

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

IL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* NELLA ELABORAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (*)

di Bruno Nascimbene

SOMMARIO: 1. Corte di giustizia e Corte EDU “a confronto” – 2. La Carta dei diritti fondamentali UE e la CEDU: norme rilevanti. – 3. Le norme nazionali e il cumulo di procedimenti e di sanzioni. Le ipotesi di cumulo, i limiti e lo standard di tutela garantito dal diritto UE. – 4. I criteri di proporzionalità e adeguatezza, e i diversi orientamenti di Corte di giustizia e Corte EDU. – 5. Il compito del giudice nazionale. Il rinvio alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale. – 6. La Corte costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia. – 7. Il caso pendente avanti alla Corte di giustizia. La compatibilità con il diritto UE di sanzioni amministrative applicate da autorità nazionali. L’orientamento della Corte di giustizia.

1. Corte di giustizia e Corte EDU “a confronto”.

L’attenzione per la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia in materia di *ne bis in idem* da parte del giurista italiano è più che mai giustificata dall’aver provocato il giudice del nostro Paese (Tribunale di Bergamo e Corte di Cassazione), a seguito di rinvii pregiudiziali, tre pronunce, del 20 marzo 2018¹, cui è seguito un rinvio pregiudiziale, tuttora pendente, da parte della Corte costituzionale ove non veniva in

(*) Il contributo riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione svolta al Convegno “*Il divieto di bis in idem: punti fermi e profili problematici. Corti nazionali e Corti sovranazionali e confronto*” (Roma, Corte di Cassazione, 19 febbraio 2020).

¹ Per un esame delle tre sentenze (del 20.3.2018, C-524/15, *Menci*, EU:C:2018:197; C-537/16 *Garlsson*, EU:C:2018:193; C-596/16 e C-597/16 *Di Puma e Zecca*, EU:C:2018:192), che condividono, in sostanza, la medesima struttura argomentativa, cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *eurojus*, 2018; cfr. inoltre A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018 (sottolineando come le due Corti siano allineate sul principio di proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate, ma non sul criterio di connessione temporale); E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2018; G. LOSCHIAVO, *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions*, in *Europ. Const. Law Review*, 2018, p. 644 ss.; B. VAREANO, *Il diritto al ne bis in idem e il doppio binario sanzionatorio: alcune riflessioni a margine della sentenza Garlsson Real Estate*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2018, p. 711; E. BASILE, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. com.*, 2019, p. 129 ss.; S. MIRANDA, G. LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eurcrim* 2019/2, p. 126 ss. Cfr. pure, con particolare riferimento al criterio della proporzionalità (di cui si dirà oltre, par. 4), F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 955 ss. Per alcuni rilievi critici sull’incidenza del diritto e della giurisprudenza “europea”, cfr. G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell’integrazione europea*, in *La legislazione penale*, 24 luglio 2015; M. DONINI, *Septies in idem. Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiani e europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, spec. p. 2296 ss. Cfr. anche la nota 34.

rilievo un problema di *bis in idem*, ma di qualificazione delle sanzioni e di compatibilità con il diritto UE².

Altre questioni, rilevanti per il tema in esame, sono state poste all'esame della Corte, in materia di concorrenza (possibile cumulo di sanzioni nazionali e di diritto UE, rinvio da parte del giudice polacco)³ e di obbligo di revisione processuale, cioè di ripetizione del processo penale a seguito di violazione del diritto UE (nella specie l'art. 50 della Carta e l'art. 54 CAAS-Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen) al pari dell'obbligo previsto per la violazione della CEDU (rinvio da parte del giudice austriaco)⁴.

I commenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia rappresentano un'occasione di confronto fra le due Corti, sottolineando i tratti comuni e quelli diversi, talora sollecitando una sorta di "competizione" che può essere giustificata soltanto se intesa ad assicurare lo standard più elevato possibile di diritti a favore della persona (sull'obiettivo di una protezione più elevata si dirà oltre). In proposito, è importante tenere presente, in primo luogo, quali sono le norme poste a base di tali sentenze, diverse da quelle del sistema CEDU; in secondo luogo, quali sono le differenze, se esistono, fra l'orientamento della Corte di giustizia e quello della Corte EDU.

2. La Carta dei diritti fondamentali UE e la CEDU: norme rilevanti.

Le norme sono quelle della Carta dei diritti fondamentali, vincolanti al pari dei Trattati UE e TFUE (art. 6, par. 1 TUE). L'art. 50, ritenuto direttamente applicabile⁵, riguarda il divieto di perseguire o condannare una persona per un reato per il quale è già stata assolta o condannata nell'Unione, a seguito di una sentenza penale definitiva, conformemente alla legge. L'art. 51 definisce l'ambito di applicazione della Carta⁶. L'art. 52, da un lato (par. 1) definisce i limiti, compatibili, che i diritti e le libertà previsti dalla

² Sul rinvio pregiudiziale, ordinanza della Corte cost. 10.5.2019, n. 117, causa C-481/19, si veda oltre, parr. 6,7.

³ Si tratta della sentenza 3.4.2019, *PZU Życie*, C-617/17, EU:C:2019:283. Si vedano i rilievi nel successivo par. 7.

⁴ Si tratta della sentenza 24.10.2018, *XC, YB, ZA*, C-234/17, EU:C:2018:853. Si vedano i rilievi nel successivo par. 7.

⁵ Sulla diretta applicabilità dell'art. 50 cfr. *Garlsson*, punto 68; *XC, YB, ZA*, punto 38. Per un commento all'art. 50, fra gli altri C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Art. 50 -Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1026 ss.; A. ORIOLO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2019, p.335 ss.

