

IL NE BIS IN IDEM: UN PRINCIPIO ALLA RICERCA DI UN CENTRO DI GRAVITÀ PERMANENTE

Rosa Anna RUGGIERO

Professore di Diritto processuale penale
nell'Università degli Studi della Tuscia

RIASSUNTO: Negli ultimi anni il principio del *ne bis in idem* si è conquistato un ruolo di primissimo piano nella giustizia penale, divenendo un formidabile banco di prova per la tenuta del sistema. La regola per cui è vietato sottoporre a processo due volte la stessa persona per il medesimo fatto rappresenta indiscutibilmente un principio indefettibile di civiltà giuridica negli stati moderni. È però indubitabile che è di recente, probabilmente anche per le numerose sollecitazioni provenienti dalle Corti europee, che di *ne bis in idem* si è tornati a parlare insistentemente.

L'importante e vorticosa elaborazione giurisprudenziale, interna e sovranazionale, è il segnale della non ancora raggiunta stabilità del principio: si tratta chiaramente di un ambito in cui non sarà facile mettere un punto definitivo, anche perché esso rappresenta un crocevia delicatissimo di esigenze profondamente diverse e tutte in una certa misura comprensibili: l'irrinunciabile dovere di evitare accanimenti persecutori sull'imputato quando è stata pronunciata l'ultima parola nel processo e l'indispensabile impegno a fare giustizia.

Chi si avvicina a questo tema non può che oscillare tra fascinazione e stordimento dato che quando si crede di cominciare a intravedere dei punti fermi, l'orizzonte è già in cambiamento. Lo studio si propone di approfondire la garanzia del *ne bis in idem* limitatamente alla sua dimensione interna, alla luce della più recente giurisprudenza europea, fotografando lo *status quo*, cercando di capire a che punto siamo, che direzione stiamo prendendo e che prospettive ci potrebbero essere.

PAROLE CHIAVE: *Ne bis in idem*; irrevocabilità delle sentenze penali; *matière pénale* nella giurisprudenza europea

ABSTRACT: In recent years, the “non bis in idem” principle has played a significant role in Criminal Justice, becoming a test benchmark for the stability of the system. The rule according to which no one shall be twice tried for the same offense is a steadfast principle of legal civilization in modern states. However, in the last few years it has returned as a topic of discussion, probably also due to the numerous suggestions coming from the European Courts. The important and whirlwind development of the case-law, both at domestic and supranational level, is a sign indicating that stability has not been reached yet: this topic is not easily going to reach a definitive and common agreement as it represents a delicate crossroads of deeply diverging needs, all of them to some extent understandable, such as the duty to avoid persecution of the defendant after the final word in court has been pronounced, and the indispensable commitment to search for justice.

Those who come close to this topic can only fluctuate between fascination and daze, since even when core beliefs are identified, they are already changing. The study proposes to go deeper on the “non bis in idem” guarantee, limited to its domestic dimension, in light of the most recent European case-law, by capturing the “status quo”, trying to figure out the current situation, in which direction it is heading and what alternatives might be possible.

KEYWORDS: Non bis in idem; final judgments; matière pénale in the European case-law

SOMMARIO: 1. *Ratio* e presupposti applicativi del divieto di un secondo giudizio. – 2. La nozione di “medesimo fatto” nella più recente interpretazione della giurisprudenza costituzionale. – 3. *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio alla luce della giurisprudenza europea. – 4. La Corte costituzionale sul doppio binario sanzionatorio. – 5. Le possibili soluzioni interpretative per adeguarsi a Strasburgo: l’interpretazione convenzionalmente conforme. – 6. Le altre strade praticabili. – 7. Il dialogo tra Corti: Strasburgo in soccorso di Lussemburgo.

1. *RATIO* E PRESUPPOSTI APPLICATIVI DEL DIVIETO DI UN SECONDO GIUDIZIO

Negli ultimi anni il principio del *ne bis in idem* si è conquistato un ruolo di primissimo piano nella giustizia penale, divenendo un formidabile banco di prova per la tenuta del sistema. La regola per cui è vietato sottoporre a processo due volte la stessa persona per il medesimo fatto rappresenta indiscutibilmente un principio indefettibile di civiltà giuridica negli stati moderni. È però indubitabile che è di recente, probabilmente anche per le numerose sollecitazioni provenienti dalle corti europee, che di *ne bis in idem* si è tornati a parlare insistentemente. Da una parte vi è la tendenza ad ampliare i tradizionali confini dell’istituto, riconoscendo la preclusione di un secondo giudizio anche quando quello precedente conclusosi con un accertamento definitivo sul medesimo fatto non sia qualificato come penale, ma nella *matière pénale* debba essere attratto alla luce dei criteri elaborati dal Giudice di Strasburgo (la conclusione vale anche a parti invertite); dall’altra si deve registrare il significativo intervento della nostra Corte costituzionale che, pur introducendo un’innovazione storica per il rafforzamento della garanzia, ha poi proposto –o forse, per meglio dire confermato– un’interpretazione del divieto che sembrerebbe custodirlo entro confini più stretti. L’importante e vorticosa elaborazione giurisprudenziale, interna e sovranazionale, è il segnale della non ancora raggiunta stabilità del principio: si tratta chiaramente di un ambito in cui non sarà facile mettere un punto definitivo, anche perché esso rappresenta un crocevia delicatissimo di esigenze profondamente diverse e tutte in una certa misura comprensibili: l’irrinunciabile dovere di evitare accanimenti persecutori sull’imputato quando è stata pronunciata l’ultima parola nel processo e l’indispensabile impegno a fare giustizia.

Chi si avvicina a questo tema non può che oscillare tra fascinazione e stordimento dato che quando si crede di cominciare a intravedere dei punti fermi, l’orizzonte è già in cambiamento. E di certo la constatazione che si sia di fronte ad una materia così profondamente e continuamente in evoluzione non è una buona alleata per riflessioni a lunga scadenza: queste, per forza di cose, richiedono una stabilizzazione del fenomeno da osservare e anche una

presa di distanza che oggi è impossibile avere perché si è troppo impegnati a star dietro all'ultima posizione della giurisprudenza. L'unica operazione che possa avere un senso, pertanto, in questo momento è quella di fotografare lo *status quo*, capire a che punto siamo, che direzione stiamo prendendo e che prospettive ci potrebbero essere.

Diciamo subito che questo lavoro è dedicato al *ne bis in idem* in chiave interna, dunque non ci si occuperà delle implicazioni che potrebbe avere nel nostro sistema la circostanza che, per lo stesso fatto oggetto di accertamento entro i confini nazionali, sia già intervenuto un provvedimento definitivo adottato da un giudice di un Paese terzo¹. Premessa, dunque, la prospettiva domestica dello studio, è però evidente, considerato che il *ne bis in idem* è una garanzia fondamentale anche nelle fonti sovranazionali, che non si potrà prescindere da un confronto con esse e con l'interpretazione che di quel principio è stata data dalle corti di riferimento pure perché, come vedremo fra poco, sono da tempo oramai anche i nostri giudici a doversi confrontare con un sistema (normativo e di matrice giurisprudenziale) multilivello.

Sin troppo nota la *ratio* della garanzia: il *ne bis in idem* presidia la stabilità della decisione definitiva e garantisce l'imputato dalla possibilità di essere processato all'infinito per un fatto che è già stato accertato con un provvedimento irrevocabile². Come è stato correttamente osservato, la tutela del giudicato risulterebbe incompleta senza quella del *ne bis in idem*: il giudicato, infatti, impedisce che possa essere revocato un provvedimento definitivo, ma non preclude di per sé l'apertura di un nuovo processo per il medesimo fatto. Ciò che si ottiene, appunto, con il divieto di un secondo giudizio³.

