

IL NE BIS IN IDEM CONVENZIONALE E “DOPPIO BINARIO” SANZIONATORIO: IL PROBLEMA DEL “DOPPIO GIUDICATO”¹

di Barbara Lavarini

(Associato di diritto processuale penale nell'Università di Torino)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il difficile adattamento della disciplina del conflitto pratico di giudicati. – 3. Quali rimedi al “doppio giudicato” in caso di modifica della disciplina sostanziale?

1. Questa breve riflessione è dedicata agli effetti della sentenza Grande Stevens c. Italia² – e più in generale dell’accezione “convenzionale” di *ne bis in idem* – nelle situazioni in cui il “doppio binario” sanzionatorio, previsto dalla legislazione interna in materia di *market abuse* (e non solo³), abbia già condotto, in violazione dell’art. 4 Prot. 7 Cedu, ad un “doppio giudicato” sul medesimo fatto, che, oggetto di una pregressa decisione irrevocabile – di condanna o di proscioglimento – in sede amministrativa (o penale), abbia dato luogo ad un nuovo giudizio *de eadem persona*, a sua volta conclusosi con decisione irrevocabile, in sede penale (o amministrativa). Se è ormai fuori discussione che un tale “doppio giudicato” si ponga in irrimediabile conflitto con la garanzia convenzionale⁴ – nel *solo* profilo del divieto di doppio giudizio, quando le due decisioni irrevocabili non siano entrambe di condanna,

¹ Il presente scritto costituisce la rielaborazione, corredata da note, dell’intervento svolto al Convegno «*Il ne bis in idem fra diritto penale e processo*» tenutosi all’Università degli Studi di Milano il 15.5.2015, ed è destinato alla raccolta degli atti del Convegno, di prossima pubblicazione.

² C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*, in www.echr.coe.int.

³ I casi di “doppio binario” sanzionatorio, analoghi a quello oggetto della sentenza Grande Stevens, sono evidentemente molteplici anche al di fuori della disciplina a tutela dei mercati finanziari (si pensi, in particolare alla materia penale-tributaria). Dati i limiti del presente lavoro, ci concentreremo però – pressoché esclusivamente – sulla problematica del “doppio giudicato” in materia di *market abuse*.

⁴ L’inclusione nella *matière pénale* – agli effetti (anche) del *ne bis in idem* – degli illeciti, procedimenti e sanzioni che, seppure qualificati “amministrativi” nel diritto interno, appaiano “sostanzialmente penali” alla luce della natura effettiva dell’infrazione, o dello scopo e del grado di afflittività della sanzione, rappresenta certamente “orientamento consolidato” nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come tale suscettibile – secondo quanto chiarito, da ultimo, da C. cost., 26.3.2015 n. 49, in www.giurcost.org, di vincolare il giudice all’interpretazione conforme della norma interna apparentemente confliggente, o di dedurne – se ciò non sia possibile – l’illegittimità per violazione dell’art. 117 Cost. Analogamente consolidata, dopo C. eur. G.C., 10.2.2009, *Zolotukhin c. Russia*, in www.echr.coe.int, è la nozione di “stesso reato”, ex art. 4 Prot. 7 Cedu, alla stregua di *idem factum*, e non di *idem legale*. Negli stessi termini, M. Caianiello, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, 4 s., in www.penalecontemporaneo.it, 18.5.2015.

anche nel profilo del divieto di doppia condanna, in caso contrario⁵ – l'individuazione della via per rimediare alla violazione – come da più parti si è rilevato –, trova un ostacolo nell'intangibilità del giudicato interno⁶, i rimedi revocatori del quale, pur “sacrosanti” quando si tratti di tutelare un diritto fondamentale, sono – e devono secondo noi restare – eccezionali, e dunque rigorosamente tassativi.

2. Il compito che ci proponiamo parrebbe, invero, facilitato, dal fatto che il sistema interno già conosca un rimedio *in executivis* per i casi in cui il *ne bis in idem* non abbia funzionato a monte – prevenendo in radice l'apertura di un procedimento *de eadem re et persona* –, o almeno in pendenza del secondo giudizio, conducendo alla decisione di non doversi procedere *ex art. 649 co. 2 Cpp*.

