

17 giugno 2019 | Marco 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)

C. eur. dir. uomo, Sez. V, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia

Per leggere il testo della sentenza, [clicca qui](#).

1. Una nuova sentenza della Corte Europea, pronunciata contro la Francia, in tema di *ne bis in idem* e manipolazione del mercato, riapre – anche nel nostro ordinamento giuridico – il problematico tema dei **limiti di legittimità dei sistemi punitivi a doppio binario cumulativo**. È opportuno ripercorre brevemente i termini della vicenda giudiziaria in esame, evidenziandone anche la scansione temporale, al fine di poter meglio decifrare la portata e le possibili implicazioni interne della decisione della Corte di Strasburgo.

Nel dicembre del 2007 il signor *Nodet*, analista finanziario, veniva condannato dall’AMF – l’autorità francese di controllo dei mercati finanziari (analoga alla nostra Consob) – al pagamento di una **sanzione amministrativa pecuniaria pari a 250.000 euro**, in quanto giudicato colpevole per fatti di manipolazione del mercato commessi attraverso una serie di operazioni di *trading* realizzate nei primi mesi del 2006 (che avevano portato ad un artificioso e consistente incremento del valore dei titoli di una società quotata); il procedimento amministrativo, a seguito dei diversi gradi di giudizio, si chiudeva definitivamente nel novembre 2009, con la conferma della condanna da parte della Corte di Cassazione. Nel frattempo, su segnalazione della stessa AMF, aveva preso avvio un procedimento penale per manipolazione del mercato, fondato sugli stessi fatti, che aveva portato, nel 2009, alla condanna alla pena di 8 mesi di detenzione; anche tale condanna era stata confermata nel giudizio di appello (che aveva ridotto la **pena a 3 mesi di detenzione**) e definitivamente confermata, nel gennaio 2014, dalla Corte di Cassazione.

2. Con il ricorso alla Corte Europea, il signor *Nodet* eccepiva quindi la violazione del principio di *ne bis in idem*, consacrato dall’art. 4 del Protocollo 7 alla Convenzione, lamentando di essere stato giudicato e punito due volte per lo stesso fatto. La Corte, nel decidere la questione, assume come fondamentale punto di riferimento la pronuncia della **Grande Camera A e B c. Norvegia del 2016**^[1], ribadendo e facendo applicazione dei principi ivi enunciati. Nessun problema si pone in merito al riconoscimento che: si tratti di due **sanzioni di natura sostanzialmente penale** (§ 43); i due giudizi abbiano avuto ad oggetto un **idem factum**, cioè in sostanza lo stesso fatto storico, naturalisticamente inteso (§ 44 s.); almeno una **decisione** era divenuta **definitiva** (determinando così il presupposto per la violazione del diritto a non essere puniti, ancora una volta, per lo stesso fatto; ancorché il ricorso sia stato presentato quando anche la seconda decisione era divenuta definitiva). Pur in presenza di questi presupposti, sottolinea la Corte come la **previsione legislativa di meccanismi punitivi misti** (penali e amministrativi), cioè della possibilità procedere ad una duplice imputazione e di irrogare una duplice punizione per gli stessi fatti, **non integri automaticamente la violazione dell’art. 4 del Protocollo 7**, dovendosi fare riferimento – per definire i limiti di compatibilità di tali *procédures mixtes* con la garanzia convenzionale – ai principi enucleati dalla Grande Camera nella già menzionata pronuncia *A e B*: ebbene, ciò è possibile quando i due procedimenti siano reciprocamente combinati e integrati sì da determinare un insieme complessivamente coerente, dovendo a tal fine valutare se essi siano legati da **“una sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale”** (*un lien matériel et temporel suffisamment étroit*, nella versione francese; *a sufficiently close connection in substance and time*, nella versione inglese). Riprendendo pedissequamente l’insegnamento della sentenza *A e B*, la Corte rammenta i quattro principali indici della stretta connessione sostanziale tra i due procedimenti: (i) il perseguimento di **obiettivi complementari** e riguardanti, anche solo in concreto, aspetti diversi dell’atto pregiudizievole; (ii) la **prevedibilità** della duplice punizione degli stessi comportamenti; (iii) il **coordinamento e l’interazione tra le autorità procedenti**, sì da evitare la ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova; (iv) da ultimo, e soprattutto, l’esistenza di **meccanismi di compensazione sanzionatoria** che rendano proporzionata e non eccessiva la pena complessivamente irrogata.

