

CHIARA BUFFON

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università di Roma “Tor Vergata”

Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio

Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle for the containment of the double-track sanctions

In ambito europeo, per molto tempo ci si è avvalsi del divieto di un secondo giudizio per neutralizzare il rischio della doppia sanzione, limitando la discrezionalità del legislatore di punire lo stesso fatto a duplice titolo. Nel 2018, tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea ribadisce la necessità di stemperare il rigore di tale preclusione, subordinandone l'applicazione al filtro della sufficiente connessione materiale e temporale tra procedimenti. Si tratta di un criterio che affida al giudice l'ultima parola sul doppio binario sanzionatorio. Sotto altro profilo, la Corte costituzionale espande l'operatività dell'art. 649 c.p.p. travolgendo l'istituto del concorso formale di reati, in forza del principio di autonomia tra declinazione sostanziale e processuale del *ne bis in idem*.

In the European context, for a long time we have used the prohibition of a second judgment to neutralize the risk of double sanction, limiting the discretion of the legislator to punish the same event in two ways. In 2018, however, the Court of Justice of the European Union reiterates the need to dilute the rigor of this foreclosure, subordinating its application to the filter of sufficient material and temporal connection between proceedings. This is a criterion that entrusts the judge with the last word on the double track of sanctions. On the other hand, the Constitutional Court expands the operation of art. 649 c.p.p. overwhelming the institution of the formal competition of crimes, on the strength of the principle of autonomy between substantial and procedural declension of ne bis in idem.

IL DIVIETO DEL DOPPIO PROCESSO TRA PRECLUSIONE E GARANZIA

Del *ne bis in idem* può parlarsi in termini di preclusione di portata processuale o di tutela con valenza individuale e collettiva.

Quanto alla prima accezione, è un effetto tipico del giudicato¹, una conseguenza necessaria dell'irrevocabilità di sentenze e di decreti penali di condanna², un divieto svincolato dal contenuto dell'accertamento³.

La cosa giudicata rappresenta l'«essenza della decisione terminativa di un giudizio»⁴, ed è custodita

¹Cfr. G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 86 ss., in un sistema giuridico coerente, due comandi non possono avere la stessa sfera di validità: indipendentemente dalla loro conformità alle norme di produzione, l'eventuale incompatibilità pratica li renderebbe inattuabili. La legge assicura l'unicità della disciplina giuridica sia sul piano normativo, con strumenti quali l'art. 15 delle preleggi, che giurisdizionale, con l'istituto del giudicato: fa sì che i comandi abbiano un unico ed esclusivo ambito di applicazione.

²Secondo R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, Utet, 2009, p. 32, l'irrevocabilità sarebbe condizione giuridica priva di significato se non accompagnata dall'intangibilità del contenuto della decisione, e quindi dal divieto di celebrare un nuovo giudizio sullo stesso oggetto.

³Come spiegato da A. Giovine, *Giudicato*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1991, p. 426 ss., in altri ordinamenti *la res iudicata* presenta anche un effetto vincolante positivo, quando impone al secondo giudice, non di declinare la decisione, ma di uniformarsi alla precedente pronuncia «come se fosse una legge speciale».

⁴La definizione di “giudicato” o di “cosa giudicata” quale «essenza terminativa di un giudizio» è di V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, ed. IV, Torino, Utet, 1972, p. 573.

sia nell'ambito del processo d'origine, dall'irrevocabilità del provvedimento di condanna o di proscioglimento, sia al di fuori, dall'improcedibilità dell'azione esercitata una seconda volta in ordine allo stesso fatto⁵.

In questa prospettiva, il *ne bis in idem* è l'ingranaggio di una serratura a doppia mandata.

L'art. 649 c.p.p., nel tratteggiare i lineamenti del "divieto di un secondo giudizio", dà volto a un principio generale del sistema, che altre disposizioni garantiscono implicitamente, con rimedi di tipo preventivo o riparatorio⁶.

Il divieto postula, sotto il profilo soggettivo, l'*eadem persona*, spiegando efficacia diretta solo nei confronti del destinatario del provvedimento⁷; dal punto di vista oggettivo, l'*idem factum*, ovvero il fatto giudiziale, nella rappresentazione condotta, nesso di causalità ed evento, a nulla rilevando il *nomen iuris* attribuito per titolo, grado o circostanze⁸.

Accanto agli scopi di economia, razionalità e celerità processuali, il principio preserva prerogative sostanziali dai contenuti di più ampio respiro.

L'avvio della vicenda processuale genera incertezza; la possibilità di rinnovare il processo, o di perpetuare giudizi, la incrementa; e tutto ciò minaccia sia la sicurezza dei diritti e le libertà del singolo, che la tranquillità sociale⁹. Vietare che per lo stesso fatto si svolgano nuovi procedimenti, significa assicurare la certezza delle situazioni giuridiche ivi definite¹⁰. Si tratta di una prerogativa civile e politica dell'individuo, nonché di un baluardo dell'ordine pubblico¹¹.

Esaltandone l'essenza di diritto, il *ne bis in idem* si presta ad interpretazioni ed applicazioni che trascendono i limiti che incontrerebbe nelle vesti di preclusione nel rito penale.

Si tratta di un'impostazione adottata in ambito sovranazionale¹², ove la giurisprudenza progredisce per estendere le garanzie proprie del diritto penale, *in primis* dei principi di prevedibilità e di proporzione, al di là delle etichette con cui gli Stati membri esercitano il proprio potere sanzionatorio.

Alla luce di questo «processo di europeizzazione del diritto punitivo»¹³, la Corte Edu si serve del

⁵In chiave espositiva, la dottrina distingue l'accezione "formale" di giudicato, quando assuma le vesti di principio operante solo nel processo al cui esito sia stata pronunciata la decisione, coincidente con l'irrevocabilità; e "sostanziale", quando designi il complesso di effetti con valenza extraprocessuale della medesima decisione.

⁶Tra i rimedi di tipo preventivo, possono richiamarsi gli artt. 28 ss. c.p.p., sui conflitti positivi di competenza; l'art. 54-bis c.p.p., sui contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero; o l'art. 587 c.p.p., sull'estensione dell'impugnazione. Tra i rimedi di tipo riparatorio, l'art. 669 c.p.p., operante in sede esecutiva, in presenza di più sentenze irrevocabili di condanna. Sul loro funzionamento integrato, sebbene con riguardo al codice previgente, G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 110 ss.

⁷La giurisprudenza di legittimità esclude che il giudicato possa avere efficacia vincolante nei confronti dei terzi. L'acquisizione di sentenze irrevocabili ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. è sintomo di un'efficacia riflessa; Cass., sez. V, 23 maggio 2018, n. 23226, in *CED Cass.*, n. 273207, si afferma che «la sentenza acquisita non esercita una efficacia automatica ma costituisce un elemento di prova dei fatti in essa accertati, rilevanti nel nuovo giudizio (...)». In generale, *ex multis*, Cass., sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, in *CED Cass.*, n. 258166, «Il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili posto dall'art. 649 cod. proc. pen. Non vincola il giudice chiamato a rivalutare il medesimo fatto in relazione alla posizione di altri soggetti imputati quali concorrenti nello stesso reato».

⁸Rimane valido il principio di diritto enucleato da Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *CED Cass.*, n. 231799 «Ai fini della preclusione connessa al principio "*ne bis in idem*", l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona».

⁹Con le parole di P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015, p. 4 «In questo fondersi delle prospettive, collettiva ed individuale, si compendia la "funzione costituzionale" del giudicato».

¹⁰La certezza garantita dal giudicato va intesa in senso "soggettivo": se nel suo significato "oggettivo", consiste nella possibilità di prevedere in anticipo la valutazione giuridica delle condotte, il *ne bis in idem* mira a sottrarre il singolo dall'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo. Così, G. Lozzi, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 913.

¹¹Si tratta di una conquista del processo penale moderno. Nel metodo inquisitorio classico, ogni conclusione è perfettibile *ad infinitum*, mentre lo stile accusatorio implica tempi esatti e conclusioni irripetibili, cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, ed. VII, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1201-1203, «siamo fuori da bulimia istruttoria e ossessione terapeutica; comunque risolto, il caso è chiuso».