⁶ Sui limiti di applicabilità materiale della Carta, cfr. Corte di giustizia, ordinanza 15.4.2015, *Burzio*, C-497/14, EU:C:2015:251 (riguardava il caso di un omesso versamento delle ritenute di imposta); cfr. pure, in generale, il nostro *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p 49 ss., e, più recentemente, anche per un confronto fra Carta e CEDU, I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020 (ivi ampi riferimenti). Per un commento all'art. 51 cfr. J. ZILLER, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta cit.*, p. 1042 ss. Cfr. anche la nota 11.

Carta possono subire (devono essere previsti dalla legge, rispettare il contenuto essenziale dei diritti e libertà, rispettare il principio di proporzionalità e, quindi, possono essere apposti solo se necessari e solo se rispondono effettivamente a finalità di interesse generale dell'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁷. Dall'altro lato (par. 3) contiene la clausola orizzontale di salvaguardia rispetto ai diritti garantiti dalla CEDU, assicurando comunque una protezione più estesa di diritto UE (esso "non [la] preclude") rispetto a quella CEDU (i diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno significato e portata uguali a questi ultimi).

Per il sistema CEDU vige l'art. 4 del Protocollo n. 7, che è (par. 3) norma inderogabile ai sensi dell'art. 15 CEDU, e che vieta che una persona possa essere perseguita o condannata penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stata assolta oppure condannata, a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato (par. 1; il par. 2 consente la riapertura del processo, a determinate condizioni)⁸. Non si può, invero, comprendere la rilevanza e il significato della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia se non si tiene conto della soluzione armonizzata o armonica rispetto alla CEDU e alla sua giurisprudenza, anche se la UE non ha aderito alla Convenzione: ma questa, *ex art. 6 TUE*, è vincolante per tutti gli Stati membri.

La Carta (e la giurisprudenza che l'interpreta ed applica) rappresenta la forma più evoluta di protezione dei diritti della persona: può assicurare una protezione più estesa, ma soprattutto si applica nei rapporti fra gli Stati membri, mentre la norma del *ne bis in idem* CEDU si applica solo all'interno di un ordinamento nazionale. Il sistema CEDU ha tuttavia (come si è detto), un diverso ambito materiale perché la Carta si applica (a istituzioni, organi, organismi della UE e agli Stati) esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione⁹. Un limite che non incontra la CEDU, rendendo questa applicabile in tutti i casi in cui non si tratti di attuazione del diritto UE. Una distinzione, questa, importante, che conferma comunque la necessità di una "armonia" o coerenza¹⁰ fra i due sistemi: anche quando la Corte di giustizia sembra voler dare maggior rilievo al diritto UE (e alla Corte stessa) quando afferma, proprio con riferimento a un caso di *ne bis in idem*, la propria incompetenza a decidere¹¹. Ma soprattutto l'obbligo del giudice nazionale a garantire "la piena efficacia" delle norme

⁷ Per un commento all'art. 52 cfr. F. FERRARO, N. LAZZERINI, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta cit.*, p. 1061 ss.

⁸ Per un commento all'art. 4 del Protocollo n. 7 cfr. S. ALLEGREZZA, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 894 ss.

⁹ Per alcuni rilievi sulla diversa applicabilità degli strumenti internazionali (e quindi della CEDU, e della Carta) si permette rinviare al nostro *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; si vedano pure, sull'applicabilità materiale, i rifer. alla nota 6.

¹⁰ Sulla necessità di coerenza fra soluzioni cfr. la sentenza *Menci*, punto 23 e quanto si dirà oltre (rifer. alla nota 26).

¹¹ Cfr. la sentenza 7.5.2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280, punti 44-46.

UE, “disapplicando, all’occorrenza, di propria iniziativa qualsiasi disposizione della legislazione nazionale anche posteriore”¹².

Al fine di definire il divieto del *ne bis in idem*, la Corte di giustizia compie un percorso analogo a quello della Corte EDU, con maggiore attenzione (o *focus*) ai criteri che consentono il cumulo e quindi ai casi in cui, per l’appunto, il cumulo è consentito. Sono criteri generali, ma più volte, quasi con insistenza, viene ricordato il compito, la responsabilità del giudice nazionale ad applicare il principio al caso concreto¹³.

La natura (sostanzialmente) penale dei procedimenti e delle sanzioni è definita secondo i tre criteri individuati dalla Corte EDU nella causa *Engel* richiamati dalle sentenze *Bonda* e *Akerberg Fransson*, e solo indirettamente dalle altre (tre) sentenze (qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale; la natura dell’illecito (e la finalità repressiva della sanzione); il grado di severità della sanzione (grado di rigore elevato)¹⁴. L’autore degli illeciti deve essere la stessa persona¹⁵ e i fatti materiali devono essere gli stessi, non assumendo rilievo la diversa qualificazione giuridica conferita, a quei fatti o comportamenti, da parte dell’ordinamento nazionale. Il “colore” penale o sostanzialmente penale dell’illecito può dunque trasformare un procedimento o una sanzione amministrativa, o tributaria, in procedimento e sanzione sostanzialmente penale.