3. Facendo applicazione dei suddetti principi al **caso di specie**, la Corte Europea constata che, benché il doppio binario punitivo fosse chiaramente prevedibile al momento del fatto (§ 47), **i due procedimenti non perseguivano obiettivi complementari**, in quanto erano funzionali a reprimere i medesimi profili di dannosità del fatto di manipolazione del mercato (definito e qualificato nello stesso modo in entrambi i procedimenti punitivi) e a **proteggere i medesimi “interessi sociali”**. D’altra parte, ricorda la Corte che nel 2015 già il *Conseil constitutionnel* francese era giunto alle medesime conclusioni, in merito a tale profilo, pronunciandosi su una questione analoga in relazione ad un fatto di abuso di informazioni privilegiate (cumulativamente punito dal *délit d’initié* e dal *manquement d’initié*). **Già questo aspetto**, secondo la Corte, **sarebbe sufficiente ad escludere l’esistenza d’un lien suffisamment étroit du point de vue matériel** e dunque la compatibilità del doppio binario con il riconoscimento del diritto fondamentale al *ne bis in idem* (§ 48). Ma oltre a tale profilo, la Corte evidenzia come nel procedimento penale i giudici abbiano proceduto ad una **nuova raccolta e rivalutazione degli elementi di prova**, senza che fosse assicurato il necessario coordinamento processuale (§ 49, ove la Corte evidenzia come il giudice penale

d'appello abbia posto a fondamento della decisione non solo gli elementi probatori raccolti dagli ispettori dell'AMF, ma anche quelli forniti nel quadro dell'inchiesta penale dalla Brigade Financière, e come quest'ultima abbia svolto autonome indagini, benché, al momento del loro inizio, il rapporto d'inchiesta degli organi accertatosi dell'AMF fosse già stato depositato da oltre un anno).

4. Ancora, la Corte rileva viepiù l'**assenza di uno stretto legame anche dal punto di vista “temporale”**: il ricorrente era stato infatti sottoposto a procedimenti sanzionatori per un **periodo complessivo pari a quasi otto anni** (dal giugno 2006 al gennaio 2014) e, sebbene i due procedimenti fossero stati condotti simultaneamente per circa due anni (tra il 2007 e il 2009), il processo penale era continuato per oltre quattro anni dopo che quello amministrativo si era definitivamente concluso con la sentenza della Corte di Cassazione del 2009 (§ 52). Né il governo francese aveva adottato una spiegazione di tale lungaggine e lentezza processuale: giustificazione tanto più necessaria – come aveva puntualizzato sempre la sentenza *A e B*[2] – quanto più la connessione temporale tra i procedimenti risulti debole e dunque pregiudizievole per il soggetto *sub iudice*.

5. È particolarmente significativo evidenziare come la **violazione del ne bis in idem** sia stata dunque riscontrata, per assenza di una *close connection in substance and in time*, **ancorché nel giudizio penale si fosse tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo**. I giudici di primo grado avevano infatti commisurato la pena facendo espresso riferimento alla sanzione già disposta in sede amministrativa e per questo motivo avevano condannato l'imputato esclusivamente ad otto mesi di pena detentiva, non applicando la pena dell'ammenda che pure era prevista, fino ad un milione e mezzo di euro, dalla fattispecie incriminatrice; nondimeno, nel giudizio di appello, benché non fosse stata fatta espressa menzione del meccanismo compensatorio rispetto alla sanzione amministrativa, la pena era stata ulteriormente ridotta a soli tre mesi di detenzione (§ 50).

