GIUSTIZIA INSIEME

Processo Civile

Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione

di Antonio Scarpa

28 febbraio 2020

Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione

di Antonio Scarpa

Sommario: 1.Alla scoperta del *bis in idem* davanti al giudice civile – 2. Specialità, ‹‹doppi binari›› e *bis in idem* – 3. Sanzioni tributarie e penali per lo stesso fatto – 4.*Bis in idem* e abusi di mercato – 5. I ‹‹non *bis in idem*›› – 6. Come “entra” il *bis in idem* nel giudizio civile di cassazione?[1]

1. Alla scoperta del bis in idem davanti al giudice civile – E’ affare a prima vista assai complesso l’adattamento al processo civile del principio del divieto di bis in idem, come riconosciuto nell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE del 7 dicembre 2000, nell’art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché, all’interno del diritto nazionale italiano, nell’art. 649 c.p.p. Esso, com’è noto, evoca la garanzia primaria dell’individuo dal pericolo di una reiterazione di iniziative penali per un medesimo fatto già consacrato in un giudicato, ed è dunque intimamente correlato al rapporto fra l’Autorità dello Stato e la Libertà dell’individuo, intendendo mettere quest’ultimo al sicuro dalle duplicazioni di esercizio delle funzioni repressive, cui corrisponderebbe altresì un rinnovato deprecabile esercizio della giurisdizione su un fatto già definitivamente giudicato

Il “fatto” non più processabile per il divieto del *bis in idem*, secondo l’ormai consolidata interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della giurisprudenza penale italiana, non è, peraltro, il “fatto giuridico”, cioè l’ipotesi normativa astratta strutturata nei suoi elementi costitutivi, ma il “fatto storico”, cioè la vicenda materiale connotata dalla condotta del soggetto, dall’evento naturalistico e dal relativo nesso causale.

Dunque, il principio del *ne bis in idem* appartiene, per sua essenza più intima, al diritto penale: riguardato nella sua valenza sostanziale, esso si traduce nel divieto di punire due volte un soggetto per un medesimo fatto.

Invero, anche il codice di procedura penale italiano, se all’art. 648 c.p.p. delinea una nozione di giudicato in senso formale (correlando l’irrevocabilità delle sentenze, e quindi la definitività del giudizio sul fatto, sulla responsabilità e sulla pena, alla loro inimpugnabilità con rimedi diversi dalla revisione), col già richiamato art. 649 non contempla un’ipotesi di giudicato sostanziale sul rapporto sottostante, analoga a quella contenuta nell’art. 2909 c.c., limitandosi a trarre, dall’irrevocabilità formale della decisione, un limite “in negativo” alla formulazione di una nuova imputazione.

Diversamente, l'obiettivo cui tende tipicamente il giudizio civile è duplice: l'immutabilità formale dell'atto-sentenza, conseguente al giudicato formale regolato dall'art. 324 c.p.c., e, però, anche l'immutabilità degli effetti della sentenza, ovvero la sua idoneità ad accertare "a ogni effetto" (art. 2909 c.c.) se ed a chi spetti il diritto al bene della vita in contesa.

Quando, allora, il divieto del *bis in idem* di fonte *eurounitaria e convenzionale* può costituire una preclusione alla formazione del giudicato civile, che, normalmente, coprendo «il dedotto e il deducibile», è volto a dettare una stabile, ed anzi definitiva, "*regula iuris*" nel rapporto tra le parti?

In via di prima approssimazione, possiamo dire che ciò avviene allorché la controversia civile abbia ad oggetto l'accertamento dei presupposti per l'esercizio di una potestà repressiva di un determinato comportamento che duplichi una sanzione penale già irrogata alla stessa persona in relazione allo stesso fatto, visto che, per natura e severità, essa stessa debba essere intesa come "sostanzialmente penale".

Tale schema di controversia civile "a scopo punitivo", e perciò "a rischio di *bis in idem*", lasciava pensare, fino a tempi ancora recenti, in via pressoché esclusiva ai procedimenti di opposizione avverso l'irrogazione di sanzioni pecuniarie amministrative, i quali presentano sicuramente, rispetto all'ordinario processo civile, alcune peculiarità tipiche del processo penale.