Il riferimento va, evidentemente, alla disciplina del “conflitto pratico” di giudicati *ex art. 669 Cpp*, che, a fronte di un plurimo giudicato *in idem*, demanda al giudice dell'esecuzione la selezione di un solo titolo esecutivo – con contestuale revoca degli altri –, alla luce di un criterio non già – circostanza significativa, ai nostri fini – cronologico, bensì, almeno di regola, di *favor rei*.

Non a caso diversi Autori, nell'interrogarsi sui riflessi interni della sentenza Grande Stevens, hanno individuato nell'art. 669 Cpp – quando il richiamo all'art. 649 Cpp sia impedito dal “doppio giudicato” – il canale dell'adeguamento interno ai vincoli convenzionali – per via d'interpretazione conforme o di incidente costituzionalità *ex art. 117 Cost., 4 Prot. 7 Cedu* –, nei casi identici, ed eventualmente analoghi, a quello specificamente oggetto del giudicato europeo⁷.

A nostro parere la via dell'interpretazione conforme, tanto dell'art. 649 Cpp, quanto dell'art. 669 Cpp, è irrimediabilmente preclusa⁸. Ciò non tanto perché il riferimento di tali disposizioni a un doppio procedimento, o giudicato, “penale”, sia semanticamente inidoneo ad essere inteso come “sostanzialmente penale” secondo gli indici convenzionali, ma perché siffatta operazione interpretativa non è consentita dai principi di stretta legalità in materia penale e di obbligatorietà

⁵ Cfr., in particolare, C. eur., 20.5.2014, *Nykanen c. Finlandia*, in www.echr.coe.int, secondo cui l'art. 4 Prot. 7 Cedu «contains three distinct guarantees and provides that no one shall be (i) liable to be tried, (ii) tried or (iii) punished for the same offence».

⁶ Cfr., con varie sfumature, G.M. Flick - V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *RAic* 2014 (3), 8; A.F. Tripodi, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *PPG* 2014 (5), 109 s.; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, 25, in www.penalecontemporaneo.it, 30.6.2014.

⁷ G. De Amicis, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, 22, in www.penalecontemporaneo.it, 30.6.2014; A.F. Tripodi, *Abusi di mercato*, cit., 109; G.M. Flick - V. Napoleoni, *Cumulo*, cit., 8; V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *GI* 2014, 196.

⁸ Cfr. già, volendo, B. Lavarini, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario sanzionatorio*, in *DPP, Speciali*, suppl. 2014 (12), 87 s. Deve però darsi atto che detta via è stata, discutibilmente, percorsa da talune decisioni di merito: cfr. T. Brindisi 17.10.2014, in *DPP* 2015, 438; T. Asti 10.4.2015 n. 717, in www.giurisprudenzapenale.com.

dell'azione penale⁹: nel nostro sistema, da un lato, sono illeciti, sanzioni e procedimenti penali solo quelli che la legge, non il giudice – sia pure per ragioni di garanzia – qualifica tali¹⁰; dall'altro, a fronte di un illecito così qualificato *ex lege*, l'azione penale è obbligatoria, e non può essere ritrattata. Ciò non esclude che la legge possa attribuire a taluni atti o fatti – ivi compreso un precedente giudicato di natura amministrativa *de eadem re et persona* – l'effetto di rendere improcedibile – o di giustificare la ritrattazione – dell'azione penale¹¹, ma deve trattarsi, appunto, della legge, non di un'operazione interpretativa, per quanto autorevolmente fondata sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che legge non è¹².

Né convince la tesi per cui all'interpretazione conforme si potrebbe arrivare con l'*analogia iuris*¹³, seguendo il percorso tracciato dalle Sezioni unite allorché, ravvisando nel *ne bis in idem* un principio generale dell'ordinamento trascendente le specifiche applicazioni di cui, fra l'altro, agli artt., 649 e 669 Cpp, hanno ritenuto improcedibile l'azione penale *in idem* anche in difetto di un pregresso giudicato (così risolvendo una litispendenza non rimediabile con strumenti tipici)¹⁴. Altro è, infatti, richiamare il principio generale del *ne bis in idem* per estendere il novero dei rimedi preventivi e repressivi della relativa violazione, altro riscrivere integralmente il principio stesso, ampliandone l'ambito applicativo al di fuori della “materia penale” nell'accezione italiana del termine. Questa seconda operazione, per le ragioni già dette, non può svolgersi per via interpretativa¹⁵.