6. Ebbene, **questa nuova decisione** della Corte Europea assume, a mio parere, particolare rilevanza sistematica nell'ottica di una più concreta definizione della portata della garanzia convenzionale del *ne bis in idem* ed **impone di valutare, ancora una volta, la legittimità dei sistemi di doppio binario vigenti nel nostro ordinamento**. La sentenza *A e B*, come noto, è stata immediatamente (e frettolosamente) interpretata[3], nel nostro ordinamento, come un sensibile ridimensionamento della portata del principio fondamentale, se addirittura non come completo *revirement* della giurisprudenza di Strasburgo rispetto ai propri precedenti, alla luce del quale poter riconoscere la patente di legittimità non solo al 'nostro' doppio binario in materia tributaria (materia specificamente oggetto della sentenza *A e B*, sebbene rispetto al sistema norvegese) ma anche a quello in materia degli abusi di mercato (benché questo fosse stato specificamente oggetto di censura da parte della seconda sezione della Corte Europea nella precedente sentenza *Grande Stevens*[4]).

Al criterio della close connection, indicato dai giudici di Strasburgo come presupposto di legittimità dei sistemi punitivi misti, è stata infatti **attribuita una consistenza a maglie molto larghe** – anche grazie alla formulazione in termini piuttosto generici dei requisiti della stretta connessione –, che ha condotto ad un sostanziale **svuotamento del contenuto “processuale” della garanzia** (il divieto di doppio processo) e a una **valorizzazione quasi esclusiva del contenuto “sostanziale”**, funzionale alla garanzia della proporzione sanzionatoria del trattamento punitivo complessivo.

In particolare, la **Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**, chiamata a pronunciarsi (successivamente alla sentenza *A e B*) sulla portata del corrispondente principio sancito dall'art. 50 CDFUE, proprio in relazione ai nostri meccanismi di doppio binario (in materia tributaria[5] e in materia di abusi di mercato[6]), **ha avallato una lettura “debole”** – per non dire un'**argomentazione tautologica** – sia del requisito della complementarità di scopi sia del coordinamento processuale fra procedimenti punitivi: (a) quanto al primo profilo, riferendosi in particolare al doppio binario in materia di abusi di mercato, ha osservato che il procedimento amministrativo è funzionale a “scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno del divieto di manipolazione del mercato applicando sanzioni amministrative stabilite, se del caso, in maniera forfettaria”; mentre il procedimento penale mira “a scoraggiare e reprimere violazioni gravi di tale divieto, che sono particolarmente dannose per la società e che giustificano l'adozione di sanzioni penali più severe”;

(b) quanto al secondo profilo, ha ritenuto sufficiente la presenza dell'obbligo di cooperazione e di coordinamento tra il pubblico ministero e la Consob, previsto all'articolo 187-*decies* del T.u.f. (che prevede la trasmissione della documentazione raccolta dalla Consob in fase di accertamento dell'illecito e sollecita uno scambio di informazioni tra le autorità), per ritenere soddisfatta l'esigenza di ridurre adeguatamente gli oneri derivanti, per l'interessato, dal cumulo di procedimenti punitivi. La Corte di Giustizia ha invece attribuito **decisiva rilevanza**, appunto, alla **garanzia della proporzione complessiva delle pene cumulativamente irrogate** per lo stesso fatto, preoccupandosi di verificare l'esistenza di meccanismi di scomputo delle sanzioni già disposte all'esito del primo procedimento, anche tra pene diverse da quella pecuniaria, e di suggerire l'estensione di tale meccanismo anche al cumulo tra pene eterogenee: è solo in questa limitata prospettiva, infatti, che la sentenza *Garlsson*[7] ha censurato il sistema del doppio binario in materia di abusi di mercato, che nella versione allora vigente dell'art. 187-*terdecies* consentiva la compensazione sanzionatoria solo tra sanzioni di tipo pecuniario (lasciando impregiudicato il cumulo, che avrebbe potuto condurre ad un trattamento punitivo sproporzionato, tra sanzioni amministrative pecuniarie e pena detentiva)[8].

Anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 43 del 2018[9], **ha registrato tale ridimensionamento** del contenuto convenzionale del *ne bis in idem*, sostanzialmente 'ridotto' a garanzia di proporzionalità della pena, affermando che la sentenza *A e B* segna un passaggio “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”.

7. È su questa base che **attualmente**, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, trova **piena legittimità il sistema di doppio binario cumulativo predisposto dal T.u.f. per gli abusi di mercato**, anche in ragione della **nuova versione dell'art. 187-*terdecies*** – riformulato dal d.lgs. n. 107 del 2018 in attuazione della direttiva MAR II[10] – che prevede un **meccanismo di compensazione sanzionatoria che concede al giudice comune ampissimi poteri di commisurazione della risposta punitiva del secondo procedimento**, allo scopo di assicurare una risposta sanzionatoria nel complesso proporzionata al disvalore unitario del fatto illecito (benché giudicato e punito attraverso due distinti procedimenti), valutato ai sensi dei parametri di commisurazione dettati dall'art. 133 c.p.[11]. Proprio con l'intenzione di recepire le più recenti indicazioni delle corti sovranazionali in merito alla portata della garanzia del *ne bis in idem* (ma di conservare, al contempo, il meccanismo del doppio binario cumulativo), il legislatore interno ha infatti genericamente previsto che **il giudice del secondo procedimento debba “tenere conto” delle “misure punitive” già irrogate all'esito del primo processo**. Tale norma è stata interpretata

dalla giurisprudenza[12] come attributiva del potere non solo di **scomputare tutte le sanzioni a contenuto omogeneo** (non solo quelle pecuniarie, ma anche quelle a contenuto interdittivo), ma **anche** di procedere ad una **compensazione tra sanzioni a contenuto eterogeneo** (cioè, fondamentalmente, tra sanzioni pecuniarie e pene detentive), **fino alla possibilità di disapplicare in toto o solo parzialmente** (derogando *in mitius* ai minimi edittali di pena) **la fattispecie punitiva applicabile all'esito del secondo giudizio**. Si tratta quindi di un meccanismo che, per quanto desti non secondarie perplessità di ordine costituzionale nella prospettiva della legalità della pena[13], assicura nondimeno un vaglio giudiziario di proporzionalità del trattamento punitivo complessivo rispetto al concreto disvalore di ogni fatto oggetto di giudizio.

8. Alla luce della sentenza *Nodet* – come si diceva – è possibile oggi sollevare **dubbi sulla compatibilità con il divieto di *bis in idem*** del sistema di doppio binario in tema di abusi di mercato vigente nel nostro ordinamento, **ancorché sia sempre in concreto assicurata**, attraverso le appena ricordate modalità, **la complessiva proporzione della risposta punitiva**. Come illustrato, infatti, la Corte Europea ha dimostrato di prendere sul serio anche gli ulteriori requisiti indicativi della *close connection* tra procedimenti punitivi, riconoscendo un **valore autonomo e decisivo anche al riscontro delle complementarità degli scopi** perseguiti dai due distinti procedimenti sanzionatori: complementarità che – come del resto già sottolineava la sentenza *A e B* – dovrebbe poggiare sulla valorizzazione di profili di disvalore del fatto almeno in parte differenti, che invece non sono riscontrabili nella **perfetta identità strutturale tra gli illeciti amministrativi e quelli penali** di abuso di mercato. D'altra parte, la stessa motivazione tautologica della Corte di Giustizia in punto di complementarità di scopo, in realtà ribadisce il dato inconfutabile – chiaramente espresso anche dalla MAR II – della **unicità teleologica dei due procedimenti**, funzionale alla tutela della “integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari”, sinergicamente perseguita dalla sanzione amministrativa e da quella penale (costituendo quest'ultima una modalità di protezione più incisiva del medesimo interesse giuridico). Anche il **necessario coordinamento processuale** strumentale a minimizzare gli oneri supplementari che derivano da tale cumulo, che la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione liquidano in poche battute (semplicemente rilevando l'esistenza di obblighi di cooperazione ai sensi dell'art. 187-*decies*, ma senza considerare che nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo[14]), sembra invece imporre – alla luce della sentenza *Nodet* – un sistema ben più integrato quanto alla valorizzazione del materiale probatorio raccolto e utilizzato nei due procedimenti; senza contare le implicazioni sistematiche, anche nell'ottica del giudizio di *close connection*, derivanti dalla circostanza che la Consob, autorità sanzionatoria nel procedimento amministrativo, diventa addirittura parte processuale – legittimata a costituirsi parte civile – nel procedimento penale.