Nell'ordinamento italiano, il principio trova disciplina nell'art. 649 c.p.p. e sembrerebbe non avere copertura costituzionale, anche se da più parti è stato osservato come implicitamente si possa ricavare da quell'art. 111 Cost. che regola il giusto processo⁴, anche nella sua estrinsecazione rappresentata dalla durata ragionevole, che verrebbe irrimediabilmente compromessa se fosse consentito reiterare all'infinito un giudizio sulla responsabilità dell'imputato⁵. A ciò si aggiunga che il divieto di un secondo giudizio può essere letto come manifestazione del diritto di difesa⁶ e, ancor prima, è funzionale alle garanzie connesse allo sviluppo della personalità individuale⁷.

¹ * L'articolo è già apparso sul fascicolo n. 10/2017 della rivista *Cassazione penale*, che si ringrazia per l'autorizzazione alla ripubblicazione.

² Per tutti, v. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 32 s.

³ Cfr. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 857.

⁴ Così DE LUCA, *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, p.1.

⁵ Per tutti, v. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Zanichelli, 2007, p. 33, nota n. 22.

⁶ V., per esempio, in questo senso, G.i.p. Torino, ord. 24 luglio 2015, n. 262, in www.penaleconemporaneo.it, 27 novembre 2015, con nota di GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu*.

⁷ Cfr. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2472.

⁸ C. cost., 21 novembre 2006, n. 381; C. cost., 16 luglio 2004, n. 230; C. cost., 15 gennaio 1976, n. 6; C. cost., 8 aprile 1976, n. 69; C. cost., 1° febbraio 1973, n. 1; C. cost., 18 aprile 1967, n. 48.

La norma del codice, com'è noto, prevede che l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non possa essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, nemmeno se esso venga diversamente apprezzato per titolo, grado e circostanze, a meno che l'imputato non sia stato erroneamente dichiarato morto ovvero sopravvenga successivamente la condizione di procedibilità originariamente mancante. Di tenore analogo all'art. 649 c.p.p. le norme che disciplinano il principio nelle fonti sovranazionali: parliamo dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, per il quale nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena per un reato per cui è stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese; e specularmente dell'art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui nessuno potrà essere perseguito o condannato dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è stato già scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge e alla procedura penale di tale Stato. In una prospettiva differente (perché non circoscritta alla dimensione interna), l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che nessuno possa essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

I maggiori problemi esegetici, com'è comprensibile, hanno riguardato i presupposti di operatività del divieto. Oramai vi è un generale consenso sui provvedimenti idonei a far scattare la preclusione posto che l'art. 649 c.p.p. parla genericamente di sentenza o decreto penale irrevocabile. Sembrirebbe, al riguardo, non ci siano dubbi sul fatto che vi rientrino le sentenze pronunciate all'esito della celebrazione di un procedimento speciale, quale il patteggiamento della pena o il giudizio abbreviato; alla medesima conclusione si deve pervenire per le sentenze predibattimentali di proscioglimento⁸.

Dovrebbe essere esclusa, invece, la rilevanza della sentenza di non luogo a procedere e, ancora di più, del decreto o dell'ordinanza di archiviazione. Il provvedimento archiviativo, infatti, non è una decisione sull'azione penale e, com'è risaputo, non ha quella stabilità che connota la sentenza che passa in giudicato, dal momento che è sempre possibile –in presenza dei necessari presupposti– che le indagini vengano riaperte su autorizzazione del giudice. Pertanto, il provvedimento di archiviazione ha solo l'effetto di precludere al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto in assenza di un benestare formale del giudice. Se l'inquirente dovesse procedervi a prescindere, il giudice che fosse investito del processo dovrebbe dichiarare l'improcedibilità.

Medesima conclusione, anche se meno scontata, per la sentenza di non luogo a procedere, anch'essa non irrevocabile pur se dotata di efficacia pre-

⁸ In questo senso, *ex multis*, MARINELLI, sub art. 649, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – ILLUMINATI, II ed., Cedam, 2015, p. 2841.

clusiva sino a quando non ne sia intervenuta la revoca. Va in ogni caso rilevato che, in più di un'occasione, è stato osservato come, nell'ipotesi in cui la sentenza di non luogo a procedere sia stata emessa per intervenuta prescrizione del reato, anch'essa andrebbe considerata equiparabile ai provvedimenti definitivi e sarebbe pertanto idonea a precludere l'instaurazione di un nuovo procedimento⁹.

Seppur con qualche incertezza, che tuttora residua, si può dire che la delimitazione dei provvedimenti che possono far scattare il divieto sia oramai abbastanza pacifica. Diversamente, invece, rimane un *punctum dolens* del *ne bis in idem*, non destinato a trovare, quanto meno nell'immediato, una composizione condivisa la definizione del concetto di "medesimo fatto", in presenza del quale la nuova iniziativa giudiziaria dovrebbe arrestarsi. Tradizionalmente, si scontrano due differenti e antitetiche interpretazioni: da una parte l'identità fattuale presupporrebbe la medesimezza del nucleo storico del fatto. Dunque, la comparazione andrebbe effettuata sulla base dei dati empirici a disposizione. Dall'altra, l'*idem* riguarderebbe la tipizzazione legale, per cui non potrebbe esservi identità fattuale se non ci si trovasse di fronte al medesimo reato. In quest'ultima prospettiva, in altre parole, solo se il pubblico ministero esercitasse l'azione penale per la stessa fattispecie incriminatrice per la quale fosse stato già compiuto un accertamento definito con provvedimento irrevocabile opererebbe il divieto di un secondo giudizio. Viceversa, accedendo alla teoria dell'*idem factum*, la preclusione scatterebbe a prescindere dal *nomen iuris* che fosse stato dato al fatto: a contare, infatti, sarebbe esclusivamente la circostanza che ci si trovi di fronte al medesimo nucleo storico. Da ultimo è stata la Corte costituzionale ad intervenire al riguardo, con una decisione che appare al tempo stesso innovativa e conservatrice e che, come vedremo, offre all'interprete più di qualche spunto¹⁰.

A rigore, l'alternativa tra *idem* storico e *idem* legale non regge proprio, non fosse altro perché l'art. 649 c.p.p. afferma chiaramente che il divieto opera pure se il medesimo fatto sia diversamente qualificato. Dunque, scatterebbe comunque anche al variare del titolo. Questa esegesi sembrerebbe tra l'altro confermata, *a contrario*, dalle norme che disciplinano il *ne bis in idem* nella prospettiva convenzionale, in quella eurounitaria e del Patto internazionale dei diritti civili e politici, ove non si impiega il termine "fatto", ma si parla di "infracción" o di "offence". Sarebbe, dunque, semmai nell'ottica sovranazionale che –nella decisione sulla preclusione di un secondo giudizio– potrebbe contare la veste legale (e, come sappiamo, così non è, privilegiandosi comun-

⁹ In questo senso, cfr. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI – BARGIS, VIII ed., Cedam, 2016, p. 955. V. anche DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, p. 186; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giappichelli, 2009, p. 113 s. Di recente v. CASSIBBA, *Il processo "Eternit bis"*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1635 s.

¹⁰ C. cost., 21 luglio 2016, n. 200.

que anche in quell'ambito, come si dirà a breve, il nucleo storico del fatto¹¹). Nel nostro ordinamento, ove inequivocabilmente il legislatore ha optato per l'identità del "fatto", e non per l'identità del "reato", interpretazioni che dovessero subordinare all'*idem* legale la preclusione andrebbero scartate.