La Carta, precisamente l’art. 50, viene altrimenti violato ma sono previste delle eccezioni. La limitazione del diritto garantito dall’art. 50 trova delle giustificazioni, che hanno la loro base giuridica nella stessa Carta, art. 52, par. 1, che vengono ben descritte dalla Corte, trattandosi di eccezioni ad un principio generale¹⁶. Si tratta di una descrizione diversa, almeno in parte, da quella compiuta dalla Corte EDU nella nota sentenza *A. e B. c. Norvegia*¹⁷. La Corte di giustizia fa proprie le definizioni sia della natura penale (o colore penale) dei procedimenti e delle sanzioni¹⁸, sia dell’esistenza di uno stesso reato (ovvero dell’identità dei fatti materiali)¹⁹, pur non menzionando, nella giurisprudenza più recente (*Menci, Garlsson, Di Puma e Zecca*) i criteri *Engel* (ma rifacendosi alle sentenze *Bonda* e *Åkerberg Fransson*)²⁰.

¹² Sull’obbligo di disapplicazione cfr. le sentenze 5.6.2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319, punti 33-45; *Åkerberg Fransson*, punti 35-37.

¹³ Fra i molti richiami alla competenza, e responsabilità del giudice nazionale ad applicare i principi generali al caso concreto, cfr. la sentenza *Menci*, punto 27.

¹⁴ Cfr. le sentenze *Bonda* e *Åkerberg Fransson*, punti 34, 39 della prima; 34-35 della seconda (sul divieto di cumulo sia di sanzioni, sia di procedimenti).

¹⁵ Sulla necessità, ai fini del divieto di *bis in idem*, che sia la stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti (essendo viceversa legittimo sanzionare una società e punire il rappresentante legale della società per uno stesso fatto, Corte, 5.4.2017, *Orsi e Baldetti*, C-217/15, e C-350/15, EU:C:2017:264, punti 17,22,25 (*ivi* rifer.))

¹⁶ Sul richiamo all’art. 52 cfr. le sentenze 27.5.2014, *Spasic*, C-129/14, punti 55-56, EU:C:2014:586; *Menci*, punti 41-42.

¹⁷ Corte EDU, 15.11.2016, *A. e B. c. Norvegia* (ricordata dalla sentenza *Menci*, punto 61).

¹⁸ Sentenza *Menci*, punti 26-33.

¹⁹ Sentenza *Menci*, punti 34-39.

²⁰ Le due sentenze sono ricordate dalla sentenza *Menci*, in vari punti: 21-22, 25.26, 31.

3. Le norme nazionali e il cumulo di procedimenti e di sanzioni. Le ipotesi di cumulo, i limiti e lo standard di tutela garantito dal diritto UE.

Le norme nazionali che prevedono un cumulo di procedimenti e di sanzioni e, quindi, il *bis in idem*, è giustificato, se: *a*) sono finalizzate a un obiettivo di interesse generale e hanno scopi complementari (le norme nazionali si propongono di dissuadere e reprimere inadempimenti); *b*) prevedono regole chiare e precise, tali da consentire al soggetto accusato di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire oggetto del cumulo; *c*) garantiscono un coordinamento fra i procedimenti al fine di limitare a quanto è strettamente necessario l'onere supplementare che un cumulo comporta; *d*) garantiscono che la severità del complesso delle sanzioni sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito²¹.

La Corte sottolinea la necessità di una "conciliazione [...] fra i differenti interessi in discussione"²² e che la normativa nazionale, che pur risponda a questi criteri, venga applicata "dalle autorità e dagli organi giurisdizionali nazionali in modo tale che l'onere risultante, nella fattispecie in esame e per l'interessato, dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso"²³. Il giudice nazionale, insomma, ed è questa la chiave di lettura della giurisprudenza della Corte, accerta se i criteri di cumulo sussistono e non sono incompatibili con il principio generale del *ne bis in idem*, ma la valutazione finale, una volta accertata l'esistenza dei criteri, riguarda l'eventuale eccessiva onerosità rispetto alla gravità del reato commesso. La regola generale del principio del divieto di *bis in idem* è confermata, il cumulo essendo possibile, ma in presenza di determinati presupposti che il giudice nazionale deve valutare, avuto riguardo, come si è detto, alla "fattispecie in esame" e all' "interessato".

Una sola (*Menci*) delle tre sentenze del 2018 ricorda il collegamento con le possibili limitazioni previste dall'art. 4, Protocollo 7: poiché i diritti ex art. 50, par. 3 della Carta sono "corrispondenti" a quelli del Protocollo, occorre "tenere conto dell'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU ai fini dell'interpretazione dell'art. 50 della Carta"²⁴: unica, delle

²¹ Sui requisiti indicati, che rendono legittima la deroga all'art. 50 Carta, cfr. la sentenza *Menci*, punti 24,49,52-53,55.

²² In materia di concorrenza la giurisprudenza della Corte ha individuato, quale elemento rilevante per definire il *bis in idem*, l'interesse tutelato, ma nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott, C-17/10, *Toshiba*, EU:C:2011:552, spec. punti 116-124, si sottolinea la necessità di una valutazione unitaria del principio del *ne bis in idem*: cfr. pure le conclusioni dell'avvocato generale Wahl, C-617/17, *PZU Życie*, EU:C:2018:976 (richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Kokott), punti 31-48; sulla sentenza in detta causa cfr. il par. 7 e per alcuni rilievi sul tema, G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of the Ne bis in Idem*, in *European Public Law*, 2011, p. 241 ss.; più recentemente A. ROSANÒ, E. SALMINI STURCI, *L'ultima legal suasion dell'AG Wahl in tema di ne bis in idem applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia*, in *Osservatorio europeo, dUE giugno 2019*.

²³ In questi termini la sentenza *Menci*, punto 58; cfr. anche la nota 13.