Negli ultimi anni, però, le ipotesi di potenziali violazioni del principio del *ne bis in idem* per il concorso tra una sanzione penale ed una sanzione, per così dire, "para-penale", si sono dilatate.

Si pensi all'ampio catalogo, certificato da Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, delle misure sanzionatorie civilistiche con finalità tipicamente punitiva e deterrente, peraltro tutte destinate a vantaggio della parte danneggiata, e non dell'Erario, con l'unica eccezione della misura di cui all'art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c. (sanzione che la norma definisce "amministrativa" e devolve alla Cassa delle ammende).

Si pensi, ancor di più, alle sanzioni pecuniarie civili previste dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, strutturate su due livelli di crescente afflittività proporzionata alla gravità delle sanzioni penali prima comminate, restando, tuttavia, la competenza punitiva del giudice civile subordinata all'eventualità che la vittima dell'illecito promuova l'azione risarcitoria, con evidente funzione "ultracompensativa". Il d.lgs. n. 7 del 2016 delinea, invero, sanzioni di carattere punitivo in favore dello Stato, che di "civile" hanno essenzialmente il giudizio in cui vengono inflitte, e che però rivelano scopi general-preventivi e repressivi, tali da assimilarle, piuttosto, alle tipiche sanzioni penali. La portata afflittiva delle sanzioni pecuniarie introdotte dal d.lgs. n. 7/2016,

l'iniziale rilevanza penale delle condotte, la competenza giurisdizionale in ordine all'irrogazione e la disciplina prevista in ipotesi di reiterazione, inducono a ritenere operanti per esse la garanzia del *ne bis in idem* nei termini di cui qui si discute.

L'esame della più recente giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di cassazione ci aiuterà, comunque, a comprendere quando il giudice civile, dovendo conoscere di una sanzione sostanzialmente penale, subisce il limite negativo della formulazione di una nuova "imputazione" per un fatto già processato dal giudice penale.

Tale ambito di operatività del *ne bis in idem* nel giudizio civile è cosa evidentemente diversa dall'ambito in cui, invece, la sentenza, che abbia definito il processo penale, si dimostra idonea a produrre effetti vincolanti in quello civile in ordine all'accertamento dei fatti materiali, a norma degli artt. 651, 651 bis, 652 e 654 c.p.p.

2. Specialità, ‹‹doppi binari›› e bis in idem

– Il profilo che viene subito in risalto è, dunque, quello del concorso tra illecito penale ed illecito amministrativo. Tale possibile interazione è esplicitamente supposta dall'art. 9, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, secondo il quale "quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale". Pur parlando l'art. 9, comma 1, cit., di "stesso fatto", e non di "stessa materia", come invece fa l'art. 15 c.p., il criterio dettato dalla legge di depenalizzazione è ormai costantemente inteso come espressivo della "specialità in astratto". L'art. 9, legge n. 689/1981, opera,

cioè, se, e nei limiti in cui, la fattispecie prevista nella disposizione punitiva generale sia compresa in quella speciale, la quale contiene un elemento ulteriore rispetto alla prima, così che, ove non fosse prevista la norma speciale, la fattispecie rientrerebbe nella disposizione generale. Non ha quindi rilievo decisivo, al fine di individuare il rapporto di specialità occorrente per dissolvere un concorso apparente di norme, l'una penale, l'altra amministrativa, il criterio del bene o dell'interesse protetto dai precetti punitivi concorrenti, quanto il dato che le previsioni sanzionatrici coincidano sotto il profilo dell'identità dell'avversato comportamento del trasgressore e si differenzino per il fatto di dar rilievo, l'una e non l'altra, ad ulteriori elementi tipizzanti, appunto, "speciali"

A parziale correttivo della operatività unidirezionale dell'art. 9, comma 1, cit., il quale, come visto, riscontrata la relazione di specialità fra norme, postula sempre l'applicabilità della disposizione speciale (non contenendo esso, del resto, nemmeno la "clausola di riserva" con cui invece si chiude l'art. 15 c.p.), in dottrina si propone di utilizzare proprio il principio del *ne bis in idem* sostanziale per regolare il concorso tra illecito amministrativo ed illecito penale, dando rilievo altresì all'offensività del fatto, e così facendo prevalere, secondo un criterio – inespresso ma immanente – di consunzione, il trattamento sanzionatorio più severo, amministrativo o penale che sia.