9. In conclusione, il doppio binario punitivo previsto dal T.u.f. appare strutturalmente analogo a quello francese censurato dalla Corte Europea e analogamente censurabile al cospetto dell'art. 4 del Protocollo 7.

D'altra parte, occorre ricordare come la *procédure mixte* che la sentenza *Nodet* ha censurato non sia più vigente **nell'ordinamento d'oltralpe**, in quanto **il sistema punitivo degli abusi di mercato è stato completamente riformulato nel 2016**, dopo che nel 2015 il *Conseil Constitutionnel* ne aveva dichiarato la illegittimità, rilevando il contrasto tra il cumulo punitivo e il principio di necessità e ultima ratio della sanzione penale. La legge n. 2016-819 del 21 giugno 2016 ha infatti previsto, da una parte, l'aumento dell'ammenda per la fattispecie penale – si da allineare il massimo edittale a quello previsto dalla fattispecie amministrativa –, dall'altra, un **meccanismo di coordinamento tra AMF e autorità giudiziaria che assicura l'alternatività tra l'esercizio dell'azione penale e l'instaurazione del procedimento amministrativo** – si da garantire l'unicità del procedimento punitivo a carico della medesima persona per uno stesso fatto di abuso di mercato. **Il legislatore italiano**, che nel licenziare il d.lgs. n. 107 del 2018 aveva messo in conto un ulteriore (rispetto alla modifica dell'art. 187-*terdecies*) eventuale intervento legislativo funzionale a garantire il rispetto del *ne bis in idem*[15] – registrando l'incertezza sullo statuto convenzionale di tale principio – **dovrebbe ora guardare con particolare interesse al nuovo modello punitivo francese**, allo scopo di predisporre una soluzione tecnica coerente e compatibile con i vincoli convenzionali, come definitivamente potrebbe essere quella del **passaggio da un modello di “doppio binario cumulativo” ad un modello di “doppio binario alternativo”**.

10. Un'ultima osservazione relativamente al **doppio binario punitivo in materia tributaria**, rispetto al quale parimenti potrebbero sollevarsi dei dubbi di compatibilità con i vincoli della *close connection in substance*. Anche in questo contesto, infatti, **si potrebbe opinare l'assenza di una complementarità di scopo** tra sanzioni tributarie e sanzioni penali comminate per gli stessi fatti, **nonché la carenza di un coordinamento processuale** idoneo ad evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova[16]. A ben vedere, **tuttavia, la giurisprudenza convenzionale sul punto restituisce un quadro differente: la sentenza *A e B* valutava positivamente un assetto punitivo in materia fiscale** per molti versi analogo a quello previsto dall'ordinamento italiano, riconoscendo argomentativamente l'**alterità e complementarità degli obiettivi** rispettivamente perseguiti dal procedimento sanzionatorio tributario – che ha una precipua finalità dissuasiva anche rispetto a fatti non dolosi, nonché una funzione risarcitoria delle spese sostenute dallo stato per procedere ai controlli fiscali – e da quello penale – rispetto al quale è prevalente la funzione repressiva rispetto a fatti caratterizzati da una fondamentale componente fraudolenta o dolosa[17]. Oltre al fatto che, secondo la Corte Europea, **le sanzioni punitive ‘meno stigmatizzanti’** – come di solito sono quelle tributarie, che si concretizzano in un aumento percentuale dell'imposta non versata – non fanno parte dello “zoccolo duro del diritto penale” e **sono sottoposte ad una più indulgente valutazione della *close connection*[18]**. Indipendentemente dalla condivisibilità di tali affermazioni, è un dato incontestabile che la giurisprudenza della Corte Europea, pur nella prospettiva del medesimo criterio generale di giudizio, dimostra una diversa sensibilità nel giudicare la compatibilità con il *ne bis in idem* dei sistemi di doppio binario in materia tributaria e in materia di abusi di mercato. Al riguardo, è opportuno rammentare che **la Corte Europea è giudice del caso concreto** e che i principi espressi dalla sue sentenze non si prestano a generalizzazioni, ma a ponderate estensioni rispetto a casi analoghi: le conclusioni e le **argomentazioni svolte dalla sentenza *Nodet***, che a mio parere possono essere **mutate per riconoscere l'incompatibilità anche del nostro sistema di doppio binario in materia di abusi mercato**, in ragione della sostanziale omogeneità dei due meccanismi punitivi, **non possono invece essere estese al sistema punitivo tributario**, che presenta peculiarità proprie che la Corte di Strasburgo ha specificamente valorizzato e in ragione della quali ha finora espresso un valutazione – condivisibile o meno che sia – di complessiva compatibilità con la garanzia del *ne bis in idem*.