¹²In N. Galantini, *Il ne bis in idem europeo: verso il superamento della res iudicata?*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del Convegno, Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 241 ss., si censura la configurazione del *ne bis in idem* quale mero divieto, in quanto passata e anacronistica, stridente rispetto ad una lettura convenzionalmente, e quindi costituzionalmente, orientata del principio.

¹³In questo senso, A. Bernardi, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, p. 557 ss.

principio del *ne bis in idem* processuale per affermare il divieto di duplicare la risposta punitiva, sostenendo la garanzia di una sanzione adeguata, proporzionata e prevedibile¹⁴.

UN PARAMETRO DI LEGALITÀ PER IL CUMULO DI SANZIONI

Recenti pronunce delle Corti europee impiegano il *ne bis in idem* al fine di contenere l'operatività del doppio binario sanzionatorio, in materie quali la repressione degli abusi di mercato o delle violazioni tributarie.

Come anticipato, ci si avvale dell'effetto preclusivo processuale per neutralizzare il rischio della doppia punizione che nasce sul terreno del diritto sostanziale.

La discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, generalmente ammessa dal diritto dell'Unione, è stata progressivamente ridimensionata dalla Corte di Strasburgo¹⁵, in un formante giurisprudenziale inaugurato nel 2014, dal caso *Grande Stevens c. Italia*¹⁶. La fattispecie che ha consentito di vagliare il cumulo di sanzioni prescritto dalla disciplina italiana sugli abusi di mercato, concerneva una condotta di manipolazione costitutiva sia di illecito amministrativo ex art. 187-ter, d.lgs. n. 58/1998, dotata di sanzione pecuniaria comminata dalla CONSOB, sia di reato ex art. 185, d.lgs. n. 58/1998 punita con la reclusione e la multa.

I giudici europei si sono avvalsi del divieto sancito all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, che per operare richiede i seguenti presupposti positivi: entrambi i procedimenti devono appartenere alla *matière pénale*; almeno uno dei due deve risultare definito con sentenza irrevocabile; devono rivolgersi al medesimo soggetto, per la contestazione dello stesso fatto storico-naturalistico¹⁷. Letteralmente, sembrano coincidere coi requisiti propri del *ne bis in idem* nazionale.

Perché vi sia identità del fatto, rilevano le circostanze concrete, nei legami di spazio e di tempo (c.d. *idem factum*), e non la qualificazione giuridica (c.d. *idem legale*), in quanto risultante dalla combinazione di elementi di non univoca interpretazione e insuscettibile di omogeneità tra le diverse legislazioni nazionali, come invece sosteneva, in seno alla Corte di Strasburgo, un orientamento superato dalla Grande Camera nel 2009, caso *Zolotukhin c. Russia*¹⁸.

A fare la differenza è la nozione di *matière pénale*, la cui definizione viene mutuata dalla giurisprudenza relativa all'equo processo ex art. 6 Cedu, in particolare, ai criteri individuati nella sentenza dell'8 giugno 1976, causa *Engel e altri c. Paesi Bassi*: la qualificazione giuridica della misura nel diritto nazionale; la natura della misura; la natura e il grado di severità della sanzione¹⁹. Tre indici, di regola, alternativi, da valutare unitamente solo ove l'analisi separata sia di ostacolo ad una conclusione chiara in merito alla "accusa penale"²⁰.

¹⁴ In ordine alla trasformazione del *ne bis in idem* da mero divieto di litispendenza *de facto*, a criterio per l'elaborazione di un "risposta giuridica integrata", M. Lo Giudice, *Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto "double jeopardy" europeo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 4, p. 771 ss.

¹⁵ Ad evidenziare la connessione tra facoltà del legislatore di prevedere un doppio binario sanzionatorio e potere giudiziale di frustrare tale facoltà mediante lo strumento del *ne bis in idem*, Corte cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43.

¹⁶ Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

¹⁷ L'art. 4, § 1, Prot. 7 Cedu dispone «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di uno Stato».

¹⁸ La giurisprudenza europea in tema di doppio giudizio sino al 2009 non è né cospicua né univoca: come rilevato in R. Calò, *Divieto di doppio processo. La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2240 ss., si registrano tre diversi indirizzi ermeneutici, i cui *leading cases* sono costituiti dalle decisioni *Gradinger c. Austria* (1995), *Oliveira c. Svizzera* (1998) e *Franz Fischer c. Austria* (2001). Nella prima, l'operatività del divieto è subordinata esclusivamente all'identità della condotta; nella seconda, si percorre l'approccio normativo, di cui sopra si è accennato; nella terza, confermata dalla Corte e.d.u., Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, si valorizza la dimensione empirica del fatto, comprensiva di tutte le circostanze concrete, «indissolubilmente legate nel tempo nello spazio».

¹⁹ Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel and others c. Paesi Bassi*.

²⁰ Così la Relazione su orientamento della giurisprudenza n. 20170026, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*. Nella relazione del massimario, si chiarisce come gli indici in questione siano stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu per qualificare una sanzione come "pena" ai sensi dell'art. 7 Cedu «con la finalità di scongiurare che vasti processi di decriminalizzazione possano avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle ga-

Alla luce di siffatti criteri, il doppio binario è ammesso quando consta di sanzioni eterogenee, amministrative e penali, perché preordinate a finalità diverse, rispettivamente riparatorie e repressive; non lo è in caso contrario, quando la qualificazione formalmente amministrativa celi la natura penale, dando luogo ad una duplicazione dell'istanza punitiva²¹.

Ecco, quindi, la nuova funzione del *ne bis in idem* processuale: allo scopo di censurare un cumulo di sanzioni astrattamente ammesso, blocca uno dei due procedimenti capaci in concreto di produrlo.

Un simile utilizzo dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, non a caso entrato in vigore dopo la formulazione giurisprudenziale dei c.d. criteri Engel, era stato paventato da taluni Stati aderenti, ed aggirato con apposite riserve o dichiarazioni interpretative circa la sua estensione. In occasione del deposito dello strumento di ratifica del Protocollo n. 7, anche l'Italia dichiarava che gli artt. 2-4 sarebbero stati applicati solo agli illeciti, ai procedimenti ed alle decisioni che la legge italiana definisce "penali"²².

La Sezione II della Corte, sempre nel caso *Grande Stevens*, esclude l'applicabilità di siffatta dichiarazione, difettandovi i requisiti propri della "riserva" di cui all'art. 57 Cedu²³. Sebbene fosse chiara l'intenzione dell'ordinamento italiano di sottrarre illeciti e procedure non qualificati come "penali" al raggio d'azione dell'art. 4 Prot. 7, i giudicanti hanno ritenuto non validamente formulata la "riserva", in quanto priva dell'indicazione specifica delle disposizioni interessate dall'eccezione: la descrizione di quest'ultime risponde all'esigenza di prevedibilità del diritto, ed è indispensabile quand'anche procedere ad un'elencazione compiuta presenti notevoli difficoltà pratiche.

IL DIALOGO DELLE CORTI EUROPEE PER RIABILITARE UN PRINCIPIO DI «EQUITÀ PROCEDURALE»

Nell'allinearsi alla sentenza *Grande Stevens*, la successiva giurisprudenza di Strasburgo si evolve nel senso di escludere l'ammissibilità del doppio binario, nell'ipotesi di procedimenti che vertano sulle medesime circostanze fattuali e che portino all'irrogazione di sanzioni che possano dirsi repressive nella loro configurazione, a prescindere dalla qualifica formalmente penale.

Siffatta interpretazione trascura due profili.

Il primo concerne le sue conseguenze pratiche: per taluni settori, rende in concreto inoperante il cumulo di sanzioni, così frustrando una modalità sanzionatoria che, astrattamente, l'ordinamento convenzionale consente.

