

Unione europea

Il diritto al *ne bis in idem* e il doppio binario sanzionatorio: alcune riflessioni a margine della sentenza *Garlsson Real Estate*

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il caso *Garlsson Real Estate*: l'antefatto ed il quadro normativo di riferimento. – 3. La portata del diritto al *ne bis in idem* nella decisione della Corte di giustizia. – 4. Segue: il principio di proporzionalità *vis-à-vis* il criterio della *sufficiently close connection*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Con sentenza resa il 20 marzo 2018, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio, previsto dalla normativa italiana in materia di *market abuse*, rispetto alla garanzia del *ne bis in idem*. Diritto fondamentale questo che, nell'ordinamento euro-unitario, è consacrato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi, Carta di Nizza, o più semplicemente CDFUE). Tale disposizione, secondo cui «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», trova una corrispondenza nell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti umani (nel prosieguo CEDU). La decisione in esame rappresenta un importante tassello che si aggiunge alla cospicua giurisprudenza formata in relazione, più in generale, al principio del *ne bis in idem*. Essa, per le significative implicazioni di cui è portatrice, è stata infatti al centro della riflessione dottrinale ancor prima di essere deliberata (E. Bindi, "Divieto di *bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali", in *Federalismi.it* 2018, disponibile su www.federalismi.it; A. Galluccio, "La Grande sezione si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di *bis in idem*", in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo* 2018, pp. 286-294; B. Peeters, "The Ne Bis in Idem Rule: Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?", in *EC Tax Review* 2018, pp. 182-185; N. Recchia, "Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia in tema di *ne bis in idem*", in *Eurojus.it* 2018).

La ragione di tanta attenzione si comprende agevolmente: si tratta della prima volta in cui la Corte di giustizia interviene sul tema dopo la sentenza *A. e B. c. Norvegia* della Corte europea dei diritti umani (v. Corte europea dei diritti umani, *A. e B. c. Norvegia*, ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11, sentenza del 15 novembre 2016). Con quest'ultimo arresto, la Corte di Strasburgo ha ridimensionato – restringendoli – i confini del divieto convenzionale di *bis in idem*. Superando la pregressa interpretazione più rigorosa, si è affermato che tale divieto non preclude di svolgere due procedimenti – aventi ad oggetto un *idem factum*, e riguardanti la medesima persona – qualora intercorra, tra gli stessi, una *sufficiently close connection in substance and in time*. Alla luce di queste premesse, è dunque evidente che la causa *Garlsson Real Estate* abbia posto la Corte di giustizia dinnanzi ad un bivio: allinearsi al *novum* giurisprudenziale di Strasburgo; oppure al



Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, causa C-537/16, sentenza del 20 marzo 2018 (www.curia.europa.eu)

contrario, optare per un rafforzamento della tutela euro-unitaria del diritto fondamentale al *ne bis in idem*.

2. La sentenza in commento trae origine da un rinvio pregiudiziale proveniente dalla Sezione tributaria civile della Corte di cassazione italiana. Il procedimento principale, nel cui ambito venivano formulate le questioni pregiudiziali, concerneva un'ipotesi di manipolazione di mercato. La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), dopo aver accertato gli estremi di una manipolazione di mercato, irrogava una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di un noto imprenditore italiano, nonché delle due società a lui riconducibili. In relazione allo stesso illecito, veniva avviato altresì un procedimento penale, all'esito del quale l'imprenditore patteggiava una pena finale di tre anni di reclusione, oltre alle pene accessorie previste dalla legge. Senonché, al momento del passaggio in giudicato della sentenza penale, era ancora pendente il procedimento di impugnazione del provvedimento amministrativo, della cui legittimità veniva così chiamata a decidere la Cassazione. Dinanzi alla Suprema Corte, l'imprenditore eccepiva l'illegittimità della sanzione amministrativa inflittagli, lamentando la violazione del suo diritto al *ne bis in idem*. Costui adduceva, nello specifico, di aver già riportato, per lo stesso illecito, una sentenza penale divenuta irrevocabile. Che una medesima condotta manipolativa del mercato possa essere duplicemente sanzionata è espressamente previsto dagli art. 185 e 187-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, recante il "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" (TUF). Dal combinato disposto di tali disposizioni, si evince il cd. *sistema del doppio binario sanzionatorio*, nell'ambito del quale, alla tipizzazione della manipolazione del mercato alla stregua di illecito sia amministrativo che penale, fa da *pendant* l'articolazione di una duplice ed autonoma risposta sanzionatoria. Adombrando che siffatto schema sanzionatorio si risolva in un'interferenza rispetto al diritto individuale al *ne bis in idem*, il giudice di legittimità decideva di rimettersi all'interpretazione della Corte di giustizia.