L'esperienza ci ha, però, insegnato che qualunque approdo esegetico sul *ne bis in idem* non è pacifico: ciò che all'apparenza potrebbe sembrare scontato, tale non è. E ciò vale anche e soprattutto per la nozione di "medesimo fatto", dal momento che, come è stato correttamente osservato, pure se si voglia apprezzare il fatto da un punto di vista squisitamente storico, non si può del tutto prescindere dall'inquadramento normativo in cui lo si collochi: "è pur sempre il diritto a dirci quali fatti tra i fatti storici occorre guardare"¹². In altre parole, è pur sempre il diritto a indirizzare l'attività di chi seleziona, del fatto storico, ciò che è giuridicamente rilevante. Ed è inevitabile pertanto che la traduzione processuale del fatto storico (che chiaramente si cristallizza nell'imputazione) risenta fortemente del nome che a quel fatto è stato dato. Su questo punto occorrerà tornare in seguito.

Posto, dunque, che il nostro art. 649 c.p.p. opta per l'*idem* storico, ma che è inevitabile che il fatto venga prima descritto e poi accertato con gli occhiali del reato in cui è collocato, la comparazione a cui si dovesse procedere in caso di un secondo giudizio non è mai attività scontata. Il raffronto avverrà tra due descrizioni che pur se riferite al medesimo fatto storico, sono il frutto dell'istantanea che ne ha permesso l'inquadramento in un certo titolo di reato piuttosto che in un altro. Il rischio, dunque, è che possa non essere agevole concludere per l'identità del fatto quando lo si osservi in una rinnovata veste legale. Il pericolo, come d'altra parte i repertori di giurisprudenza testimoniano, diventa assai concreto quando ci si trovi di fronte al fenomeno del reato progressivo e a quello del concorso formale di reati.

A scanso di fraintendimenti, non si intende qui certamente dire che non si possa porre un problema di *bis in idem* al di fuori di questi due casi o che non vi siano altre categorie classificatorie del reato che risentano delle differenti teorizzazioni sul *ne bis in idem*. Ma se guardiamo a quest'ultimo con la peculiare lente del "medesimo fatto", o per meglio dire se ci poniamo il problema dell'approccio da seguire per apprezzare il fatto, vediamo come è appunto nell'ipotesi in cui vi sia il passaggio da un reato minore ad altro di maggiore gravità ovvero nell'ipotesi della realizzazione di più reati con la medesima condotta che si possa finire per valorizzare il diverso *nomen iuris* al fine di superare la possibile preclusione di un secondo giudizio, evidentemente sul presupposto che il fatto più grave o che il fatto oggetto di un reato in concorso formale con altro già definitivamente giudicato non sia lo stesso.

¹¹ Al riguardo, cfr. la puntuale ricostruzione di ALLEGREZZA, sub art. 4, in AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, Cedam, 2012, p. 900 s.

¹² Di recente, molto chiaramente in questo senso, SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 467.

Per la verità, per il reato progressivo la soluzione parrebbe almeno apparentemente più agevole perché, in astratto, il *ne bis in idem* processuale coinciderebbe con quello comunemente definito sostanziale: per il criterio dell'assorbimento, infatti, il reato meno grave verrebbe attratto in quello più grave e, dunque, solo di quest'ultimo l'imputato dovrebbe rispondere. Viceversa, la questione si pone più seriamente quando l'acuirsi dell'offesa sia successiva al passaggio in giudicato della sentenza per il reato più lieve: in questo caso opera o no il divieto di un secondo giudizio? Detta altrimenti: a fronte di un intensificarsi dell'offesa, con conseguente astratta possibilità di contestare un reato più grave, il fatto è o no, il medesimo?

Sappiamo come qui si scontrino due autorevoli e tradizionali interpretazioni. Per una, il mutamento di grado, che per l'art. 649 c.p.p. sarebbe irrilevante in caso di stesso fatto, atterrebbe solo alle ipotesi di aggravamento della contestazione senza modifica del titolo del reato: il riferimento sarebbe, dunque, al passaggio dal tentativo al reato consumato, del quale ultimo l'imputato già giudicato per l'ipotesi tentata non dovrebbe essere chiamato a rispondere¹³. Secondo altra ricostruzione, nella nozione di grado bisognerebbe far confluire pure le ipotesi comunemente classificate nel reato progressivo, ove si assiste al passaggio da una fattispecie ad un'altra in considerazione del variare dell'evento in senso naturalistico (l'esempio più ricorrente in letteratura è quello della relazione tra percosse, lesioni ed omicidio). Tale variazione, in questa diversa prospettiva, sarebbe ininfluyente e il fatto rimarrebbe lo stesso: la produzione dell'evento (ovvero la produzione di un diverso evento), in altre parole, non impedirebbe l'operatività del divieto¹⁴.

Volendo provare, dunque, a rispondere all'interrogativo prima posto a proposito del destino dell'imputato che sia stato definitivamente giudicato per un reato minore, quando si verifica l'evento che avrebbe potuto permettere la contestazione di un reato più grave, accedendo alla prima teoria si dovrebbe verosimilmente concludere che il *ne bis in idem* non opera; per la seconda, invece, la risposta sarebbe positiva anche se con le attenuazioni di cui si darà conto nel paragrafo che segue.

Più insidioso il ragionamento rispetto al concorso formale di reati. Lì dove la stessa condotta integri più reati non si pone un problema di lesione dell'*idem* sostanziale poiché è il legislatore stesso che, nella formulazione delle fattispecie incriminatrici, ha previsto che l'imputato vada incontro all'accertamento e poi alla punizione per titoli diversi. Posto, dunque, che pacificamente il pubblico ministero, nel caso in cui più reati concorrano tra loro, potrà esercitare l'azione penale per quel fatto contestando reati differenti, il punto a lungo dibattuto è se l'inquirente possa giocare questa *chance* anche dopo che la vicenda che abbia avuto ad oggetto uno o alcuni dei possibili reati prospettabili si sia definitivamente conclusa. In questo caso, il pericolo

¹³ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XI ed., Giuffrè, 2016, p. 807.

¹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 1210.

di reiterare l'accusa per il medesimo fatto, seppur diversamente qualificato, è assai concreto.

In dottrina i più ritengono che, nell'ipotesi di concorso formale, scatti il *ne bis in idem* proprio in considerazione della irrilevanza del *nomen iuris* al fine della operatività della preclusione¹⁵. Si è inoltre osservato che, a ragionare diversamente, si legittimerebbe, a tacer d'altro, l'operato di quegli inquirenti che scientemente frazionassero nel tempo le accuse, magari attendendo di vedere l'esito delle contestazioni originariamente mosse. In giurisprudenza¹⁶, e più isolatamente in dottrina¹⁷, viceversa, l'orientamento –almeno fino all'ultimo arresto della Corte costituzionale– era nel senso che in caso di concorso formale di reati l'applicazione del meccanismo dell'art. 649 c.p.p. dovesse essere esclusa, a meno che il primo giudizio non si fosse concluso con una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto o per mancata commissione di esso da parte dell'imputato: la funzione dell'art. 649 c.p.p., infatti, sarebbe solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati. D'altra parte, diversamente non si spiegherebbe l'art. 671 comma 1 c.p.p. in virtù del quale al giudice dell'esecuzione può richiedersi di applicare il più favorevole trattamento sanzionatorio di cui all'art. 81 c.p. qualora un soggetto sia stato condannato in procedimenti per reati distinti in concorso formale tra loro¹⁸.