La seconda strada – quella, cioè, di una questione di costituzionalità fondata sugli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 Cedu – appare invece forse percorribile in ordine all'art. 649 Cpp¹⁶, ma certamente assai “accidentata” quanto all'art. 669 Cpp.

⁹ V. anche, con qualche diversa sfumatura, G. De Amicis, *Ne bis in idem*, cit., 20 s.

¹⁰ Non intendiamo certamente contestare che alle sanzioni punitive, anche non “penali”, debbano essere estese le garanzie previste per le sanzioni *strictu sensu* penali, ma soltanto rimarcare che, se nel nostro sistema è “penale” solo ciò che la legge qualifica tale, non è possibile – almeno *de iure condito* –, denominare “penale” quanto la legge qualifichi altrimenti.

¹¹ V. peraltro le riserve di M.L. Di Bitonto, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *DPP* 2015, 445 ss.

¹² V. anche, con qualche diversa sfumatura, M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, 15 ss., in www.archiviopenale.it.

¹³ Cfr. F. Viganò, *Doppio binario*, cit., 14, nonché, con qualche diversa sfumatura, R. Ristuccia, *Sanzioni a doppio binario*, 3 s., in www.fchub.it, 3.2.2015; V. Zagrebelsky, *Le sanzioni*, cit., 1198.

¹⁴ Cass. S.U. 28.6.2005, Donati, in *CP* 2006, 28.

¹⁵ Fra l'altro, la citata giurisprudenza fa leva sul principio di «preclusione, conseguente alla consumazione del potere di azione» del pubblico ministero, che non potrebbe «non determinare la dichiarazione di improponibilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo»: nel caso, però, della pendenza di un processo penale nonostante il pregresso giudicato “amministrativo”, il potere di azione penale del pubblico ministero non può certo dirsi “consumato”, dato che detta azione viene esperita da tale organo per la prima volta nel procedimento penale. Cfr. G. De Amicis, *Ne bis in idem*, cit., 21.

¹⁶ Ed è, in effetti, stata percorsa: a) da Cass. ord. 16.10.2014 n. 1782, in www.cortedicassazione.it, che – in via subordinata rispetto ad analoga questione attinente alla norma “sostanziale” *ex art. 187-bis TuIntFin* (v. meglio, *infra*, § 3) –, ha sollevato questione di legittimità, per violazione degli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 Cedu, dell'art. 649 Cpp laddove «non prevede l'applicabilità del divieto di secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il

Ciò non perché il perfezionamento del giudicato penale possa rappresentare un limite, sotto il profilo della rilevanza, all'esperibilità dell'incidente di costituzionalità¹⁷ – l'eccezione di *ne bis in idem*, invero, ben può essere sollevata per la prima volta in fase esecutiva¹⁸, con piena legittimazione del relativo giudice a valutare la conformità a Costituzione delle norme conferenti –, ma perché le regole preposte a risolvere, per lo più secondo il *favor rei*, il conflitto pratico di giudicati, da un lato, non sembrano sempre in linea con la giurisprudenza della Corte europea, dall'altro, non appaiono pienamente "adattabili" al caso di specie, almeno in termini tali da offrire quella soluzione a "rime obbligate" che consentirebbe un intervento del Giudice delle leggi.

Sotto il primo profilo si consideri che, nell'ottica convenzionale, la riparazione della violazione – quando in entrambi i processi si sia formato il giudicato – non sembra postulare sempre la caducazione di una delle due decisioni, e che, in ogni caso, dovrebbe "cadere" quella divenuta irrevocabile per ultima.

Più nel dettaglio: la caducazione di uno dei giudicati appare imprescindibile tanto nel caso in cui alla violazione del divieto di doppio giudizio sia seguita una doppia condanna¹⁹ – in questo caso, anzi, l'art. 4 Prot. 7 Cedu risulta violato due volte, visto il "doppio volto" della garanzia –, quanto nel caso in cui, ad un primo giudicato di proscioglimento, sia seguito un secondo giudicato di condanna, del

medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione a cui *debba riconoscersi* natura penale ai sensi della CEDU»; b) nella "contigua" materia penale-tributaria, da T. Bologna ord. 21.4.2015, in www.penalecontemporaneo.it, 18.5.2015, che, invocando i medesimi parametri, ha dedotto l'illegittimità «dell'art. 649 c.p.p., in relazione all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale *debba riconoscersi* natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli». Per la manifestazione di qualche condivisibile perplessità, sul fatto che l'eventuale accoglimento di questioni così formulate comporti – dati i margini di discrezionalità lasciati al giudice ordinario nel riscontrare la natura penale della violazione secondo i criteri "convenzionali" – il rischio di trasformare l'art. 649 Cpp «in una "mina vagante", pronta a deflagrare nei più disparati e impensabili settori, con indesiderabili effetti di "sterilizzazione" della possibilità di perseguire penalmente illeciti che pure il diritto interno qualifica come di natura criminale», v. G.M. Flick - V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *RAic* 2015 (3), 14 s. Ben più condivisibile, e rispettosa degli artt. 25 co. 2 (sotto il profilo del principio di determinatezza) e 112 Cost., sarebbe una questione di legittimità costituzionale che attinga l'art. 649 Cpp nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto ivi sancito al caso dell'imputato già irrevocabilmente giudicato per lo stesso fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione a cui sia stata riconosciuta natura penale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁷ Esprimono dubbi in questo senso G.M. Flick - V. Napoleoni, *Cumulo*, cit., 8.

¹⁸ Cfr. Cass. 2.2.2005, Boheim, in *CEDCass*, m. 231602; in dottrina, per tutti, F. Caprioli - D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*², Torino 2011, 106.

¹⁹ La Corte di Strasburgo ha affermato più volte che l'interessato dev'essere tenuto indenne dagli effetti pregiudizievoli derivanti dal secondo processo (cfr. C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*, cit., § 236), ed una nuova condanna – siccome in sé stigmatizzante – sarebbe certamente "effetto pregiudizievole" anche nel caso in cui, a fronte di meccanismi di detrazione della sanzione penale-amministrativa da quella effettivamente penale – sulla falsariga di quello *ex art. 187-terdecies TuIntFin* – la seconda non fosse in tutto o in parte eseguita.

quale è certa “l’illegittimità convenzionale”, siccome “frutto” di un processo che non doveva celebrarsi²⁰. Ma nella situazione opposta – cioè nel caso in cui al giudicato di condanna ne sia seguito uno di proscioglimento –, ferma restando la violazione del primo profilo della garanzia convenzionale – il divieto di “doppio giudizio” –, per adempiere ai *dicta* della Corte di Strasburgo sembra bastare un rimedio “compensativo” (che, ad esempio, riconosciuta la violazione indennizzi il “doppiamente processato” rispetto alle spese sostenute per il secondo giudizio e agli ulteriori pregiudizi eventualmente incorsi²¹). In ogni caso, nessuno spiraglio ci pare offerto dalla giurisprudenza europea alla revoca della decisione di condanna – cronologicamente anteriore e quindi non “viziata” dal *bis in idem* –, a cui dovrebbe invece procedersi estendendo al caso di specie il rimedio *ex art. 669 Cpp*. Di qui, ci pare quantomeno dubbio che una questione di legittimità della predetta disposizione possa fondarsi sull’art. 117 Cost. in relazione all’art. 4 Prot. 7 Cedu.

Ma quand’anche i menzionati parametri fossero invocabili, il meccanismo di cui all’art. 669 Cpp risulterebbe di difficile “adattamento”, e non sotto profili che, con qualche forzatura, possano trovare una soluzione “pretoria” (sulla falsariga di quella che la Corte costituzionale ha rimesso al giudice comune quando, preso atto dell’intollerabile inerzia del legislatore, ha dichiarato illegittimo l’art. 630 Cpp, laddove non prevede un apposito caso di revisione in adempimento del “giudicato europeo”, nonostante il modello interno della revisione non apparisse del tutto confacente all’obiettivo²²)²³.

Un problema su tutti: l’estensione del rimedio *ex art. 669 Cpp* al particolare conflitto di giudicati qui in esame implicherebbe l’individuazione del giudice dell’esecuzione deputato a risolverlo. Peraltro, i criteri di determinazione della competenza *in executivis* – nella specie quelli *ex art. 665 co. 4 Cpp* – presuppongono che tutti i giudici potenzialmente interessati esercitino la giurisdizione (ordinaria o speciale che sia) in materia penale, mentre, nel caso degli illeciti amministrativo-penali, “concorrerebbero” col giudice penale la Consob – che addirittura non è un giudice – o la Corte d’appello civile, *ex art. 187-septies TuIntFin*.

