, a suo avviso gli interrogativi restano numerosi.

Il principale consiste nello stabilire se sia possibile una fungibilità tra sanzione amministrativa e penale. In altri termini, se un soggetto è stato sanzionato solo in via amministrativa, con una sanzione amministrativa che assorbe l'intero disvalore del fatto, naturalmente a seguito di un procedimento amministrativo, si può accettare questa situazione, per cui una pena così incisiva, tale, come detto, da assorbire l'intero disvalore del fatto, sia stata irrogata senza le garanzie del processo penale? Per superare questo ostacolo occorrerebbe ipotizzare anche la fungibilità dei procedimenti. Questo significa, in termini pratici, estendere le garanzie del processo penale anche a procedimenti formalmente non tali, per esempio lo stesso procedimento sanzionatorio della Consob, ma il pres. Berruti ha appena illustrato tutte le ragioni per cui ciò è sostanzialmente non praticabile.

Una possibilità potrebbe consistere nell'estendere i principi di garanzia penale di natura sostanziale al procedimento amministrativo, come peraltro la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 112 del 2019, ha già iniziato a fare. Tale sentenza, però, si riferisce al principio dell'art. 25, comma 2, Cost. La vera svolta consisterebbe, invece, nell'applicabilità dell'art. 27 Cost. alle sanzioni amministrative. Al momento non è dato sapere se e quando ciò avverrà, ma non si può escludere che in un prossimo futuro vengano proposti, anche davanti alla Corte di Cassazione, ricorsi in cui verrà dedotta la questione di legittimità costituzionale in questo senso.

Il **pres. Viganò**, riprendendo la parola, ha risposto che queste domande non hanno risposta, ma si è soffermato su un aspetto della relazione dell'avv. gen. Gaeta. Le sanzioni amministrative sono sempre più draconiane. Non è più vero, quindi, che la sanzione amministrativa è meno afflittiva della penale; può invece essere molto pesante. Questo non può non sollevare degli interrogativi sull'estensione al processo amministrativo di garanzie penalistiche, anche se il Pres. Viganò non ha potuto esprimersi, per evidenti ragioni, sull'applicazione dell'art. 27 Cost.

Inoltre, proprio in virtù della consapevolezza di questo possibile carico afflittivo, la CEDU ci ha insegnato a valutare cumulativamente queste sanzioni, e la Cassazione lo sta facendo. Questo è un aspetto del tutto nuovo nel sistema italiano, in cui storicamente ogni settore è stato abituato a considerare, a fronte di una violazione, solo la propria sanzione, anche se, poi, per lo stesso fatto storico altre ne venivano poi applicate. Questa nuova mentalità che consiste nella visione complessiva delle sanzioni rappresenta un passaggio che può definirsi storico.

Ha dato quindi la parola al cons. Scarpa.

Il Consigliere **Antonio Scarpa** ha tenuto la sua relazione sul tema “Il ne bis in idem nella giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione”.

Egli ha, in primo luogo, messo in rilievo che è questione a prima vista assai complessa l’adattamento al processo civile del principio del divieto di *bis in idem*, attesa la diversità ontologica tra gli istituti del giudicato civile e del giudicato penale. Il codice di procedura penale immagina il giudicato come di irrevocabilità della sentenza, e limite in negativo al ri-esercizio della potestà punitiva. Il giudicato civile invece ha un effetto non negativo, ma affermativo, nei confronti anche di terzi, della stabilità del rapporto giuridico cui la sentenza si riferisce.

Dunque, il principio del *ne bis in idem* appartiene, per sua essenza più intima, al diritto penale: riguardato nella sua valenza sostanziale, esso si traduce nel divieto di punire due volte un soggetto per un medesimo fatto.

Si è, quindi, chiesto quando, allora, il divieto del bis in idem di fonte eurounitaria e convenzionale può costituire una preclusione alla formazione del giudicato civile, che, normalmente, coprendo «il dedotto e il deducibile», è volto a dettare una stabile, ed anzi definitiva, “regula iuris” nel rapporto tra le parti.

Ha individuato il campo delle sanzioni non penali, in primo luogo quello dei procedimenti di opposizione avverso l’irrogazione di sanzioni pecuniarie amministrative, i quali presentano però sicuramente, rispetto all’ordinario processo civile, alcune peculiarità tipiche del processo penale.