²⁴ Sentenza *Menci*, punto 60; cfr. anche la sentenza *Orsi e Baldetti*, punti 24-25 sul livello di protezione ex art. 50 corrispondente a quello del Protocollo e sull'ammissibilità di cumulo quando (come già si è accennato)

tre sentenze, ricorda il principio affermato dalla Corte EDU (nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*) sull'ammissibilità del cumulo "quando i procedimenti penali e tributari di cui trattasi presentano un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto". Ma si distingue nell'affermare la deroga al principio, che pur condivide, indicando criteri diversi, utilizzati anche nelle altre due sentenze pronunciate lo stesso giorno (per *Menci* il cumulo è consentito; per *Garlsson* e *Di Puma e Zecca* non è consentito). I criteri o requisiti previsti dall'art. 50 in combinato con l'art. 52, par. 1 della Carta, precisamente, "assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo"²⁵. Lo standard UE che vieta il *ne bis in idem* sembra venire definito dalla Corte come più elevato e le eccezioni del cumulo sembrano dunque meglio definite e quindi più limitate. La Corte ricorda che la CEDU "non costituisce, fintanto che l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione" e se non v'è dubbio che debba essere "assicura[ta] la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU", ciò non significa che la coerenza possa "pregiudic[are] l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea"²⁶.

Nelle conclusioni dell'avvocato generale presentate nelle tre cause l'orientamento della Corte EDU viene giudicato restrittivo e quella che chiama, testualmente, la "sfida" della predetta Corte alla Corte di giustizia viene vinta da quest'ultima che assicura una protezione più estesa²⁷. Il criterio del nesso materiale e temporale subisce una pesante critica poiché introduce "notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate per gli stessi fatti", dovendo invece, i diritti della Carta, "essere di facile comprensione per tutti", il loro esercizio richiedendo "una certezza e una prevedibilità" che "non sono compatibili con un simile criterio"²⁸. L'autonomia della Corte di giustizia e del diritto UE vanno dunque affermate ogniqualvolta il livello di tutela risulti più elevato, seppur a condizione che non venga lesa un altro diritto garantito dalla Carta²⁹. L'avvocato

le sanzioni "riguardino persone fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte".

²⁵ Sentenza *Menci*, punto 62; il principio non influisce o disconosce dunque ("non incide", ovvero, in altre versioni linguistiche della sentenza "ne méconnaît pas", "is not in conflict", "nicht verletzt") quello garantito dal Protocollo.

²⁶ In questi termini la sentenza *Menci*, punti 22-23, richiamando la sentenza *Åkerberg Fransson*, punto 44; le sentenze 15.2.2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 45; 14.9.2017, *K.*, C-18/16, EU:C:2017:680, punto 50; *Garlsson*, punti 24-25. Sulla protezione più estesa ex art. 52, par. 3 Carta, la sentenza *XC, YB, ZA*, punto 18. Sulla "coerenza" vedi anche le "Spiegazioni" alla Carta e sulla differenza fra CEDU e Corte EDU, da un lato, e diritto UE e Corte di giustizia, dall'altro lato, cfr. il parere della Corte 1/2013, spec. punti 174-175 e in epoca più recente la sentenza *XC, YB, ZA*, punti 39-40, 45.

²⁷ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, C-524/15, EU:C:2017:667, punto 60 (le conclusioni furono presentate, il 12.9.2017, dopo la riapertura della fase orale, disposta dalla Corte con ordinanza del 25.1.2017, ritenuta l'opportunità di tener conto della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, del 15.11.2016). Si veda in argomento, F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e abusi di mercato*, in *Dir.pen.cont.*, 2017 (ivi rifer.).

²⁸ Conclusioni cit., punto 73.

²⁹ Conclusioni cit., punti 75-77 ("La sentenza *A e B c. Norvegia* riduce le garanzie per gli amministrati derivanti "dall'art. 4 Protocollo 7, consentendo il cumulo e la Corte deve quindi assicurare "un livello di

generale sottolinea dunque il carattere eccezionale del cumulo, le limitazioni al principio del *ne bis in idem* dovendo essere necessarie e rispondenti, effettivamente, a finalità di un interesse generale riconosciuto dall'Unione e all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, proponendo alla Corte un'interpretazione diversa da quella, riduttiva del contenuto del principio, fatta propria dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia*³⁰.

4. I criteri di proporzionalità e adeguatezza, e i diversi orientamenti di Corte di giustizia e Corte EDU.

Da un confronto fra gli orientamenti giurisprudenziali delle due Corti emerge dunque che il principio, fondamentale, può subire limitazioni, ma il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni è ammesso secondo criteri che, pur riconducibili alla stessa *ratio*, sono diversi, salvo far coincidere il nesso temporale e materiale sufficientemente stretto (che giustifica il cumulo) con i criteri indicati dalla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda l'elemento temporale, che non compare nelle pronunce della Corte, tale coincidenza sembra (ad avviso di chi scrive) che debba essere esclusa; per quanto riguarda l'elemento materiale, la coincidenza è possibile se vengono valorizzati i criteri della proporzionalità e adeguatezza. Proporzionalità e adeguatezza, d'altra parte, sono i criteri che la Corte di giustizia indica al giudice nazionale per valutare la legittimità, *rectius* la conformità al diritto UE del possibile cumulo dei procedimenti e delle sanzioni previste dal diritto nazionale. L'onere che deriva dall'applicazione del diritto nazionale non può essere eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso; la severità del complesso delle sanzioni deve essere limitata a quanto è strettamente necessario rispetto alla gravità del reato. Un procedimento penale che segue a un procedimento amministrativo (conclusosi con una sanzione) non eccede quanto è strettamente necessario per conseguire l'obiettivo proposto (assicurare la riscossione integrale dell'IVA dovuta nei territori degli Stati membri)³¹. È invece eccessiva, sproporzionata, e quindi in contrasto con il diritto UE, la normativa che consente l'avvio o prosecuzione di un procedimento amministrativo dopo la celebrazione di un processo penale. Non solo se questo si è concluso con una condanna (la sanzione penale viene