Va però considerato, come è stato autorevolmente osservato, che il nostro sistema prevede la possibilità di correggere il tiro di un'imputazione non convincente o non completa. In caso di concorso formale di reati, anche a dibattimento di primo grado inoltrato, il pubblico ministero avrebbe ancora tempo e modo per contestare un reato ulteriore¹⁹. Se non lo facesse, non dovrebbe essere l'imputato a pagarne lo scotto.

Fatte queste premesse, esaminiamo la decisione della Corte costituzionale a proposito dell'interpretazione della nozione di “medesimo fatto”, in modo da verificare se gli approdi ermeneutici a cui è giunta siano o meno soddisfacenti.

2. LA NOZIONE DI “MEDESIMO FATTO” NELLA PIÙ RECENTE INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Il caso è sin troppo noto: l'imputato era stato già giudicato per disastro innominato aggravato e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro a causa della diffusione di polveri d'amianto. I reati erano però stati dichiarati prescritti. A quel punto, il pubblico ministero aveva deciso di esercitare nuovamente l'azione penale nei confronti del medesimo soggetto, questa volta per omicidio²⁰. Il giudice dell'udienza preliminare, cui la richiesta di rinvio a giudizio era stata presentata, decideva di rimettere la questio-

²⁰ Nel caso del processo Eternit, gli eventi, tra loro diversi, si sono verificati a distanza di molto tempo fra loro: si interroga sulla utilità di sottoporre ad accertamento gli “autori di condotte molto

ne alla Consulta poiché, pur essendo a suo avviso la condotta la medesima, non gli sarebbe stato possibile applicare l'art. 649 c.p.p. in considerazione dell'interpretazione che di esso dava il diritto vivente, secondo cui il *ne bis in idem* opera solo se vi è una duplicazione di procedimenti per il medesimo reato. Il diritto vivente avrebbe cioè accolto l'accezione legale di *idem*. Questa interpretazione violava, però, l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo che aveva chiaramente optato per l'accoglimento dell'*idem* storico e posto che alla luce del noto orientamento inaugurato dalla Corte costituzionale con le "sentenze gemelle" del 2007, gli articoli della Convenzione europea, nel senso loro attribuito a Strasburgo, integrano quali "norme interposte" il suddetto parametro costituzionale, in base al quale è imposto al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali²¹.

In effetti, nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea, la verifica in ordine all'identità della "offence" o della "infraction" è oramai compiuta guardando al nucleo storico del fatto e non al titolo di reato²²: dopo aver per lungo tempo accolto la teoria dell'*idem* legale²³, Strasburgo ha compiuto una sensibile virata verso l'*idem* storico poiché si tratterebbe dell'approccio che garantisce di più l'imputato²⁴. Anzi, ad avviso del giudice rimettente, dall'analisi della casistica della Corte sovranazionale sarebbe emerso come, ai fini della comparazione, a rilevare sarebbe unicamente la condotta. Viceversa, per la nostra giurisprudenza interna, il fatto cui si riferisce l'art. 649 c.p.p. sarebbe il medesimo solo se vi fosse coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato: condotta, evento, nesso di causalità, natura dei reati e beni giuridici protetti. Non solo: osservava sempre il giudice rimettente che, tra i reati dichiarati prescritti e il reato per il quale era stata nuovamente esercitata l'azione penale, vi era concorso formale: sempre per il nostro diritto vivente è assolutamente pacifico che, in questa evenienza, l'art. 649 c.p.p. non possa applicarsi²⁵. Pure in questa prospettiva si ravvisava pertanto una frizio-

lontane nel tempo, rispetto alle quali il tempo dell'oblio sarebbe forse maturo", PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 74.

²¹ C. cost., 22 ottobre 2007, n. 348; C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

²² Osserva come sia singolare che, nonostante nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si impieghi un termine che rievoca piuttosto il reato e non il fatto, la Corte di Strasburgo abbia finito con il privilegiare, nell'esegesi, il nucleo storico più che la qualificazione giuridica, FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 80.

²³ V. ALLEGREZZA, sub *art. 4*, cit., p. 900 s, per una dettagliata ricostruzione degli orientamenti precedenti al definitivo riconoscimento della rilevanza dell'*idem factum*.

²⁴ C. eur., Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*. Con questa decisione la Corte europea si è peraltro allineata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che aveva già chiaramente optato per la nozione di *idem factum*. V. sempre ALLEGREZZA, sub *art. 4*, cit., p. 901. Cfr. anche AMALFITANO e D'AMBROSIO, sub *art. 50*, in Aa. Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di MASTROIANNI – POLLICINO – ALLEGREZZA – PAPPALARDO – RAZZOLINI, Giuffrè, 2017, p. 1020.

²⁵ Così ad esempio Sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, in *C.E.D. Cass.*, n. 261623; Sez. I, 19 marzo 2014, n. 12943, *ivi*, n. 260133.

ne con la differente esegesi della Corte europea, per il tramite del medesimo art. 117 Cost., posto che l'automatica negazione del *ne bis in idem* quando il fatto è il medesimo, ma è oggetto di una convergenza reale tra diverse norme incriminatrici, introduce inevitabilmente profili di apprezzamento della dimensione giuridica.

La Consulta ha chiarito, prima di ogni altra cosa, rispondendo ad una precisa eccezione in tal senso, di ritenere ammissibili le questioni proposte anche se i procedimenti relativi ai reati di disastro innominato e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro erano stati definiti con sentenze applicative della prescrizione: per la Corte costituzionale, provvedimenti di tale natura, nella giurisprudenza della Corte europea, sono idonei a fungere da presupposto del divieto di un secondo giudizio²⁶.

Ciò premesso, la Corte costituzionale ha poi verificato il campo applicativo dell'art. 649 rispetto a quello previsto dall'art. 4 Protocollo n. 7, per accertare se davvero l'interpretazione dell'*idem* che si deve ai nostri giudici sia difforme da quella proposta dalla Corte europea. Posto che per quest'ultima a rilevare sarebbe *l'idem factum*, e non già *l'idem* legale, secondo la Corte costituzionale non vi sarebbe un conflitto con l'esegesi desumibile dal nostro diritto vivente, per il quale pure –salvo qualche precedente non significativo²⁷– a rilevare sarebbe il nucleo storico comprensivo però di condotta, nesso di causalità e evento. In altre parole, è vero che a contare sarebbero questi tre elementi, ma intesi in senso naturalistico e non nella prospettiva legale, secondo il noto insegnamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione²⁸. Osserva, inoltre la Consulta che, anche da questo punto di vista, non vi sarebbe alcun disallineamento rispetto a Strasburgo poiché non sarebbe vero, come invece sostenuto dal rimettente, che per la Corte sovranazionale rilevi solo la condotta. O per meglio dire, questa ricostruzione si ritroverebbe solo nei casi che riguardano reati privi di evento.

Il primo risultato interpretativo cui la Corte costituzionale è pervenuta, dunque, è che non vi è una frizione tra la nostra interpretazione interna e quella sovranazionale quanto ad esegesi del concetto di "medesimo fatto": in entrambe le prospettive conterebbe *l'idem factum* e l'identità dovrebbe essere accertata esaminando condotta, nesso di causalità ed evento. Per la verità, va

²⁶ Critica al riguardo LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 62, secondo la quale è tutt'altro che pacifico, nella prospettiva di Strasburgo che una sentenza di applicazione della prescrizione possa integrare il richiesto presupposto dell'art. 4 Prot. n. 7, dal momento che sembrerebbe anzi che la Corte europea non abbia voluto prendere posizione a questo proposito, a differenza della Corte di giustizia che si è espressa positivamente. Nel caso di specie, però, secondo l'A., essendo le sentenze di proscioglimento per prescrizione intervenute nei gradi delle impugnazioni, l'accertamento della responsabilità dell'imputato vi sarebbe stato e trattandosi, dunque, comunque di sentenze che hanno valutato il merito, anche nella prospettiva europea, potrebbero fungere da presupposto del divieto di un secondo giudizio.

²⁷ Sez. II, 6 febbraio 2015, n. 19712, in *C.E.D. Cass.*, n. 263543; ancora di recente, Sez. VI, 23 giugno 2016, n. 40743, *ivi*, 268151.

²⁸ Sez. un., 28 giugno 2005, n. 12, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28 s.

rilevato che la Corte europea non è mai stata così esplicita, dal momento che dall'esame della sua giurisprudenza si desume che l'identità vada più genericamente desunta dall'insieme "delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio"²⁹.

Ma veniamo all'altra questione prospettata, quella della non applicabilità del meccanismo di cui all'art. 649 c.p.p. nell'ipotesi di concorso formale di reati: la Corte costituzionale ravvisa in questo caso il contrasto con l'art. 117 Cost. e dichiara pertanto l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui, per il nostro diritto vivente, il divieto di un secondo giudizio andrebbe escluso in presenza di questa peculiare relazione tra reati diversi. Da questo punto di vista, infatti, la negazione del riconoscimento della garanzia quando il fatto integri diversi reati, perché evidentemente è stato escluso il rapporto di specialità o il concorso apparente di norme, comporta una rivitalizzazione della dimensione giuridica, preclusa dalla giurisprudenza convenzionale. Di qui la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. "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". Posto, dunque, che è astrattamente possibile l'affermazione del *ne bis in idem* pure nell'ipotesi di concorso formale di reati, nella prospettiva della Corte costituzionale andrebbe in concreto appurato se il fatto sia però il medesimo: tale coincidenza –come detto– vi sarebbe se corrispondessero condotta, nesso di causalità ed evento apprezzati nella loro consistenza empirica.

Più in particolare, la Consulta osserva –rispetto al caso che aveva originato l'incidente di costituzionalità– che poiché dall'unica condotta di diffusione di polveri d'amianto era scaturita la morte di più persone, sarebbe stato doveroso nel processo per omicidio verificare se l'evento morte fosse stato già valutato durante l'accertamento del disastro e dell'omissione dolosa di cautele. Pertanto, se il procedimento per omicidio avesse riguardato vittime diverse, non si sarebbe posto un problema di *bis in idem* e l'accertamento per la violazione dell'art. 575 c.p. sarebbe potuto proseguire. Diversamente, se avesse riguardato persone la cui posizione fosse già emersa in precedenza, sarebbe stato doveroso appurare "se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate". In caso negativo, ci si sarebbe trovati di fronte ad un fatto diverso, per il quale la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. non sarebbe valsa.

Si è già detto in precedenza che questa sentenza appare al tempo stesso innovativa e conservatrice³⁰. È indubbio che all'indomani di questa storica decisione qualunque tipo di interpretazione che dovesse escludere il *ne bis in idem* per il solo fatto che ci si trovi in presenza di un concorso formale di

²⁹ C. eur., Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*, cit., §§ 83-84. In dottrina è stato isolatamente osservato come il dato maggiormente significativo della giurisprudenza europea starebbe "nell'astrarsi dal vincolo della triade condotta-nesso causale-evento". In questo senso v. GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1214.

³⁰ Apprezza il tentativo di ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze diverse, GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 gennaio 2017, p. 5.

reati andrebbe bandita, e difatti la Corte di Cassazione ha dovuto allinearsi a questa nuova prospettiva³¹. Pertanto, l'intervento, da questo punto di vista, è da salutare certamente con favore.

Veniamo, però, allo schema suggerito per misurare l'identità del fatto e alle perplessità che suscita. Quando è stata sollevata la questione di costituzionalità, ci si interrogava sulla opportunità dell'iniziativa considerato che il giudice *a quo* avrebbe potuto egli stesso, valorizzando il dato testuale dell'art. 649 c.p.p. –tradito dal diritto vivente in caso di concorso formale di reati– valutare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento di un *bis in idem* ed emettere sentenza di non luogo a procedere. Hanno colto nel segno, però, coloro che hanno rilevato come, in presenza di una ferma e unanime negazione dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. in caso di concorso formale da parte della giurisprudenza di legittimità, questo tipo di esegesi, qualora fosse stata impiegata, sarebbe stata assai probabilmente sconsigliata nei successivi gradi di giudizio, e certamente in Cassazione, essendo quest'ultima chiaramente orientata in senso diverso³². Chiedere l'intervento della Corte costituzionale era, dunque, l'opzione più lungimirante e la declaratoria di illegittimità si è rivelata decisiva per superare un orientamento francamente inaccettabile. La sentenza, rappresenta, pertanto un punto di svolta epocale.

Si può nutrire, invece, più di una perplessità in ordine al percorso suggerito per valutare l'identità del fatto, pure se, come vedremo, in concreto esso conduca ad un risultato non del tutto dissimile rispetto a quello cui si potrebbe pervenire seguendo altra via, che riteniamo preferibile. Procediamo per gradi.

Abbiamo segnalato come la Corte affermi che, quando si deve valutare la medesimezza del fatto, non ci si possa limitare all'apprezzamento della condotta ma bisogna guardare anche al nesso di causalità e all'evento, non però così come descritti nella fattispecie incriminatrice, ma nella loro traduzione empirica. In altre parole, tocca accertare se condotta, nesso di causalità ed evento del secondo accertamento (chiaramente per i reati con evento) corrispondano a ciò che del nucleo storico del fatto è stato apprezzato nel primo procedimento.

Al riguardo, torna utile una riflessione maturata nel paragrafo precedente. Abbiamo sottolineato come il fatto processualmente rilevante risenta in maniera inevitabile della categoria criminosa in cui lo si faccia rientrare: di tutte le possibili articolazioni della vicenda si selezionano quelle che servono

³¹ Sez. I, 15 marzo 2016, n. 39746, in *C.E.D. Cass.*, n. 268147.

³² In questo senso, chiaramente, GITTARDI, *Eternit "bis in idem"*, cit. Altrettanto chiaramente A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, ivi, 11 gennaio 2016, in part. p. 5 s. Ad avviso dell'A., se è vero che sarebbe astrattamente permessa una lettura convenzionalmente orientata del divieto di *bis in idem*, a fronte di una interpretazione dell'art. 649 c.p.p. così consolidata (nel senso di negare l'operatività del divieto di un doppio giudizio in caso di concorso formale di reati) da assumere la valenza di significato obiettivo della disposizione, una diversa lettura da parte di un giudice di merito rischierebbe di apparire eccentrica e, come tale, sarebbe preclusa.

per inquadrarla in un dato reato. Pertanto, condotta, evento e nesso di causalità sono quelli descritti nel capo di imputazione, funzionali alla sussumibilità nel reato contestato. Il raffronto, dunque, riguarda la cd. “fattispecie giudiziale”³³. Bisogna, in altre parole, confrontare le imputazioni e vedere se le descrizioni degli elementi costitutivi del fatto coincidano.

Senonché, è assai probabile che nel momento in cui si vada a contestare un reato differente, dell’originario nucleo storico si valorizzi ciò che permetta appunto l’inquadramento nella nuova cornice legale, scartando il resto. Pare abbastanza plausibile allora che vi possa essere una coincidenza solo di alcuni dei segmenti del racconto: non è infatti molto verosimile che coincidano, oltre alla condotta, nesso di causalità ed evento, poiché la loro enunciazione nell’imputazione risente per forza di cose della fattispecie astratta di riferimento. Ma se così è, alla fine dei conti, l’*idem* legale, seppur in maniera trasversale, torna a rilevare. E allora, sarà assai improbabile che una comparazione, compiuta in questi termini, possa condurre al riconoscimento di un *bis*³⁴.

Certo, è comprensibile la ragione per cui la Corte costituzionale e, più in generale la nostra giurisprudenza, non circoscriva la valutazione dell’identità del fatto all’esame della sola condotta, che indubbiamente risulterebbe l’approccio di maggior favore per l’imputato e che ha trovato un certo seguito anche in dottrina, pure sotto la vigenza del precedente codice di rito³⁵. A seguire questo indirizzo, infatti, si creerebbero delle sacche di impunità ingiustificate. Oramai leggendario l’esempio di Tizio che con una fucilata uccida due persone: cosa accade se il pubblico ministero contesta solo l’omicidio ai danni della prima vittima, una volta che la sentenza divenga irrevocabile? È precluso un nuovo procedimento per l’omicidio della seconda persona? Se si valorizzasse unicamente la condotta, bisognerebbe concludere in termini positivi. Ma il buon senso impone altro tipo di risposta: non è difatti seriamente sostenibile che ci si trovi in questo caso di fronte al medesimo fatto³⁶.

D’altra parte, a seguire invece l’orientamento per il quale è necessario considerare oltre alla condotta, evento e nesso di causalità, seppur intesi nella loro traduzione empirica, l’art. 649 c.p.p., come abbiamo detto, sarebbe destinato ad un’applicazione assai marginale. Non potrebbe ricorrere nemmeno in caso di passaggio dal tentativo alla consumazione poiché è chiaro che,

³³ Al riguardo v. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974, p. 40.

³⁴ Come giustamente è stato osservato “la probabilità di ravvisare una perfetta sovrapposibilità tra i fatti dedotti nei procedimenti in comparazione si riduce all’aumentare del numero dei requisiti oggetto di valutazione”: così MARINELLI, *Il giudicato e la sua efficacia extrapenale*, in AA. VV., *Trattato teorico-pratico on-line di diritto processuale penale*, dir. da ILLUMINATI – GIULIANI, vol. X, Giappichelli, 2016, p. 33. Non è casuale che chi ritiene che il fatto di cui all’art. 649 c.p.p. sia quello risultante dalla fattispecie giudiziale, esclude che possa affermarsi il *ne bis in idem* nell’ipotesi del concorso formale di reati: così, ad esempio, LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 62 e 70.

³⁵ BELLAVISTA – TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1987, p. 710; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, Jovene, 1961, p. 342; PAGLIARO, *Fatto*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 964.

³⁶ Diffusamente sul tema, CAPRIOLI – VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 91 s.

anche in questo caso, non vi sarebbe coincidenza di evento, pur essendo (o dovendo essere) fuori discussione che il divieto del secondo giudizio scatti quando il fatto è il medesimo, “anche se diversamente considerato per grado”, come recita l’art. 649 c.p.p.

Sono queste le ragioni per cui la ricostruzione che ancora oggi risulta come la più convincente è quella per cui il raffronto debba essere fatto sulla condotta, a cui si deve aggiungere l’oggetto materiale su cui essa ricada. Nell’ipotesi di coincidenza, *ne bis in idem*³⁷. Altrimenti, nessuna preclusione per la celebrazione del secondo procedimento³⁸.

Utilizzando questo parametro nel caso che ha dato origine allo scrutinio di legittimità della Corte costituzionale, non vi sarebbe stato alcun divieto a celebrare il procedimento per omicidio rispetto alle vittime non contemplate nel primo processo. Rispetto a quelle, invece, già apparse sulla prima scena processuale, in cui erano state accertate condotte omissive aggravate dalla malattia e dal decesso di circa duemila persone in conseguenza dell’esposizione ad amianto, *ne bis in idem*. Questa conclusione, come peraltro già osservato in dottrina, sembra trovare conferma nella circostanza che, nel primo processo, vi era stata costituzione di parte civile di molte delle vittime (o dei loro familiari) e riconoscimento del danno all’esito del dibattimento, con la conseguenza che il nesso eziologico tra condotta ed evento risultava in effetti già dimostrato³⁹ e un nuovo accertamento era pertanto precluso⁴⁰.

A ben vedere, questo risultato non è poi così diverso da quello cui conduce l’argomentazione della Corte costituzionale. Ciò non di meno, come si è detto, valorizzare azione e oggetto materiale su cui essa ricada, con tutti i limiti che si vogliono riconoscere a questo approccio, sembra essere ancora oggi il metodo migliore, quello che neutralizza possibili strumentalizzazioni e che meglio degli altri consente di trovare un punto di equilibrio tra esigenza di escludere una doppia persecuzione dell’imputato, garanzia della certezza delle situazioni giuridiche e dovere di fare giustizia.

³⁷ Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1206; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale*, cit., p. 1185; JANNELLI, *La cosa giudicata*, in AA. VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da CHIAVARIO – MARZADURI, *Le impugnazioni*, coord. da AIMONETTO, Giappichelli, 2005, p. 633; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464; RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 874; più di recente cfr. VICOLI, *Il ne bis in idem*, cit., p. 2478.

³⁸ Questa ricostruzione è la più soddisfacente anche per accertare l’*idem* in caso di reato progressivo, quando il reato più grave sia successivo al passaggio in giudicato della sentenza per la fattispecie più lieve. Sul punto si rinvia *supra*, par. 1.

³⁹ Così SCAROINA, *Ancora sul caso “Eternit”: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, p. 8 s.

⁴⁰ Sulla complessa evoluzione del procedimento Eternit, dopo la sentenza della Corte costituzionale in commento, v. CASSIBBA, *Il processo “Eternit bis”*, cit., p. 1627 s.

3. NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Strettamente connesso al profilo delle difficoltà ricostruttive della nozione di “medesimo fatto” è un’altra questione che impegna da tempo le Corti (interne e sovranazionali) e su cui pure è difficilmente preventivabile una composizione indolore. Abbiamo avuto modo di verificare quanto pesi nell’interpretazione del divieto di un secondo giudizio contenuto nel nostro art. 649 c.p.p. la parallela norma convenzionale (il più volte menzionato art. 4 Prot. n. 7) e la ricca elaborazione giurisprudenziale che si è formata al riguardo. Come si è visto, tale art. 4 stabilisce che nessuno possa essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva, in conformità alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Dunque, la garanzia parrebbe invocabile solo in caso di duplicazione di iniziative giudiziarie penali, con la conseguenza che –a rigore– non si porrebbe un problema di *ne bis in idem* se, per il medesimo fatto, concorressero una sanzione penale e una sanzione di altro tipo⁴¹.

Sappiamo però quanto questa conclusione, astrattamente sostenibile in base al tenore letterale della norma, si sia rivelata fallace, dal momento che è oramai un dato acquisito che per la Corte di Strasburgo possono rientrare nella *matière pénale* sanzioni che non possiedono tale natura nell’ordinamento di appartenenza. Nella prospettiva della Corte europea, infatti, è possibile che gli Stati membri chiamino con un nome diverso illeciti sostanzialmente penali, al solo fine di sottrarli alle maggiori garanzie che per essi andrebbero riconosciute all’imputato nel processo penale⁴². Proprio per questa ragione, un’indagine che si limitasse a considerare l’etichetta formale delle violazioni si rivelerebbe insufficiente. Per Strasburgo, può rientrare nella materia penale anche ciò che non sia così classificato dal diritto interno⁴³. Per tale valutazione, si ricorre ai tre criteri comunemente definiti “criteri Engel” (dal nome del ricorrente nella sentenza in cui sono stati più chiaramente enucleati)⁴⁴: oltre alla qualificazione dell’infrazione nella legislazione di appartenenza, che ha però, come si è detto, solo un valore relativo, si guarda alla natura dell’infrazione (ambito generale di applicazione della norma che descrive

⁴¹ All’indomani della introduzione della norma, in questo senso MARCHETTI, sub art. 4, in *Leg. pen.*, 1991, p. 250.

⁴² V. AA. VV., *La “matière pénale” au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal*, a cura del *Groupe de recherche droits de l’homme et logiques juridiques*, diretto da DELMAS-MARTY, in *Rev. sc. crim. d. pén. comp.*, 1987, p. 819 s.

⁴³ Al riguardo, UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 s. Per una ricostruzione dei criteri impiegati dalla Corte europea, v. MANES, sub art. 7, in AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 259 s. e ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, Suppl. al n. 6, 2003, p. 34 s.

⁴⁴ C. eur., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82 s.

l'illecito; importanza della trasgressione) e alla natura e alla gravità della sanzione (scopo punitivo-deterrente della pena⁴⁵, grado di afflittività della sanzione⁴⁶, pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato⁴⁷). Pertanto, nel caso in cui la medesima condotta integri un illecito penale e un illecito diversamente inquadrato, ma che esponga il soggetto interessato a conseguenze sanzionatorie assai afflittive, se l'esito di uno dei due accertamenti fosse divenuto irrevocabile, l'altro sarebbe precluso per *bis in idem*.

Nel nostro sistema, in cui non di rado vi è un concorso tra sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva (come tale in potenza riconducibile alla *matière pénale*) astrattamente il problema potrebbe essere risolto in base al principio di specialità che connota il diritto amministrativo punitivo: l'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689, stabilisce chiaramente che si debba applicare la disposizione speciale, qualora uno stesso fatto venga punito da una disposizione penale e da una che preveda una sanzione amministrativa. In dottrina è stato osservato, però, come seppur sia stato attribuito "valore di norma di principio" a questa regola, sono state via via introdotte talmente tante deroghe da degradarla a "norma di rango sussidiario, da richiamare cioè solo nei casi in cui il legislatore non abbia diversamente disposto"⁴⁸.

Posto, dunque, che sovente nel nostro ordinamento si prospetta la possibilità di un concorso dei due tipi di sanzione, non sempre risolvibile applicando il principio di specialità, non è più sufficiente che si badi solo ad evitare un nuovo processo penale per lo stesso fatto già definitivamente giudicato: è necessario verificare che anche in sedi diverse da quella tipicamente penale, quel medesimo fatto non sia stato già accertato con un provvedimento irrevocabile (è irrilevante se di condanna o di proscioglimento). Se così fosse, dovrebbe riconoscersi il *ne bis in idem*.

Questo approccio non formalistico della Corte europea è piuttosto risalente, anche se in Italia si è cominciato a fare seriamente i conti con esso solo dopo la nostra condanna nel caso Grande Stevens⁴⁹. La vicenda è assai nota: il medesimo soggetto era stato sanzionato per un fatto sostanzialmente identico, e cioè la diffusione di un comunicato stampa falso, sia dalla Consob, per la violazione dell'art. 187-ter d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, dunque per l'illecito amministrativo della manipolazione del mercato, sia dall'autorità penale, per il corrispondente reato di cui all'art. 185 d. lgs. 24 febbraio 1998,

⁴⁵ C. eur., 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Rep. fed. tedesca*, § 50 s., in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta.

⁴⁶ C. eur., 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, § 47, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, p. 111. E, più di recente, C. eur., 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, § 97 s., in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

⁴⁷ C. eur., 23 settembre 1998, *Malige c. Francia*, § 38 s.

⁴⁸ ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 865/I.

⁴⁹ C. eur., 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2304.

n. 58⁵⁰, posto che, come vedremo, in queste ipotesi è la legge ad ammettere il cumulo delle sanzioni.

La Corte europea, verificata la sovrapponibilità delle contestazioni, ha concluso che la sanzione applicata dalla Consob e divenuta definitiva rientrava a pieno titolo nella materia penale, soprattutto in considerazione della entità della risposta punitiva in astratto applicabile e in concreto applicata. Nel caso di specie, infatti, si ricorderà che oltre ad una sanzione pecuniaria esemplare, la Consob aveva applicato sanzioni amministrative accessorie a carattere inabilitante che avevano pesantemente compromesso i soggetti coinvolti. Nessun dubbio, dunque, sulla attrazione di quell'illecito nella *matière pénale*. Violazione del *ne bis in idem*, dunque.

A nulla era valso che fosse stato eccepito dal nostro Governo che, al momento della ratifica del Protocollo n. 7, fossero state poste delle riserve dall'Italia per limitare l'ambito applicativo di alcune norme –tra cui l'art. 4 sul *ne bis in idem*– ai procedimenti che, per la legislazione italiana, erano da qualificarsi come penali⁵¹. La Corte europea ha ritenuto illegittima la riserva, in quanto generica (non vi era stata, infatti, alcuna specifica indicazione dei procedimenti che andavano esclusi) ed ha, dunque, condannato il nostro Paese a porre rimedio alla violazione del divieto di un secondo giudizio chiudendo il più rapidamente possibile le procedure ancora pendenti⁵².

Sappiamo che la decisione richiamata, divenuta definitiva dopo il rigetto della richiesta del Governo italiano di rinvio alla Grande Camera⁵³, ha avuto un'eco fortissima e ha reso impellente una riflessione generale, considerato che gli effetti della Grande Stevens andavano ben oltre il caso specifico. Vi sono, infatti, alcuni settori del nostro diritto penale fortemente caratterizzati da questo approccio sanzionatorio integrato: dalla materia del *market abuse*, in cui si colloca appunto la vicenda richiamata, al diritto penale tributario, rispetto al quale non vi sono, allo stato, condanne dell'Italia, pur essendosi comunque la Corte europea già pronunciata più volte con riferimento alla normativa di altri Paesi, stigmatizzando la tendenza a far convergere sullo

⁵⁰ Per una compiuta ricostruzione della vicenda, VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, p. 221 s.

⁵¹ V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1197.

⁵² È stato osservato che il problema era più ideologico che concreto visto che, nel momento in cui il procedimento penale giungeva in Cassazione, il reato era oramai prescritto: Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, in *C.E.D. Cass.*, n. 260688. In dottrina, però, è stato giustamente evidenziato come la pronuncia di estinzione del reato fosse certamente meno favorevole per l'imputato rispetto alla declaratoria di non doversi procedere per *bis in idem*: FLICK – NAPOLEONI, *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 soc.*, 2014, p. 971; LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, Suppl. al n. 12, p. 85; TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?* in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 106.

⁵³ C. eur., comunicato stampa n. 203 dell'8 luglio 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

stesso fatto la sanzione penale e la sanzione amministrativa e dichiarando, di conseguenza, la violazione del *ne bis in idem*⁵⁴.

Va, inoltre, considerato, come diremo, che l'effetto Grande Stevens ha iniziato da noi a ripercuotersi pure in settori non caratterizzati dal doppio binario sanzionatorio e che, dunque, almeno in apparenza, sembravano meno sensibili al problema⁵⁵.