Il secondo riguarda lo strumento individuato per perseguire detto risultato, l'art. 4 Prot. 7 Cedu, processuale, affidato alla valutazione giudiziale.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, già nel 2013, accendeva una spia su questi profili, nell'emblematica sentenza *Hans Åkerberg Fransson*²⁴, in relazione ad un caso di frode fiscale, per l'applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁵.

Secondo i giudici, quest'ultima norma non osta a che uno Stato membro reagisca all'inosservanza

ranzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della Cedu». La preoccupazione era quella di evitare che gli Stati si avvalevano dell'espedito della truffa delle etichette. Non si poneva in discussione, invece, la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori ritenuti più adeguati.

²¹ Alla luce della più recente giurisprudenza convenzionale, non ricorre un'accusa "penale" rilevante ai fini dell'art. 4 Prot. Cedu in caso di sottoposizione ad un provvedimento amministrativo di interdizione dal partecipare ad eventi sportivi. In merito alla legittimità di una condanna penale inflitta ad un *hooligan* per un episodio di violenza durante un incontro di calcio, la Corte e.d.u., sez. I, 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia*, esclude la natura penale della misura amministrativa poiché volta ad impedire che l'interessato possa commettere ulteriori violenze, piuttosto che a punirlo, mancando qualsiasi privazione della libertà personale o ammenda.

²² «The Italian Republic declares that articles 2 to 4 of the Protocol apply only to offences, procedures and decisions qualified as criminal by Italian law». Analoga precisazione, con forma diversa dalla mera dichiarazione, hanno avanzato, ad esempio, Austria, Germania e Portogallo. Riserve e dichiarazioni relative al trattato n. 117 – Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sono inserite nel portale del Consiglio d'Europa, in www.coe.int.

²³ La formulazione di riserve riguardo ad una determinata disposizione della Convenzione è ammessa, ai sensi dell'art. 57 Cedu, a tre condizioni: che la riserva non abbia carattere generale; che la disposizione interessata non sia conforme ad una legge in vigore nello Stato membro; che lo Stato fornisca una breve esposizione della legge nazionale da salvaguardare.

²⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 26 febbraio 2013, n. 617, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

²⁵ Ai sensi dell'art. 50 della CEDU, rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto», «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

degli obblighi dichiarativi in materia di IVA prevedendo sia sovrattasse che pene in senso stretto, poiché la libertà di scelta delle sanzioni applicabili di cui dispone gli è riconosciuta al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA. Ne consegue che la violazione ricorre solo allorché la sovrattassa sia divenuta definitiva e sia di natura penale, secondo i c.d. criteri *Engel*²⁶. Centrale è il rilievo per cui «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali (...), circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

La seconda sanzione “penale” non determina *sic et simpliciter* la violazione, perché si affianca a quella già irrogata: dovrà essere considerata non singolarmente, in astratto, ma unitamente a quest'ultima, potendo giustificarsi in un sistema integrato, che non rinunci alla piena effettività della sanzione, nei limiti della sua complessiva proporzionalità al fatto.

Se ne deduce che le sanzioni ben potrebbero essere due, ed entrambe “penali”, se interagiscono, oltretutto se inserite in procedimenti sanzionatori complementari.

La prospettiva assunta da questa Corte, di certo sensibile alla cura degli interessi finanziari dell'Unione, col tempo influenza quella della Corte Edu, Corte innanzitutto dei diritti umani.

Il recepimento è consacrato dalla sentenza del 2016, della Grande Camera, caso *A e B c. Norvegia*²⁷, rappresentativa di quello che viene definito un vero e proprio *revirement*, sebbene, ad un'analisi più approfondita, si palesi come una doverosa sintesi di principi sanciti non solo dalla Corte di giustizia ma da decisioni emesse dalla stessa Corte Edu, oscurate dal valore simbolico assunto dalla *Grande Stevens*.

Prendendo le mosse dal caso *Åkerberg*, s'intende inserire il principio del *ne bis in idem* in una dimensione di equità procedurale. La Corte passa in rassegna la propria giurisprudenza sui procedimenti “misti”, procedimenti di diversa natura che concorrono a definire il trattamento sanzionatorio dell'autore dell'illecito, ai sensi degli artt. 4 Prot. 7 Cedu e art. 6 Cedu, così da distinguere i precedenti in cui è stata ritenuta l'inammissibile duplicazione di procedimenti, da quelli in cui se n'è ravvisata una coerente, e quindi legittima, combinazione.

Vengono richiamate due sentenze: la sentenza del 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*, nella quale l'addizione di tre sanzioni, nello specifico reclusione, sanzione pecuniaria e ritiro della patente, non darebbe luogo alla ripetizione di procedimenti “penali”, ma a procedimenti che corrono in parallelo, in quanto si trattava di possibilità che la legislazione nazionale rendeva prevedibile; una sentenza del 2005, *Nilsson c. Svezia*²⁸, che, sempre in un'ipotesi di sanzione penale e ritiro della patente, enuncia il criterio del «nesso materiale e temporale sufficientemente stretto», comprensivo della vicinanza dei procedimenti e della prevedibilità del cumulo.

Posto che spetta agli Stati decidere sia l'organizzazione del sistema giuridico e delle procedure penali sia i mezzi di protezione degli interessi specifici della persona sottoposta alla giustizia, gli stessi possono separare in varie parti o fasi il processo di fissazione della pena. Ne discende che non s'incorre nel *bis* vietato, se la risposta dell'ordinamento sia complessivamente unitaria e proporzionata, sebbene risultante da due procedimenti e da due sanzioni. La complementarità è frutto di una valutazione che coinvolge aspetti processuali e sostanziali: la prevedibilità del procedimento misto; l'integrazione degli scopi, connessi ad aspetti differenti della condotta; l'assenza di ripetizioni nell'attività di accertamento limitatamente al conseguente coordinamento probatorio; un importo globale delle pene adeguato e necessario rispetto al fatto commesso; un nesso temporale sufficientemente stretto, in termini non tanto di simultaneità ma di vicinanza, di progressione. Il parametro principale per stabilire la compresenza di tali aspetti è guardare agli oneri derivanti all'imputato²⁹.

²⁶ Ai criteri *Engel*, elaborati dalla Corte di Strasburgo, nell'Unione europea corrispondono i criteri che la Corte di Lussemburgo ha sancito, esemplificativamente, nella sentenza del 5 giugno 2012, n. 489 nel procedimento penale a carico di *Lukasz Marcin Bonda*, C-489/10.

²⁷ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2011, *A e B c. Norvegia*.

²⁸ Corte e.d.u., sez. II, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

²⁹ In dottrina, per l'inquadramento del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali, in ragione dei costi umani, sociali ed economici conseguenti alla sottoponibilità a processo per il medesimo fatto, G. Biscardi, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 549. Secondo l'Autore, tale argomentazione richiederebbe l'idea del processo come pena.

La pronuncia appena ripercorsa ammette come il modo più sicuro per vigilare sull'osservanza del *ne bis in idem* sarebbe prevedere un procedimento ad un solo livello, che riunisca i rami paralleli. Ma quando ciò non avvenga, pone a suo presidio il "nuovo" criterio della *sufficiently close connection in substance and time*³⁰.

Gli effetti consistono nel riespandere la legittimità della scelta nazionale di combinare sanzioni penali e amministrative ed attribuire al *ne bis in idem* una consistenza compatibile coi suoi fini.

Il dialogo tra Corti continua nell'ottica di una maggiore armonizzazione.

Il 20 marzo 2018 la Corte di giustizia applica, in tre sentenze della Grande Sezione, all'art. 50 CDFUE il risultato interpretativo raggiunto dai giudici di Strasburgo rispetto all'art. 4 Prot. 7 Cedu: facendolo proprio, supera il limite dato dalla mancata adesione dell'Unione alla Cedu, limite che il giudice nazionale può opporre in sede di verifica della compatibilità di una normativa nazionale col diritto convenzionale³¹.