Negli ultimi anni, inoltre, le ipotesi di potenziali violazioni del principio del ne bis in idem per il concorso tra una sanzione penale ed una sanzione, per così dire, “para-penale”, si sono dilatate.

Al riguardo, il relatore ha fatto riferimento all’ampio catalogo, certificato da Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, delle misure sanzionatorie civilistiche con finalità tipicamente punitiva e deterrente, peraltro tutte destinate a vantaggio della parte danneggiata, e non dello Stato, con l’unica eccezione della misura di cui all’art. 709 ter, comma 2, n. 4, c.p.c. (sanzione che la norma definisce “amministrativa” e devolve alla Cassa delle ammende) ed oggi, ancora di più, alle sanzioni pecuniarie civili previste dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

Storicamente, l’ordinamento italiano conosce due regimi processuali e sanzionatori riferibili al modello del cosiddetto “doppio binario”: quello del diritto tributario e quello degli abusi di mercato.

In campo tributario, in maniera del tutto simile all’art. 9, legge n. 689/1981, viene regolato, nell’art. 19, comma 1, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il concorso infra-sistematico tra illeciti amministrativi tributari e corrispondenti reati, pur prevedendosi poi, all’art. 21, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 74/2000, un meccanismo di sospensione della eseguibilità delle sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, che potrebbe sembrare proprio un’applicazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale quanto meno in fase esecutiva. Le sanzioni amministrative possono, cioè, essere messe in esecuzione solo quando il concomitante procedimento penale abbia escluso che il fatto abbia rilevanza come reato. Rimane un problema di *ne bis in idem* processuale: l’art. 20 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, esclude che il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario possano essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione.

Costituisce, poi, una disciplina affatto peculiare di deroga al principio di specialità quella del cosiddetto *market abuse*, visto che sia l’art. 187 bis TUF, in tema di abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate, sia l’art. 187 ter TUF, in tema di manipolazione del mercato, stabilendo le sanzioni amministrative per tali condotte, continuano - pure dopo l’ultima riforma introdotta dal

d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 - a contenere espresse clausole che fanno “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”. Tale concorso tra sanzioni penali e sanzioni formalmente amministrative si pone spesso in contrasto col principio del *ne bis in idem* sostanziale ex artt. 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU, visto che le fattispecie di reato sembrano esaurire integralmente il disvalore del fatto, con conseguente consunzione degli illeciti amministrativi. Il rischio della sommatoria delle sanzioni è in parte evitabile facendo applicazione dell’art. 187-terdecies TUF, nella formulazione ora risultante dopo la modifica introdotta dal d.lgs. n. 107 del 2018, secondo il quale, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico dell'autore della violazione o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla CONSOB, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice deve tener conto, nel determinare le sanzioni di sua competenza, delle misure punitive già applicate, limitando l’esazione della pena pecuniaria alla parte eccedente quella riscossa. La soluzione individuata dal legislatore del 2018 con la riscrittura dell’art. 187-terdecies TUF, nel senso di imporre la somma algebrica e lo “scomputo” del pregresso nel coordinamento tra (sole) sanzioni pecuniarie penali ed amministrative in tema di abusi di mercato, non aiuta, tuttavia, a dare immediata risposta alle ipotesi di concorso implicanti l’adozione di sanzioni detentive o interdittive.

In campo tributario, la Sezione V civile della Corte di cassazione (Cass. Sez. V, 13 marzo 2019, n. 7131) ha negato la violazione del *ne bis in idem* in un caso in cui le vicende comprovavano “una stretta connessione, sul piano sostanziale oltre che cronologico, tra l'accertamento in sede tributaria ed il procedimento penale”. In questa sentenza, analogamente a quanto aveva deciso in precedenza la Sezione III Penale della S.C. (Cass. pen., Sez. 3, ud. 22 settembre 2017, dep. 14 febbraio 2018, n. 6693), la Sezione Tributaria ha fatto applicazione del criterio della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra procedimento tributario e penale, sancito dalla sentenza A e B c. Norvegia, a partire dalla quale la giurisprudenza convenzionale ha fatto venire meno il divieto assoluto di doppio procedimento, in presenza, appunto, della “close connection” dovuta alla complessiva contemporaneità del loro svolgersi.

Il relatore ha posto in rilievo che una irrisolta questione di possibile duplicazione di fattispecie sanzionatoria permane in relazione alle condotte di omesso versamento di ritenute dovute o certificate e di omesso versamento di IVA, oggetto dei reati di cui agli artt. 10 bis e 10 ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, e poi anche perseguibili in via amministrativa. Sul punto vi sono le pronunce Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424 e 37425, dep. 12 settembre 2013.