Risulta invece **alta la possibilità che il doppio binario tributario non soddisfi il requisito della stretta connessione temporale**, come dimostrano recenti decisioni della Corte Europea[19] che continuano a censurare i sistemi punitivi scandinavi in ragione, in sostanza, dell'eccessivo lasso temporale che intercorre tra l'inizio del procedimento amministrativo e la conclusione del processo penale (analogamente a quanto rilevato dalla sentenza *Nodet* in relazione al doppio binario per gli

abusi di mercato). Alle medesime censure si espone senz'altro il nostro sistema punitivo tributario, ma **si tratta di violazioni che prescindono da un difetto strutturale della disciplina normativa** (e non mettono perciò in dubbio la compatibilità teorica del doppio binario tributario con il divieto di *bis in idem*), fondandosi sul dato concreto e contingente della lungaggine dei procedimenti giudiziari; da qui il rischio di trasformare "la garanzia del *ne bis in idem* in un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che 'sopravvive' alla definizione del primo[20]".

[1] C.edu, G.C., 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, sulla quale cfr. Viganò, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in questa *Rivista*, 18 novembre 2016.

[2] C.edu, G.C., 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 134.

[3] Trib. Milano, Sez. I, ord. 6 dicembre 2016, in questa *Rivista*, 23 dicembre 2016, con nota adesiva di Fusco, [La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna; anche C. App. Bologna, Sez. III civ., 3 marzo 2017, in Giur. pen. web, 2017, 5, con nota di Cucchiara, Market abuse e doppio binario sanzionatorio; e soprattutto Cass., Sez. III, 14 febbraio 2018, n. 6993, in questa Rivista, 16 marzo 2018, con nota di Tripodi, Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time](#).

[4] C. edu 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, 9 marzo 2014, con nota di Tripodi, [Uno più uno \(a Strasburgo\), fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato; v. anche De Amicis, Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 201 ss.

[5] CGUE, GS, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*.

[6] CGUE, GS, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*; CGUE, GS, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*; per un attento commento di tali decisioni, cfr. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice europolitano*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.; E. Basile, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 129 ss.

[7] Cfr. CGUE, GS, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, § 60 s.; anche il doppio binario tributario è stato giudicato compatibile con la garanzia del *ne bis in idem* in ragione del fatto che "dall'articolo 21 del decreto legislativo n. 74/2000 sembra desumersi che quest'ultimo non si limita a prevedere la sospensione dell'esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale nel corso del procedimento penale, ma che esso osta definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell'interessato. Inoltre, sulla base delle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, il pagamento volontario del debito tributario, purché riguardi parimenti la sanzione amministrativa inflitta all'interessato, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell'ambito del procedimento penale. Risulta quindi che la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale prevede condizioni idonee a garantire che le autorità competenti limitino la severità del complesso delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato commesso": così CGUE, GS, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, § 56.