Due le questioni pregiudiziali che quest'ultima viene sollecitata a chiarire. La *prima* questione concerne la conformità del regime sanzionatorio italiano, rispetto ai principi euro-unitari che si traggono dall'art. 50 CDFUE; disposizione la cui lettura, ai sensi dell'art. 52 par. 3 CDFUE, deve avvenire alla luce dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti umani. Con la *seconda* domanda di interpretazione, si chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla diretta applicabilità, da parte del giudice comune, dei suddetti principi unionali.

Prima di analizzare le soluzioni interpretative prospettate dalla Corte di giustizia, non ci si può esimere da una disamina, seppur sommaria, dell'ordinanza interlocutoria (si v. Corte di cassazione (sezione tributaria civile), *S. Ricucci e al. c. Consob*, ordinanza interlocutoria del 13 ottobre 2016, n. 20675). Per quanto ricostruisca accuratamente il quadro giuridico di riferimento, essa presenta nondimeno talune criticità motivazionali.

Anzitutto, deve richiamarsi l'attenzione su di una imprecisione argomentativa, riguardante un'imprescindibile condizione di ricevibilità delle questioni: la riconducibilità della disciplina nazionale del *market abuse* all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Come si ricorderà, l'art. 50 CDFUE opera nella misura in cui la stessa Carta di Nizza è applicabile *ratione materiae*. Ciò è quanto si evince dall'art. 51 par. 1 CDFUE, a mente del quale il rispetto delle garanzie riconosciute dalla Carta di Nizza si impone «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Di conseguenza, una volta ri-

costruito il contesto normativo nazionale, il giudice *a quo* avrebbe dovuto mettere a fuoco la dimensione comunitaria delle questioni interpretative da lui sollevate. In questo senso, desta perplessità che la Suprema Corte si limiti a menzionare gli atti comunitari adottati in materia di abusi di mercato, senza esplicitare che, tuttavia, è proprio l'esistenza di tale regolamentazione a fondare l'estensione delle garanzie consacrate nella Carta di Nizza (ivi, p. 3). A questa carenza argomentativa, peraltro, la Corte di giustizia, pronunciata *de plano* sul merito delle questioni, non sembra aver attribuito rilievo.

Un secondo aspetto che merita di essere segnalato concerne la prassi giurisprudenziale che il giudice remittente assume, come parametro di riferimento, per evidenziare le discrepanze tra il sistema sanzionatorio italiano ed il diritto dell'Unione europea. Le sentenze di cui si fa menzione – provenienti essenzialmente dalla Corte europea dei diritti umani – riflettono l'impostazione pregressa alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*. In tale chiave, è paradigmatico il passaggio ove la Cassazione osserva che «il principio del *ne bis in idem* [...] vieta *tout court* di sanzionare, in diversi processi, due volte lo stesso illecito» (ivi, p. 6). In questo caso, però, non si tratta di un errore motivazionale: l'ordinanza di rimessione, risalente al 20 settembre 2016, non poteva tener conto dell'evoluzione giurisprudenziale che, a distanza di un paio di mesi, sarebbe scaturita dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia*.

3. Le soluzioni interpretative proposte dalla Corte di giustizia confermano la fondatezza dei dubbi prospettati dal giudice remittente.