In tema di abusi di mercato, il relatore ha evidenziato che le più recenti decisioni delle Sezioni civili della Corte di cassazione dimostrano la nuova sensibilità dei giudici nel ravvisare il nucleo del *ne bis in idem* nel rispetto proprio della proporzionalità sanzionatoria complessiva.

Così, Cass. Sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564, nel procedimento in cui si era verificato il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE culminato nella sentenza della CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, dopo aver efatto riferimento al principio di proporzionalità della sanzione inflitta, ha affidato al giudice di rinvio, trattandosi di accertamento di merito, di valutare la “congruità della doppia sanzione inflitta” rispetto all’illecito di manipolazione del mercato commesso, riconoscendo allo stesso giudice di rinvio “la possibilità, essendo passata ormai in giudicato la condanna penale, che la sanzione amministrativa, oltre a potere essere annullata o confermata, possa essere ridotta al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata (sanzione detentiva e amministrativa) nei limiti della efficacia, proporzionalità e dissuasività (...), nell'ottica del bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia tra il principio del *ne bis in idem* e l'esigenza di tutela della effettività proporzionalità e dissuasività della sanzione”.

Il relatore ha poi citato Cass. Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31634, secondo la quale è “la sanzione del procedimento rimasto pendente a dover essere rimodulata ove essa, cumulata con la pena divenuta definitiva, ecceda i criteri di efficacia, proporzionalità e dissuasività”.

Una agevole ed automatica applicazione del ne bis in idem dinanzi al giudice civile dell'opposizione a sanzione amministrativa sostanzialmente penale relativa ad abusi di mercato è invece data dall'eventualità in cui vi sia già stata una sentenza penale di assoluzione. Il caso, che era stato già affrontato da CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, viene risolto in Cass. Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31632, nel senso che non è compatibile con il principio del ne bis in idem di diritto convenzionale ed euro unitario l'instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio o la sua prosecuzione - eventualmente anche in sede di opposizione giurisdizionale - in relazione alla commissione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 bis TUF, qualora, con riferimento ai medesimi fatti storici, l'incolpato sia stato definitivamente assolto in sede penale con formula piena dal delitto previsto dall'art. 184 TUF.

La stessa Cass. Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31632, avvertiva come ben diverse debbano essere le considerazioni da svolgere ove il giudice civile si trovi ad irrogare una sanzione amministrativa sostanzialmente penale in relazione agli stessi fatti storici coperti da un giudicato penale di condanna, e sul punto registrava il “non perfetto allineamento tra la declinazione del principio del ne bis in idem offerta dalla Corte di giustizia e quella offerta dalla Corte Edu”, valorizzando la prima “principalmente la presenza di norme di coordinamento che garantiscano la proporzionalità dell'esito sanzionatorio complessivo”, e la seconda, viceversa, “principalmente la vicinanza cronologica dei diversi procedimenti e la loro complementarietà nel soddisfacimento di finalità sociali differenti”.

Da ultimo, Cass. Sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33426, preso atto che al ricorrente era stata irrogata una sanzione penale, divenuta definitiva, per una condotta illecita di manipolazione del mercato (e ciò sulla base di sentenza ex art. 444 c.p.p. ritenuta dalla S.C. “ritualmente depositata ai sensi dell'art. 372 c.p.c.”), ha evidenziato come qualora la sanzione penale già inflitta assorba completamente il disvalore del fatto, non vi sarebbe più spazio per la sanzione amministrativa, con valutazione che deve essere compiuta dal giudice di merito. Ciò premesso, ha accolto il ricorso “limitatamente alla rivalutazione dell'impianto sanzionatorio, demandando al giudice di rinvio di procedere alla indicata verifica in ordine alla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato al ricorrente”.

Sembra di poter concludere, dunque, secondo il relatore, quanto al “doppio binario” punitivo tipico degli abusi di mercato, che il divieto del bis in idem, divenuto ormai garanzia sostanziale, è posto dalla giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di cassazione a presidio della proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulato, in modo che esso non divenga irragionevole.

Infine, il relatore ha messo in rilievo che al di fuori dei settori, per così dire, “classici” delle sanzioni tributarie e degli abusi di mercato, la giurisprudenza civile della Corte di cassazione non ha mai ravvisato altre ipotesi in cui potesse operare il divieto del bis in idem di derivazione eurounitaria e convenzionale.

Questo è avvenuto in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo, (Cass. Sez. II, 15 aprile 2019, n. 10459) e in materia di sanzioni disciplinari, in dichiarata adesione alla giurisprudenza della Corte E.D.U., che convintamente estromette le stesse dalla “matière pénale”, giacché riservate “ad un gruppo ristretto e determinato di individui”, ovvero alla sola tutela della “profession's reputation”.

Così Cass. Sez. II, 3 febbraio 2014, n. 2927, Cass. Sez. Un. 20 novembre 2018, n. 29878, Cass. Sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485, giudicando su fattispecie disciplinari diverse tra loro (rispettivamente: sospensione dall'attività ai danni di un notaio, con condanna penale per peculato, radiazione di un avvocato, sanzione disciplinare ad un dirigente nell'ambito di un rapporto di lavoro

pubblico) hanno però sempre negato la violazione del principio del *ne bis in idem* argomentando che la sanzione disciplinare non aveva natura sostanzialmente penale.

Il relatore non ha, però, nascosto qualche perplessità al riguardo, soprattutto in riferimento a quelle misure che comportano una esclusione pressoché totale dal contesto sociale di riferimento.

Il relatore ha, infine, affrontato un'ultima questione, di cui, peraltro, non si è occupata nessuna delle decisioni citate: il problema di come possa fare ritualmente ingresso nel giudizio civile di legittimità la deduzione della violazione del *ne bis in idem*.

Una decisione (Cass. Sez. 2, 17 dicembre 2019, n. 33426) afferma, tra le righe, che la sentenza penale che abbia irrogato una condanna penale per lo stesso fatto alla parte del giudizio civile di cassazione possa poi essere ivi “depositata ai sensi dell'art. 372 c.p.c.”.

Altra sentenza (Cass. Sez. 2, 3 febbraio 2017, n. 2927) assimilava la pregressa condanna penale ad un “giudicato esterno” e perciò stigmatizzava il difetto di specificità del motivo di ricorso che lamentava il *ne bis in idem*.

Nelle sezioni civili della Corte di cassazione non sembra, dunque, ancora aperto un dibattito chiaro sulla rilevanza della preclusione da *ne bis in idem* nel giudizio civile di legittimità, dibattito che è invece assai risalente nella giurisprudenza penale, per lo più assestata nel senso che non può essere effettuato per la prima volta dinanzi alla Suprema Corte un accertamento sull'identità del fatto sanzionato con la prima condanna e di quello oggetto della seconda incolpazione.

Ora, la sentenza penale intervenuta nel corso del giudizio di merito concernente la sanzione “sostanzialmente penale”, deve essere fatta valere, ai fini preclusivi del *ne bis in idem*, in quella sede, e la decisione resa in proposito è impugnabile sul punto con il ricorso per cassazione.

Se, invece, la condanna penale sia intervenuta dopo la conclusione del giudizio di merito, la relativa sentenza potrebbe dirsi sottratta al divieto di produzione posto dall'art. 372 c.p.c., ma se intesa a far valere la successiva formazione del giudicato, e perciò riconducibile alla categoria dei documenti riguardanti l'ammissibilità del ricorso.

Nel caso, tuttavia, di sentenza penale di condanna sopravvenuta a quella civile impugnata, che si intenda allegare nel processo di cassazione per ottenere, piuttosto, una rivalutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità della sanzione amministrativa *sub iudice* alla luce di quella già inflitta, ovvero per contestare il mancato coordinamento tra i due procedimenti sanzionatori, essa deve intendersi volta all'affermazione o alla negazione di fatti materiali, ovvero a valutazioni di stretto merito di regola non deducibili nel giudizio di legittimità, sicché la produzione della sentenza penale sembra altresì estranea all'ambito previsionale dell'art. 372 c.p.c.

Riguardo, tuttavia, a questi profili prettamente processuali del *ne bis in idem*, il relatore ha concluso che conviene forse affermare che, semmai, vi sarà successivamente un momento più opportuno per parlarne.

Il **pres Viganò** ha ripreso la parola dicendo che questo intervento ha messo in luce l'influenza dell'ordinamento europeo sul sistema italiano.

Il fatto che la Cassazione riconosca al giudice di merito, in sede di rinvio, il potere di rimodulare la sanzione, anche al di là del limite edittale, salvo, in penale, il limite generale dei 15 giorni di reclusione, o che la Cassazione civile conferisca al giudice del rinvio il potere di prescindere del tutto dall'applicazione della sanzione allorché il disvalore è già assorbito dalla sanzione penale, ci dà l'idea di quanto è forte l'impatto della Convenzione, anche perché queste operazioni, che sono di disapplicazione del diritto, le compie direttamente il giudice ordinario senza passare dalla Corte Costituzionale. Si tratta di scenari nuovissimi che sorprendono anche chi si occupa da anni di diritto europeo.

Ha quindi dato la parola, per le conclusioni, al pres. Guido Raimondi.

Ha concluso, infatti, i lavori il **pres. Guido Raimondi**, già Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ed oggi Presidente di sezione della Corte di Cassazione.

Egli ha sottolineato l'importanza di questa giornata e la rilevanza degli spunti che sono stati forniti.

Si è compreso che le questioni non sono appianate né sulle questioni del passato né su quelle del futuro.

Egli ha ricapitolato gli spunti principale che sono stati offerti.

Riassumendo gli spunti offerti dal Pres. Viganò, ha affermato che egli ha toccato il punto se il dibattito *sull'idem factum* sia davvero concluso, sulle problematiche in tema di abusi di mercato e tributarie.

Ha ricordato che egli ha affermato che la sentenza Grande Stevens è stata una risposta netta e ha parlato del ruolo della Corte Costituzionale. Il pres. Viganò, ha sintetizzato il pres. Raimendi, ha detto poi una cosa molto importante, sul diverso approccio al tema delle due corti europee, ricordando che nella triade di sentenze del 2018 la CGUE ha risolto la questione sulla base del principio di proporzionalità in base all'art. 52 Carta. L'approccio della CEDU è necessariamente diverso perché essa non può fare ricorso alla proporzionalità; infatti, mentre nel sistema UE non c'è una gerarchia di diritti, nel sistema CEDU vi è una gerarchia di diritti, alcuni limitabili altri no, neanche in caso di guerra o pericoli gravi (art 15 CEDU). Il ne bis in idem fa parte del nucleo duro dei diritti non limitabili.

Si è poi chiesto se le ragioni sostanziali a sostegno del doppio binario sono ancora valide.

Infine, altro spunto è stata la riflessione se davvero è decisivo il criterio della proporzionalità delle pene.

Ha passato poi in rassegna la relazione del cons. Sabato, evidenziando che ha messo l'accento su un punto importante, ricordando che non tutti i 27 Stati UE hanno ratificato il protocollo n. 7, e questo può far pensare ai giudici di Lussemburgo di essere un po' più liberi nell'interpretazione del concetto del ne bis in idem.

Di solito questa libertà manca, come ha ricordato il prof. Nascimbene citando l'art 52 comma 3 CDFUE, che è la norma passerella tra CEDU e Carta: se c'è un diritto indicato in esse gli organi dell'Unione lo possono interpretare in maniera più estensiva ma non più restrittiva.

Il prof. Nascimbene ha anche ricordato la posizione dell'Avvocato generale nelle tre sentenze del 2018, laddove egli invitava la CGUE ad andare oltre la posizione della CEDU risultante dalla sentenza AeB c. Norvegia; ha menzionato i passaggi della sentenza Menci sulla necessità di concentrare l'attenzione sulla garanzia sostanziale, sulla pena finale, ma il pres. Raimondi ha osservato, su tale posizione, che anche il processo è di per sé una pena, per cui il concetto di ne bis in idem dovrebbe tenere conto anche di questo.

Il pres. Berruti ha fatto una difesa appassionata del doppio binario, su cui incide la sentenza CEDU Zolothukin, che ha complicato il lavoro alle amministrazioni e giudici nazionali, avendo ogni Stato i propri meccanismi sanzionatori.

L'avv gen Piero Gaeta ha citato la sentenza AeB considerandola come una cesura rispetto alla giurisprudenza precedente. Il pres. Raimondi ha, però, affermato di essere più vicino all'analisi del giudice Sabato nell'esame del significato di questa sentenza. Ha ricordato che la relazione dell'avv. gen. Gaeta ha messo in rilievo i due periodi storici della giurisprudenza della Cassazione penale, pre e post la sentenza AeB. Ha messo in luce il problema della fungibilità della risposta sanzionatoria, ma anche dei procedimenti, e sulla importanza di questo tema il pres. Raimondi condivide l'analisi.

Il cons. Scarpa ha messo in luce la giurisprudenza della Cassazione che si è concentrata sulla proporzionalità, sul risultato finale, lasciando sullo sfondo il processo, l'aspetto processuale.

Il pres. Raimondi ha poi compiuto osservazioni personali: del ne bis in idem, la Corte di Giustizia aveva già parlato nella sentenza Fransson, in cui aveva riaffermato la garanzia del ne bis in idem; tuttavia in essa aveva affermato che se la sanzione protegge interessi dell'Unione, la sanzione deve essere assicurata. Questo quindi è un limite alla garanzia.

Ha evidenziato, poi, che con la sentenza AeB la Corte EDU ha non creato, ma riaffermato il concetto della risposta sanzionatoria integrata (sufficiently closely connected in substance and in time). Non è affatto un concetto nuovo; la Corte lo aveva enunciato in un caso svizzero nel 2000 e nel caso Nilsson c. Svezia nel 2005.

Nel caso AeB addirittura la Corte è stata più restrittiva rispetto alla sentenza del caso Nilsson, perché in quest'ultima la Corte aveva parlato di "legame sufficientemente stretto tra le due procedure che sia in sostanza o nel tempo", mentre la sentenza AeB richiede congiuntamente i due elementi; quindi la sentenza Nilsson esprimeva un concetto meno garantista per l'interessato.

Non ravvisa quindi cesura rispetto a Grande Stevens.

Ha poi rilevato che tra la sentenza della Cassazione penale, quella Franconi ha una visione riduttiva della sentenza AeB perché considera la garanzia del ne bis in idem solo come sostanziale. Quindi il doppio binario sarebbe sempre consentito purché la risposta finale sanzionatoria sia proporzionata e prevedibile.

Questo è anche il concetto espresso nella sentenza Chiarin Casoni; questo sulla scia della trilogia del 2018 della CGUE.

Altre sentenze, come Cass pen,, sez III, n. 2456/2017 si accontentano di riscontrare solo il profilo temporale, mentre la sentenza AeB richiede entrambi gli indici.

C'è anche un problema di cumulo tra pene eterogenee, e secondo il relatore il nuovo art. 187-terdecies che non risolve, ma anzi crea ulteriori problemi.

Il Tribunale di Milano è arrivato alla disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva sulla base dell'applicazione del concetto in esso espresso.

Un altro problema è l'effetto del nuovo art 187-terdecies sui riti speciali: questo è oggetto del caso Erbetta ricordato dall'avv. gen. Gaeta, dove l'applicazione di una pena concordata può diventare oggetto della valutazione di proporzionalità, ma in una fase successiva, nel secondo giudizio, e quindi si può risolvere in una situazione pregiudizievole per l'interessato a posteriori. Questo certamente pone problemi in termini di garanzie.

Ha poi ricordato la sentenza Nodet del giugno 2019, in tema di abusi di mercato, di cui ha parlato il prof. Nascimbene, rilevando che essa ribadisce la sentenza AeB affermando che il doppio binario non è di per sé contro il ne bis in idem, ma dicendo che la discrezionalità del giudice non è illimitata e deve valutare tutti gli indici di riferimento.

In quel caso la Francia è stata condannata, il caso era sugli abusi di mercato.

Ha poi ricordato che, secondo la Corte EDU, la connessione sostanziale riguarda la complementarità, e non identità, dei fini dei procedimenti, la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria, la non duplicazione nella raccolta delle prove, una compensazione tra le sanzioni complessivamente irrogate. La connessione temporale è semplicemente un nesso di natura temporale, che però può sussistere anche se il primo procedimento è già concluso.

E' vero però che non è la stessa cosa se il procedimento concluso è quello penale o quello amministrativo.

Ha ricordato che la sentenza 222 del 2019 della Corte Costituzionale accoglie il principio della “sufficiently close connection” come legittimante del doppio binario.

Ha concluso affermando che la domanda fondamentale per il futuro è: abbiamo veramente bisogno oggi del doppio binario sanzionatorio?

Uno scritto recente del segretario generale della Consob sembra ipotizzare, tra varie ipotesi per il futuro, la fine del doppio binario. Peraltro, il pres. Raimondi ha precisato che questa non vuole essere la conclusione del convegno, ma solo uno spunto di riflessione.

Il **pres. Viganò** ha quindi ringraziato relatori e partecipanti, chiudendo il convegno.