L'ordinamento italiano conosce, tuttavia, com'è noto, due regimi processuali e sanzionatori riferibili al modello del cosiddetto "doppio binario": quello del diritto tributario e quello degli abusi di mercato.

In maniera del tutto simile all'art. 9, legge n. 689/1981, viene regolato nell'art. 19, comma 1, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il concorso infra-sistematico tra illeciti amministrativi tributari e

corrispondenti reati, pur prevedendosi poi, all'art. 21, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 74/2000, un meccanismo di sospensione della eseguibilità delle sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, che potrebbe sembrare proprio un'applicazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale quanto meno in fase esecutiva. Le sanzioni amministrative possono, cioè, essere messe in esecuzione sol quando il concomitante procedimento penale abbia escluso che il fatto abbia rilevanza come reato. Rimane un problema di *ne bis in idem* processuale: l'art. 20 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, esclude che il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario possano essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione.

Costituisce, infine, una disciplina affatto peculiare di deroga al principio di specialità quella del cosiddetto *market abuse*, visto che sia l'art. 187 bis TUF, in tema di abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate, sia l'art. 187 ter TUF, in tema di manipolazione del mercato, stabilendo le sanzioni amministrative per tali condotte, continuano – pure dopo l'ultima riforma introdotta dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 – a contenere espresse clausole che fanno "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato". Tale concorso tra sanzioni penali e sanzioni formalmente amministrative si pone spesso in contrasto col principio del *ne bis idem* sostanziale ex artt. 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU, visto che le fattispecie di reato sembrano esaurire integralmente il disvalore del fatto, con conseguente consunzione degli illeciti amministrativi. Il rischio della sommatoria delle sanzioni è in parte evitabile facendo applicazione dell'art. 187 terdecies TUF, nella formulazione ora risultante dopo la modifica introdotta dal d.lgs. n. 107 del 2018, secondo il quale, quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico dell'autore della violazione o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla CONSOB, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice deve tener conto, nel determinare le sanzioni di sua competenza, delle misure punitive già applicate, limitando l'esazione della pena pecuniaria alla parte eccedente quella riscossa. La soluzione individuata dal legislatore del 2018 con la riscrittura dell'art. 187 terdecies TUF, nel senso di imporre la somma algebrica e lo "scomputo" del pregresso nel coordinamento tra (sole) sanzioni pecuniarie penali ed amministrative in tema di abusi di mercato, non aiuta, tuttavia, a dare immediata risposta alle ipotesi di concorso implicanti l'adozione di sanzioni detentive o interdittive.

Come a breve vedremo, per entrambi i casi di "doppio binario" punitivo presenti nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza interna sopperisce all'esigenza di evitare il *bis in idem* in base al criterio della "sufficiente connessione sostanziale e temporale" tra i procedimenti sanzionatori riferiti ai medesimi fatti, criterio che, seppur conforme alle più recenti indicazioni della Corte EDU, presenta, secondo la dottrina, contorni sfuggenti. Il procedimento penale e quello amministrativo devono, in pratica, riguardare la stessa condotta individuata in concreto, perseguire finalità complementari e denotare una proficua collaborazione tra le autorità competenti, e la sanzione inflitta nel procedimento antecedente deve essere presa in considerazione anche nel secondo procedimento, in maniera che la sanzione complessiva risulti comunque proporzionale alla infrazione. La Corte di cassazione riconosce, così, una mutata dimensione del *ne bis in idem eurounitario e convenzionale, il quale non è più (soltanto) divieto (meramente processuale) di doppio processo e di doppia sanzione sostanzialmente penale, ma garanzia di tipo sostanziale.*

3. Sanzioni tributarie e penali per lo stesso fatto – La Quinta Sezione civile della Corte di cassazione (Cass. Sez. 5, 13 marzo 2019, n. 7131) ha negato la violazione del ne bis in idem in un caso in cui le vicende comprovavano "una stretta connessione, sul piano sostanziale oltre che cronologico, tra l'accertamento in sede tributaria ed il procedimento penale"

In sostanza, analogamente a quanto aveva deciso in precedenza la Terza Sezione Penale della S.C. (Cass. pen., Sez. 3, ud. 22 settembre 2017, dep. 14 febbraio 2018, n. 6693), la Sezione Tributaria, con l'ordinanza 7131/2019, ha fatto applicazione del criterio della "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra procedimento tributario e penale, sancito dalla sentenza Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, n. 24130/11 e 29758/11, a partire dalla quale la giurisprudenza convenzionale ha fatto venire meno il divieto assoluto di doppio procedimento, in presenza, appunto, della *close connection* dovuta alla complessiva contemporaneità del loro svolgersi.