Con riferimento al *primo* quesito interpretativo, il doppio binario sanzionatorio, previsto per le manipolazioni di mercato, viene ritenuto incompatibile con il diritto, sancito dall'art. 50 CDFUE, a non essere giudicati o puniti due volte. Ma con una fondamentale precisazione: la duplicazione di sanzioni e procedimenti non è *per se* vietata dall'art. 50 CDFUE. Il divieto di *bis in idem* preclude, invero, «di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, *nei limiti in cui* tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva» (Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, cit., punto 59). *A contrario*, si può quindi dedurre che l'instaurazione di un secondo procedimento sanzionatorio non si pone in contrasto con il diritto al *ne bis in idem* qualora la sanzione per prima irrogata, «tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, [non] sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva».

Quanto al *secondo* quesito, la Corte afferma che il principio euro-unitario del *ne bis in idem* «conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale» (punto 64). Per la verità, questa soluzione suscita certamente minor interesse, stante la sua prevedibilità. Già nella sentenza *Åkerberg Fransson*, la Corte di giustizia aveva affermato l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare all'occorrenza le disposizioni interne che si pongano in contrasto con le norme della Carta di Nizza (Corte di giustizia, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, sentenza del 26 febbraio 2013).

La disamina del primo nodo interpretativo – su cui ci si focalizzerà per i motivi anzidetti – si dipana lungo tre passaggi logico-argomentativi; i primi due dei quali ineri-

scono ai presupposti applicativi della garanzia personale consacrata nella Carta di Nizza. Si tratta di stabilire, in altri termini, se la normativa nazionale ricada nel perimetro applicativo dell'art. 50 CDFUE. L'applicazione del principio euro-unitario del *ne bis in idem* postula, infatti, che siano soddisfatte essenzialmente due condizioni cumulative: a) la natura *penale* dei procedimenti o delle sanzioni irrogate; b) nonché l'*identità* del fatto di reato per il quale si è punito o giudicato due volte lo stesso soggetto. Trattasi di due concetti – quello del *bis* e quello dell'*idem* – attorno ai quali si era finora polarizzata l'esegesi giurisprudenziale.

È bene sin d'ora rilevare che, in tale ambito, la Corte di Lussemburgo si è conformata, ormai da tempo, agli orientamenti interpretativi predominanti nella prassi di Strasburgo (v. F. Musso, "La Corte di Cassazione e l'interpretazione del principio di 'ne bis in idem' alla luce della Convenzione europea dei diritti umani", in questa *Rivista* 2016, pp. 712-719). Orientamenti questi che – come si evidenzierà nel prosieguo – si fondano su di una interpretazione estensiva dei concetti di *bis* e di *idem*; con la conseguenza di ampliare, almeno sotto questa angolazione, la sfera di applicabilità del diritto *de quo*.

Per quanto concerne il primo elemento, si riscontra l'adozione di una concezione sostanzialistica di *bis*, in perfetta coerenza ai noti 'criteri Engel' (si v. Corte europea dei diritti umani: *Engel e al. c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, sentenza dell'8 giugno 1976, par. 82; *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, sentenza del 21 febbraio 1984, par. 53). Invero, per affermare la natura *sostanzialmente* penale della sanzione amministrativa comminata dall'art. 187-ter TUF, si è ritenuto dirimente, anzitutto, che questa – a dispetto del suo *nomen iuris* – persegua finalità marcatamente afflittive e deterrenti; e che la stessa, inoltre, possa raggiungere una notevole entità.

Analogamente, nel passaggio argomentativo relativo al secondo presupposto applicativo, viene in luce il recepimento – seppur implicito – degli standard elaborati dalla Corte europea dei diritti umani (*ex multis* si v. Corte europea dei diritti umani, *Zolotukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, sentenza del 10 febbraio 2009). Ciò emerge nitidamente nell'adesione alla concezione di *idem fattuale*, inteso come «l'insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato» (Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, cit., punto 37). L'identità del fatto è stata apprezzata, per un verso, prescindendo dalla fattispecie tipica astratta (cd. *idem crimen o legale*); e per altro verso, valorizzando esclusivamente la coincidenza del fatto storico materialisticamente inteso, da cui si è espunto l'elemento soggettivo (sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di *idem*, si v. N. Norel, "The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation", in *Leiden Journal of International Law* 2012, pp. 955-978).