E’ appena il caso di osservare che a un adattamento “interpretativo” in materia osterebbero, quantomeno, i principi di riserva di legge, determinatezza e tassatività in materia di individuazione del giudice competente (art. 25 co. 1 Cost.), se non addirittura – ove si pretendesse di demandare la soluzione del conflitto di giudicati

²⁰ Cfr. C. eur., 27.11.2014, *Lucky Dev c. Svezia*, in www.echr.coe.int.

²¹ Cfr. C. eur., GC, 10.2.2009, *Zolothukin c. Russia*, cit.

²² Cfr. C. cost. 6.4.2011 n. 113, in *GCos 2011*, 1523. Come è noto, in tale occasione la Corte ha affermato che – a fronte della difficile “adattabilità” alla peculiare “revisione europea” della disciplina *ex artt. 629 ss. Cpp*, «spetterà...ai giudici comuni trarre dalla decisione [della medesima Corte] i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione».

²³ In una diversa prospettiva v. G.M. Flick - V. Napoleoni, *A un anno di distanza*, cit., 17 s., secondo cui «preoccupano forse meno gli ostacoli di ordine “tecnico” connessi al fatto che le regole dettate dal citato art. 669 c.p.p. (...) possono apparire non immediatamente adattabili all’ipotesi del confronto tra una condanna penale e una condanna amministrativa», anche perché «la Corte costituzionale si è mostrata, in effetti, propensa ad affrancarsi da simili “pastroie” quando si discute dell’adeguamento ai *dicta* della Corte europea, come dimostra esemplarmente, tra le altre, la vicenda relativa al caso Dorigo, sfociata nella declaratoria di incostituzionalità additiva dell’art. 630 c.p.p.».

alla Consob, quale “giudice” il cui provvedimento «è divenuto irrevocabile per ultimo» ex art. 665 co. 4 Cpp –, il principio di riserva di giurisdizione in materia penale: dunque senza una norma legislativa espressa, che demandi comunque al giudice penale la soluzione dell’ipotetico conflitto, il meccanismo non può funzionare.

Sotto altro profilo, si pensi alla difficoltà di estendere i criteri, sulla cui base l’art. 669 co. 3 Cpp individua la più favorevole tra due condanne, al raffronto tra sanzioni “effettivamente penali” e amministrative²⁴, ed al rischio che la prevalenza del proscioglimento penale per estinzione del reato sulla condanna amministrativa – possibile, ex art. 669 co. 8 Cpp, quando la causa estintiva si sia verificata prima del giudicato di condanna – comprometta l’effettività della tutela degli interessi “euro-unitari”, sollecitata – nella contigua materia tributaria – dalla Corte di Giustizia²⁵.

In definitiva, il rimedio – apparentemente più idoneo – ex art. 669 Cpp non sembra applicabile in mancanza di un apposito adattamento *ex lege*.

Si potrebbe valutare, in alternativa, il ricorso alla “revisione europea” introdotta dalla sentenza costituzionale n. 113/2011²⁶. E’ pur vero che tale rimedio parrebbe esperibile solo a fronte di una pronuncia della Corte di Strasburgo accertativa nel caso concreto della violazione convenzionale perpetrata dalla “doppia condanna”²⁷: deve però darsi atto di un recente *obiter dictum* della Cassazione, che – sulla scia dei principi affermati dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite in esito alla “vicenda Ercolano”²⁸ –, manifesta qualche apertura verso l’applicabilità del rimedio, oltretutto «nel caso specifico del processo oggetto della richiesta di revisione», in «un caso definibile come effettivamente affetto dal medesimo vizio, derivante da situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione»²⁹.

Si aggiunga che pende davanti alla Corte costituzionale questione di legittimità, per violazione dell’art. 117 Cost., degli artt. 106 Cpa, 395 e 396 Cpc «nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza

²⁴ Agli effetti dell’art. 669 co. 3 e 4 Cpp come dovrebbe “giocare”, ad esempio, il fatto che la condanna “effettivamente” penale si iscriva nel casellario giudiziale? Quand’anche la sanzione amministrativa fosse più elevata di quella penale, non sarebbe comunque sempre più afflittiva la seconda? Né il problema può darsi per risolto solo in ragione della facoltà dell’interessato di “scegliere” il titolo eseguibile (art. 669 co. 2 Cpp), dato che la scelta potrebbe non essere esercitata.