La questione pregiudiziale sollevata nelle cause riunite *Enzo Di Puma c. Consob e Consob c. Antonio Zecca*³², verte sulla possibilità di interpretare l'art. 50 CDFUE nel senso che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento, finalizzato all'irrogazione di sanzioni di natura penale, sia precluso anche quando ad essere divenuto definitivo è l'accertamento dell'insussistenza della condotta integrante reato. Al contrario, ci si chiede se l'art. 14, § 1, dir. 2003/6³³, che impone agli Stati membri, fatte salve le sanzioni penali, di adottare misure amministrative opportune contro gli abusi di mercato, renda inapplicabile una disposizione come l'art. 654 c.p.p., che estende al procedimento applicativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, l'autorità di cosa giudicata di affermazioni in punto di fatto operate nel contesto di un procedimento penale. Il *ne bis in idem*, con estensione del contenuto dell'accertamento in altro procedimento, vanificherebbe l'effettività della direttiva.

La risposta positiva e, conseguentemente, l'inoperatività del divieto poggiano sul grado di compenetrazione di autorità e procedimenti: si rileva come la Consob, ai sensi degli artt. 187-*decies* e 187-*undecies*, d.lgs. n. 158/1998, debba trasmettere all'autorità giudiziarie la documentazione raccolta nell'esercizio della sua attività di controllo e possa partecipare al procedimento penale.

Pronunciandosi su fatti di manipolazione del mercato, la sentenza sul caso *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci e Magiste International SA c. Consob*³⁴ enuncia i requisiti che giustificano, ex art. 52 CDFUE³⁵, una limitazione della portata del diritto di non essere punito due volte, garantito dall'art. 50 Cedu: la previsione legislativa del cumulo e delle condizioni a cui ne è subordinata la ricorrenza; la sussistenza di una finalità di interesse generale, riconosciuta dal diritto dell'Unione, quale l'integrità dei mercati finanziari; la sua prevedibilità, grazie a norme chiare e precise; la proporzionalità in relazione alla suddetta finalità; la stretta necessità degli oneri che ne derivino all'imputato, con riguardo sia alla coordi-

³⁰ Critico sulle potenzialità del nuovo criterio, definito non a caso evanescente, F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 4, p. 1101 ss.: esso postulerebbe l'adozione, da parte del giudice nazionale, dell'approccio empirico proprio della Corte di Strasburgo, ove la connessione tra procedimenti paralleli non fosse normativamente disciplinata. In difetto di meccanismi di raccordo espressi, gli artt. 25, comma 2, e 111, comma 1, Cost. (e, sul versante amministrativo l'art. 97 Cost.) impediscono di forzare la disciplina positiva. Secondo l'Autore, depone in questo senso la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, resa nello stesso processo *A e B c. Norvegia*, quando afferma come questa "sufficiente connessione" faccia perdere al *ne bis in idem* la propria natura di garanzia *pro persona*, trasformandolo in rigido strumento *pro auctoritate*.

³¹ Nonostante le previsioni degli artt. 6, § 3 TUE e 52 CDFUE riconoscano, in ambito comunitario, il valore della Cedu, ciò non vale ad attribuirle la stessa rilevanza che, nell'ambito degli Stati membri, hanno le fonti dell'Unione europea: solo queste possono assumere, in virtù dell'art. 11 Cost., il rango di principi costituzionali fondamentali; la Cedu, come gli altri trattati internazionali, costituisce norma interposta, al più equiparata, per rango, alle singole norme costituzionali.

³² Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 192, cause riunite *Enzo Di Puma c. Consob e Consob c. Antonio Zecca* (C-596/16 e C 597/16), in www.curia.europa.eu.

³³ Si tratta della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato (abusi di mercato).

³⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 193, *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci e Magiste International SA c. Consob* (C-537/16), in www.curia.europa.eu.

³⁵ Ai sensi del comma 1, art. 52 CDFUE, sulla portata e interpretazione dei diritti e dei principi, «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

nazione dei procedimenti sia alla severità della sanzione complessiva. In concreto, si afferma che il meccanismo compensativo del doppio binario di cui all'art. 187-terdecies TUF non si limiti a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato, poiché sembra contemplare solo il cumulo di pene pecuniarie e non di una sanzione amministrativa pecuniaria con la reclusione.

Infine, in altro procedimento penale³⁶, questa volta in materia tributaria, l'*iter* per verificare l'ammissibilità di una limitazione dell'art. 50 CDFUE, alla luce dell'art. 52 della medesima Carta, viene espressamente integrato col criterio della *sufficiently close connection in substance and time*, nella formulazione offerta dalla Corte di Strasburgo: procedimenti e sanzioni devono presentare scopi complementari, attestati da norme di coordinazione che limitino a quanto strettamente necessario l'onere supplementare risultante dal cumulo di procedimenti, nonché la severità del complesso di sanzioni imposte.

Per completezza, si segnala come, pur nell'evoluzione degli schemi teorici, le condanne europee riguardano prevalentemente il doppio binario prescritto per gli abusi di mercato; spesso si salva, invece, il sistema repressivo fiscale, sebbene trovi motivi di censura nel diverso contesto della prescrizione.

LA CORNICE NAZIONALE DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE

Il *ne bis in idem* sostanziale è stato travolto da siffatta elaborazione giurisprudenziale all'atto di tradurre i *dicta* europei nelle categorie giuridiche italiane.

Il principio, sconosciuto al diritto sovranazionale, evita che l'autore di un reato ne risponda mediante l'applicazione di più norme incriminatrici, e, di conseguenza, al pari del suo corrispondente processuale, che la risposta punitiva dello Stato possa proliferare in contrasto con i canoni di proporzione e di rieducazione della pena³⁷.

Il verificarsi di tale possibilità integra un concorso apparente di norme.

Bisogna, però, distinguere. Il confluire sulla medesima condotta di una pluralità di norme suscettibili di regolarla può essere reale o fallace, e dare luogo, rispettivamente, ad un concorso formale di reati ovvero ad un concorso apparente di norme³⁸. In entrambi i casi sussiste l'unicità della condotta, ma, nel primo caso, la doppia incriminazione è ammessa, nel secondo, non lo è³⁹.

Si ha concorso formale, o ideale, di reati quando un soggetto, con una sola azione od omissione, commette una pluralità di violazioni della legge penale, della medesima disposizione incriminatrice (concorso omogeneo) o di disposizioni diverse (concorso eterogeneo)⁴⁰. La singola condotta è suscettibile di una pluralità di valutazioni giuridiche concomitanti, di una pluralità di offese⁴¹.

Si ha concorso apparente di norme quando il convergere di più fattispecie incriminatrici sul medesimo fatto non è reale, poiché soltanto una norma si presta effettivamente a regolare la "materia". In luogo del concorso di reati, all'unicità dell'azione corrisponde l'unicità del reato.

³⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 197, L. Menci (C-524/15), in www.curia.europa.eu.

³⁷ Il supporto positivo dell'istituto risiede in molteplici norme penali di parte generale, tra cui gli artt. 61, 62, 68, 84, 131, 170 c.p., dagli artt. 301 e 581, nonché nelle numerose clausole di riserva della parte speciale del codice penale e delle leggi speciali, quali ipotesi di soluzione espressa del concorso di norme.

³⁸ Sul tema, e per le definizioni di concorso formale di reati e concorso apparente di norme, A. Nappi, *Guida al Codice Penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 499 ss.; F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, ed. XI, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, p. 415 ss.; S. Beltrani, *Corso di Diritto Penale. Parte generale e speciale*, Milano, Cedam, 2006, p. 379 ss.; G. Fiancaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VI, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 659 ss.

³⁹ In dottrina si è evidenziato come la possibilità di integrare più fattispecie con un'unica condotta, ai sensi dell'art. 81 c.p., debba considerarsi l'eccezione alla regola «in mancanza di una pluralità di elementi fattuali tipici nel "quadro di vita" di riferimento, non vi può essere una pluralità di fattispecie criminose, perché il medesimo complesso di dati empirici non può essere computato "più volte" alla fine dell'integrazione di più ipotesi criminose» cfr. A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 267.

⁴⁰ A partire dalla riforma novellistica del 1974, il regime sanzionatorio è quello del cumulo giuridico, ovvero della pena prevista per il reato più grave con aumento pari, non già alla somma delle altre pene (cumulo materiale), ma ad una quota proporzionale prefissata: sino al triplo, ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p.