Pertanto, le sanzioni amministrative tributarie (o finanziarie) che rivelano finalità non solo risarcitoria, ma anche deterrente e punitiva, e sono perciò riconducibili alla "materia penale"

(nonostante le controversie fiscali si intendano generalmente sottratte all'applicazione dell'art. 6 CEDU), sono regolate dal principio del *ne bis in idem*, allorché i fatti, che hanno esposto l'interessato a sanzioni sia amministrative che penali, costituiscano un insieme di circostanze indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio. La reazione coordinata dell'ordinamento interno, che assicuri una connessione "*in substance and in time*" tra la sanzione penale e la sanzione (formalmente) amministrativo-tributaria (ma sostanzialmente punitiva), secondo gli indici sintomatici elaborati dalla Corte EDU, fonda, dunque, la inoperatività del *ne bis in idem.*

Una irrisolta questione di possibile duplicazione di fattispecie sanzionatoria permane in relazione alle condotte di omesso versamento di ritenute dovute o certificate e di omesso versamento di IVA, oggetto dei reati di cui agli artt. 10 bis e 10 ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, e poi anche perseguibili in via amministrativa. La giurisprudenza penale ravvisa un rapporto non di specialità (in cui l'elemento specializzante sarebbe la soglia di punibilità dei reati, come sostiene la dottrina) ma di progressione illecita tra le norme penali ed i corrispondenti illeciti amministrativi, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni (Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424 e 37425, dep. 12 settembre 2013). Resterebbe da verificare, altrimenti, se non sia riscontrabile la consunzione dell'illecito amministrativo nel caso di consumazione del più grave delitto, che appare in grado di esprimere integralmente il disvalore del fatto.

4. Bis in idem e abusi di mercato – Le più recenti decisioni delle Sezioni civili della Corte di cassazione in tema di abusi di mercato evidenziano la nuova sensibilità dei giudici nel ravvisare il nucleo del ne bis in idem nel rispetto proprio della proporzionalità sanzionatoria complessiva

Così, Cass. Sez. 5, 30 ottobre 2018, n. 27564, nel procedimento che aveva avuto il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE culminato in **Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate, affermava:**

"a) non può essere sindacata la scelta del legislatore di sanzionare la condotta illecita – pur avente ad oggetto lo "stesso fatto" inteso secondo la giurisprudenza della Corte e.d.u. – con la previsione di

un doppio binario processuale (penale/amministrativo);

b) l'avvio di separati procedimenti, con la possibilità di vedere applicate sanzioni diverse, costituisce una circostanza prevedibile e l'incolpato sa o – comunque – è in grado di sapere – nei sistemi, come quello italiano, in cui è possibile il "doppio binario" – che nei suoi confronti potrebbe essere esercitata (o che, quantomeno, che ve ne è la possibilità), sia l'azione penale che inflitta una sanzione tributaria – amministrativa;

c) il rispetto del principio del ne bis in idem non dipende dall'ordine nel quale sono stati condotti i rispettivi procedimenti; l'unico fattore materiale è il rapporto tra i due illeciti.

Possibile, quindi, una doppia risposta sanzionatoria: una sanzione amministrativa ed una sanzione penale, le quali perseguono scopi diversi [...].

Occorrono quindi, ai fini della cumulabilità dei procedimenti, alla luce dei principi unionali, la sussistenza delle seguenti condizioni:

a) svolgimento di processi paralleli e tra loro connessi;

b) proporzionalità della sanzione inflitta nel senso che la pena inflitta in un procedimento deve tener conto della sanzione inflitta nell'altro.

È altresì possibile che le diverse sanzioni siano irrogate da due diverse autorità nell'ambito di procedure diverse, purché con un collegamento sufficientemente stretto tra di loro, sia nella sostanza che cronologicamente, così potendo le stesse essere considerate come facenti parte di un complesso schema sanzionatorio.

Occorre, quindi, che sia garantita: 1) la proporzionalità delle risposte punitive rispetto agli scopi perseguiti; 2) la prevedibilità di tale doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise; 3) il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere per l'interessato da tale cumulo sia limitato allo stretto necessario; 4) il rispetto del principio di proporzionalità delle pene sancito all'art. 49, par. 3, della Carta secondo cui le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso. Al riguardo si ritiene sussistente il requisito sostanziale richiesto ai fini della "sufficiente connessione" tra procedimento penale e amministrativo con un'unica risposta integrata dell'ordinamento contro il medesimo fatto illecito che può essere assicurata dalla valutazione complessiva delle sanzioni – essendo ancora sub iudice quella amministrativa – da parte del giudice chiamato a tale ultima valutazione. Deve anche ritenersi esistente il nesso di carattere cronologico tra i due procedimenti penale e amministrativo che, per i giudici di Strasburgo, non implica necessariamente che i

procedimenti debbano essere condotti in maniera parallela, potendo sussistere anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi successivamente alla definizione del primo purché vi sia una valutazione di proporzionalità tra le sanzioni [...]".

Veniva così affidato al giudice di rinvio, trattandosi di accertamento di merito, di valutare la " *congruità della doppia sanzione inflitta"* rispetto all'illecito di manipolazione del mercato commesso, riconoscendo allo stesso giudice di rinvio *"la possibilità, essendo passata ormai in giudicato la condanna penale, che la sanzione amministrativa, oltre a potere essere annullata o confermata, possa essere ridotta al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata (sanzione detentiva e amministrativa) nei limiti della efficacia, proporzionalità e dissuasività [...], nell'ottica del bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia tra il principio del ne bis in idem e l'esigenza di tutela della effettività proporzionalità e dissuasività della sanzione*".

Sempre in nome dell'accezione spiccatamente sostanzialistica del *ne bis in idem*, Cass. Sez. 2, 6 dicembre 2018, n. 31634, ha poi smentito che, in ipotesi di contemporanea pendenza di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione di natura sostanzialmente penale in materia di intermediazione finanziaria e di un procedimento penale sui medesimi fatti, possa trovare applicazione la preclusione da *ne bis in idem*, ostando alla sospensione dell'opposizione davanti al giudice civile l'art. 187 duodecies del d.lgs. n. 58 del 1998. E', piuttosto, "*la sanzione del procedimento rimasto pendente a dover essere rimodulata ove essa, cumulata con la pena divenuta definitiva, ecceda i criteri di efficacia, proporzionalità e dissuasività, e tanto a prescindere dalla circostanza che la sanzione irrogata per prima sia quella (anche formalmente) penale o quella (sostanzialmente penale ma formalmente) amministrativa, o viceversa (nel qual caso l'eventuale sentenza di condanna penale potrà valorizzare i parametri di cui all'art. 133 c.p. per commisurare la pena alla gravità del fatto in base ai predetti criteri, tenendo conto anche della definitività della sanzione inflitta in sede amministrativa)*".

Una agevole ed automatica applicazione del *ne bis in idem* dinanzi al giudice civile dell'opposizione a sanzione amministrativa sostanzialmente penale relativa ad abusi di mercato è invece data dall'eventualità in cui vi sia già stata una sentenza penale di assoluzione. Il caso, che era stato già affrontato da CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, **Di Puma e Zecca, viene risolto in Cass. Sez. 2, 6 dicembre 2018, n. 31632, nel senso che** non è compatibile con il principio del *ne bis in idem* di diritto convenzionale ed euro unitario e, in particolare, con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (il quale non entra in conflitto con alcuna disposizione interna del TUF, e perciò non pone né questione di disapplicazione di norme statali in ragione del primato del diritto dell'Unione europea, né dubbi

di costituzionalità astrattamente prospettabili in relazione all'articolo 117 Cost.) l'instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio o la sua prosecuzione – eventualmente anche in sede di opposizione giurisdizionale – in relazione alla commissione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 bis TUF, qualora, con riferimento ai medesimi fatti storici, l'incolpato sia stato definitivamente assolto in sede penale con formula piena dal delitto previsto dall'art. 184 TUF.

La stessa Cass. Sez. 2, 6 dicembre 2018, n. 31632, avvertiva come ben diverse debbano essere le considerazioni da svolgere ove il giudice civile si trovi ad irrogare una sanzione amministrativa sostanzialmente penale in relazione agli stessi fatti storici coperti da un giudicato penale di condanna, e sul punto registrava il "*non perfetto allineamento tra la declinazione del principio del ne bis in idem offerta dalla Corte di giustizia e quella offerta dalla Corte Edu*", valorizzando la prima "*principalmente la presenza di norme di coordinamento che garantiscano la proporzionalità dell'esito sanzionatorio complessivo*", e la seconda, viceversa, "*principalmente la vicinanza cronologica dei diversi procedimenti e la loro complementarietà nel soddisfacimento di finalità sociali differenti*".

Da ultimo, Cass. Sez. 2, 17 dicembre 2019, n. 33426, preso atto che al ricorrente era stata irrogata una sanzione penale, divenuta definitiva, per una condotta illecita di manipolazione del mercato (e ciò sulla base di sentenza ex art. 444 c.p.p. ritenuta dalla S.C. "ritualmente depositata ai sensi dell'art. 372 c.p.c."), ha evidenziato come:

I: "*ai fini della valutazione del ne bis in idem, nel caso di sanzione penale irrevocabile irrogata dal giudice penale, la correlata sanzione ammnistrativa applicata per gli stessi fatti ed ancora sub iudice può ulteriormente esplicare i suoi effetti soltanto nell'ipotesi in cui la sanzione penale (rectius: la sua complessiva afflittività) assorba (ove non sia, perciò, necessario il rispetto di un principio di gradualismo del globale apparato sanzionatorio) completamente il disvalore della condotta antigiuridica rilevante sul piano penale ed amministrativo, offrendo, perciò, piena tutela all'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari*";

II: "*qualora la sanzione penale irrogata e divenuta definitiva [...], si dovesse ritenere già proporzionata ai reati commessi in ordine agli stessi fatti su cui è stato intrapreso anche il procedimento sanzionatorio amministrativo, andrebbe applicato il principio del "divieto del ne bis in idem", in virtù della circostanza che qualsiasi aggravamento in sede sanzionatoria "amministrativa" (ma la cui "pena" è sostanzialmente equiparabile a quella propriamente penale) rappresenterebbe una violazione di tale divieto, proprio per effetto del mancato rispetto del criterio della proporzione afflittiva tra cumulo sanzionatorio e fatti commessi*".

III: "*Diversamente, ovvero nell'eventualità in cui non si dovessero ritenere sussistenti le condizioni per una valutazione di adeguatezza e proporzionalità (assorbenti) della già irrogata sanzione conseguente alla sopravvenuta condanna definitiva in sede penale, deve rilevarsi che è demandato allo stesso giudice di merito riconsiderare tutti gli aspetti della complessiva vicenda (con particolare riferimento a quelli soggettivi ed oggettivi, al superamento del grado di lesione degli interessi giuridici protetti e all'entità del danno causato) per un intervento "proporzionalmente" riduttivo della misura delle sanzioni pecuniarie e personali applicate con la delibera Consob*".

Ciò premesso, Cass. Sez. 2, 17 dicembre 2019, n. 33426, ha accolto il ricorso "*limitatamente alla rivalutazione dell'impianto sanzionatorio, demandando al giudice di rinvio di procedere alla indicata verifica in ordine alla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato al ricorrente con riferimento alle sanzioni pecuniarie e a quella personale [...], valutando, tra l'altro, l'incidenza dei fatti sull'integrità e trasparenza del mercato finanziario e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, ma anche la complessiva condotta osservata dal ricorrente, alla stregua dei principi precedentemente evidenziati di derivazione dalle Corti europee*".

Sembra di poter concludere, dunque, quanto al "doppio binario" punitivo tipico degli abusi di mercato, che il divieto del *bis in idem*, divenuto ormai garanzia sostanziale, è posto dalla giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di cassazione a presidio della proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulato, in modo che esso non divenga irragionevole.

Non di meno, la dottrina, che pur plaude al legame tra giudizio di valore sulla proporzionalità della sanzione complessiva e principio del *ne bis in idem* a valenza sostanziale, avverte come esaurire il contenuto del secondo nella portata del primo, oltre a contaminare il principio con la carenza di predeterminazione e di certezza del canone di proporzione ed a ridurlo in un meccanismo compensativo, impoverisce il divieto stesso del *bis in idem*, il quale intende scongiurare, prima ancora che la duplice sanzione, il concorso apparente di norme e la duplice qualificazione giuridica del medesimo fatto.

5. I ‹‹non bis in idem›› – Al di fuori dei settori, per così dire, "classici" delle sanzioni tributarie e degli abusi di mercato, la giurisprudenza civile della Corte di cassazione non ha mai ravvisato altre ipotesi in cui potesse operare il divieto del bis

in idem di derivazione eurounitaria e convenzionale

Così, Cass. Sez. 2, 15 aprile 2019, n. 10459, ha escluso che integrasse una violazione del principio del *ne bis in idem la "doppia punibilità" stabilita dall'art. 3 della l*egge 23 dicembre 1986, n. 898, in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo, cumulandosi alla sanzione penale la sanzione amministrativa pecuniaria pari all'importo della erogazione indebitamente percepito. Tale sanzione pecuniaria non sarebbe, infatti, equiparabile a quella penale "per qualificazione giuridica, natura e grado di severità".

Generalmente negativa è la risposta delle sentenze in punto di ravvisabilità della violazione del *bis in idem* con riguardo alle sanzioni disciplinari, in dichiarata adesione alla giurisprudenza della Corte E.D.U., che convintamente estromette le stesse dalla "*matière pénal*", giacché riservate "ad un gruppo ristretto e determinato di individui", ovvero alla sola tutela della "*profession's reputation*".

Cass. Sez. 2, 3 febbraio 2017, n. 2927, in ordine ad un giudizio disciplinare nei confronti di un notaio, sanzionato penalmente per i medesimi fatti a titolo di peculato e truffa, negò la violazione del principio del *ne bis in idem* in ordine alla irrogazione dalla misura della sospensione dalla professione, evidenziando come la sanzione disciplinare inflitta non rivelasse natura sostanzialmente penale, atteso che il precetto deontologico ha come destinatari gli appartenenti a un ordine professionale ed è preordinato all'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti assegnati al professionista dall'ordinamento.

Nello stesso senso, Cass. Sez. Un. 20 novembre 2018, n. 29878, la quale, a proposito della sanzione disciplinare della radiazione inflitta ad un avvocato, già perseguito in sede penale per la stessa condotta, ha ribadito la diversità di finalità, intensità ed ambiti di applicazione della sanzione disciplinare e di quella penale, ed ha smentito la violazione del principio del *ne bis in idem,* sempre confutando la natura sostanzialmente penale della infrazione deontologica.

Anche Cass. Sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485, giudicando sulla legittimità della sanzione disciplinare disposta a carico di un pubblico dipendente, condannato in sede penale per i reati di truffa aggravata e di peculato, ha negato che le sanzioni disciplinari inflitte dal datore di lavoro abbiano natura penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del protocollo 7 della CEDU, "*perché il potere disciplinare non è espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica e nei rapporti disciplinati dal d.lgs. n. 165 del 2001, ha natura privatistica-contrattuale. La sanzione disciplinare, infatti, è strettamente correlata al potere direttivo del datore di lavoro, inteso come potere di conformazione della prestazione alle esigenze organizzative dell'impresa o dell'ente, potere che*

comprende in sé quello di reagire alle condotte del lavoratore che integrano inadempimento contrattuale. La previsione della sanzione disciplinare non è posta a presidio di interessi primari della collettività, tutelabili erga omnes, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, sicché l'interesse che attraverso la sanzione disciplinare si persegue, anche qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dal rapporto". Cass. Sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485, avvertiva, peraltro, come diversa sia la questione ove venga attivato un nuovo procedimento disciplinare in relazione ad addebiti già sanzionati dal datore di lavoro, in tal caso operando il divieto del *ne bis in idem* fra procedimenti disciplinari avviati per le medesime condotte, non già fra processo penale e procedimento disciplinare.

Il criterio operativo, che ravvisa *a priori* nelle sanzioni disciplinari una natura inevitabilmente preventiva ed esclusivamente settoriale, lascia perplessa parte della dottrina, la quale contesta l'esclusione dall'ambito del "sostanzialmente penale" quanto meno quelle misure che comportano una esclusione pressoché totale dal contesto sociale di riferimento.

6. Come "entra" il bis in idem nel giudizio civile di cassazione? – Nessuna delle decisioni citate affronta in modo esplicito il problema di come possa fare ritualmente ingresso nel giudizio civile di legittimità la deduzione della violazione del bis in idem

Una decisione (Cass. Sez. 2, 17 dicembre 2019, n. 33426) afferma, tra le righe, che la sentenza penale che abbia irrogato una condanna penale per lo stesso fatto alla parte del giudizio civile di cassazione possa poi essere ivi "depositata ai sensi dell'art. 372 c.p.c.".

Altra sentenza (Cass. Sez. 2, 3 febbraio 2017, n. 2927) assimilava la pregressa condanna penale ad un "giudicato esterno" e perciò stigmatizzava il difetto di specificità del motivo di ricorso che lamentava il *ne bis in idem*: "*il ricorso avrebbe dovuto trascrivere o riassumere quanto meno stralci significativi della decisione passata in giudicato in modo da dimostrare la identità tra i fatti accertati nel giudizio penale e quelli oggetto del presente procedimento disciplinare, così da consentirne alla Corte di Cassazione la verifica. Il che non è avvenuto nella specie [...] e sarebbe stato tanto più necessario se si considera [...] che, secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo, il*

divieto del bis in idem ovvero di emettere plurime condanne per lo stesso fatto a seguito di due procedimenti penali postula la perfetta coincidenza del fatti storici, che integrano la condotta oggetto dell'illecito [...].

Nelle sezioni civili della Corte di cassazione non sembra, dunque, ancora aperto un dibattito chiaro sulla rilevabilità della preclusione da *ne bis in idem* nel giudizio civile di legittimità, dibattito che è invece assai risalente nella giurisprudenza penale, per lo più assestata nel senso che non può essere effettuato per la prima volta dinanzi alla Suprema Corte un accertamento sull'identità del fatto sanzionato con la prima condanna e di quello oggetto della seconda incolpazione.

Ora, la sentenza penale intervenuta nel corso del giudizio di merito concernente la sanzione "sostanzialmente penale", deve essere fatta valere, ai fini preclusivi del *bis in idem*, in quella sede, e la decisione resa in proposito è impugnabile sul punto con il ricorso per cassazione.

Se, invece, la condanna penale sia intervenuta dopo la conclusione del giudizio di merito, la relativa sentenza potrebbe dirsi sottratta al divieto di produzione posto dall'art. 372 c.p.c., ma se intesa a far valere la successiva formazione del giudicato, e perciò riconducibile alla categoria dei documenti riguardanti l'ammissibilità del ricorso.

Nel caso, tuttavia, di sentenza penale di condanna sopravvenuta a quella civile impugnata, che si intenda allegare nel processo di cassazione per ottenere, piuttosto, una rivalutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità della sanzione amministrativa *sub iudice* alla luce di quella già inflitta, ovvero per contestare il mancato coordinamento tra i due procedimenti sanzionatori, essa deve intendersi volta all'affermazione o alla negazione di fatti materiali, ovvero a valutazioni di stretto merito di regola non deducibili nel giudizio di legittimità, sicché la produzione della sentenza penale sembra altresì estranea all'ambito previsionale dell'art. 372 c.p.c.

Riguardo, tuttavia, a questi profili prettamente processuali del *ne bis idem*, conviene forse qui concludere che semmai vi sarà poi un momento più opportuno per parlarne, mentre ora vi è soltanto tempo per tacere.

[1] Relazione svolta nel corso dell'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Scuola della Magistratura presso la Corte di Cassazione in data 19 febbraio 2020 sul tema ***IL DIVIETO DI BIS IN IDEM: PUNTI FERMI E PROFILI PROBLEMATICI CORTI***

NAZIONALI E CORTI SOVRANAZIONALI A CONFRONTO.