²⁵ Cfr. C.G.U.E 26.2.2013, causa C-617/10, *Aklagaren c. Fransson*, in <http://eur-lex.europa.eu>, ove, pur sottolineandosi il rischio che meccanismi di cumulo sanzionatorio violino il principio del *ne bis in idem* ex art. 50 TrFUE, si precisa – in termini, invero, piuttosto ambigui – che la rinuncia al “cumulo” non dovrà comportare una perdita di effettività ed una minor efficacia dissuasiva delle sanzioni residue.

²⁶ Sugeriscono questa strada, con qualche diversa sfumatura, F. D’Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *DPP* 2014, 629; A. Poddighe, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *RD Trib* 2014 (4), 120.

²⁷ F. D’Alessandro, *Tutela*, cit., 629.

²⁸ Ci si riferisce naturalmente a C. cost., 3.7.2013 n. 210, in *GCos* 2013, 2915, e a Cass. SU 24.10.2013, Ercolano, in *CP* 2015, 28.

²⁹ Cass. 4.7.2014 n. 52965, in www.iusexplorer.it.

definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»³⁰: ove ne seguisse il richiesto intervento additivo, la disponibilità di uno strumento revocatorio – parallelo alla “revisione europea” – “sul fronte” della giurisdizione amministrativa e civile, offrirebbe una tutela completa ed omogenea, consentendo di intervenire anche nel caso in cui il secondo giudicato – pronunciato in violazione del *ne bis in idem* – sia quello “amministrativo-penale”³¹.

3. Resta da chiedersi se il problema del “doppio giudicato” possa trovare una soluzione ancora diversa nel caso in cui, come da più parti auspicato, si addivenga ad una modifica, per via legislativa o ad opera della Corte costituzionale, delle fattispecie “amministrativo-penali” ex artt. 187-*bis* e *ter* TuIntFin, così ridisegnando il rapporto, fra le stesse e quelle propriamente penali, in termini più rispettosi del principio di specialità e tali da prevenire, in futuro, il rischio del *bis in idem*.

Come è noto, la via maestra è stata individuata nella sostituzione dell'attuale *incipit* degli artt. 187-*bis* e *ter* TuIntFin – «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato» – con la diversa clausola «salvo che il fatto costituisca reato»³², e proprio un siffatto intervento “manipolativo” è stato sollecitato alla Corte costituzionale dalla Sezione V penale e dalla Sezione tributaria della Cassazione³³.

Ci si chiede se una siffatta modifica sul piano sostanziale potrebbe riflettersi – per il passato – sui casi di “doppio giudicato” qui d'interesse, giustificando la revoca della condanna per l'illecito “sostanzialmente penale” che – alla luce dei nuovi confini tra fattispecie “effettivamente penale” ed amministrativa – non fosse più tale.

Sembra fondarsi proprio su questo presupposto interpretativo la questione di legittimità costituzionale della fattispecie “amministrativa” di *insider trading* ex art. 187-*bis* TuIntFin sollevata dalla Cassazione penale: per motivare in ordine alla rilevanza, nel procedimento penale in corso per il “corrispondente” reato di *insider trading* ex art. 184 TuIntFin, di una questione concernente la norma “amministrativa” definitivamente applicata nel procedimento “amministrativo”, la Cassazione evoca infatti l'art. 30 co. 4 l. 11.3.1953, n. 87 – «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali» – il cui richiamo, per la Corte stessa, «sarebbe imposto dal riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione irrogata dalla Consob». Ai sensi dell'art. 30 co. 4 l. 87/1953, quindi, da un lato la Consob, se la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*bis* TuIntFin eliminasse la «base legale» della sanzione “amministrativo-penale” definitivamente

³⁰ Cons. St. AP, ord. 4.3.2015 n. 2, in www.cortecostituzionale.it.

³¹ A. Poddighe, *Il divieto di bis in idem*, cit., 122, auspica l'ampliamento delle «ipotesi di revisione statuite nell'art. 64, d.lgs. n. 546/1992» – che estende la revocazione ex art. 395 Cpc alle sentenze non più impugnabili della Commissioni tributarie che involgono accertamenti di fatto – «secondo gli argomenti giuridici esposti dalla Consulta nella sentenza n. 113 del 2011».