⁴¹ Rispetto al concorso materiale di reati, la pluralità di offese deriva dalla stessa condotta unitariamente considerata, nel senso che non si possa individuare un frammento di condotta che offende singolarmente interessi singolarmente tutelati in norme diverse. In altre parole, «la plurima trasgressione della legge penale è attuata con un'unica attività di esecuzione», cfr. V. Pacileo, *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, p. 3, il quale ritiene l'istituto del concorso formale uno degli istituti più controversi di parte generale.

La differenza tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati, se risulta chiara nell'inquadramento teorico, presenta notevoli difficoltà pratiche. Dietro l'alternativa, vi sono esigenze di razionalità e di equità di cui il legislatore si è fatto carico con la codificazione del principio di specialità: l'art. 15 c.p. stabilisce che «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

Il rapporto di specialità implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie siano contenuti in un'altra, la quale ne presenta di ulteriori "specializzanti", per aggiunta o per specificazione, se la norma speciale aggiunge o specifica un elemento della norma generale.

Perché la disciplina sia applicabile, non è necessaria l'identità di natura delle norme, nel senso che non deve necessariamente trattarsi di norme penali: il rapporto di specialità può intercorrere tra norma penale incriminatrice e norma penale di liceità, esemplificativamente tra l'art. 381 c.p.p., che legittima l'arresto facoltativo, e l'art. 605 c.p., che prevede e punisce il sequestro di persona.

La specialità può porsi anche tra norme penali e amministrative sanzionatorie, con prevalenza della disposizione speciale, in virtù dell'art. 9, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 689/1981, in assenza di un'espressa disciplina normativa, il problema della convergenza tra norma penale e norma amministrativa sanzionatoria veniva tendenzialmente risolto nel senso del concorso formale eterogeneo degli illeciti. Solo l'avvento delle leggi di depenalizzazione giustifica una diversa impostazione, considerato che la trasformazione di alcune fattispecie in illeciti amministrativi, determinando la riespansione di norme incriminatrici di portata generale, avrebbe vanificato la scelta legislativa di derubricazione. Con la disciplina del 1981, viene individuata una soluzione unitaria al problema, che ricalcasse il modello di disciplina di cui all'art. 15 c.p.⁴².

L'interpretazione oggi prevalente dell'art. 9 valorizza la genesi della norma e richiede il confronto tra fattispecie astratte, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di concorso tra norme penali⁴³.

In generale, la giurisprudenza è propensa a mettere in risalto la diversità strutturale degli illeciti⁴⁴, in un'accezione rigorosa della specialità, che rifiuta qualsiasi analisi sull'identità od omogeneità del bene giuridico protetto, in quanto foriera di giudizi di valore estranei all'analisi logico-giuridica tra norme in comparazione⁴⁵.

D'altro canto, la dottrina prevalente stima insoddisfacente il criterio strutturale, e ha elaborato o varianti interpretative del principio di specialità o altri criteri, fondati su una relazione tra norme che non è logica, ma di valore, e spesso calibrati proprio sull'oggettività giuridica⁴⁶.

Per la prima soluzione, i fautori della concezione monistica, fedeli all'unico criterio codificato, ne sfumano i confini nei concetti di specialità in concreto e reciproca⁴⁷.

La figura della specialità in concreto riferisce la locuzione "stessa materia" alle ipotesi in cui un fatto sia sussumibile, per i suoi connotati concreti, in due o più figure criminose e queste, in astratto, non si pongano in rapporto di genere a specie. Il trattamento sanzionatorio più severo indicherà la disciplina

⁴² Per l'evoluzione del criterio di specialità nel concorso tra norma penale e norma amministrativa sanzionatoria, L. Pistorelli, Relazione preliminare per le Sezioni unite penali (S.U.P.) n. 20102019 (udienza del 28/10/2010).

⁴³ Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *CED Cass.*, n. 248722.

⁴⁴ *Ex multis* Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *CED Cass.*, n. 248864 «In caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità (art. 15 cod. pen.) richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle».

⁴⁵ Nei casi dubbi, alcune pronunce rafforzano la soluzione per cui propendono chiamando in causa il bene giuridico; esemplificativamente, Cass., sez. III, 8 agosto 2016, n. 18494, in *CED Cass.*, n. 266942 «Tra le contravvenzioni previste dall'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 181, comma primo, del d.lgs. n. 42 del 2004 è configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, con la conseguente inapplicabilità del divieto del "bis in idem" stabilito dall'art. 649 cod. proc. pen., attesa la diversa obiettività giuridica e la diversa condotta punita che va individuata, nel reato edilizio, nella esecuzione di un'opera senza permesso di costruire posta a prevalente tutela dell'assetto urbanistico e, nel secondo, senza la autorizzazione della competente sovrintendenza prevista a tutela, prevalentemente, del patrimonio artistico, storico e archeologico».

⁴⁶ Per una ricognizione del dibattito, G. De Francesco, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 416 ss., o A. Pagliaro, *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 545 ss.

⁴⁷ Quanto ai criteri per individuare il concorso apparente di norme, la bipartizione tra fautori della concezione monistica e pluralistica è di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, ed. X, Padova, Cedam, 2017, p. 1386 ss.

applicabile; esemplificativamente, tra truffa e millantato credito, prevarrebbe quest'ultimo delitto⁴⁸.

Dal punto di vista strettamente logico, si è obiettato che un rapporto di genere a specie fra due norme non possa dipendere dalle particolarità che il fatto assume in concreto, avendo quale terreno elettivo le norme astratte, anche per ragioni di eguaglianza e di prevedibilità. Se poi la premessa da cui muovono i sostenitori della concezione monistica è la validità esclusiva del criterio di derivazione aristotelica *ex art. 15 c.p.*, è con essa incompatibile la soluzione d'individuare la norma prevalente in base alla maggiore o minore severità: nel giudizio di valore si ricade⁴⁹.

Nella specialità reciproca, o bilaterale, nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è a un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti dell'altra. Così, attorno ad atti di aggioaggio, quello comune può essere commesso da chiunque, ma richiede il dolo specifico di turbare il mercato; quello societario è un reato proprio a dolo generico.

Oltre alla dubbia sostenibilità di una relazione logica nel senso di insieme e suo sottoinsieme in un verso e nell'altro, la figura ripropone l'adozione del criterio di valore della severità della sanzione ai fini dell'individuazione della norma al caso di specie più adatta.

Per la seconda soluzione, i fautori della concezione pluralistica enucleano i criteri di sussidiarietà e assorbimento, o consunzione. In questo modo, circoscrivono la specialità entro i limiti connaturati alla sua accezione originaria: tra fattispecie astratte e in senso univoco.

La sussidiarietà opera quando una norma incriminatrice dichiara la propria applicabilità soltanto per il caso che non ne sia in concreto applicabile un'altra più grave, mediante una clausola di riserva, con rinvio o assolutamente generico ("*se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge*") – o relativamente generico – a reato più grave (es. art. 612-*bis* c.p.) o in via specifica ad altro reato (es. art. 600-*quater* c.p.). Le norme in rapporto di sussidiarietà considerano stati o gradi di offesa diversi di un medesimo bene, di talché l'offesa maggiore assorbe la minore e l'applicazione dell'una norma è subordinata alla non applicazione dell'altra. Per questa ragione, se ne è sostenuta anche una ricorrenza "tacita", senza clausola espressa: è il caso della contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza *ex art. 726 c.p.* e delitto di atti osceni *ex art. 527 c.p.*

Il principale criterio di valore per risolvere i conflitti di norme non riconducibili ad un rapporto di genere a specie è l'assorbimento o la consunzione, invocabile quando la realizzazione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo che finisce per apparire assorbito dal primo. La scelta tra implicazione o compresenza di più reati è il risultato di una valutazione di unitarietà normativo-sociale del fatto, e trova riscontro nella circostanza che la sanzione fissata per uno di quelli è adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave. In altri termini, la norma consumante esaurisce il significato giuridico della norma consumata. La prevalenza sarà affidata al criterio del minimo edittale superiore ovvero, quando non decisivo, a quello del rango e della qualità dei beni giuridici tutelati. Disvalore penale omogeneo può intercorrere tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza, di cui agli artt. 378 e 372 c.p.

L'assorbimento è la manifestazione più garantista del più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, nella misura in cui consente di rilevare l'apparenza in mancanza di un indice espresso.

Riepilogando, il principio del *ne bis in idem* sostanziale impedisce la doppia incriminazione, laddove una delle figure criminose esaurisca il disvalore giuridico del fatto: è pacifico, nelle ipotesi di specialità in senso stretto, tra fattispecie astratte, e di sussidiarietà con clausola di riserva espressa. Ove il rapporto tra norme concorrenti non si ponga in questi termini, l'approccio più rigoroso opta per un concorso formale di reati; altri propugnano criteri di valore o concezioni di specialità contaminata da questi ultimi criteri.

La violazione del principio può ricorrere per contestazione di un fatto a duplice titolo; ciò può avvenire

⁴⁸ Tra le più recenti, Cass., sez. II, 12 luglio 2017, n. 40940, in *CED Cass.*, n. 271352 «Il delitto di truffa è assorbito in quello di millantato credito previsto dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., non potendo esser configurato il concorso formale di reati in quanto la condotta sanzionata dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., a differenza di quella prevista dal primo comma, consiste in una forma di raggio nei confronti del soggetto passivo che viene indotto da una falsa rappresentazione della realtà ad un accordo che lo impegna ad una prestazione patrimoniale».

⁴⁹ Secondo G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 683, l'idea della specialità in concreto si risolve, dal punto di vista logico in un non-senso (la specialità è un rapporto di genere a specie, o esiste o non esiste, *tertium non datur*). Lo riprova la circostanza di individuare la norma da applicare in quella più grave, con ricorso al criterio di valore dell'assorbimento.

nire nel medesimo procedimento ovvero nell'avvio di due procedimenti, anche successivi nel tempo. Se già una delle due norme incriminatrici esaurisce la reazione statale all'offesa arrecata col reato, in termini di effettività e proporzionalità, l'avvio di un secondo procedimento per l'addebito della seconda fattispecie, non solo viola il *ne bis in idem* sostanziale, ma porta fisiologicamente con sé un *bis in idem* processuale.

L'ADEGUAMENTO INTERNO PER LA CENSURA SOVRANAZIONALE DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

Il concorso di norme, reale o apparente, può intercorrere, non solo tra due o più disposizioni penali, ma tra disposizione penale e illecito amministrativo, di conseguenza tra pena e sanzione amministrativa.

I giudici europei hanno censurato l'iniquità sostanziale del doppio binario sanzionatorio previsto per talune fattispecie, rispetto alle quali la sanzione formalmente amministrativa ha funzione repressiva, di talché il cumulo di sanzioni maschera la duplicazione di uno stesso binario.

Importando questa giurisprudenza nelle categorie del diritto penale interno, si ritiene che al centro del mirino dovesse essere un'ipotesi di *bis in idem* sostanziale, sicché sostanziale dovrebbe essere il tipo di rimedio da apprestare⁵⁰.

L'interferenza tra le due declinazioni di *ne bis in idem* si manifesta, pertanto, all'atto di valutare il significato della censura sovranazionale e di "convertire" lo strumento a tal fine utilizzato.

Ora, è certo che la mancata rilevazione di quello che in Italia integra un concorso apparente di norme può portare fisiologicamente con sé un doppio giudizio, posto che entrambi presuppongono il medesimo fatto.

Sia nel diritto convenzionale che unionale, l'unico strumento adatto allo scopo è stato rintracciato nel divieto di un doppio giudizio.

Nell'ordinamento italiano, un'indagine sul significato della censura europea avrebbe dovuto indurre l'interprete a risolvere il problema a monte, là dove effettivamente si poneva, tra fattispecie, piuttosto che a tradurre meccanicamente l'art. 4 prot. 7 Cedu con l'art. 649 c.p.p., e così frenare la violazione di diritto sostanziale quando già divenuta doppio giudizio.

Ciò sarebbe possibile o avvalendosi dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme ovvero, e più correttamente, tramite apposito intervento del legislatore sul doppio binario nei settori sotto censura.

Nel singolo giudizio la soluzione è la disapplicazione del binario che, in concreto, non sia divenuto per primo definitivo. Sul piano legislativo, per prevenire eventuali successive condanne europee, invece, le opzioni interne potrebbero essere alternativamente le seguenti: estendere l'operatività dell'art. 649 c.p.p. al rapporto tra procedimento penale e procedimento che, sotto altro nome, commina una sanzione con natura e grado di severità penali; intervenire sulle disposizioni che prevedono il cumulo, ad esempio, ponendole in rapporto di sussidiarietà; eliminare in via legislativa uno dei due binari.

Grazie al *revirement* della Corte Edu, un'ulteriore modalità di adeguamento consiste nell'introduzione di meccanismi di coordinamento tra procedimento amministrativo e penale, nonché di compensazione nel calcolo delle pene.

La questione è stata ben avvertita e spiegata in due occasioni, in un'ordinanza della Corte di cassazione e in una recente sentenza della Corte costituzionale.

La prima decisione rimette alla Consulta due questioni di legittimità, entrambe con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu⁵¹: l'una riguarda l'art. 187-bis, d.lgs. n. 58/1998, nella parte in cui punisce l'abuso di informazioni privilegiate a duplice titolo; l'altra, subordinata, l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo, per l'applicazione di una sanzione di natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi Protocolli.

⁵⁰ Come rilevato in M. Donini, Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 7, p. 2284 ss., «il richiamo al *ne bis in idem* processuale celava spesso ragioni sostanziali inesprese» La diversa natura tra strumento adottato e violazione cui questo vuole rimediare impone un ripensamento del tipo di adeguamento interno, con precisa definizione dei perimetri dell'obbligo convenzionale. Secondo lo stesso Autore, «la fragilità scientifica del parametro del *ne bis in idem* applicato alla *matière pénale* si rafforza in prospettiva di esigenza di proporzione complessiva della risposta sanzionatoria».

⁵¹ Cass., sez. V, ord. 10 novembre 2014, n. 1782.

Considerato che, agli occhi della Corte di Strasburgo, le sanzioni inflitte dalla Consob hanno funzione punitiva⁵², l'*incipit* dell'art. 187-bis TUF, nel far salve le sanzioni penali ai fini dell'applicazione di quelle amministrative, non consente interpretazioni costituzionalmente orientate⁵³.

Pertanto, i giudici di legittimità propongono alla Corte costituzionale una soluzione additiva: sostituire al cumulo sanzionatorio una clausola di riserva in favore della fattispecie penale, una clausola che attribuisca carattere sussidiario alla fattispecie amministrativa. L'interpolazione escluderebbe in radice interferenze col principio del *ne bis in idem* e garantirebbe l'immediato adeguamento dell'ordinamento interno sia alla dir. 2014/57/UE⁵⁴, la quale, con un'inversione di rotta dalla precedente dir. 2003/6/CE, privilegia la sanzione penale e non amministrativa nel contrasto degli abusi di mercato, sia alla sentenza *Hans Åkerberg Fransson*, che individua in effettività, proporzionalità e dissuasività i canoni di adeguatezza del trattamento sanzionatorio (unico o distribuito tra sanzioni già irrogate e «rimanenti»).