[8] Vero che la sentenza *A e B* attribuiva particolare rilevanza a tale profilo, indicandolo come quello maggiormente indicativo di una *close connection in substance*, ma certo non lo individuava come esclusivo e sufficiente – come la sentenza *Nodet* qui in esame evidentemente conferma –, ove soddisfatto, a legittimare le procedure punitive miste.

[9] Così C. Cost. n. 43 del 2018, che più nel dettaglio precisa: "Il *ne bis in idem* convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una *close connection* è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* pienamente operante. Così, ciò che il divieto di *bis in idem* ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate. È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza *A e B contro Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem*, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di remissione"; su tale pronuncia cfr. Galluccio, [Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, p. 234 ss.; Bindi, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018.

[10] Cfr. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Soc.*, 2019, p. 533 ss.

[11] Cass., Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, Franconi, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2018, con nota di Mucciarelli, [Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità](#); in termini analoghi anche Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, Chiarion Casoni e Cass., Sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, Erbetta; l'orientamento della Cassazione è stato sostanzialmente recepito da Trib. Milano, 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), in questa *Rivista*, 15 marzo 2019, con nota di 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](#); per un quadro complessivo in senso critico di tali pronunce cfr. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem*, cit.; in senso adesivo, Fusco – Baggio, [Recenti pronunce in tema di market abuse](#), in questa *Rivista*, 1/2019, 1, p. 68. Da ultimo, ancora, riprendendo testualmente la motivazione della sentenza *Franconi* per rigettare una serie di eccezioni di legittimità costituzionale del doppio binario punitivo in una nota vicenda di *insider trading* (caso *Cremonini*), C. App. Milano, 15 gennaio 2019 (dep. 15 aprile 2019).

[12] V. nota precedente.

[13] Per questi rilievi si rimanda a Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem*, cit.

[14] E. Basile, [Una nuova occasione \(mancata\) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?](#), in questa *Rivista*, 5/2017, p. 271 ss.

[15] Nella *Relazione tecnica* al d.lgs. n. 107 del 2018 (recante norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014), si legge (p. 13): "Dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel T.u.f. è quello minimale rispetto alla norma vigente"

[16] È quanto infatti eccepito dalla ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, attualmente *sub iudicio*, da Trib. Bergamo, ord. 27 giugno 2018, inedita, che – nel seguito del caso *Menci*, sul quale, come ricordato (v. nota ...), era stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale le Corte di Giustizia – eccepisce nuovamente come “manca il requisito della complementarità dello scopo, in quanto i due procedimenti (penale e amministrativo) e le due sanzioni hanno scopo identico”; manca inoltre “ogni aspetto diverso della condotta”, ricordando come la sentenza A e B richiedesse, oltre alla complementarità di scopo, anche una almeno parziale distinzione quanto all’oggetto dell’accertamento (v. anche *retro* nel testo); manca inoltre, secondo il remittente, una sufficiente coordinazione tra i due procedimenti, soprattutto nel caso – come quello *sub iudice* – in cui i due procedimenti non si instaurano contestualmente e non hanno ad oggetto “frazione diverse della condotta”. In conclusione, secondo il Tribunale bergamasco è “la coincidenza ontologica e finalistica delle due vicende processuali” che impedisce di ritenere la disciplina normativa, in relazione al fatto oggetto di giudizio, rispettosa del principio di *ne bis in idem*.

[17] C.edu, G.C., 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 144.

[18] C.edu, G.C., 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 133.

[19] C.edu, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e altri c. Islanda*, in questa *Rivista*, 22 maggio 2017, con nota di Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*; C.edu, 16 aprile 2019, *Armannsson c. Islanda*, in questa *Rivista*, 7 maggio 2019, con nota di Galluccio, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*.

[20] Così Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit.