

UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE
RELAZIONE DI ORIENTAMENTO

NE BIS IN IDEM
PERCORSI INTERPRETATIVI E RECENTI APPRODI
DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: **1. PREMessa.** - **2. IL *NE BIS IN IDEM*: CARATTERI ED EVOLUZIONE DI UN PRINCIPIO FONDAMENTALE.** - **3. LO STATO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SUL *NE BIS IN IDEM*.** - **3.1. ...SEGUE: LA GIURISPRUDENZA DI MERITO.** - **4. LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA *A E B C. NORVEGIA: REVIREMENT* O EVOLUZIONE?** - **5. LA CENTRALITÀ DEL CONCETTO DI *IDEM FACTUM* NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA ED EUROPEA E LA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 200 DEL 2016.**

1. PREMessa.

Gli ultimi anni sono stati segnati da una rinnovata attenzione da parte di giurisprudenza e dottrina per il principio del *ne bis in idem*, sotto la pressante spinta delle pronunce delle Corti europee che si sono succedute sul tema.

Le sentenze della Corte di Giustizia europea *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, C-617/10 e quella della Corte EDU del 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia* (cui hanno fatto seguito altre pronunce della Corte di Strasburgo di analogo contenuto e tenore), pur con alcune non irrilevanti differenze, hanno posto con forza sulla scena europea e nazionale canoni di applicazione del principio - stabilito dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)¹, all'art. 50, e dal Protocollo aggiuntivo alla CEDU n. 7, all'art.4 - che sembrano proiettarlo verso una massima espansione.

Espansione determinata dal concetto di *matière pénale* inteso in chiave sostanzialistica ed alla pressoché analoga declinazione dei criteri di individuazione dell'*idem factum* stabiliti negli arresti delle due Corti europee, con l'univoca attenzione rivolta all'identità fattuale e concreta di condotta ed elementi di contorno di essa, pur nelle diverse sfumature definitorie.

La sentenza *Grande Stevens* aveva stabilito con nettezza che uno stesso fatto non potesse essere sanzionato due volte, dapprima nel procedimento amministrativo in materia di abusi di mercato (ex art. 187 *ter* d.lgs. n. 58 del 1998), caratterizzato da una tale afflittività del peso della sanzione da essere senza dubbio ricompreso nella "materia penale" individuata secondo i criteri di *Engel*, e quindi, successivamente, in un procedimento penale sorto sugli stessi fatti, in base al reato di cui all'art. 185 d.lgs. n. 58 del 1998. A questa pronuncia altre ne erano seguite

¹ Nota anche come **Carta di Nizza**, proclamata il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007, alla quale il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, ha conferito carattere giuridicamente vincolante e lo stesso valore dei Trattati istitutivi dell'UE.

del medesimo tenore, con riguardo a sistemi di doppio binario sanzionatorio presenti negli ordinamenti dei diversi Stati dell'Unione, soprattutto nella materia fiscale (cfr. le sentenze della Corte EDU *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014; *Lucky c. Svezia* del 27 novembre 2014 e *Kiivari c. Finlandia* del 10 febbraio 2015).

Tanto che parte della dottrina auspicava che fosse giunto oramai il momento, per il nostro legislatore, di metter mano ad alcuni degli ambiti normativi ove maggiormente si registravano criticità sotto il profilo della possibile duplicazione dell'illecito, previsto sia nella disciplina penale che in quella non formalmente ma "sostanzialmente" tale². Tra questi, ovviamente, tutti i settori nei quali, per scelta di politica giudiziaria, si doppia l'illecito penale con un omologo amministrativo (o viceversa), dagli abusi di mercato al diritto penale tributario.

2. IL NE BIS IN IDEM: CARATTERI ED EVOLUZIONE DI UN PRINCIPIO FONDAMENTALE.

Come è noto, il divieto di doppio giudizio, nella sua accezione sostanziale ed in quella processuale, come diritto a non essere puniti o giudicati due volte per lo stesso fatto, è concetto che implica e sottende principi fondamentali costitutivi degli ordinamenti di tutti gli Stati democratici: tra questi, l'interesse di valenza collettiva alla certezza del diritto, attuata anche mediante le statuizioni degli organi giurisdizionali, e la finalità di evitare che le pronunce di tali organi siano sottoposte ad eventuali, continue verifiche che le rendano cronicamente afflitte dal carattere dell'incertezza; la garanzia dei diritti dell'individuo sottoposto a procedimento penale, che non deve trovarsi illimitatamente esposto per lo stesso fatto alla pretesa punitiva dello Stato; le esigenze di economia processuale tese ad evitare un inutile spreco di risorse per l'accertamento di vicende già definite.

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo individuato i valori che sovrintendono alla opzione normativa del *ne bis in idem*, indicandolo come un principio di civiltà giuridica di generalissima applicazione, pena, in caso contrario, la precarietà nel godimento delle libertà

² Per tutti, cfr. la ricostruzione di G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in Rivista delle società, fasc. 5, 2015, p. 868 e ss.; ID., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* (« *Materia penale* », *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*), in Rivista delle società, 2014, 953 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in Dir. pen. e processo, 2015, 82 ss.. Inoltre, specificamente in tema di reati tributari, cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in Diritto Penale Contemporaneo del 11 dicembre 2014; in tema di abusi di mercato, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in Diritto Penale Contemporaneo del 17 settembre 2015 e G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in Dir. pen. cont. - Riv. trim., n. 3-4/2014, p. 218. Si esprime, altresì, per una necessità di ridimensionare il ricorso a sistemi di doppio binario da parte del legislatore italiano, anche A. VALSECCHI, *Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento di ritenute previdenziali*, nota a commento di Sez. 3, n. 31378 del 14/1/2015, in Diritto Penale Contemporaneo del 21 settembre 2015. Cfr. anche, sul tema, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in Giur. comm., 2014, V, 855; VIGANO, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in Diritto penale contemporaneo, Riv. trim., 3-4, 2014; ID. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in Diritto Penale Contemporaneo, 8 febbraio 2016, p. 9.

connesse allo sviluppo della personalità individuale (cfr. da ultimo la sentenza Corte cost. n. 200 del 2016 e, prima, l'ord. n. 150 del 1995 dei giudici delle leggi)³.

Si è collegato il principio del *ne bis in idem* agli artt. 24 e 111 Cost. e si è affermata la sua particolare pregnanza proprio ed in particolare nella materia penale (v., rispettivamente, l'ordinanza n. 501/2000 e la sentenza n. 284/2003 della Corte costituzionale).

La Corte costituzionale, poi, ha costantemente seguito le vicende dell'evoluzione interpretativa del principio del *ne bis in idem* nel diritto vivente disegnato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e da quella, oramai sempre più presente, delle Corti Europee - CEDU e Corte di Giustizia -, pronunciandosi ultimamente su questioni di estrema attualità.

I giudici costituzionali sono stati chiamati in campo, in particolare, dai giudici nazionali per sciogliere nodi di compatibilità e coordinamento tra le disposizioni interne - prima tra tutte l'art. 649 cod. proc. pen. - e quelle di ordine sovranazionale che adottano il principio: l'art. 50 CDFUE e l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, nell'accezione accolta dalla giurisprudenza europea, che allarga il concetto di *matière pénale* guardando alla "sostanza" dell'illecito, prescindendo dal *nomen* e valutando la reale carica afflittiva della sanzione per determinarne la natura penale.

Ebbene, se da un lato la sentenza Corte cost. n. 200 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale proprio dell'art. 649, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussista un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale, dall'altro, la sentenza Corte cost. n. 102 del 2016 ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità proposte dalle ordinanze di due Sezioni della Cassazione, la Quinta Penale e la Sezione Tributaria civile⁴, che avevano ad oggetto la vigente disciplina sanzionatoria prevista dal T.U.F. (il d. lgs. n. 58 del 1998) e ne avevano ravvisato possibili violazioni del principio sovranazionale del *ne bis in idem*, declinato secondo l'interpretazione della Corte EDU più recente.

Occorre ricordare, altresì, la sentenza n. 49 del 2015 Corte cost.⁵, che ha fissato alcuni paradigmi di compatibilità nel rapporto illecito penale-illecito amministrativo, assai utili per ragionare intorno alla loro interazione in materie regolate da discipline che adottano un sistema di "doppio binario", nel quale frequentemente possono verificarsi momenti di frizione rispetto alla tenuta complessiva dell'opzione di *ne bis in idem*.

La Corte ha affermato, infatti, che, in relazione al diritto interno, l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che essere attinente alla sfera del più ampio grado di

³ In precedenza, v. le sentenze nn. 1 del 1969 e 219 del 2008 Corte cost.; sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto penale in termini di garanzia personale attinente alla sfera dei diritti individuali, v. le sentenze Corte cost. nn. 381/2006, 230/2004, 6/1976, 69/1976, 1/1973 e 48/1967.

⁴ Le ordinanze sono: Sez. 5, n. 1782 del 10/11/2014, dep. 2015, Chiarion e Cass. civ. Sez. trib. N. 950 del 21/1/2015, Rv. 634956-01, sulle quali si tornerà al par. 2.

⁵ La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale ha anche assunto rilevante importanza per aver elaborato la nozione (fondamentale dal punto di vista sistematico) di *diritto vivente europeo*. Secondo i giudici delle leggi una sola pronuncia (il caso riguardava la materia della confisca senza condanna e la sentenza Corte EDU *Varvara c. Italia*, del 29 ottobre 2013) non corrisponde ad un *dictum* di orientamento consolidato della Corte EDU e non può assurgere, dunque, a voce dell'interpretazione convenzionale vincolante secondo il parametro di cui all'art. 117 Cost.

discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti migliori per perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri, corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire.

I giudici costituzionali hanno evidenziato, inoltre, come la giurisprudenza della Corte EDU abbia elaborato i suoi peculiari indici per qualificare una sanzione come "pena" ai sensi dell'art. 7 della CEDU con la finalità di scongiurare che vasti processi di decriminalizzazione possano avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU, mentre non ha inteso, con ciò, porre in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori ritenuti più adeguati.

Fissati tali canoni di ragionamento generali, appare chiaro che il problema principale profilatosi all'interprete sinora sia consistito non già nella individuazione delle ragioni che motivano la scelta normativa per il divieto di *bis in idem* - scelta condivisa oramai diffusamente anche a livello sovranazionale - bensì abbia riguardato la nozione di *idem factum*, da un lato, e quella di *matière pénale* dall'altro.

Sono questi i due poli intorno ai quali si è giocata sinora la partita della maggiore o minore espansione dell'operatività del principio e della sua stessa definizione.

E tuttavia, un nuovo parametro valutativo ha fatto recentemente irruzione nella giurisprudenza della Corte EDU, grazie alla sentenza *Grande Chambre, A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016: la *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* tra i due procedimenti.

Lo scenario, dunque, si evolve e cambia rispetto a quello disegnato dopo la sentenza della Corte EDU nell'*affaire Grande Stevens c. Italia*, del 4 marzo 2014, in seguito alla quale l'attenzione era stata, forse, maggiormente focalizzata sull'argomento dei confini della nozione di *matière pénale*.

Negli ultimi due anni molto si è ragionato, in giurisprudenza e dottrina, sul fatto che da tempo oramai le Corti Europee andavano costruendo un sistema penale coniugato secondo schemi sostanzialistici e non determinato dal classico principio di legalità formale del quale si nutre il nostro universo penale, costruito intorno all'assioma secondo cui l'illecito penale è tale se ad esso segue una sanzione che sia formalmente inserita nell'alveo normativo delle "pene".

Da oggi in poi, tuttavia, la rimeditazione della garanzia convenzionale operata dalla Corte EDU impone di ampliare la prospettiva di verifica oltre le categorie della "materia (sostanzialmente) penale" e dell'identità del fatto, pur rimanendo fondamentale - beninteso - definire tali concetti e farli *vivere* nei casi concreti.

Ciò posto, non c'è dubbio che da oltre cinquant'anni, ormai, la giurisprudenza europea ha avuto la costante e ragionevole preoccupazione di evitare che gli Stati, attraverso il 'classico' espediente dell'*Etikettenschwindel* (la cd. truffa delle etichette), si sottraessero alle garanzie

convenzionali (dettate dagli artt. 6§1 della CEDU, dall'art. 4 Protocollo n. 7 e dall'art. 50 della CDFUE) in materia di diritto e processo penale, qualificando come 'amministrative' sanzioni che avessero, invece, tutta la sostanza (e la carica lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo) di una vera e propria pena.

I criteri specifici, anche alternativi, che guidano l'individuazione della "*matière pénale*" sono stati enucleati in numerose pronunce delle Corti europee, delineando i contorni di un illecito di natura "convenzionalmente penale" oramai stabile nella sua nozione⁶; i *criteri di Engel* riferiscono il carattere penale di una norma di diritto interno alla qualificazione giuridica della misura sanzionatoria nell'ordinamento nazionale; alla natura dell'illecito; alla natura ed al grado di severità della sanzione (si segnalano, tuttavia, alcune differenze tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia europea, in particolare, nel confronto tra le pronunce *Fransson* e *Grande Stevens*, laddove la prima sembra prospettare una posizione maggiormente possibilista ad ammettere in via generale la combinazione di sanzioni fiscali e penali, con obbligo di verifica in concreto da parte del giudice della natura di doppia sanzione penale, valutando il peso afflittivo del cumulo).

Inoltre, si è affermato in astratto che l'alternatività dei criteri ermeneutici enucleati non impedisce di adottare un approccio unitario se l'analisi separata di ciascuno di essi non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «*accusa in materia penale*» (sul punto, molto rilevanti le pronunce Corte europea diritti dell'uomo 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia* [GC], e Corte europea diritti dell'uomo 31 luglio 2007 *Zaicevs c. Lettonia*).

Si è così giunti alla pronuncia del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, con la quale – è noto – a finire sul banco degli imputati della Corte EDU è stato il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato ed il rapporto di duplicazione tra le sanzioni irrogate dalla CONSOB e quelle possibili all'esito del processo penale avviato sugli stessi fatti: anche qui, la concezione "ampia" di materia penale letta nel prisma della Convenzione è stata ribadita. A tale pronuncia sono seguite altre dello stesso tenore (Corte EDU 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; Corte EDU 27 novembre 2014, *Lucky c. Svezia*).

Identici approdi, avuto riguardo alla delimitazione del concetto di materia penale, sono stati da ultimo ribaditi anche dalla più recente tra le sentenze della Corte EDU, e cioè proprio la pronuncia della *Grande Chambre*, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, con cui, sebbene – come vedremo – si sia compiuta una sensibile rimodulazione delle ultime enunciazioni della Corte di Strasburgo quanto all'operatività del principio di *ne bis in idem*, si è in ogni caso optato per la riaffermazione della piena validità dei criteri *Engel*; ciò

⁶ I criteri affermati dalla sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976 *Engel c. Paesi Bassi* sono stati molto ben chiariti, ad esempio, anche dalla Corte di Giustizia Europea, nella sentenza Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda e nella citata *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, C-617/10.

Inoltre, la Corte EDU, dopo la pronuncia *Engel*, ha più volte ribadito che il criterio della qualificazione formale non è da ritenersi decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e del rilievo di violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore null'altro che relativo: cfr. C.EDU 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania* [GC], e, soprattutto, Corte europea diritti dell'uomo 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*.

nonostante gli argomenti spesi da alcuni governi intervenuti, che invitavano la Corte ad adottare, in sede di interpretazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU, un approccio più restrittivo quanto alla determinazione della materia penale rispetto a quello utilizzato, in particolare, in relazione all'art. 6 CEDU (cfr. § 106 della sentenza).

Permane aperta, dunque, la questione sull'individuazione dell'ambito di espansione della *matèrie pénale* nel nostro diritto interno, in cui, la combinazione tra l'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale ancora la nozione di illecito penale ad un criterio di stretta legalità formale, in un sistema che stabilisce la riferibilità della qualificazione di una norma come penale al fatto che essa sia formalmente ed espressamente prevista come reato da una legge ed accompagnata da una sanzione catalogabile nel novero delle "pene".

Appare abbastanza naturale, quindi, che la discrasia evidenziatasi tra interpretazione convenzionale di ciò che deve ritenersi illecito penale e ciò che, invece, non rientra in tale categoria secondo il diritto interno del nostro Stato abbia prodotto una serie di "corti circuiti" nella giurisprudenza interna di merito e di legittimità negli ultimi anni.

Da tale situazione sono scaturiti provvedimenti di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, oltre che questioni di legittimità costituzionale per violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., ma ne sono derivate anche decisioni di robusta contrarietà a qualsiasi "inquinamento" del paradigma legale di illecito penale con i criteri sostanzialistici dettati in campo europeo dalle Corti di Lussemburgo e, soprattutto, di Strasburgo; non sono mancate, peraltro, aperture di una minima parte della giurisprudenza di merito verso un'accezione di matrice "europeista" della sanzione penale, con adesione ai cd. "criteri di Engel" ed applicazione diretta della giurisprudenza europea, dichiarando la sussistenza del *ne bis in idem* tra ipotesi di illecito penale ed illecito amministrativo di natura "sostanzialmente penale" dal punto di vista dell'afflittività sanzionatoria.

3. LO STATO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SUL *NE BIS IN IDEM*.

La giurisprudenza di legittimità ha mostrato più volte di interessarsi alla questione della valutazione in chiave convenzionalmente orientata del principio del *ne bis in idem*, rimanendo ferma, di fondo, nella considerazione tradizionale che, nel nostro sistema improntato ad una concezione legale del reato, il principio sancito dall'art. 649 cod. proc. pen. ed il divieto di un doppio giudizio non possano che riferirsi alla categoria degli illeciti penali.

Sul punto, chiarissime:

- Sez. 1, n. 19915 del 17/12/2013, dep. 2014, Gabetti, Rv. 260686, che ha affermato come l'azione penale non sia preclusa, ai sensi dell'art. 649 cod. proc. pen., in seguito alla irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto per il quale si procede, proprio nella vicenda oggetto della sentenza CEDU *Grande Stevens c. Italia*;

- Sez. 3, n. 25815 del 22/6/2016, Scagnetti, Rv. 267301, secondo cui non si applica il principio del "ne bis in idem", previsto dall'art. 649 cod. proc. pen., nel caso di procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto per il quale sia stata già irrogata una sanzione

amministrativa di natura "sostanzialmente penale" secondo l'interpretazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU adottata dalla Corte EDU fornita dalle sentenze *Grande Stevens c. Italia*, cit., e *Engel c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976 (la fattispecie era riferita al reato ex art. 10 *ter* D.Lgs. n. 74 del 2000, in cui la Corte, pur ravvisando il difetto di prova della definitività della sanzione amministrativa tributaria⁷, ha chiarito che il giudice di merito avrebbe eventualmente dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU piuttosto che dichiarare il non doversi procedere);

- Sez. 4, n. 9168 del 6/2/2015, Meligeni, Rv. 262445, che ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 68 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sollevata in riferimento agli artt. 117 Cost. e 6 CEDU, giacché il comma primo ed il comma primo *bis* di tale disposizione sanzionano condotte diverse, rilevanti in sede, rispettivamente, penale ed amministrativa, sicché non è configurabile alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* nel caso in cui la condanna penale intervenga successivamente all'applicazione della sanzione amministrativa.

Sotto specifici profili, si richiamano:

- Sez. 3, n. 31378 del 14/1/2015, Ghidini, Rv. 264332, che ha escluso la violazione del principio di *ne bis in idem* in caso di condanna per il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, di cui all'art. 2, comma primo *bis*, D.L. 12 settembre 1983, n. 463 (conv. in l. 11 novembre 1983, n. 638), di soggetto già condannato alla "sanzione civile", prevista dall'art. 116, comma ottavo, lett. a), della legge 23 dicembre 2000, n. 388, per mancato o ritardato pagamento dei contributi, in quanto tale ultima sanzione, avendo effetti riparatori nei confronti dell'INPS, ha natura sostanzialmente, e non solo formalmente, civilistica;

- in un caso peculiare, Sez. 3, n. 36350 del 23/3/2015, Bertini, Rv. 265636, che ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., per violazione degli artt. 24 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione EDU, nella parte in cui non prevede l'applicazione del principio del "ne bis in idem" anche quando, dopo un procedimento disciplinare davanti agli organi della giustizia sportiva conclusosi con l'applicazione di una sanzione, faccia seguito per lo stesso fatto l'attivazione di un procedimento penale in senso stretto (escludendosi, altresì, la stessa natura amministrativa della sanzione in parola che non esercita alcuna efficacia al di fuori dell'ordinamento di settore);

- in materia di responsabilità da reato degli enti, Sez. 2, n. 13901 del 25/2/2016, Castiglioni, Rv. 266669 ha affermato che non sussiste la preclusione all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 649 cod. proc. pen., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso

⁷ La Suprema Corte ha sottolineato la non deducibilità della questione del *ne bis in idem* nel caso in cui non vi sia prova della definitività della sanzione amministrativa anche in: Sez. 3, n. 48591 del 26/4/2016, Pellicani, Rv. 268493; Sez. 3, n. 19334 del 11/2/2015, Andreatta, Rv. 264809.

fatto, di una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente "penale" ai sensi dell'art. 7 CEDU, allorquando non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa.

E' stata poi esclusa qualsiasi applicabilità dei principi della sentenza *Grande Stevens* alla materia delle misure di prevenzione (Sez. 2, n. 26235 del 4/6/2015, Friolo, Rv. 264387), poiché esse non hanno natura, anche solo sostanzialmente, penale, per la stessa elaborazione della giurisprudenza CEDU, la quale ne sottolinea la funzione di provvedimenti diretti ad impedire la commissione di atti criminali e non a sanzionare la realizzazione di questi ultimi.

In altri casi, la Corte di cassazione ha chiesto l'intervento della Corte costituzionale per verificare la possibilità di un'interpretazione dell'art. 649 cod. proc. pen. convenzionalmente compatibile ovvero una via d'uscita alle criticità postesi in materia di illeciti di *market abuse* che passasse attraverso l'ampliamento dell'operare del principio di specialità (cfr. ord. Sez. 5, n. 1782 del 10/11/2014, dep. 2015, Chiarion⁸ e Cass. civ. Sez. tributaria, ord. n. 950 del 21/1/2015, Rv. 634956-01).

Le questioni sollevate sono state tutte dichiarate inammissibili dai giudici costituzionali con la sentenza n. 102 del 2016.

La prima delle due questioni di legittimità costituzionale proposte dalla Quinta Sezione penale è stata dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza ed era relativa all'art. 187-*bis* co. 1, D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), nella parte in cui la disposizione impugnata prevede «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» anziché, come sarebbe stato meglio per evitare duplicazioni tra sanzioni (quella penale è prevista dall'art. 185 TUF), «*Salvo che il fatto costituisca reato*» in ossequio al principio di specialità; la Corte costituzionale ha, in proposito, rilevato che, in base alla consolidata giurisprudenza europea, il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale, pur potendo risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, sottolineando, tuttavia, che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU.

La seconda questione aveva ad oggetto l'art. 649 cod. proc. pen. 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, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale*" ed è stata dichiarata inammissibile per il "*carattere perplessivo della motivazione sulla sua non manifesta infondatezza*" (i giudici delle leggi hanno ritenuto che l'accoglimento della questione avrebbe condotto ad una soluzione di incerta

⁸ Si rammenti che il giudizio riferito al processo *a quo* non si è tuttora concluso, poiché la Corte di cassazione, dopo la pronuncia della Corte EDU del novembre 2016, ha deciso di rinviarlo a nuovo ruolo, in attesa della traduzione ufficiale della sentenza *A e B c. Norvegia*.

compatibilità con la Costituzione, poiché sarebbe stato casuale -e legato solo alla constatazione della prima irrevocabilità- il tipo di risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, che l'intervento additivo richiesto alla Corte costituzionale avrebbe prodotto, non essendo possibile che i giudici delle leggi fissassero ordini di priorità o altre forme di coordinamento tra i due procedimenti).

Infine, la questione proposta dalla Sezione Tributaria della Cassazione civile, riguardante l'art. 187-ter T.U.F. (nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 T.U.F. e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter T.U.F.) è stata dichiarata inammissibile per le "perplexità e la formulazione dubitativa della motivazione" dell'ordinanza, con incertezza anche rispetto all'ambito di intervento richiesto alla Corte costituzionale.

In altre ipotesi ancora, la Corte di cassazione ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea, ex art. 267 CDFUE, prima di decidere come orientarsi.

In particolare, Cass. civ. Sez. tributaria, ord. n. 20675 del 13/10/2016, in tema di sanzioni amministrative tributarie, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in via pregiudiziale, la questione se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, interpretato alla luce dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per il quale il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile e se, eventualmente, esso sia direttamente applicabile dal giudice nazionale. Sulla prima questione, la Corte richiede, in sostanza, di conoscere se l'art. 50 CDFUE vada interpretato nello stesso senso dell'art. 4 Prot. n.7 CEDU; sulla seconda, in verità, già i giudici di Lussemburgo erano stati chiari nella sentenza *Fransson* nell'affermare, al § 45 che *il giudice nazionale.. incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*".⁹

Anche Cass. civ. Sez. 2, ord. n. 23232 (nonché n. 23233) del 15/11/2016 si è determinata ad un rinvio pregiudiziale in un'ipotesi in cui il procedimento penale, normalmente successivo a quello amministrativo, si è concluso invece prima di questo e con una sentenza irrevocabile di assoluzione. La Cassazione chiede ai giudici di Lussemburgo se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vada interpretato nel senso che, in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, al giudice nazionale

⁹ Per un'analisi della sentenza *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, C-617/10 in parallelo con quella della Corte EDU del 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia* cfr. la Relazione del Massimario Penale n. 35 del 8 maggio 2014, pubblicata su *Diritto Penale Contemporaneo, on line*, nonché M. BRANCACCIO, *Il principio del ne bis in idem*, in *Corte di cassazione e Corti europee*, a cura dell'Ufficio del ruolo e del massimario della Corte di cassazione, pubblicato dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.

sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali; inoltre, si chiede se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti di pena posti dalla direttiva 2014/57/UE.

Entrambe le questioni sollevate dalla Cassazione civile sono pendenti alla Corte di Lussemburgo.

Sul piano delle affermazioni generali, deve evidenziarsi, altresì, una recentissima pronuncia, adottata in tema di estradizione dalla Cassazione penale: Sez. 6, n. n. 54467 del 15/11/2016, Resneli, Rv. 268931-32-33.

La decisione (riferita all'altro dei grandi ambiti applicativi del *ne bis in idem* europeo, quello del divieto di sottoporre una seconda volta a sanzione penale per i medesimi fatti, in uno degli Stati UE, un soggetto che sia stato già condannato definitivamente in un altro Paese europeo) ha, tra l'altro, stabilito che sussiste *ne bis in idem* nel caso in cui l'estradando risulti già giudicato e condannato da un Paese che sia terzo rispetto alla procedura di estradizione, ma membro dell'Unione Europea, poichè, in base all'art. 50 della Carta di Nizza, ciò che rileva rispetto alla procedura di estradizione è che la sentenza sia stata emessa da uno Stato appartenente all'Unione, nel cui ambito il diritto a non essere giudicato per la seconda volta deve essere fatto rispettare da ogni giudice nazionale che dell'Unione europea faccia parte.

La sentenza ha negato l'estradizione verso la Turchia di una persona già condannata in Germania per gli stessi fatti, con pena interamente espiata, rilevate anche le condizioni di violazione dei diritti dei detenuti e del diritto ad un giusto processo attualmente sussistenti nello Stato turco, in seguito ai provvedimenti governativi seguiti al fallito colpo di stato del luglio 2016. Alcune affermazioni in essa contenute assumono particolare interesse e rappresentano un punto di passaggio importante verso una sempre maggiore consapevolezza della portata dell'art. 50 CDFUE, collocato tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea e configurato come garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo ogni qual volta si sia formato un giudicato penale su un medesimo fatto nei confronti della stessa persona ed a prescindere dalla sua cittadinanza europea; importante l'indicazione di un preciso obbligo per il giudice nazionale di dare attuazione a tale garanzia, attraverso il riconoscimento delle sentenze emesse dagli altri giudici europei in materie che abbiano un collegamento con quelle di competenza del diritto dell'Unione.

L'art. 50 della Carta di Nizza assurge, così, nell'impostazione della sentenza e per la prima volta con tale chiarezza, al ruolo di canone normativo che conferisce a ciascun giudice nazionale il dovere e, contemporaneamente, il potere di far rispettare le decisioni giurisdizionali definitive di uno qualsiasi degli Stati membri dell'Unione, attuando direttamente e concretamente il principio del *ne bis in idem*.

3.1. ...SEGUE: LA GIURISPRUDENZA DI MERITO.

Una minima parte della giurisprudenza di merito si è spinta sino a dare diretta attuazione ai canoni di interpretazione della Corte EDU ed ha dichiarato il non doversi procedere ex art. 649 cod. proc. pen. in relazione a reati per i quali erano state già irrogate sanzioni amministrative di natura *sostanzialmente penale*, venendo, peraltro, smentita dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰.

Altra parte dei giudici di merito ha, invece, promosso anch'essa l'intervento della Corte costituzionale, invocando il parametro dell'art. 117 Cost., secondo l'insegnamento delle *sentenze gemelle* nn. 348 e 349 del 2007 Corte cost., ovvero ha sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea.

L'incidente di costituzionalità proposto dal Tribunale di Bologna (ord. del 21 aprile 2015) è stato deciso con l'ordinanza n. 112 del 2016, con cui la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza della questione alla luce delle modifiche legislative intervenute con la rilevante riforma dei reati tributari avutasi con l'entrata in vigore del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, che ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione, modificando alcune delle disposizioni prese in considerazione dal rimettente per ravvisare la violazione denunciata.

E', invece, tuttora pendente la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Monza in termini sostanzialmente quasi del tutto identici, dal punto di vista motivazionale, a quelli entro i quali era stata prospettata dalla Quinta Sezione penale della Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 1782 del 2105, cit., già dichiarata inammissibile. L'ordinanza del Tribunale, datata 30 giugno 2016, si innesta su un processo a carico di un soggetto imputato del reato di cui all'art. 5 d.lgs.74/2000 (omessa dichiarazione) per non aver presentato la dichiarazione annuale riguardante le imposte sui redditi e sul valore aggiunto, relativamente all'anno d'imposta 2008, e nei confronti del quale erano già state inflitte, per la medesima annualità e per le medesime imposte, sanzioni amministrative definitive, pari al 120% dei tributi non corrisposti.

Il Tribunale di Bergamo, con ordinanza del 16 settembre 2015, ha promosso questione pregiudiziale ex art. 267 CDFUE (iscritta nella causa C-524/15), chiedendo alla Corte di

¹⁰ Cfr. Tribunale Brindisi, 17 ottobre 2014, in tema di sanzioni penali e sanzioni disciplinari, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 438, con nota di M. L. Di Bitonto, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*; in *Giur. it.*, 2015, 215, con nota di N. Galantini, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*. Successivamente anche una sentenza del Tribunale di Asti del 10 aprile 2015 ha disposto di non doversi procedere, ex art. 649 c.p.p., in relazione a un fatto di omesso versamento di IVA (art. 10-ter d.lgs. 74/2000) per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative dall'amministrazione tributaria, con esiti peraltro immediatamente smentiti dalla Corte di cassazione che, chiamata a decidere il caso da un ricorso *per saltum* della Procura Generale della Corte d'Appello di Torino, con la sentenza citata n. 25815 del 2016, Scagnetti, ha annullato con rinvio la sentenza di primo grado, stabilendo, come già segnalato, che, in ogni caso, andava, eventualmente sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. per violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., secondo l'interpretazione delle "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007. Un'ulteriore decisione, del Tribunale di Terni, sentenza del 12 giugno 2015, ha dichiarato ex art. 529 c.p.p. "*di non doversi procedere per ne bis in idem* alla luce della giurisprudenza europea, in un caso ancora di omesso versamento dell'IVA ai sensi dell'art. 10 ter d.lgs. n. 74 del 2000, fondando la decisione sul principio di specialità stabilito, nel caso di specie, dall'art. 19 del citato d.Lgs.

Giustizia Europea se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA, materia questa eurounitaria, sulla quale la Corte di Giustizia è competente) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile; le norme coinvolte sono quella penale di cui all'art. 10 *ter* d.lgs n. 74 del 2000 e quella amministrativa sanzionatoria, di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 471 del 1997.

Risulta sollevato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo sul medesimo tema anche dal Tribunale di S. Maria Capua Vetere (causa C-217/15).

Entrambe le questioni sono tuttora pendenti, ma in quella sollevata dal Tribunale di Bergamo, la Grande Sezione della Corte di Giustizia, dinanzi a cui la causa è pendente, con ordinanza 25 gennaio 2017, ha riaperto la già in precedenza chiusa fase orale dinanzi alla Quarta Sezione, che aveva constatato la sopravvenuta "rilevanza delle questioni" che la sentenza CEDU *A e B c. Norvegia* del 15.11.2016 solleva "per quanto concerne l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" e, per tale motivo, aveva rimesso la questione alla Grande Sezione.

In proposito, deve rammentarsi che, precedentemente, il 15 aprile 2015, la Corte di Giustizia europea, con ordinanza, si era dichiarata "manifestamente incompetente" a rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Torino (ord. 27 ottobre 2014) in merito alla compatibilità con il principio europeo di *ne bis in idem* della previsione normativa interna di cui all'art. 10 bis d.lgs. n. 74 del 2000, che, ancora una volta in tema di reati tributari, consente di perseguire penalmente per omesso versamento delle ritenute d'imposta il soggetto che sia già stato sanzionato, per lo stesso fatto, con una decisione amministrativa irrevocabile che abbia irrogato una sovrattassa (ex art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997). La Corte di Giustizia ha rilevato che si tratta di questione che "concerne l'applicazione di disposizioni di diritto italiano .. in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione" (§ 28). In particolare, la Corte ha evidenziato come il procedimento principale - in materia, appunto, di violazioni tributarie relative alle imposte sul reddito - non vertesse affatto su una normativa nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, a differenza del citato precedente *Fransson* (C-617/10), che invece - concernendo violazione di obblighi in materia di IVA - aveva ad oggetto una normativa interna attuativa del diritto dell'Unione e, quindi, di competenza della giurisdizione della Corte di Lussemburgo.

Viene ribadito, in tal modo, il principio, già chiaramente espresso dall'art. 6, par. 1 TUE e dall'art. 51, secondo cui le disposizioni della CDFUE non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati; di conseguenza, "ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente in merito e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza" (§ 31); in un caso del genere, eventualmente dovrà farsi ricorso alla questione di costituzionalità, ove si ritenga la violazione del *ne bis in idem*.

4. LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA A E B C. NORVEGIA: REVIREMENT O EVOLUZIONE?.

Lo scenario attuale sembra, tuttavia, nuovamente e bruscamente essere mutato, rispetto al quadro sinora sinteticamente delineato, per l'intervento della *Grande Chambre* della Corte EDU che, con la sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016, n. 24130/11 (non ancora tradotta ufficialmente in lingua italiana), ha operato una significativa battuta d'arresto rispetto a quella che sembrava essere l'inarrestabile progressione espansiva delle maglie interpretative del *ne bis in idem*.

La Grande Camera, pur non sconfiggendo la propria giurisprudenza consolidata sulle nozioni di materia penale e di *idem factum*, utilizza, infatti, in tale recentissima pronuncia, una nuova chiave di valutazione per la verifica della sussistenza di una violazione del divieto di doppio giudizio nell'ordinamento interno di uno Stato membro, nel caso in cui ad una sanzione amministrativa definitiva si affianchi un procedimento penale per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona: **i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere – si dice – qualora si ritenga tra loro una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta"**.

La Corte EDU sembra non già mutare indirizzo circa i concetti consolidati di "materia penale" e *idem factum*, quanto piuttosto individuare una terza via – tutta sbilanciata su valutazioni di ordine processuale e procedimentale – per dirimere la questione sulla violazione del principio di *ne bis in idem*.

In particolare, vengono individuati alcuni parametri di riferimento concreto per valutare la sussistenza del nesso *temporale* e del nesso *sostanziale*: sotto il primo profilo, si ammette sia la conduzione parallela sia quella non coeva dei due procedimenti sullo stesso fatto, purché il soggetto sottoposto al doppio binario sanzionatorio non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale; sotto il profilo sostanziale, invece, i giudici europei individuano una serie di indicatori sintomatici della connessione richiesta per evitare il *bis in idem*. Sinteticamente, si richiamano: la diversa finalità dei procedimenti, la prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell'autore della condotta, la conduzione "integrata" dei procedimenti, in modo da evitare, "per quanto possibile", la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, la considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione inflitta nel primo, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

Se la pronuncia sia stata il frutto anche della rivalutazione di un'esigenza di maggior tutela degli interessi (soprattutto finanziari) dell'Unione, "protetti" negli Stati membri da sistemi di doppio binario sanzionatorio, sensibilmente messi in discussione nelle loro modalità operative dalle ultime pronunce della Corte EDU, non è dato sapere, ma la constatazione che ben sei Paesi UE (oltre alla Norvegia, direttamente coinvolta, anche Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera) si siano costituiti nel giudizio è quanto meno prova del fatto che i tempi erano probabilmente maturi perché i giudici di Strasburgo abbandonassero le ultime posizioni piuttosto intransigenti e, attingendo ad una parte della loro stessa

giurisprudenza passata, tentassero un componimento tra esigenze di tutela ed esigenze di garanzia, prendendo atto del panorama normativo europeo, in cui anche recentemente, da ultimo con la Direttiva 2014/57/UE, si è riaffermata la praticabilità e la legittimità dei sistemi a duplice intervento sanzionatorio.

La giurisprudenza europea è, dunque, tornata a far parlare di sé con la citata pronuncia della *Grande Chambre* della Corte EDU, che i primi commenti in dottrina hanno letto come un passo indietro rispetto agli approdi da ultimo raggiunti sul *ne bis in idem* interno dalla Corte di Strasburgo, o, comunque, come un loro "netto superamento" e che, attualmente, rappresenta una vera e propria ridefinizione di tale garanzia convenzionale: un'evoluzione della sua fenomenologia.

I ricorrenti privati hanno sostenuto dinanzi alla CEDU la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, per essere stati perseguiti e puniti due volte per lo stesso reato, affermando di essere stati sentiti dal pubblico ministero come testimoni per poi essere successivamente incriminati, di aver subito l'irrogazione di sanzioni tributarie e di averle pagate, di essere stati successivamente condannati nei procedimenti penali che ne erano seguiti per frode fiscale.

La decisione presa è stata nel senso che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta". Ciò pur in presenza, nel caso sottoposto al suo giudizio, di tutti i requisiti della sua recentemente consolidata giurisprudenza sul *ne bis in idem*, che, dunque, è stata ribadita anche quanto alla determinazione della materia penale. Nella specie, si è valutato, infatti, la presenza di una doppia sanzione - una amministrativa-fiscale, divenuta definitiva, l'altra penale - inflitta per una medesima condotta, rilevandosi, da un lato, l'afflittività "sostanzialmente" penale della sanzione fiscale inflitta (pari al 30% dell'importo evaso ed effettivamente pagata dai ricorrenti) e, contemporaneamente, la sostanziale identità del fatto posto al centro del procedimento amministrativo e di quello penale.

Quanto al profilo della valenza della disposizione convenzionale di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU rispetto al fatto che i procedimenti sanzionatori (amministrativo e penale) siano *consecutivi* piuttosto che *paralleli*, la Corte EDU non ha scelto una delle due opzioni, ammettendole entrambe, e ritenendo necessario valutare la prevedibilità, da parte del soggetto sottoposto, della sua possibile esposizione ad entrambi i procedimenti e ad entrambe le sanzioni e l'assenza di un pregiudizio sproporzionato e ingiusto a suo carico.

Nel caso specifico, la Corte ritiene che tra i due procedimenti, rispetto a ciascuno dei ricorrenti, si sia verificata una "connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta", che dimostra che essi formavano parte di un schema sanzionatorio integrato contro fatti di omessa dichiarazione al fisco dei propri guadagni (si sottolinea, tra l'altro, come l'amministrazione tributaria abbia basato la sanzione sulle dichiarazioni rese dagli interessati

nel procedimento penale, così come i giudici penali abbiano tenuto conto, nella commisurazione della pena, delle sanzioni già irrogate dall'amministrazione tributaria: cfr. § 146, 147 e 153).

Andando ad analizzare più nel dettaglio la motivazione, la Corte ha enunciato quelli che sembrano essere i suoi parametri di giudizio valutativi più recenti, ai quali i giudici nazionali potrebbero d'ora in poi far riferimento nelle decisioni sul *bis in idem* e dei quali si è già sinteticamente detto poc'anzi:

a) l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente approntare un sistema di risposte sanzionatorie a condotte socialmente offensive (come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale) costruito sulla base di procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato e siano collegate da un approccio normativo unitario e coerente (§ 121). In particolare, dall'art. 4 prot. 7 non può desumersi un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (pur se qualificabile come "sostanzialmente penale") per quei fatti di evasione fiscale che presentano un disvalore maggiore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, essendo stati commessi con una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura "amministrativa" (§ 123);

b) la verifica che compete alla Corte deve avere ad oggetto la strategia sanzionatoria adottata da ogni singolo Stato: se essa risulta il "prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria" (§ 122), allora deve escludersi la violazione del principio di *ne bis in idem*;

c) il criterio della "*sufficiently close connection in substance and time*" - già presente nella precedente giurisprudenza CEDU ed adottato dagli stessi giudici supremi norvegesi (§ 125) - rappresenta il canone di valutazione primario scelto dalla Corte per la verifica della sussistenza o meno del *bis in idem*;

d) alla base della verifica deve esserci la consapevolezza che è necessario operare un conveniente bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità a prevedere un approccio calibrato ad una sanzione 'integrata', frutto degli interventi di distinte autorità (amministrative e giurisdizionali penali);

e) i procedimenti di doppio binario sanzionatorio possono correre paralleli (anche se la Corte auspica sistemi normativi nei quali le sanzioni, pur distinte, possano essere inflitte nell'ambito di uno stesso procedimento) purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie che nel loro complesso siano *proporzionate* e *prevedibili* (§ 130). Ciò non vuol dire, aggiunge la Corte EDU, che i procedimenti debbano essere condotti "simultaneamente" dall'inizio alla fine, ma è possibile che essi siano condotti "progressivamente", ad esempio quando ciò sia motivato da ragioni di efficienza

dell'amministrazione giudiziaria e non consegua, per il soggetto coinvolto, un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale;

f) avranno un rilievo nella valutazione complessiva sulla sussistenza o meno di una violazione del principio di *ne bis in idem* alcuni fattori concreti, elaborati quasi come una sorta di indici empirici dalla Corte EDU, sicchè costituiranno indicatori di insussistenza della violazione del divieto: gli scopi differenti ai quali siano rivolti i diversi procedimenti sullo stesso fatto e la loro attinenza a profili diversi della medesima condotta antisociale (nel caso di specie, la sanzione amministrativa ha funzione compensatoria fiscale, la sanzione penale ha funzione punitiva della parte fraudolenta della condotta); la prevedibilità per l'autore della condotta della duplicità dei procedimenti; l'aver evitato, nei due procedimenti ("per quanto possibile" dice la Corte), ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, anche attraverso una "adeguata interazione tra le varie autorità competenti".

Infine, diventa essenziale che la sanzione imposta nel procedimento concluso per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (§ 133). Tale ultimo criterio riecheggia, per la verità, una indicazione già fatta propria anche dai giudici di Lussemburgo nella pronuncia *Fransson* ed ha incontrato non poche critiche in dottrina, per le lamentate indeterminatezza e difficoltà applicativa, sia nel commento di quella sentenza che, oggi, nelle prime letture della sentenza CEDU *A e B c. Norvegia*.

Il ragionamento dei giudici di Strasburgo se da un lato appare, a ben guardare, inedito nella sua prospettazione dirimente rispetto al nodo del *ne bis in idem*, dall'altro si evidenzia, tuttavia, non nuovo; l'argomento della "connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta" era stato valutato, sebbene non con la medesima enfasi, in alcune pronunce di inammissibilità (cfr. *R.T. c. Svizzera*, del 2000, e *Nilsson c. Svezia*, del 2005, nonché la più recente sentenza del 2015 *Boman c. Finlandia*), ovvero era stato evocato - sotto il profilo della interazione tra i procedimenti, quello di natura amministrativa e quello di natura penale - nella sentenza *Nykanen c. Norvegia*, cit.). Di tale argomento, però, non si era tenuto conto in quella che rappresenta la pronuncia più clamorosa degli ultimi anni, la ben nota sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

E' la prima volta, invece, con la decisione *A e B c. Norvegia*, che così chiaramente la Corte EDU enuncia una "terza via" per valutare la violazione del divieto di doppio giudicato (sostanzialmente) penale da parte di uno Stato UE.

Una strada attraverso la quale si superano le obiezioni sinora quasi sempre ritenute idonee a stigmatizzare le previsioni normative interne, riferite alla sanzione sostanzialmente penale applicata nel procedimento amministrativo ed alla sua duplicazione nel successivo procedimento penale, ed in cui il piano della valutazione processuale sembra diventare essenziale in questa prospettazione: la *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* tra il procedimento penale e quello amministrativo "sostanzialmente penale" elide la valenza violativa del *bis in idem*.

Per la verità, deve in merito sottolinearsi un dato estremamente significativo: ben prima della sentenza CEDU in commento, basandosi su alcune precedenti pronunce della Corte dei diritti umani (in particolare la sentenza *Nykanen*), la giurisprudenza della Cassazione aveva dimostrato attenzione nei confronti di quel rapporto tra procedimenti (amministrativo e penale) aventi ad oggetto lo stesso fatto, oggi indicato come la nuova frontiera di confronto per individuare una violazione del *ne bis in idem*.

Ed infatti, già la sentenza Sez. 3, n. 20887 del 15/4/2015, Aumenta, n.m. aveva analizzato ed utilizzato la sentenza *Nykanen c. Finlandia* per affermare l'insussistenza della violazione del *ne bis in idem* sostanziale nella materia degli illeciti tributari.

I giudici di legittimità avevano rilevato che, seguendo l'impostazione di quella pronuncia dei giudici di Strasburgo, sussiste violazione del *ne bis in idem* nel caso in cui i procedimenti (anche se nominalmente non coincidenti) accertino gli stessi fatti, *ma siano anche indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo*, evidenziando, tuttavia, che tale violazione, di norma, non si verifica nel nostro ordinamento tributario, nel quale *"i due procedimenti sono paralleli ed interagiscono tra loro, poiché l'avvenuto pagamento del debito tributario condiziona l'entità della sanzione penale"*. A riprova di ciò, si richiamano gli artt. 19, 20 e 21 del d.Lgs. n. 74 del 2000 che pongono, a giudizio della Corte, una disciplina chiara relativamente ai rapporti tra il sistema sanzionatorio amministrativo e i procedimenti penale e tributario, i quali *"non sembrano essere totalmente indipendenti tra loro"*. Successivamente, anche la sentenza Sez. 3, n. 42470 del 13/7/2016, Orsi, Rv. 268383-84 (massimata sotto differenti profilo) ha riaffermato tali principi, richiamandosi proprio al precedente della pronuncia n. 20887 del 2015.

Appare evidente, in ogni caso, che la Corte EDU, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, ha voluto compiere una rivisitazione delle sue precedenti affermazioni, che, come si è detto, erano sembrate a molti Stati eccessivamente sbilanciate sul versante delle garanzie individuali, senza tener conto degli interessi complessivamente in gioco, primi fra tutti quelli fiscale ed economico dell'Unione Europea.

La valutazione sulla violazione del divieto di doppio giudizio appare oggi, probabilmente, stando alle motivazioni dell'ultimo pronunciamento dei giudici di Strasburgo, meno assertiva rispetto al recente passato e più aperta al confronto con le singole realtà normative nazionali, sebbene si mostri, di conseguenza, anche meno legata a parametri certi e determinati, con l'ingresso di numerosi indici che introducono molteplici sfumature di giudizio, le quali tutte possono "pesare" sulla verifica finale, secondo una interazione non meglio precisata.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia europea, dinanzi alla quale pendono alcune questioni pregiudiziali sul tema, già in precedenza richiamate, riconosce, nella citata ordinanza Grande Sezione, 25.1.2017, come, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte EDU abbia dichiarato che *"il cumulo di sanzioni tributarie e penali per i medesimi reati tributari*

non viola il principio del «*ne bis in idem*» sancito all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU" ed ha concluso per "l'assenza di reiterazione di procedimenti o di pene vietata da tale articolo, benché le sanzioni tributarie oggetto di tali cause avessero natura penale e fossero divenute definitive prima dell'applicazione delle sanzioni penali, dato che i procedimenti tributari e penali in questione presentavano un «collegamento materiale e temporale sufficientemente stretto»".

Effetto più evidente della pronuncia CEDU in commento è che, da un lato, non appaiono più così pressanti i dubbi di incompatibilità con il diritto convenzionale di alcuni sistemi del nostro ordinamento interno calibrati sul 'doppio binario' sanzionatorio (in materia tributaria e di abusi di mercato soprattutto); dall'altro, che diventa essenziale, per le sorti future dell'operatività del principio di *ne bis in idem*, l'orientamento che intenderà assumere in merito la Corte di Giustizia europea. Le occasioni per decidere si presenteranno a breve, non foss'altro che con riferimento alle questioni pregiudiziali sollevate dai nostri giudici interni ed attualmente pendenti, tuttora incerte negli esiti, data la molteplicità dei parametri valutativi proposti oggi dalla Corte EDU e, giova aggiungere, vista la già tradizionale maggiore cautela dimostrata dalla Corte di Lussemburgo nella declinazione del principio.

Peraltro, giova mettere in risalto come la sentenza sia già stata posta alla base di decisioni di merito; il riferimento è all'ordinanza del Tribunale di Milano, Prima Sezione Penale, del 6 dicembre 2016¹¹, provvedimento con cui i giudici di primo grado hanno respinto le eccezioni di incompatibilità convenzionale sollevate dalla difesa degli imputati (con cui si chiedeva di dichiarare sentenza predibattimentale di improcedibilità, rilevata la sussistenza di *bis in idem* ex art. 649 cod. proc. pen. ovvero, in via subordinata, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea), rispetto al procedimento penale promosso nei loro confronti, per aver essi già subito sanzioni amministrative definitive in base agli artt. 187 *ter* e 187 *quater* del D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF).

In particolare, i giudici hanno rilevato, in generale, che l'attuale quadro normativo europeo di riferimento appare decisamente favorevole ad un maggior ricorso alla tutela penale in materia di abusi del mercato, definita *essenziale* vista la insufficienza dell'efficacia preventiva e repressiva dei soli sistemi sanzionatori di ordine amministrativo (si citano il Regolamento UE 596/2014 e la Direttiva 2014/57/UE, la quale ultima, sebbene non ancora recepita dallo Stato italiano, risulta la previsione di riferimento, stante invece l'avvenuta abrogazione della Direttiva precedente - n. 6 del 2003 - da parte del citato regolamento n. 596).

L'ordinanza ha, poi, ampiamente utilizzato proprio la pronuncia CEDU *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016; in proposito, si è affermato che essa rappresenta una "virata" giurisprudenziale che configura una modifica considerevole della portata applicativa del principio di *ne bis in idem* e, applicando alcuni dei parametri ad essa riferibili per la verifica della sussistenza o meno di una violazione del *ne bis in idem* nel caso di specie, ha concluso in

¹¹ La sentenza è pubblicata ed annotata in *Diritto Penale Contemporaneo*, on line, del 23 dicembre 2016.

senso negativo, respingendo le istanze degli imputati e ordinando la prosecuzione del processo.

5. LA CENTRALITÀ DEL CONCETTO DI *IDEM FACTUM* NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA ED EUROPEA E LA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 200 DEL 2016.

Si è detto già in apertura che i due principali poli di ragionamento per la valutazione sulla sussistenza o meno di una violazione del *ne bis in idem* - oramai cardine primario di civiltà giuridica riconosciuto a livello nazionale ed europeo - sono stati tradizionalmente rappresentati dalla verifica, da un lato, della doppia valenza penale dell'illecito (andando ad indagare il concetto stesso di *matèrie pénale*), dall'altro della *identità del fatto*, giudicato e da giudicare.

Tali concetti giuridici appaiono fondamentali, peraltro, nella ricognizione dei rispettivi ambiti di definizione, anche dopo la nuova giurisprudenza della Corte EDU che sembra delinarsi dalla citata sentenza *A e B c. Norvegia* del 2016.

Sulla nozione di *materia penale* già ci si è soffermati dettagliatamente al par. 1, sarà opportuno, quindi, ora, svolgere qualche riflessione sull'*idem factum*, considerato che proprio in relazione ad esso, recentemente, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi con una importante sentenza, la n. 200 del 2016.

Ebbene, sul tema, deve anzitutto essere esaminata la giurisprudenza di legittimità, che costituisce, peraltro, la base di partenza dell'analisi condotta dai giudici delle leggi.

La Corte di cassazione, infatti, ha avvertito da molti anni l'esigenza di elaborare criteri certi ai quali ancorare la nozione di *idem factum*.

Il paradigma interpretativo sul tema rimane la pronuncia delle Sezioni Unite, n. 34655 del 28/6/2005, Donati, Rv. 231799 e 231800, secondo cui, 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.

Sotto differente ma collegato profilo, con la stessa pronuncia Donati, le Sezioni Unite hanno altresì precisato che, in applicazione del principio del *ne bis in idem*, non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talché nel procedimento eventualmente duplicato deve essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, deve essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità.

Le Sezioni Unite, in sintesi, hanno ritenuto che il sistema processuale debba essere ricostruito valorizzando il canone interpretativo di massima espansione degli strumenti utili ad evitare la duplicazione del processo (penale), in una prospettiva interpretativa analoga, come si ricorderà, a quella portata avanti dalla lettura delle pronunce della Corte costituzionale sul tema. Si individuano quali "punti di emersione" del principio generale di *ne bis in idem*

presente nell'ordinamento penale, quello macroscopicamente rappresentato dall'art. 649 cod. proc. pen., ma anche le disposizioni di cui all'art. 238-*bis*, 529 e 651 ss cod. proc. pen.

In ogni caso, alla base della formulazione normativa prevista dall'art. 649 cod. proc. pen. del divieto di un nuovo giudizio sul medesimo fatto vi è la necessità, soprattutto, di elevarlo a canone di garanzia del diritto individuale a non essere perseguiti due o più volte per uno stesso fatto per il quale già si sia riportato un accertamento giurisdizionale definitivo, mettendosi altresì in risalto, insieme al giudice delle leggi, che la definitività dell'accertamento costituisce lo scopo stesso dell'attività giurisdizionale e realizza l'interesse fondamentale dell'ordinamento alla certezza delle situazioni giuridiche.

Le Sezioni Unite si spingono, pertanto, già dal 2005, ad affermare che il principio del *ne bis in idem* - elevato a canone di garanzia del diritto individuale a non essere perseguiti due o più volte per uno stesso fatto per il quale già si è riportato un accertamento giurisdizionale definitivo - permea l'intero ordinamento, dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e funzionalità connaturate al sistema, assumendo il ruolo di «*principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico - sistematica*».

Tali affermazioni sono state costantemente ribadite dalle sentenze successive, nella loro portata generale e sistematica¹², ma hanno trovato, tuttavia, differenti configurazioni rispetto alle fattispecie concrete, di volta in volta esaminate.

Di recente, non si è ravvisata l'identità del fatto qualora l'evento del reato sia differente e costituisca l'evoluzione di quello già giudicato (come, ad esempio, nel caso di lesioni e omicidio preterintenzionale, Sez. 5, n. 52215 del 30/10/2014, Carbognani, Rv. 261364; Sez. 5, n. 28548 del 1/7/2010, Carbognani, Rv. 247895); né tra condotte di bancarotta fraudolenta impropria ex art. 223, comma secondo n. 1, e n. 2, l. fall., relative a false comunicazioni sociali e ad "operazioni dolose" causative del dissesto, e condotte già giudicate per i reati di aggioaggio, fraudolenta certificazione di bilanci e ostacolo alle funzioni di vigilanza (Sez. 5, n. 32352 del 7/3/2014, Tanzi, Rv. 261937). Ancora, Sez. 6, n. 11441 del 8/1/2016, Bedino, Rv. 266432 ha escluso l'identità del fatto tra il reato di truffa e l'illecito amministrativo di cui all'art. 5, comma 5, d.l. 28 marzo 2003, n. 49, conv. in l. 30 maggio 2003, n. 119 in tema di controllo della produzione lattiero-casearia, chiarendo che la diversità del fatto attiene alla presenza nel solo reato di truffa del requisito dell'elemento dell'artificio o del raggio, assente invece nell'illecito amministrativo.

Riaffermando i principi generali delle Sezioni Unite Donati, si è poi detto che costituisce fatto diverso quello che, pur violando la stessa norma ed integrando gli estremi del medesimo reato, sia un'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto agente, diversa e distinta nello spazio e nel tempo da quella posta in essere in precedenza ed accertata con sentenza

¹² Cfr., *ex multis*, Sez. 4, n. 15578 del 20/2/2006, Mele, Rv. 233959; Sez. 2, n. 21035 del 18/4/2008, Agate, Rv. 240106; Sez. 4, n. 4103 del 6/12/2012, dep. 2013, Guastella, Rv. 255078.

definitiva (Sez. 2, n. 292 del 14/12/2013, dep. 2014, Coccorullo, Rv. 257992). Sulla stessa linea, Sez. 6, n. 48691 del 5/10/2016, Maesano, Rv. 268226, in una vicenda di contestazioni associative ha ritenuto sussistente la preclusione derivante dal giudicato per il reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. allorchè nel secondo giudizio venga contestata al condannato la partecipazione ad una consorteria criminale che, sebbene connotata da un'articolazione più ristretta di quella risultante dal primo giudizio, si presenta identica, quanto alla sfera operativa e di interessi, all'identità degli affiliati ed al ruolo di vertice attribuito ad uno di loro, nonostante la parziale difformità del profilo temporale delle due contestazioni, ritenuta irrilevante, stante la natura permanente del reato associativo.¹³

Di recente, Sez. 5, n. 47683 del 4/10/2016, Robusti, Rv. 268502 ha ribadito efficacemente che la valutazione sull'identità del fatto deve essere svolta senza riferimenti all'*idem legale* ma in relazione al concreto oggetto del giudicato e della nuova contestazione, escludendo dal confronto gli elementi delle fattispecie astratte di reato (in applicazione del principio, la Corte ha annullato senza rinvio, per divieto di un secondo giudizio ex art. 649 cod. pen., la sentenza di condanna per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, rilevata la sostanziale identità della condotta contestata rispetto a quella già giudicata per il reato di truffa aggravata).

Deve, infine, rammentarsi che la giurisprudenza di legittimità, quanto all'argomento del principio di specialità - invocato, spesso, quale chiave risolutiva possibile della "crisi" del sistema normativo dovuta alla duplicazione sanzionatoria contraria ai parametri della giurisprudenza europea, anche dall'ordinanza della Quinta Sezione della Corte di cassazione al momento della proposizione della questione di costituzionalità, poi dichiarata inammissibile dalla sentenza n. 102 del 2016 Corte cost. - ha in alcuni ambiti affermato la sua insussistenza e, pertanto, la legittimità di un sistema di doppio binario, legato ad una progressione criminosa e non già ad una sovrapposizione di sanzioni.

In tal senso, con riferimento ancora una volta al diritto penale tributario, le Sezioni Unite, con la sentenza Sez. U, n. 37425 del 28/3/2013, Favellato, Rv. 255759, hanno stabilito che il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis* D.Lgs. n. 74 del 2000) non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13, comma primo, D.Lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni; la pronuncia si è espressamente confrontata con la sentenza *Fransson* concludendo per la compatibilità delle sue conclusioni anche con i *dicta* di tale decisione. Sul tema, peraltro, la giurisprudenza è sostanzialmente incontrastata. Negli stessi termini, Sez. 3, n. 20266 del 8/4/2014, Zanchi, Rv. 259190 ha escluso che il

¹³ La Corte ha, altresì, significativamente precisato (dettando quasi un criterio interpretativo che dovrebbe governare gli altri, ordinari canoni ermeneutici) che l'analisi comparativa deve essere condotta avendo sempre come obiettivo la tutela di un diritto fondamentale e la salvaguardia della forza espansiva del principio del *ne bis in idem*, optando per la soluzione che risulti più idonea a scongiurare la violazione, cioè quella che, in presenza di margini di incertezza, risulti più favorevole all'imputato.

concorso tra sanzioni amministrative e penali previste in caso di omesso versamento di ritenute potesse costituire una violazione del principio del *ne bis in idem* fissato dalla Convenzione.

In altro contesto, Sez. 5, n. 47683 del 4/10/2016, Robusti, Rv. 268501 ha affermato (in adesione a Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722) che, in caso di concorso tra disposizione penale incriminatrice e disposizione amministrativa sanzionatoria in riferimento allo stesso fatto, deve trovare applicazione esclusivamente la disposizione che risulti speciale rispetto all'altra, all'esito del confronto tra le rispettive fattispecie astratte; tuttavia, in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto non sussistere il rapporto di specialità tra il reato di bancarotta e l'illecito amministrativo di cui all'art. 5 della legge 30 maggio 2003 n. 119.

Se questi sono stati gli approdi della giurisprudenza di legittimità nell'ottica dell'*idem factum*, la giurisprudenza europea (quella della Corte EDU in particolar modo) ha messo in risalto negli anni con forza come il confronto utile a sciogliere la questione relativa all'identità del fatto debba essere sempre svolto avuto riguardo alle condotte in concreto realizzate e non già paragonando le fattispecie astratte (cfr. Grande Camera della Corte EDU *Zolotoukhine c. Russia* del 10 febbraio 2009 che si riferisce a "*fatti identici o sostanzialmente uguali*"; la sentenza CEDU *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014, che parla di identità del "*comportamento*" e quelle *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014 e *Lucky c. Svezia* del 27 novembre 2014, nelle quali l'*idem factum* si definisce come "*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*").

In questo panorama, la Corte costituzionale si è pronunciata sul tema della valutazione dell'identità del fatto, ai fini di verificare la sussistenza del divieto di doppio giudizio, con l'importante sentenza n. 200 del 2016.

Con tale pronuncia i giudici costituzionali non soltanto hanno precisato il concetto di "identità del fatto" secondo l'ordinamento interno, ma hanno anche offerto la propria lettura della nozione secondo la declinazione della giurisprudenza europea.¹⁴

La Corte Costituzionale ha deciso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., sollevata, nell'ambito del cd. processo Eternit *bis*, nella parte in cui tale

¹⁴ Importanti commenti alla sentenza sono stati svolti da D. PULITANO', *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, p.70 e da P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Cassazione Penale*, n. 1/2017, p. 78. Quest'ultimo propone anche una lettura critica della giurisprudenza della Corte costituzionale sul valore da conferire alle sentenze delle Corti europee, a partire dalle sentenze gemelle (nn.348 e 349 del 2007), ritenute "responsabili" di aver creato un canone, ritenuto non condivisibile, di vincolatività della giurisprudenza europea. L'Autore ripercorre l'evoluzione delle sentenze costituzionali sino ad arrivare alla pronuncia n. 49 del 2015, la quale viene portata ad esempio di una logica distante da quella espressa nelle "sentenze gemelle", là dove essa evidenzia, sì, la funzione interpretativa eminentemente della Corte EDU, ma rileva che sarebbe errato "*ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali e, in primo luogo i giudici comuni, passivi di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato*", sottolineando che il giudice nazionale deve rimanere sottoposto solo alla legge ed a nessun'altra autorità. Tuttavia, secondo l'Autore, anche la sentenza n. 49 del 2015 non si sottrae alla critica di aderire ad una visione vincolante della giurisprudenza CEDU, quando individua il noto criterio del "diritto consolidato", piuttosto che spostare completamente la visione ed indicare un valore più limitante agli indirizzi della Corte di Strasburgo, dei quali si dovrebbe "tener conto" senza che essi abbiano un tale significato di vincolo interpretativo.

disposizione, secondo l'impostazione del giudice rimettente, *limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"*, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

I giudici delle leggi hanno stabilito che l'art. 649 cod. proc. pen. è costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

La Corte ha sostenuto che, se è vero che appare ormai pacifico che la Convenzione recepisce, nell'interpretare il principio del *ne bis in idem*, il più favorevole criterio dell'*idem factum* anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*, l'*idem* storico consiste nell'accadimento materiale, frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi.

Da tale premessa i giudici desumono che la nozione di "stesso fatto" non può essere ristretta alla sola azione od omissione senza comprendere anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, o l'evento naturalistico che ne è conseguito, o ancora la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente.

La Corte costituzionale - richiamando le proprie pronunce sulla possibilità di trarre dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, purché consolidata, il significato delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli (cfr. le sentenze nn. 49/2015 e le cd. "sentenze gemelle" nn. 348/2007 e 349/2007), nonché, sulla natura definitiva di una decisione giudiziale, al fine di stabilire se essa possa precludere una nuova azione penale per lo stesso fatto, secondo l'interpretazione della Corte EDU (v. la citata sentenza n. 184/2015) - afferma che anche nell'ambito della CEDU, esclusa l'opzione per l'*idem giuridico*, il "fatto medesimo" non debba essere dichiarato tenendo presente la sola condotta dell'agente, poiché tale opzione (che pure favorirebbe la massima espansione della garanzia del divieto di *bis in idem* in materia penale) non è suffragata dal contesto normativo e logico entro cui si colloca l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

La Corte costituzionale fa notare che non possono essere considerate in senso contrario alla tesi che l'*idem factum* abbia una concettualizzazione estesa le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, nei quali è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto (come accaduto, ad esempio, per la sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens contro Italia*). Anzi, si sottolinea che in almeno tre occasioni il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima (sentenza 14 aprile 2014, *Muslija contro Bosnia Erzegovina*, par. 34; sentenza 14 aprile 2014, *Khmel contro Russia*, par. 65; sentenza 23 settembre 2015,

Butnaru e Bejan-Piser contro Romania, par. 37, come potrebbe accadere, ad esempio, nell'omicidio plurimo).

Pertanto, secondo la Corte, va escluso che sussista il primo profilo di contrasto individuato dal giudice *a quo* tra l'art. 649 c.p.p. e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum* e, all'interno di esso, la Convenzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e dunque a superare il diritto vivente nazionale.

Inoltre, secondo l'impostazione della sentenza, l'istituto del *ne bis in idem* – pure espressamente identificato dalla Corte costituzionale (che richiama la propria ordinanza n. 150 del 1995) come espressione di un principio generale di civiltà giuridica – non è configurato, dal sistema convenzionale degli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. n. 7 CEDU, secondo un'opzione di favore per la sua più ampia espansione in ambito penale, né è declinato in termini di assolutezza con riferimento alla garanzia che da esso deriva poiché può recedere, in una logica di bilanciamento con altri interessi protetti dalla Convenzione.

Ed infatti, i giudici costituzionali mettono in risalto come l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, secondo paragrafo, permetta la riapertura del processo penale, quando prevista dall'ordinamento nazionale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni sono in grado di inficiare la sentenza già passata in giudicato; e quindi, mentre nell'ordinamento giuridico italiano è consentita la revisione della sola sentenza di condanna, al fine di assicurare senza limiti di tempo «la tutela dell'innocente» (sentenza n. 28 del 1969), la Convenzione consente di infrangere la "quiete penalistica" della persona già assolta in via definitiva solo perché sono maturate, dopo il processo, nuove evenienze, anche di carattere probatorio.

La finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva dello Stato.

Si sottolinea, in tale ottica, come la stessa Grande Camera (sentenza 27 maggio 2014, *Marguš contro Croazia*) abbia affermato (in un caso in cui un uomo politico aveva goduto dell'amnistia, rilevata in giudizio, per crimini di guerra, ma era stato nuovamente sottoposto a processo per gli stessi fatti) che l'art. 4 del Protocollo n. 7 è soggetto a bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, in quanto parti di un tutto (paragrafo 128), ed ha aggiunto che ciò comporta l'inoperatività della garanzia del *ne bis in idem* in presenza di episodi estremamente gravi, quali i crimini contro l'umanità, che gli Stati aderenti hanno l'obbligo di perseguire (paragrafo 140).

Sulla base di tali premesse la Corte costituzionale si preoccupa, successivamente, di individuare il diritto vivente formatosi sulla norma impugnata.

L'esame della giurisprudenza di legittimità – dicono i giudici delle leggi - evidenzia due orientamenti, uno maggioritario, l'altro minoritario.

Il primo è quello per cui si interpreta il medesimo fatto di cui all'art. 649 cod. proc. pen. come 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. L'orientamento è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite Donati, cit. e, secondo la Corte costituzionale, esso esprime un'affermazione netta ed univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il "fatto" sia poi scomposto nella triade di *condotta, nesso di causalità ed evento naturalistico*: a condizione che tali elementi siano ponderati con esclusivo riferimento alla loro *dimensione empirica*, tale impostazione è del tutto compatibile con la nozione di fatto storico, sia nella sua astrattezza, sia nella concretezza attribuita dalla consolidata giurisprudenza europea.

Tuttavia, la Corte costituzionale pone in evidenza che esiste un altro orientamento, per quanto minoritario, che si limita ad echeggiare il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, ma lo corrompe, aggiungendo che va tenuta in conto non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica; ovvero che vanno considerate le implicazioni penalistiche dell'accadimento.

Ebbene, la decisione afferma in proposito – senza mezzi termini – che una simile impostazione cela un criterio di giudizio legato all'*idem legale*, incompatibile con la Costituzione e con la CEDU, concludendo per la necessità che esso sia "*definitivamente abbandonato*".

D'altra parte, si ribadisce che il diritto vivente non può che identificarsi con il primo dei due orientamenti esaminati, avallato dalle Sezioni Unite, sicchè è escluso il primo profilo di contrasto costituzionale lamentato dal giudice *a quo*.

Quanto al secondo profilo segnalato dall'ordinanza di rimessione, con riferimento all'art. 649 cod. proc. pen. ed all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, la criticità viene rilevata nel fatto che la regola enucleata dal diritto vivente nazionale pare vietare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto.

In proposito, la sentenza n. 200 del 2016 afferma che, qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico; tale opzione infatti in sé non viola la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, poiché esso si sviluppa, in termini di assolutezza, in una dimensione esclusivamente processuale, precludendo non il *simultaneus processus*, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

Tuttavia – afferma la Corte costituzionale – occorre prendere atto che il diritto vivente *ha saldato* il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen.

La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede. In tal modo, il nesso di necessità predicato nel diritto vivente

tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 cod. proc. pen. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto che dovrebbero essere preclusi.

Questa operazione – afferma, dunque, la Corte costituzionale – non è consentita dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*, mentre, al contrario, l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di diversità, ma sempre vietata nell'ipotesi di medesimezza del fatto storico (salve le deroghe, nel sistema convenzionale, previste dal secondo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo n. 7).

La Corte costituzionale, dunque, aderisce chiaramente, con la pronuncia n. 200, all'opzione scelta dalla Corte EDU a favore dell'*idem factum* e non dell'*idem legale*, ritenendo che in tale opzione "*Costituzione e CEDU si saldano*".¹⁵

La Corte costituzionale precisa ancora, tuttavia, che tale conclusione non impone di applicare il divieto di *bis in idem* ogni qual volta i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione.

È infatti facilmente immaginabile che all'unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento. Svolta tale premessa logica, l'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* diviene, nella visione della Corte costituzionale, un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale; tale *ininfluenza* o neutralità del dato comporta che sia permesso, ma non prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale.

Ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di *bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico.

Ecco quindi che si indica un percorso preciso all'interprete.

L'autorità giudiziaria, confrontando i fatti storici sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico.

¹⁵ In tal senso, cfr. D. PULITANO', *op. cit.*, p. 71-72, che formula il criterio dell'*idem factum* nel modo seguente: non può ritornare come oggetto di un nuovo giudizio il frammento di storia che è stato oggetto d'indagine nel primo giudizio. Non rilevano le diversità di inquadramento normativo, rilevano invece (escludono) si tratti di *bis in idem*) diversità fattuali dell'oggetto d'indagine.

Viceversa, ove tale giudizio abbia riguardato anche quella persona, occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, e cioè se il fatto già giudicato sia realmente il medesimo nei suoi elementi materiali, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze.

La giurisprudenza di legittimità ha immediatamente cominciato a confrontarsi con la pronuncia della Corte costituzionale, tanto che si è già evidenziata una posizione di dissenso rispetto alla tradizionale ed incontrovertita opzione¹⁶ che nega il *bis in idem* qualora vi sia concorso formale tra i reati: Sez. 1, n. 39746 del 15/3/2016, Bovio, Rv. 268147 ha, infatti, affermato, richiamando Corte cost. n. 200 del 2016, che il divieto in questione può operare anche ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare ricorra un'ipotesi di concorso formale di reati.

Il "dialogo" tra le Corti si è aperto anche su questo tema.

Il redattore
Matilde Brancaccio

Il vicedirettore
Giorgio Fidelbo

¹⁶ Di tale orientamento sono espressione, tra le molte e più recenti: Sez. 5, n. 11918 del 20/1/2016, Incalza, Rv. 266382; Sez. 1, n. 12943 del 29/1/2014, Bausone, Rv. 260133; Sez. 3, n. 50310 del 18/9/2014, Scandroglio, Rv. 261516; Sez. 2, n. 51127 del 28/11/2013, Ayachi, Rv. 258222; Sez. 3, n. 25141 del 15/4/2009, Ferrarelli, Rv. 243908; Sez. 6, n. 1157 del 9/10/2007, dep. 2008, Nocchiero, Rv. 238442; Sez. 4, n. 25305 del 2/4/2004, Aldini, Rv. 228924; Sez. 6, n. 10790 del 24/5/2000, Leanza, Rv. 218337.