Tali canoni non sarebbero egualmente assicurati dall'accoglimento della seconda questione di legittimità che, però, rappresenta l'unico rimedio al *vulnus* costituzionale non sanato dall'interpretazione additiva anzidetta: estendere la portata dell'art. 649 c.p.p. alla coesistenza di un procedimento penale ed uno amministrativo, piuttosto che incidere sulle fattispecie da accertare, produrrebbe un'incongruenza sistematica, posto che il principio del *ne bis in idem* processuale spiega i suoi effetti in un sistema di strumenti rivolto alla sola autorità giudiziaria penale. Oltretutto, far dipendere il trattamento sanzionatorio dal procedimento che, in concreto, sia divenuto per primo definitivo, produce molteplici effetti negativi: genera incertezza circa la risposta sanzionatoria e, quindi, priva la stessa di effettività; comporta la probabilità statistica dell'azzeramento della risposta penale; alimenta disparità di trattamento tra i destinatari delle sanzioni; implica un'irragionevole gestione di risorse nel duplicare procedimenti, dei quali uno destinato a concludersi con accertamento della violazione⁵⁵.

La questione sollevata in via principale viene dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 102/2016⁵⁶, per difetto di rilevanza⁵⁷. L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie amministrativa non sarebbe in grado di chiudere il procedimento penale pendente, producendo, quindi, la temuta violazione del *ne bis in idem*.

Quanto alla questione subordinata, a provocare l'inammissibilità sono le medesime ragioni che la Corte di cassazione adduce per favorire l'accoglimento della prima questione⁵⁸.

⁵² Proprio la sentenza *Grande Stevens* rilevava l'incompatibilità del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli abusi di mercato col divieto convenzionale del *ne bis in idem*, in ragione della natura penale delle sanzioni inflitte dalla Consob. Le norme sotto censura non si prefiggono unicamente di riparare un danno finanziario, ma di dissuadere gli interessati e di sanzionare l'irregolarità.

⁵³ Non è strada percorribile quella che invoca i principi di legalità formale delle pene, di cui all'art. 25 Cost., e di obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., al fine di precludere il recepimento nell'ordinamento italiano dell'impostazione che riconduce nel *genus* della sanzione penale, come delineato dalla Cedu, sanzioni formalmente non qualificate come tali. Da una parte, si è già detto come la Corte di Strasburgo abbia escluso la validità della riserva italiana in sede di ratifica del Protocollo n. 7, volta ad istituzionalizzare una tale limitazione. Dall'altra, osta la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 196/2010), secondo la quale «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto».

⁵⁴ Unitamente al Regolamento UE 596/2014, la direttiva 2014/57/UE riforma la strategia comunitaria di lotta ai fenomeni di *market abuse*, in favore dell'introduzione di sanzioni penali almeno per i reati più gravi di abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate, manipolazione di mercato, comunicazione illecita di informazioni privilegiate).

⁵⁵ Per queste ragioni la preclusione processuale non è la via di adeguamento interno adatta a rispondere alle censure sovranazionali.

⁵⁶ Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102. Secondo F. Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016, la Corte «ha qui evidentemente deciso ... di non decidere».

⁵⁷ Il giudice rimettente sosteneva, invece, la rilevanza della questione in virtù dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, che fa seguire alla pronuncia d'incostituzionalità la cessazione degli effetti esecutivi della sentenza di condanna irrevocabile: l'operatività di tale disposizione rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria ormai definitiva, lascia alla Consob l'adozione delle determinazioni necessarie. Oltretutto, le limitazioni al doppio binario sanzionatorio, sancite all'art. 187-terdecies TUF, confermano la proiezione nel tempo, e, quindi, nel processo penale, della pronuncia amministrativa.

⁵⁸ In mancanza di indicazioni dirette, R. Rudoni, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Oss. Cost. AIC*, 19 luglio 2016, 2, ritiene che la Corte costituzionale abbia voluto suggerire che «il giudice a quo, al fine di sciogliere i nodi interpretativi, avrebbe dovuto proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea prima di sollevare questione di legittimità costituzionale».

Riepilogando, delle pronunce sinteticamente ripercorse, giova mettere a fuoco i seguenti profili: la prospettiva di diritto penale sostanziale; la possibilità di risolvere nel concorso apparente di norme un doppio binario sanzionatorio; il superamento della parziale divergenza tra impostazione delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo; la valutazione integrata dell'esito dei procedimenti produttivi del cumulo, nei termini di complessiva effettività, proporzionalità e dissuasività del trattamento sanzionatorio.

Si tratta di sollecitazioni che trovano oculato riscontro nella sentenza costituzionale n. 43/2018, la quale, però, non riguarda l'ipotesi tipica di doppio binario sanzionatorio⁵⁹.

Il Tribunale di Monza deve decidere sulla responsabilità penale in ordine al delitto di omessa dichiarazione di imposte sui redditi *ex art. 5, comma 1, d.lgs. n. 74/2000*, nei confronti di imputato già destinatario di sanzione tributaria, che, in base alla Cedu, ha natura penale; rilevato che l'art. 649 c.p.p. si applica solo alla materia penale in senso formale, chiede di adeguarlo di modo che il divieto possa esser fatto valere in presenza di sovrattasse afflittive.

La Corte adita ricorda come tra reato ed illecito amministrativo tributario non sia configurabile un cumulo di sanzioni, stante l'enunciazione espressa del principio di specialità *ex art. 19, d.lgs. n. 74/2000*, con prevalenza della disposizione speciale (in questo caso, penale). Al contempo, segnala come l'art. 21, d.lgs. n. 74/2000, non solo contempra, ma presupponga un *bis* processuale: la sanzione amministrativa resta ineseguibile «salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto».

Tuttavia, la sentenza *A e B c. Norvegia*, aprendo margini di legittimità in concreto per la doppia sanzione penale, impone alla Corte costituzionale la restituzione degli atti al giudice *a quo*: la *sufficiently close connection in substance and time* può escludere l'operatività del divieto del doppio giudizio, il quale cessa di agire quale regola inderogabile; non consegue più automaticamente alla definitività del primo procedimento e alla riconducibilità di questo alla materia penale, poiché viene subordinato alla discrezionalità del giudice nazionale in ordine al nesso che lega i due procedimenti⁶⁰.

Sebbene il neo-diritto vivente europeo renda meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale, rimane irrisolta la questione dell'adeguamento per le ipotesi di doppio binario sanzionatorio che il divieto violino.

Secondo i giudici della Consulta, «resta perciò attuale l'invito del legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni».

La strada non è l'estensione dell'art. 649 c.p.p., strumento riservato al procedimento penale in senso stretto. Tuttavia, il fatto che il giudice sia chiamato «a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale»⁶¹ provoca uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, plausibile negli ordinamenti di *common law*, non praticabile nel nostro⁶².

ANCHE LA CONTESTAZIONE SUSSEGUENTE DI CONCORSO FORMALE CADE SOTTO I COLPI DEL DIVIETO PROCESSUALE

La sentenza costituzionale n. 200/2016 estende il raggio di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi europei⁶³.

Quanto si dirà mostra un'ulteriore possibilità di impiego della preclusione processuale per far breccia sul piano delle scelte di diritto sostanziale, possibilità a cui presta il fianco la particolare delicatezza della vicenda fattuale che dà occasione alla pronuncia, ovverosia il disastro ambientale contestato alla società Eternit.

Il Gup presso il Tribunale di Torino solleva questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui

⁵⁹ Corte cost., sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43.

⁶⁰ La restituzione degli atti è necessaria nonostante si ritenga il dubbio di legittimità ricevibile in forza della giurisprudenza in essere al tempo della sua formulazione.

⁶¹ Cfr. F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Cosa è "sostanzialmente penale?"*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 461 ss.

⁶² Per la critica all'orientamento sancito dalla sentenza del 15 novembre 2011, *A e B c. Norvegia*, B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2 maggio 2018. L'Autore riporta le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle cause rimesse alla CGUE *Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Consob*: a parere di quest'ultimo, il criterio del legame sostanziale e temporale è impreciso e indeterminato, lasciando in grave incertezza il giudice nazionale.

⁶³ Corte cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200.

limita l'applicazione del divieto di un doppio giudizio al medesimo fatto giuridico nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, piuttosto che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu. Secondo il giudice rimettente, infatti, il *test* di comparazione tra fatto giudicato e fatto oggetto di nuova azione penale dovrebbe dipendere esclusivamente dalla condotta dell'agente, ma a siffatta necessità osterebbe la giurisprudenza domestica formatasi intorno all'art. 649 c.p.p., quando, da una parte, ricerca l'identità del fatto nella coincidenza della triade condotta – nesso causale – evento⁶⁴ e, dall'altra, ne esclude l'operatività in presenza di un concorso formale di reati.