tutela più elevato nell'ambito dell'art. 50 della Carta, mantenendo senza riserve la sua giurisprudenza pregressa, sulla scia della sentenza *Åkerberg Fransson*). Le conclusioni ricordano le "Spiegazioni" all'art. 52, par. 3; la necessità di assicurare la coerenza fra Carta e CEDU; la sentenza *N. cit.*, punto 47, e sulla protezione più estesa la sentenza 21.12.2016, *Tele2Sverige e Watson e a.*, C-203/15 e C-689/15, EU:C:2016:970, punto 129. Sulla necessità di rispettare la CEDU, pur nell'autonomia di cui gode la Corte di giustizia, vengono ricordate le sentenze *Orsi e Baldetti*, punto 24; *N.*, punto 77.

³⁰ Conclusioni cit., punti 80,94; sulle limitazioni, solo se necessarie, viene richiamata la sentenza *Spasic* cit., punto 55. Si veda anche il punto 89 delle conclusioni, ove viene ribadita la necessità della chiarezza nel tutelare il principio del *ne bis in idem*, che non deve essere subordinato "a contestazioni di immane complessità".

³¹ Sentenza *Menci*, punti 63-64.

ritenuta idonea a reprimere, essa stessa, l'infrazione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva)³², ma a maggior ragione se si è concluso con una assoluzione³³.

Ritiene la Corte che la "celebrazione del procedimento riguardante la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale" punita dalle norme nazionali "eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo", nello specifico di tutela dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari "qualora" la condanna penale pronunciata secondo le norme nazionali "sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo"³⁴.

Il "rigoroso rispetto del principio di proporzionalità" si impone, a maggior ragione, se un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione pecuniaria prosegue dopo una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara insussistenti i fatti penalmente rilevanti (abusi di informazioni privilegiate; l'obiettivo è la protezione dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari)³⁵. La prosecuzione di un procedimento amministrativo (da parte dell'autorità nazionale) "eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo previsto" dal diritto UE. La sproporzione o eccesso, in questo caso (assoluzione) è definita, appunto, manifesta³⁶. Qualche perplessità può suscitare il margine di valutazione lasciato al giudice nazionale. Quanto più i criteri sono precisi, tanto più agevole è, per il giudice, orientarsi. Come afferma la Corte di giustizia riferendosi alla qualificazione "penale" di procedimenti e sanzioni amministrative o tributarie (formalmente "non penali", dunque), essa "pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale, può tuttavia fornire precisazioni tese a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione"³⁷. Insomma, se la cooperazione fra giudici è effettiva, e non teorica, il compito del giudice nazionale è facilitato dalle indicazioni della Corte di giustizia.

³² Sentenza *Garlsson*, punti 61-63.

³³ Sentenza *Di Puma e Zecca*, punti 44-46.

³⁴ Sentenza *Garlsson*, punti 57,46. Le manipolazioni del mercato sanzionate dall'art. 185 TUF (sanzione penale) e dall'art. 187ter TUF (sanzione amministrativa) non sono compatibili con il diritto UE se le sanzioni vengono cumulate. Sul tema del *market abuse* (oltre ai rifer. alla nota 1) cfr., fra i molti contributi, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto con gli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir.pen.cont. – Riv. Trim.*, 1/2016, p. 202 ss.; E. BASILE, *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenei dei fini nel D. Lgs. n. 107/2018*, in *Riv. pen. proc.*, 2019, p. 329 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 *Dir.pen.cont.*, 2019 (ivi rifer.); M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

³⁵ Sentenza *Di Puma e Zecca*, punti 43,42 e 45.

³⁶ Sentenza *Di Puma e Zecca*, punto 44; sull'obiettivo, punto 42. La direttiva 2003/6 sui mercati finanziari non è, in linea di principio, e quindi di per sé, in contrasto con una norma nazionale, art. 187bis TUF, che prevede sanzioni amministrative dopo la pronuncia di una sentenza penale (l'art. 184 TUF prevede sanzioni penali) passata in giudicato (*Di Puma e Zecca*, punti 26-36, specialmente punti 31-34 sul significato dell'autorità di cosa giudicata); diverso è il caso in cui la sentenza penale è di assoluzione.

³⁷ Sentenza *Garlsson*, punto 29, richiamando la sentenza 5.6.2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punto 79.

5. Il compito del giudice nazionale. Il rinvio alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale.

L'attenzione che emerge dalla giurisprudenza della Corte è, a fronte della funzione repressiva e della capacità afflittiva delle sanzioni in materia di illeciti tributari e di illeciti sui mercati finanziari, a favore della garanzia della proporzione delle sanzioni. Tuttavia, se il giudice nazionale non ritiene soddisfacenti le indicazioni fornite dalla Corte o comunque non idonee a risolvere i propri dubbi, in particolare al fine di trovare una soluzione al caso concreto, può nuovamente adire la Corte o, come ha fatto il Tribunale di Bergamo, che aveva adito in via pregiudiziale la Corte nel caso *Menci*, può rivolgersi alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità, questa volta, non più con riferimento al diritto UE, ma al Protocollo n. 7, prospettando l'illegittimità dell'art. 649 cod. proc. pen. Una volta ritenuto compatibile dalla Corte di giustizia il cumulo, pur a determinate condizioni, delle sanzioni con il diritto UE, rimaneva da esaminare la legittimità dello stesso rispetto al Protocollo n. 7. Fonti diverse, dunque, oggetto di interpretazione da parte di Corti diverse.

La Corte costituzionale si è pronunciata per l'inammissibilità delle questioni di legittimità dell'art. 649 cod. proc. pen. in riferimento agli artt. 3 e 117, 1° comma, quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7, ma anche, almeno implicitamente (ritiene la Corte), all'art. 50 Carta, perché deducibile dall'ordinanza del giudice *a quo*. Il giudice *a quo*, invero, riteneva, da un lato, che il cumulo tra procedimento amministrativo e penale fosse eccessivo, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*; dall'altro lato riteneva di non poter interpretare l'art. 649 cod. proc. pen. in via analogica ovvero di farlo oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata³⁸. Secondo Corte cost., tuttavia, a fronte della richiesta "di estendere, attraverso una pronuncia additiva, l'ambito applicativo dell'art. 649 cod. proc. pen.", non viene fornita una "plausibile motivazione" di tale "assunto", né viene valutata la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, cui la Corte cost. aveva attribuito preciso rilievo in altra sentenza del 2.3.2018, n. 43³⁹. La sentenza

³⁸ Cfr. la sentenza di Corte cost., 24.10.2019, n. 222, in particolare i punti 1.1. e 2. del "Considerato in diritto"; nell'ordinanza del Trib. Bergamo si afferma che l'art. 117, 1° comma Cost. "rileva nella misura in cui eleva a norma di rango costituzionale la norma interposta discendente dall'interpretazione dell'art. 50 CDFUE fornita dalla Corte di giustizia". All'art. 50 "interpretato alla luce dell'art. 4 Protocollo n. 7" della CEDU "e della relativa giurisprudenza" faceva, invece, espresso riferimento l'ordinanza di rinvio del Tribunale di Bergamo alla Corte di giustizia. Per un commento alla sentenza cfr. A. DE LIA, *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019.

³⁹ Su questa sentenza cfr. la nota successiva. La Corte (sentenza n. 222/2019, punti 2, 2.2.2. e 2.2.3. del "Considerato in diritto") critica l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo perché "non chiarisce adeguatamente le ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte nel caso di specie le condizioni di ammissibilità di un doppio binario procedimentale e sanzionatorio per l'omesso versamento dell'IVA, così come enunciate dalla giurisprudenza europea evocata".

concludeva per l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 649 cod. proc. pen. (sollevata dal Tribunale di Monza) in relazione all'art. 4, Protocollo n. 7, restituendo gli atti al giudice *a quo* perché riteneva che fosse sopravvenuto all'ordinanza di rimessione "il mutamento del significato della normativa interposta" a seguito della sentenza *A. e B. c. Norvegia* che (afferma la Corte) ha "innova[to] in ambito convenzionale il divieto di *bis in idem* rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione"⁴⁰.

6. La Corte costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia.

Pur non venendo in rilievo una questione di *ne bis in idem*, ma di qualificazione di sanzioni amministrative previste dal TUF per abuso di informazioni privilegiate, è utile ricordare, nel contesto qui in esame, la questione *D.B.* ovvero *Bolognesi* (la persona sanzionata dalla Consob), affrontata dalla Corte cost. con due pronunce: una sentenza (n. 112/2019) e un'ordinanza (n. 117/2019) di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴¹.

Avanti alla Corte costituzionale veniva in rilievo la compatibilità della norma del TUF adottata in attuazione delle norme UE in materia (direttiva n. 2003/6 e regolamento n. 596/2014), relativo a sanzioni amministrative applicabili dalla Consob per abuso di informazioni privilegiate. La Corte di cassazione aveva sollevato il problema della collaborazione del possibile destinatario della sanzione con l'autorità vigilante (dovere di prestare collaborazione) e del c.d. diritto al silenzio, con riferimento a parametri

⁴⁰ Afferma precisamente Corte cost., n. 43/2018, punto 7 del "Considerato in diritto", che "si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata". La Corte coglie anche l'occasione per auspicare un intervento del legislatore al fine di evitare che la soluzione del problema sia lasciata agli organi giudicanti. Sull'opportunità di tale intervento, G. ANGIOLINI, *Una giustizia ancora irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. penale* n. 4/2018, p. 2136 (refer. *ivi*).

⁴¹ Sulla sentenza del 10.5.2019, n. 112 e sull'ordinanza del 10.5.2019, n. 117, si vedano, fra i molti commenti, A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, *ibidem*, 2019; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta e dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, *ibidem*, 2019; G.L. GATTA, *Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia di insider trading*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, e in precedenza, sull'ordinanza di rinvio della Cassazione (*Bolognesi*) di cui poco oltre, G.L. GATTA, *Confisca "amministrativa" per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, *ibidem*, 2018; G. MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2019. Per alcuni rilievi sull'evoluzione successiva alla sentenza della Corte cost., 14.12.2017, n. 269 cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.

nazionali (artt. 24, 2°co.; 111, 2°co. Cost.) e alla compatibilità (*ex art. 11, 117, 1°co. Cost.*) con la CEDU (art. 6), con la Carta (art. 47) e con il Patto sui diritti civili e politici (art. 14; la rilevanza della Carta e del Patto era stata ritenuta d'ufficio dalla Cassazione)⁴², la Cassazione si riservava di proporre un rinvio pregiudiziale nell'ipotesi in cui i dubbi di costituzionalità fossero risultati infondati⁴³.

Richiamando la propria giurisprudenza sulla cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia dei diritti fondamentali e l'armonia del concorso di rimedi giurisdizionali, e fatta salva la competenza del giudice comune di attivare un rinvio pregiudiziale "ogniquale volta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta", la Corte riassume la questione del suo esame nella legittimità, o non, del rifiuto di rispondere a domande (silenzio) dalle quali sarebbe potuta emergere una responsabilità della persona, e della conseguente applicazione di sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente punitive. La Corte ritiene, anche in base alle sentenze *Garlsson, Di Puma e Zecca*, che abbiano tale carattere punitivo; ricorda i criteri *Engel* e la giurisprudenza della Corte EDU sulle garanzie *ex art. 6 CEDU*, ma sottolinea come un'eventuale dichiarazione di illegittimità della norma del TUF (*in parte qua*, art. 187 *quinquiesdecies*) finirebbe per porsi in contrasto con il diritto UE cui la predetta norma ha dato attuazione (in particolare con l'art. 30, par. 1 *b* del regolamento n. 596/2014), ma anche con gli artt. 47, 48 Carta (che "pure sembrano riconoscere un diritto fondamentale dell'individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, nei medesimi limiti desumibili dall'art. 6 CEDU e dall'art. 24 della Costituzione italiana")⁴⁴. Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza, ove si distingue la semplice collaborazione dall'obbligo di confessione, non vengono ritenuti decisivi, perché la tutela necessaria deve essere assimilata a quella propria della materia penale e quindi deve essere più estesa, comprendendo anche le garanzie offerte dalla Carta, a maggior ragione trattandosi di questione (diritto al silenzio nel contesto di procedimenti amministrativi che si concludono con l'irrogazione di sanzioni di natura punitiva) che "non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE"⁴⁵. Perciò la Corte cost., prima di decidere sulla questione di legittimità, "ritiene necessario sollecitare un chiarimento" da parte della Corte di giustizia "sull'esatta interpretazione ed eventuale validità, alla luce degli artt. 47 e 48" Carta, delle norme UE rilevanti (direttiva e regolamento): lo Stato (questa è la domanda) può, in base a dette norme, non sanzionare chi si rifiuti di rispondere alle domande di un'autorità quale la Consob, dalle quali possa emergere una responsabilità per un illecito punito con sanzioni di natura punitiva? Nel giudicare sul diritto al silenzio, ritiene Corte cost. che si debba tenere conto anche della

⁴² Cfr. il punto 11.1. dell'ordinanza del 16.2.2018, n. 3831 (*Bolognesi*).

⁴³ Cfr. in particolare i rilievi al punto 3, spec. punto 3.5. del "Ritenuto in fatto" dell'ordinanza della Corte cost. n. 117/2019.

⁴⁴ Cfr. il punto 3.5. del "Ritenuto in fatto" e i punti 1, 2, 7.1., 9. del "Considerato in diritto". Per un commento agli artt. 47, 48 Carta cfr., rispettivamente, D.P. DOMENICUCCI e F. FILPO, C. CONSOLO e M. STELLA, M. CHIANIELLO; L. LUPARTA e J. DELLA TORRE, S. ALLEGREZZA e A. MOSNA, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta cit.*, pp. 863, 913 ss.

⁴⁵ Cfr. i punti 9.2., 9.3. del "Considerato in diritto".

“necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell’ipotesi in cui fossero più elevati di quelli riconosciuti a livello del diritto dell’Unione”. Nel caso in cui lo Stato sia legittimato a sanzionare il silenzio (se non lo è, non si pone contrasto alcuno), deve essere esaminata la compatibilità delle norme nazionali con gli artt. 47, 48 Carta “anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui “tali norme impongono sanzioni di natura punitiva”⁴⁶.

Sul “diritto al silenzio” (è il diritto di difesa) la Corte ha scelto la via pregiudiziale, mentre sull’altra questione sollevata dalla Cassazione, relativa alla confisca in caso di abuso di informazioni privilegiate, non solo del profitto dell’illecito, ma anche dei mezzi impiegati per commetterlo, la Corte si è pronunciata senza alcun rinvio, dichiarando l’illegittimità della norma (art. 187 *sexies* TUF)⁴⁷. La confisca, diretta o per equivalente, ha una connotazione punitiva e, pur essendo formalmente amministrativa, è sostanzialmente afflittiva. Richiamando la sentenza *Garlsson* sulle sanzioni punitive (e quindi applicando il criterio della proporzionalità) la Corte ritiene manifestamente sproporzionata la confisca che si aggiunge a pesanti sanzioni pecuniarie, incidendo sul diritto di proprietà tutelato da una pluralità di fonti: l’art. 1 Protocollo 1 CEDU, gli artt. 17 e 49 Carta⁴⁸.

7. Il caso pendente avanti alla Corte di giustizia. La compatibilità con il diritto UE di sanzioni amministrative applicate da autorità nazionali. L’orientamento della Corte di giustizia.

Nella vicenda pendente avanti alla Corte di giustizia, come si è detto, non viene in rilievo l’art. 50 Carta, ma la natura delle sanzioni amministrative applicate da una autorità nazionale e la compatibilità delle stesse con i diritti di difesa garantiti (anche) dalla Carta. La Corte ha avuto altre occasioni per pronunciarsi sul principio del *ne bis in idem*, in un caso su rinvio del giudice austriaco, in altro caso su rinvio del giudice polacco. In quest’ultimo, norme rilevanti erano quelle in materia di concorrenza applicate da un’autorità nazionale. Riaffermando la *ratio* del principio, ne ha escluso l’applicazione perché la decisione dell’autorità nazionale della concorrenza aveva disposto due ammende congiuntamente, una fondata sul diritto nazionale, l’altra sul diritto UE. Non si è trattato di due decisioni, una successiva all’altra, ma di un’unica decisione

⁴⁶ Cfr. i punti 9.3, 10.1., 10.2. del “Considerato in diritto”. Per un riferimento agli artt. 47, 48 cfr. la nota 44.

⁴⁷ Sentenza n. 112/2019. La Corte aveva disposto la separazione del giudizio relativamente alle questioni aventi ad oggetto l’art. 187 *quinquiesdecies* (di cui al rinvio pregiudiziale) e l’art. 187 *sexies* (di cui alla sentenza n. 112/2019). Per commenti cfr. la nota 41.

⁴⁸ Cfr. i punti del “Considerato in diritto” 8.2.4., 8.3.5., 9.: il contrasto, precisamente, è ritenuto “con gli artt. 3.42 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE”. Il contrasto con la Carta era stato rilevato d’ufficio dalla Cassazione, punto 13.1. dell’ordinanza n. 3831/2018 (*Bolognesi*). Sul criterio della proporzionalità cfr. il par. 4.

sanzionatoria. Il diritto UE non vieta tale comportamento, pur prescrivendo l'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità rispetto alla natura dell'infrazione: la valutazione di tale rispetto è di competenza del giudice nazionale.

Anche in questo caso, come in quelli prima ricordati, vengono dunque in rilievo il principio di proporzionalità e la competenza del giudice nazionale a giudicare sul rispetto dello stesso⁴⁹.

In altro caso veniva in rilievo l'obbligo, previsto dal diritto nazionale, di riapertura di un procedimento penale, quando sia accertata la violazione della CEDU, e la possibilità di estendere tale obbligo quando vi sia stata, invece, violazione del diritto UE: nello specifico, l'art. 50 Carta e l'art. 54 CAAS (Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen)⁵⁰. Il mezzo di ricorso previsto dal diritto interno, in virtù del principio di equivalenza e del principio di effettività, non deve essere esteso, ritiene la Corte, a ipotesi in cui vi sia stata violazione del diritto UE, sia perché questo ha "caratteristiche specifiche inerenti alla natura stessa di tale diritto"; sia perché esiste un "quadro costituzionale", proprio del diritto UE, che "assicura a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione prima ancora che intervenga una decisione nazionale avente autorità di cosa giudicata". L'individuo, insomma, dispone già di mezzi non solo sufficienti, ma adeguati, effettivi, in virtù del diritto UE (principio di effettività) e del diritto nazionale, per far valere le proprie ragioni. L'impossibilità di usare lo stesso procedimento previsto dal diritto nazionale per la violazione di un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU non priva la persona di usare altri mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale e compatibili con il diritto UE, e ciò anche nel caso in cui la violazione derivi da una sentenza passata in giudicato, poiché i singoli possono comunque "far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere con tale mezzo un tutela giuridica dei loro diritti"⁵¹.

L'applicazione del principio generale di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE) e dei principi di equivalenza ed effettività che i giudici nazionali debbono osservare per garantire i diritti propri del diritto UE, non obbligano il giudice nazionale a prevedere mezzi di impugnazione straordinari, già previsti per la violazione della CEDU, quando si lamenti la violazione di diritti fondamentali come quelli previsti dalla Carta (art. 50) e

⁴⁹ Cfr. la sentenza *PZU Życie*, spec. punto 33 sulla *ratio* del principio *ne bis in idem* e punti 35-39 sul criterio di proporzionalità e sulla valutazione del giudice nazionale

⁵⁰ Cfr. la sentenza *XC, YB, ZA*, spec. punti 7-11. Dei procedimenti penali per reati fiscali commessi in Svizzera si erano conclusi in Germania e nel Liechtenstein, mentre in Austria, per reati già oggetto di quei procedimenti, era stato instaurato un procedimento, a seguito di assistenza giudiziaria richiesta dalla Svizzera, conclusosi con il diniego della violazione del principio *ne bis in idem*. La lamentela dei ricorrenti alla Corte suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) riguardava l'avvenuta violazione, a seguito dell'assistenza giudiziaria concessa, dei diritti fondamentali garantiti non solo dalla CEDU, ma anche dalla Carta e dalla CAAS. Veniva quindi richiesto il riesame della sentenza penale passata in giudicato in relazione a una presunta violazione del diritto dell'Unione.

⁵¹ Cfr. la sentenza *XC, YB, ZA*, spec. punti 35, 45 sulle peculiarità del diritto UE e sull'esistenza di un quadro costituzionale; punti 25-48 sul principio di equivalenza e punti 49-58 sul principio di effettività, spec. punto 58 con i rifer. *ivi*. Per alcuni rilievi su tali principi, cfr. più recentemente U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Bari, 2020, pp. 372 s., 457 s.

dalla CAAS (art. 54). Il sistema integrato “diritto e giudice nazionale – diritto e giudice dell’Unione europea” è, per così dire, autosufficiente, la Corte ricordando che, ai sensi dell’art. 52, par. 3 Carta, il diritto dell’Unione può sempre concedere una protezione più estesa di quella prevista dalla CEDU⁵².

Un principio, questo, di carattere generale, che richiama comunque la necessità di armonia e coerenza, prima ricordata⁵³.

⁵² Cfr. la sentenza *XC, YB, ZA*, punto 18 e sul principio di leale cooperazione, punto 22. Cfr. sulla libertà dello Stato, “nell’esercizio della propria autonomia procedurale”, di estendere il ricorso previsto per le violazioni della CEDU alle violazioni del diritto UE, le conclusioni dell’avvocato generale Sangmaandsgaard Øe, EU:C:2018:391, punto 85. Per un commento all’art. 52 cfr. la nota 7.

⁵³ Cfr. il par. 2.