³² *Ex plurimis*, E. Desana, *Procedimento Consob e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, in *GI* 2014, 1642 ss; M. Ventrone, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *RSoc* 2014, 720.

³³ Cfr., in ordine all'art. 187-*bis* tuif, Cass. ord. 16.10.2014 n. 1782, cit., ed in ordine all'art. 187-*ter* TuIntFin, Cass. sez. trib. civ. 6.11.2014 n. 950, in www.penalecontemporaneo.it, 23.1.2015.

irrogata, dovrebbe assumere le «necessarie determinazioni»³⁴ – sino alla revoca del giudicato, a quanto sembra di comprendere³⁵ –, dall'altro, nel giudizio penale *a quo* cadrebbe, con la condanna “penale-amministrativa”, il presupposto del *ne bis in idem*³⁶.

Accedendo alla prospettiva della Cassazione, il problema del “doppio giudicato” parrebbe quindi potersi risolvere secondo il regime dell'*abolitio criminis*: la mutata formulazione dell'art. 187-bis TuIntFin renderebbe non più previste dalla legge come “sostanziale” reato le condotte (qui) di *insider trading* che siano già previste dalla legge come “formale” reato, e dovendosi d'altra parte – nella prospettiva convenzionale – applicare agli illeciti “amministrativo-penali” il regime di garanzia proprio degli illeciti penali – ivi compresa la retroattività *in mitius* – il giudicato “amministrativo-penale” sarebbe revocabile passando per i canali interni ex artt. 30 co. 4 l. 87/1953, 2 Cp e 673 Cpp (restando salvo il successivo giudicato “soltanto” penale).

Va da sé che questa impostazione non è condivisibile per le stesse ragioni per cui non riteniamo proponibile un'interpretazione “convenzionalmente conforme” degli artt. 649 e 669 Cpp (che peraltro, curiosamente, anche la Cassazione rimettente esclude). Sebbene il riferimento dell'art. 30 co. 4 l. 87/1953 – come del resto degli artt. 2 Cp e 673 Cpp – alle norme, ai procedimenti, e al giudicato “penali” non sia semanticamente inidoneo ad includere norme, procedimenti e giudicato ‘sostanzialmente penali’ secondo gli indici convenzionali, una siffatta operazione interpretativa non è consentita dal principio costituzionale di stretta legalità in materia penale, sulla cui base è “penale” – e “chiama” il relativo regime, solo quell'illecito, sanzione, procedimento o giudicato che la legge, non il giudice – sia pure per ragioni di garanzia – qualifica tale. Certamente, il regime previsto in materia “effettivamente penale” può – e deve, nell'ottica convenzionale – essere esteso alla materia “sostanzialmente penale”, ma per farlo occorre un intervento legislativo o una declaratoria di incostituzionalità, che riguardi, questa volta, gli artt. 30 co. 4 l. 87/1953, 2 Cp e 673 Cpp nella parte in cui non estendono la caducazione del giudicato di condanna anche al caso in cui la successione normativa *in mitius* riguardi un illecito amministrativo già “sostanzialmente penale”.

³⁴ E' chiarissima, qui, l'eco di C. cost., 3.7.2013 n. 210, cit., che per affermare la rilevanza, in un procedimento esecutivo ex art. 666 Cpp, della questione di legittimità dell'art. 7 d.l. 24.11.2000 n. 341, conv. in l. 19.1.2001 n. 4 – che agli effetti della diminuzione ex art. 442 co. 2 Cpp interpretava autenticamente “ergastolo” come “ergastolo senza isolamento diurno” –, ancorché la disposizione fosse stata definitivamente applicata nel giudizio di cognizione, ha fatto leva proprio sull'art. 30 co. 4 l. 87/1953, quale “grimaldello” per il superamento del giudicato a fronte della caducazione, ad opera della Corte costituzionale, della base giuridica dell'esecuzione in corso.

³⁵ Formula riserve in proposito R. Ristuccia, *Sanzioni*, cit., 2.

³⁶ Cass. ord. 16.10.2014 n. 1782, cit. Esprimono il fondato dubbio che, nonostante l'«estro argomentativo» della Corte, la questione non possa che risultare irrilevante, G.M. Flick - V. Napoleoni, *A un anno di distanza*, cit., 10. V. anche M. Scoletta, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.11.2014; F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, ivi, 8.2.2016.