La Consulta scompone la propria risposta nella valutazione dei due indirizzi giurisprudenziali menzionati. Quanto all'*idem factum*, niente vieta di ricondurre alla dimensione empirica elementi quali l'oggetto fisico su cui cade la condotta o l'evento⁶⁵; considerato che la Cedu non impone agli Stati contraenti di restringere il fatto alla sfera della sola azione od omissione, gli elementi costitutivi del reato possono rappresentare criteri normativi utili al suo accertamento⁶⁶.

Incostituzionale è, invece, l'art. 649 c.p.p., nell'interpretazione che lo esclude quando il reato accertato in via definitiva sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa da parte del pubblico ministero, nonostante l'identità del fatto⁶⁷.

La doppia incriminazione, di per sé compatibile col *ne bis in idem* convenzionale, non esonera l'autorità giudiziaria dall'indagine sull'identità empirica, sicché l'esistenza o meno di un concorso formale tra reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p.⁶⁸.

Incardinare un nuovo processo ogniqualvolta il reato contestato concorra formalmente con altro già giudicato, significherebbe reintrodurre apprezzamenti della dimensione giuridica del fatto e, con essi, il criterio dell'*idem legale*⁶⁹.

Posto che all'unicità della condotta può non corrispondere la medesimezza del fatto, dato dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori, il giudice dovrà di volta in volta procedere col previo giudizio sul fatto storico e stabilire se il procedimento sul reato in concorso formale confligga o meno con le garanzie apprestate dall'art. 4 Prot. 7 Cedu⁷⁰.

La soluzione prospettata dilata i principi europei e travolge un istituto, quello del concorso formale, mai criticato dalla giurisprudenza sovranazionale; un effetto, quindi, non imposto dall'obbligo di adeguamento interno⁷¹.

⁶⁴ Giurisprudenza sintetizzata nella già citata Cass., sez. un., 28 giugno 2055, n. 34655, in *CED Cass.*, n. 231799.

⁶⁵ Analizzando la sentenza costituzionale in esame, D. Pulitanò (*La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 71) evidenzia come «l'affrancamento dal giogo dell'inquadramento giuridico (cioè dall'*idem legale*) non equivale ad affrancamento dai criteri normativi. Ricostruire l'oggetto del *ne bis in idem*, così come selezionato dal legislatore competente, è un problema che ha una dimensione non astrattamente psicologica, ma normativa».

⁶⁶ B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, p. 64 ss., non condivide la sentenza nella parte in cui delinea i confini del "convenzionalmente consentito", ricomprendendovi – in particolare – quell'interpretazione di *idem factum* che postula la corrispondenza di condotta, nesso causale ed evento, alla sola condizione che quest'ultimo sia inteso in senso naturalistico. Il rischio sarebbe quello di produrre effetti che vanno ben oltre la questione del concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*. Secondo l'Autrice, sarebbe stato opportuno precisare che l'evento naturalistico possa segnare il mutamento del fatto solo fuori dei casi in cui sia il grado a variare, esemplificando col reato progressivo o col passaggio dal tentativo al delitto consumato. Diversamente, si avlerebbero letture *contra legem* dell'art. 649 c.p.p., nonché vuoti nella tutela di beni giuridici primari.

⁶⁷ Cfr. Cass., sez. I, 29 gennaio 2014, n. 12943, in *CED Cass.*, n. 260133 «Il principio del *ne bis in idem* impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato, dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penali»; già, Cass., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157, in *CED Cass.*, n. 238442.

⁶⁸ La scelta di escludere l'*idem* nel caso di concorso formale rappresenta «l'aspetto più vistoso e più consolidato delle torsioni curiali da appetito inquisitorio» cfr. D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, cit., p. 72, il quale, pertanto, ritiene la conclusione della Corte costituzionale una «saldatura tra Costituzione e CEDU».

⁶⁹ Come rileva A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss., subordinare il divieto del doppio giudizio al previo confronto degli elementi costitutivi del fatto tipizzato da due norme, al fine di riscontrare un concorso formale di reati per disomogeneità strutturale, significa affievolire l'approccio teso alla valorizzazione dell'identità materiale.

⁷⁰ Ritiene appropriato l'intervento della Corte costituzionale R.A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, p. 3809.

⁷¹ Nell'ottica di P. Ferrua, (*La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass.*

Lo scopo di quest'ultima è quello di censurare la risposta sanzionatoria per un fatto che, all'atto di esser scomposta dal legislatore nazionale in plurime fasi, rami, procedimenti e sanzioni parallele e/o complementari, risulti iniqua, posto che da siffatta "scomposizione" discenderebbe per l'imputato un carico di oneri sproporzionato, non strettamente necessario.

Nel concorso formale di reati non si assiste alla già menzionata "scomposizione" della risposta sanzionatoria per lo stesso fatto: la pluralità di risposte punitive è mera conseguenza della riferibilità di più significati offensivi conseguenti alla stessa condotta.

Può darsi che, tra le righe, i giudici costituzionali abbiano inteso attenuare l'incidenza, in sede processuale, della mobilità di confini tra concorso apparente e formale di reati.

In particolare, la pronuncia è stata letta nel senso di accreditare l'autonomia del *ne bis in idem* processuale da quello sostanziale, in forza del diverso obiettivo a cui i due principi rispondono. Conseguenza diretta è che l'art. 649 c.p.p. preservi l'interessato dalla "sanzione aggiuntiva" del doppio processo, non solo quando il medesimo fatto sia oggetto di un concorso apparente di norme, ma anche quando la legge sostanziale preveda il cumulo sanzionatorio⁷².

In altre parole, si vuole far in modo che l'accusa valuti una volta per tutte, al momento della conoscenza del fatto, per quali e per quanti reati agire, senza che possa procedere per tentativi.

In questo senso, la soluzione accoglie l'invito della giurisprudenza sovranazionale a prevenire la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu assicurando la trattazione cumulativa dei risvolti "penali" di un unico accadimento. Ne sarebbe conferma il collegamento tra art. 111 Cost. e *ne bis in idem*, laddove il primo vincola il carattere giusto del processo alla sua definizione in tempi ragionevoli⁷³.

Conseguenza indiretta è, invece, che l'addebito dello stesso fatto a duplice titolo avrebbe come canale privilegiato (e in concreto, probabilmente, esclusivo) la contestazione simultanea, in un unico procedimento.

pen., 2017, 1, p. 82), per superare il limite del concorso formale, la Corte costituzionale avrebbe potuto limitarsi ad una sentenza interpretativa di rigetto, volta a ribadire quanto già emerge dalla lettera dell'art. 649 c.p.p., ossia la nozione "materiale" e non "giuridica" del fatto, sconfessando l'esegesi minoritaria e contrastante. «Se ha scelto la via della dichiarazione di illegittimità, è evidentemente per il timore che, non essendo vincolanti le interpretative di rigetto, la giurisprudenza della Cassazione potesse perseverare in un indirizzo contrastante sia con il tenore della legge ordinaria sia con la fonte sovraordinata dell'art. 4 cit., come interpretato dalla Corte europea».

⁷² È l'interpretazione di B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., pp. 67-68.

⁷³ Come efficacemente rilevato da I. Gitteri, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2015, «l'alternativa sarebbe infatti consentire agli organi inquirenti di giocare una sorte di tiro al piattello con l'imputato, o meglio con le diverse norme in cui può essere susunto il fatto a lui ascritto, procedendo per tentativi nella speranza di centrare, presto o tardi, una condanna». L'Autrice ragguaglia la considerazione al caso di specie, Eternit: nulla avrebbe impedito alla Procura di Torino di contestare, nel procedimento principale, sia i reati di disastro ambientale e di omissione dolosa di cautele, sia gli omicidi volontari, trattandosi di reati strutturalmente diversi, che tutelano beni giuridici distinti.