Fugato ogni dubbio circa l'operatività della garanzia di cui all'art. 50 CDFUE, si giunge all'ultimo passaggio dell'*iter* motivazionale, il quale concerne il controllo di proporzionalità della restrizione al diritto fondamentale, e ove si annida il *thema decidendum* della questione interpretativa (sulla delicatezza del controllo di proporzionalità, si v. T.I. Harbo, "The Function of Proportionality Analysis in European Law", in *European Law Journal* 2010, pp. 158-185). A questo riguardo, è appena il caso di ricordare che la Carta di Nizza – a dispetto dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU – contempla espressamente una *clausola derogatoria orizzontale*, in virtù della quale si consente, a precise condizioni, di limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà in essa sanciti. Per la verità, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di affermare – in materia di abuso di

informazioni privilegiate – che la previsione dell'art. 50 CDFUE non osta *tout court* alla duplicazione di sanzioni sostanzialmente penali (Corte di giustizia, *Spector Photo Group N.V. c. CBFA*, causa C-45/08, sentenza del 23 dicembre 2009).

Applicando il paradigma delineato dall'art. 52 CDFUE, la Corte osserva che il sistema del doppio binario sanzionatorio soddisfa il *principio di legalità*, trovando la propria base giuridica nella legge. E che lo stesso, inoltre, rispetta il contenuto essenziale del diritto fondamentale con cui interferisce, dato che il cumulo di sanzioni si verifica soltanto in casi tassativamente predeterminati.

Altrettanto pacifico, ritiene la Corte, che la normativa italiana sia posta a tutela di un *interesse generale*: la tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione, nonché della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. In effetti, le disposizioni *sub iudice* costituiscono il recepimento della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate ed alla manipolazione del mercato. Particolarmente interessante risulta, poi, il ragionamento inferenziale svolto per suffragare la legittimità e l'idoneità di tale strategia repressiva, rispetto all'obiettivo perseguito. L'assunto da cui muove la Corte è l'assenza di armonizzazione, allo stato attuale, nel settore del *market abuse*. Dal combinato disposto degli art. 5 e 16 della direttiva 2003/6/CE – oggi, in realtà, sostituita dalla direttiva 2014/57/UE – i giudici deducono infatti che, in capo agli Stati membri, gravava un *obbligo di risultato*, e non anche di mezzi. Ciò in quanto, si era loro imposto soltanto di contrastare efficacemente gli abusi di mercato, lasciando perciò impregiudicata la libertà di scegliere quali sanzioni utilizzare a tal fine. Conseguentemente, qualora si obbligasse lo Stato membro ad avvalersi unicamente di un unico binario sanzionatorio, si svuoterebbe di significato la libertà riconosciutagli.

Senonché, questo margine di discrezionalità non si estende illimitatamente: nel bilanciare gli interessi contrapposti in gioco, il diritto individuale può essere compresso nel rispetto del *principio di proporzionalità*, e comunque nei limiti di quanto strettamente necessario per conseguire lo scopo legittimamente perseguito (Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, cit., punto 48). Con specifico riguardo all'art. 50 CDFUE, il canone di proporzionalità preclude l'instaurazione di un procedimento formalmente amministrativo, nei confronti di un soggetto che, per il medesimo illecito, sia già gravato da una sanzione penale, *nei limiti* in cui tale sanzione, «tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia *idonea* a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva». Sotto quest'ultimo profilo, l'ordinamento giuridico italiano configura – *de iure condito* – una limitazione sproporzionata al diritto fondamentale *de quo*, poiché eccede quanto strettamente necessario per tutelare l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Infatti, la sommatoria delle sanzioni sostanzialmente penali è tale da non garantire la proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate, rispetto alla gravità del fatto di reato. *De lege ferenda*, mediante l'adozione degli opportuni accorgimenti normativi, il sistema del doppio binario sanzionatorio si presenterebbe come un apparato repressivo integrato ed unitario. Quest'ultima affermazione assume spiccato rilievo, dal momento che capovolge il precedente *dictum* della sentenza *Spector*, ove sembrava invece essersi esclusa la necessità di siffatto coordinamento sanzionatorio (Corte di giustizia, *Spector Photo Group N.V. c. CBFA*, cit., punto 77).

La portata innovatrice della sentenza si coglie, per l'appunto, nell'aver definito i requisiti in presenza dei quali la previsione dell'art. 50 CDFUE può ritenersi pienamente rispettata. I correttivi di cui si richiede la predisposizione, concretizzando il principio

generale di proporzionalità, concorrono a delineare lo standard di tutela garantito, nel quadro comunitario, al diritto al *ne bis in idem*. Per quel che rileva ai fini della nostra indagine, occorre perciò raffrontare i suddetti parametri con quelli elaborati dalla Corte di Strasburgo.

4. Alla luce di quanto sinora osservato, infatti, ci si deve chiedere se, ed in quale misura, il controllo di *proporzionalità* elaborato nella sentenza *Garlsson Real Estate* si allinei al test della *sufficiently close connection* introdotto dalla Corte europea dei diritti umani, nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*. La ragione d'essere di tale interrogativo trova il suo fondamento in una premessa che attiene, più in generale, ai rapporti intercorrenti tra il sistema di tutela dei diritti fondamentali euro-unitario, e quello convenzionale.

Come si evince dall'art. 52 par. 3 CDFUE – nonché dalle Spiegazioni ufficiali relative alla stessa Carta – il significato e la portata dei diritti consacrati nella Carta di Nizza devono essere *almeno* equivalenti a quelli relativi ai medesimi diritti riconosciuti dalla CEDU (norma a partire della quale, si è elaborato il '*principio Bosphorus*', v. Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005; *Avotinš c. Lettonia*, ricorso n. 17502/07, sentenza del 23 maggio 2016). A tale vincolo di coerenza, si deve conformare non solo il legislatore comunitario, ma altresì la Corte di giustizia. Questa, nella propria funzione di interprete del diritto dell'Unione, *deve* perciò tenere conto del complessivo sistema CEDU, costituito dagli strumenti convenzionali così come viventi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Da tale premessa, discendono due corollari. Anzitutto, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo costituisce un parametro da cui la Corte di Lussemburgo non può prescindere laddove si tratti di valutare la conformità, rispetto ai diritti umani, degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie o dagli Stati membri. Ma soprattutto, che la protezione dei diritti offerta dalla Carta può collocarsi, per effetto dell'interpretazione giurisprudenziale, ad un livello superiore, o comunque equivalente, rispetto a quello risultante nell'assetto convenzionale.

A mente di tali considerazioni, è possibile enucleare, nella sentenza commentata, almeno due profili suscettibili di una lettura critica.

Un *primo* aspetto concerne l'assenza di riferimenti espliciti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Scorrendo rapidamente la decisione è dato rinvenire, almeno *prima facie*, esclusivamente citazioni auto-referenziali. Si aggiunga, poi, che la stessa Corte precisa *expressis verbis* di adottare, come riferimento normativo, l'art. 50 CDFUE. A sostegno adduce, peraltro, un'argomentazione che non persuade: da un lato, conferma che i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, in quanto principi generali ai sensi dell'art. 6 par. 3 TUE, fanno parte del diritto dell'Unione europea. Dall'altro lato, puntualizza che, fintantoché l'Unione europea non vi avrà aderito, la CEDU non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento unionale (Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, cit., punti 24-27). Sul punto, ci sembrano invece condivisibili le conclusioni presentate dall'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona nella causa *Menci*, ove si richiama la necessità di applicare l'art. 50 CDFUE tenendo conto, giustamente, del corrispondente art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, così come interpretato dai giudici di Strasburgo (si v. Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, presentate il 12 settembre 2017 nella causa *Luca Menci*, C-524/15). Ciò nondimeno, quest'annunciata presa di posizione non pare esser stata concretamente attuata dalla Grande sezione che – come si è avuto modo di

appurare – ha profusamente attinto alle linee interpretative di Strasburgo; e non solo nella parte motivazionale che concerne le nozioni di *idem* fattuale e di *bis* sostanzialmente penale.

Quest'ultimo rilievo consente di ricollegarsi al *secondo* aspetto che si ritiene valevole di approfondimento: l'incidenza della sentenza *Garlsson Real Estate* sul livello di tutela euro-unitaria del *ne bis in idem*, alla luce del principio di equivalenza sancito dall'art. 52 par. 3 CDFUE. È infatti chiaro che, nell'ambito di tale rinvio pregiudiziale, si sia presentata l'opportunità di elevare lo standard di tutela del *ne bis in idem*, rispetto a quello risultante, in seguito alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, dal sistema CEDU. Per effetto di quest'ultima pronuncia, come ormai noto, si è superato il carattere tendenzialmente inderogabile che era prima riconosciuto al divieto convenzionale di *bis in idem*. Di talché, un affievolimento della tutela apprestata al principio del *ne bis in idem* nel sistema convenzionale (una chiara ricostruzione di tale evoluzione si rinviene in Corte costituzionale, sentenza del 2 marzo 2018, n. 43).

Tuttavia, si deve segnalare che, prima di tale parziale *revirement*, il doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse* aveva già costituito oggetto di censura da parte della Corte europea dei diritti umani. Questa, escludendo con fermezza la derogabilità del diritto al *ne bis in idem*, aveva condannato l'Italia per violazione, appunto, dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (Corte europea dei diritti umani, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18630/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, sentenza del 4 marzo 2014; tra l'altro, parimenti altri ordinamenti nazionali non avevano superato il vaglio della Corte europea dei diritti umani: *Nykänen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, sentenza del 20 maggio 2014; *Lucky Dev. c. Svezia*, ricorso n. 7356/10, sentenza del 27 novembre 2014; *Kiivari c. Finlandia*, ricorso n. 53753/12, sentenza del 10 febbraio 2015).

La Corte di giustizia, dal canto suo, aveva però già evidenziato il carattere derogabile di detta garanzia personale, conformemente alla clausola di cui all'art. 52 par. 1 CDFUE (si v. Corte di giustizia: *Spector Photo Group N.V. c. CBFA*, cit.; *Åkerberg Fransson*, cit.; *Spasic*, causa C-486/14, sentenza del 27 maggio 2014). Pertanto, nella causa *Garlsson Real Estate e a.*, erano essenzialmente due gli approdi ermeneutici cui poteva giungersi: subordinare la derogabilità dell'art. 50 CDFUE a requisiti coincidenti, quanto a rigore, con quelli richiesti dalla Corte europea dei diritti umani; oppure, come sollecitato dall'Avvocato generale, elaborare condizioni più stringenti, in grado di assicurare una più elevata tutela del *ne bis in idem* (si v. Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Luca Menci*, cit., par. 78-94). Sotto questa angolazione, la sentenza *Garlsson Real Estate* sembra allinearsi al *novum* giurisprudenziale dettato da Strasburgo. Da un raffronto delle due pronunce, si evince che il *modus operandi* seguito dalle due corti sovranazionali si ispira ad un comune principio: quello per cui il *ne bis in idem* intende garantire il diritto dell'individuo ad un sistema unitario e coordinato di reazione alla commissione di condotte illecite.

A conferma di quanto testé affermato, può evidenziarsi come la legittimità della restrizione al *ne bis in idem* venga subordinata al rispetto di criteri sovrapponibili. Invero, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti umani – la prima nell'ambito del principio di proporzionalità della restrizione, la seconda in quello del canone della *sufficiently close connection* – elaborano due test che si declinano in parametri valutativi convergenti.

Ponendosi nell'ordine di idee della Corte di giustizia, il sistema del doppio binario sanzionatorio, affinché conforme al principio di proporzionalità, postula la sussistenza

di una duplice condizione. Anzitutto, i due procedimenti sanzionatori devono perseguire *finalità complementari*; dove con tale locuzione, ci si riferisce a «scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito» (Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e al. c. Consob*, cit., punto 46). Cionondimeno, occorre altresì che sia assicurato un *coordinamento probatorio e sanzionatorio*. Condizione che si verifica allorché, nell'ordinamento interno, vengano predisposti correttivi normativi, con la finalità di minimizzare l'onere supplementare derivante dal cumulo di procedimenti. In tale ottica, è ritenuta determinante, dalla Corte di giustizia, l'esistenza di meccanismi volti a garantire che, la severità delle sanzioni complessivamente irrogate, sia parametrata alla gravità del fatto di reato accertato.

Le medesime valutazioni si rinvergono, a prima vista, nello schema in cui la Grande camera di Strasburgo concretizza il criterio della *sufficiently close connection in substance and in time*. In effetti, parimenti nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, si è ritenuto indicativo dell'esistenza di un nesso sufficientemente stretto: che i due procedimenti tendessero a *finalità diverse e complementari*; che, per evitare la duplicazione dell'attività istruttoria, i procedimenti seguissero uno *svolgimento integrato*; ancora, che fosse previsto un *coordinamento sanzionatorio*, cosicché le risposte sanzionatorie fossero proporzionate alla gravità dell'illecito; e da ultimo, che i due procedimenti si svolgessero in tempi ravvicinati (Corte europea dei diritti umani, *A. e B. c. Norvegia*, cit., par.131-134).

Posta la coincidenza dei criteri valutativi utilizzati dalle due corti, non pare potersi dubitare che, nella sentenza *Garlsson Real Estate e. a.*, la Corte di giustizia sia pervenuta al primo dei due approdi ermeneutici: garantire al principio di *ne bis in idem* euro-unitario un livello di tutela soltanto *equivalente* a quello risultante dal sistema CEDU (per osservazioni parzialmente simili, si v.J. Baron, E. Poelmann, "The Principle of Ne Bis in Idem: On the Ropes, but Definitely not Defeated", in *Intertax* 2018, pp. 805-809).

5. Al netto delle considerazioni complessivamente svolte, non ci si può esimere da alcune riflessioni conclusive riguardanti, sia la *ratio decidendi* della soluzione interpretativa in commento, sia i risvolti che la stessa involge.

Sotto il primo profilo, ci pare che l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia tenda ad assecondare l'interesse statale all'esercizio dello *ius puniendi*. Del resto, è noto che l'affermazione del principio del *ne bis in idem* abbia dovuto confrontarsi con la ritrosia degli Stati ad accettare limitazioni della propria sovranità (v. B. Nascimbene, "Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo", in *Eurojus.it* 2018). Ciò è tanto più vero se si considera che, come ha constatato la stessa Corte europea dei diritti umani, la maggior parte degli ordinamenti europei contempla il sistema del doppio binario sanzionatorio, nella cui difesa gli stessi Stati hanno mostrato un certo attivismo. In quest'ottica, è appena il caso di notare che, nella causa *A. e B. c. Norvegia*, si erano costituiti in giudizio ben sei governi (Norvegia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera). Nella medesima direzione, si muove parimenti l'intervento, nella causa *Garlsson Real Estate e. a.*, di alcuni Stati membri – Germania, Polonia ed Italia – i quali, contrapponendosi all'Avvocato generale, avevano sollecitato l'adesione al nuovo standard di Strasburgo.

A ben vedere, nel ricostruire la *ratio decidendi* alla base della pronuncia della Corte di giustizia, occorre tener conto di un ulteriore fattore: la circostanza per cui gli abusi di mercato ledono interessi finanziari ed economici di rilevanza, oltreché nazionale, anche

unionale; interessi collettivi, alla cui tutela, come ha osservato la stessa Corte di giustizia, è teso il sistema del doppio binario sanzionatorio. Non è infatti una novità che la Corte di Lussemburgo, nel contemperamento delle esigenze di tutela dei diritti individuali, con quelle dei confliggenti interessi collettivi, sposti l'ago della bilancia a vantaggio di questi ultimi. Una delle manifestazioni più recenti e dibattute di questo *trend* può rinvenirsi nella tanto commentata causa *Taricco* (si v. Corte di giustizia, *Ivo Taricco*, causa C-105/14, sentenze dell'8 settembre 2015 e del 5 dicembre 2017; A. Terrasi, "Note a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso 'Taricco': l'effetto delle norme dei trattati istitutivi dell'UE sulla legge penale sostanziale italiana", in questa *Rivista* 2017, pp. 308-315).

In questa prospettiva, va poi aggiunto che gli approcci adottati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea dei diritti umani, ancorché per un processo di eterogenesi dei fini, sembrano convergere. La prima, mirando al rafforzamento dell'Unione europea, tende a tutelare i diritti fondamentali nella misura in cui non ostano al raggiungimento di obiettivi comunitari. La seconda aderisce a quelle linee ermeneutiche che incontrano il consenso degli Stati membri del Consiglio d'Europa (per osservazioni analoghe si v. M. Daniele, "La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali", in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo* 2016, pp. 48-60; G. Ubertis, "Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2014, pp. 1723-1738).

Quanto ai suoi risvolti concreti, ci sembra che la sentenza *Garlsson Real Estate* conferisca, nel complesso, una portata meno ampia al principio di *ne bis in idem*.

Ampliando lo sguardo all'ordinamento giuridico internazionale, tale pronuncia conferma la natura di norma consuetudinaria con riferimento al solo divieto di *bis in idem* sostanziale (sull'inquadramento del *ne bis in idem* nel diritto internazionale, si v. C. Amalfitano, "Dal *ne bis in idem* internazionale al *ne bis in idem* europeo", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2002, p. 923 ss.). Così inteso, il principio di *ne bis in idem* preclude – non già la celebrazione di due distinti procedimenti aventi ad oggetto il medesimo illecito (*bis in idem* processuale) – bensì soltanto che l'individuo sia punito in misura sproporzionata rispetto alla gravità della condotta ascrittagli (*bis in idem* sostanziale od esecutivo).

Non da ultimo, deve segnalarsi che la sentenza in commento determina un *vulnus* per lo stesso principio di *ne bis in idem* sostanziale. In quest'ottica, può esser letta la scelta singolare – e discutibile – della Corte di non attribuire alcun rilievo alle coordinate cronologiche della reazione punitiva. La proporzionalità dell'apparato sanzionatorio è stata valutata focalizzandosi sull'entità delle pene complessivamente inflitte, senza invece considerare *anche* l'arco temporale in cui tali sanzioni venivano a sommarsi in capo all'individuo. Al contrario, ci pare preferibile esigere che la duplice risposta punitiva, affinché proporzionata e necessaria, si collochi entro una cornice temporale ragionevolmente circoscritta. L'esigenza di una connessione cronologica nell'irrogazione delle sanzioni si ricollega, del resto, alla più ampia essenza del *ne bis in idem*: evitare che l'individuo sia esposto ad una potestà punitiva illimitata tanto nella sua dimensione afflittiva, quanto nella sua estensione temporale. Almeno su quest'ultimo fronte, il criterio della *sufficiently close connection*, valutando unitariamente il nesso sostanziale e temporale, sembra rispondere più efficacemente alle esigenze di tutela sottese al principio del *bis in idem*. Quest'ultima osservazione non può che in-

durre a riflettere sulla conformità della posizione assunta dalla Corte di giustizia, rispetto al principio di equivalenza sancito dall'art. 52 par. 3 CDFUE.

Brigida Varesano*

ABSTRACT. The *Ne Bis in Idem* Principle and the Duplication of Penalties: Remarks on the ECJ Judgment in *Garlsson Real Estate Case*

By the judgment issued on 20th March 2018 in the *Garlsson Real Estate and Others* case, the Court of Justice states that the objective of safeguarding the integrity of the EU financial markets could justify a duplication of proceedings and penalties of a criminal nature. Nevertheless, such a limitation of *ne bis in idem* principle must guarantee the proportionality of penalties to the seriousness of the offence. This article aims to carefully examine the Court of Justice reasoning, having special regard to the standards developed by the European Court of Human Rights in the *A. e B. c. Norway* case.

Keywords: reference for preliminary ruling; *ne bis in idem* principle; duplication of penalties; market abuse; principle of proportionality; sufficiently close connection.

* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano, brigida.varesano@unimi.it.