Non v'è neanche grande bisogno di diffondersi sul fatto che, a detta di tutti, la soluzione sarebbe dovuta passare per l'intervento del legislatore. Su questa conclusione vi è una convergenza unanime della dottrina che si è occupata di questi temi. Toccherebbe, in altre parole, ripensare completamente le materie in cui convivono sanzione penale e sanzione amministrativa, con una chiara esplicitazione della possibile integrazione della fattispecie amministrativa salvo che il fatto non costituisca reato.

A quanto pare, però, siamo ben lontani da questo orizzonte. In tanti hanno osservato come i problemi legati alla materia del *market abuse* abbiano in effetti origine proprio nella normativa europea, che aveva "suggerito" di contrastare il fenomeno affrontandolo con la previsione di sanzioni di natura diversa⁵⁶: nel caso Grande Stevens, le norme che avevano consentito la punizione per manipolazione di mercato tanto in sede penale quanto in sede amministrativa erano state emanate proprio come risposta alle sollecitazioni europee. Ciò non di meno, anche in considerazione della parallela elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sul *ne bis in idem*, sarebbe stato opportuno che nel momento della definizione delle fattispecie, il nostro legislatore avesse prestato più attenzione alla loro tipizzazione, in modo da evitare una palese duplicazione della punizione per il medesimo fatto in sedi diverse⁵⁷.

Oggi la normativa europea di riferimento è cambiata⁵⁸, rovesciando la prospettiva precedente e privilegiando il ricorso alla sanzione penale⁵⁹. La

⁵⁴ C. eur., 20 maggio 2014, *Nikänen c. Finlandia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014, con nota di DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*; C. eur., 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, ivi, 11 dicembre 2014, con nota di DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*; C. eur., 10 febbraio 2015, *Kilveri c. Finlandia*, ivi, 27 marzo 2015, con nota di DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*.

⁵⁵ V. *infra*, par. 5.

⁵⁶ La Direttiva 2003/6/CE richiedeva per il *market abuse* l'adozione di sanzioni amministrative, facendo salva la possibilità di applicare sanzioni penali.

⁵⁷ V. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 614 s.

⁵⁸ Regolamento UE 596 del 2014 sugli abusi di mercato e Direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato. In tema v. le convincenti considerazioni di SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina euorounitaria degli abusi di mercato*, in *Le soc.*, 2016, p. 218 s., il quale analizza il diritto euorounitario per verificare se il legislatore europeo abbia adeguatamente tenuto conto del diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto, fornendo utili indicazioni al legislatore interno per la riforma del settore. Per un giudizio sostanzialmente positivo sulla disciplina dell'Unione, v. CONSULICH, *Manipolazione dei mercati e diritto euorounitario*, ivi, p. 203 s.

⁵⁹ ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., p. 861/I.

risposta su cui il nostro legislatore starebbe lavorando⁶⁰, tra l'altro oramai improrogabile viste le scadenze imposte dal diritto dell'Unione, sembra però deludente e non parrebbe superare quelle criticità che sono costate la condanna dell'Italia⁶¹.

Un giudizio sconsigliato è stato espresso anche per quel che riguarda il diritto penale tributario, ove il legislatore è già intervenuto con una importante attività di riforma che però –si è detto– se vista nella prospettiva del rispetto del *ne bis in idem*, sembrerebbe essersi tradotta in un “nulla di fatto”⁶².

Per la verità, per quello che attiene alla disciplina di questo settore, si potrebbe essere forse più cautamente ottimisti. La materia degli illeciti tributari, infatti, diversamente da quella del *market abuse*, è regolata dal principio di specialità, consacrato nell'art. 19 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, per il quale in caso di concorso tra sanzione penale e sanzione amministrativa, prevale la norma speciale⁶³. In questo ambito, i problemi nascono per lo più dalla resistenza della giurisprudenza ad applicare appunto la norma speciale, optando piuttosto per la salvaguardia del cumulo sanzionatorio sul presupposto che il fatto oggetto dell'illecito amministrativo non coincida con quello dell'illecito penale⁶⁴.

Non si può inoltre sottovalutare la portata di alcune norme introdotte (o modificate) con la riforma attuata con il d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158: ci stiamo riferendo agli artt. 13 e 13-bis d. lgs. n. 74 del 2000, che rispettivamente prevedono una causa di esclusione della punibilità e una circostanza attenuante nell'ipotesi in cui, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, i debiti tributari, comprensivi di sanzioni amministrative ed interessi, siano stati estinti con il pagamento integrale. La causa di non puni-

⁶⁰ Schema di disegno di legge recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2017.

⁶¹ BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2017.

⁶² L'espressione è di TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA, Utet, 2016, p. 688, il quale osserva come “il legislatore ha finito sostanzialmente per affidare alla giurisprudenza, e in particolare alla complessa interazione tra quella interna e quella europea, la ricerca di una soluzione; quando, inverò, [...] non pare questa la strada utile a estirpare il vizio alla radice”. analogamente, DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 16.

⁶³ In dottrina è stato sostenuto che se dovesse definirsi prima il procedimento penale, la sanzione amministrativa dovrebbe essere preclusa alla luce del principio di specialità disciplinato negli artt. 19 e 21 d. lgs. n. 74 del 2000, dunque alla luce del *ne bis in idem* sostanziale; viceversa, se fosse composta prima la pendenza amministrativa, allora bisognerebbe “fare perno” sul divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto, dunque sul *ne bis in idem* processuale, come d'altra parte sembrerebbero suggerire le Corti sovranazionali: così BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, p. 124 e 132.

⁶⁴ V. *infra*, par. 4. Sul tema, cfr. le interessanti considerazioni di FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2014, p. 15 s., sulle possibili ragioni politiche di questo tenace orientamento giurisprudenziale chiaramente orientato verso un *favor fisci*.

bilità è prevista solo per i reati di omesso versamento delle ritenute, omesso versamento di iva e indebita compensazione. Per tutte le altre fattispecie, in caso di composizione della pendenza col fisco, opera però l'attenuante.

Ebbene, la previsione di una causa di non punibilità per l'ipotesi di definizione della procedura tributaria è uno strumento che, tutto sommato, consente quanto meno il contenimento del problema di una possibile violazione del *ne bis in idem*: vero è che nell'ottica convenzionale una precedente misura punitiva definitiva dovrebbe impedire non solo una nuova sanzione ma, a monte, un nuovo procedimento. In fin dei conti, però, si tratta di un accettabile compromesso, che tra l'altro consente di neutralizzare l'accertamento penale solo nel momento in cui la procedura amministrativa è veramente chiusa.

Certo, non si può non considerare che questo correttivo funziona solo per alcuni reati e che, nell'ottica del legislatore, esso aveva tutt'altra finalità, diversa dalla presa di coscienza del dovere di tutelare il divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto⁶⁵. Indubbiamente si trattava di una buona occasione per adeguare la normativa alle sollecitazioni che arrivavano da Strasburgo e che non è stata, invece, compiutamente colta.

A queste osservazioni deve aggiungersene un'altra: non solo non sembra che si stia seriamente lavorando ad un'opera di ripensamento delle materie caratterizzate dal doppio binario, ma anzi, in alcuni settori nevralgici del sistema, si stanno rafforzando le Autorità indipendenti, riconoscendo ad esse la possibilità di applicare sanzioni sempre più afflittive (che possono concorrere con quelle tipicamente penali), le quali difficilmente potranno sfuggire all'attrazione nella *matière pénale*⁶⁶. Si pensi alla Banca d'Italia, per esempio, e all'apparato sanzionatorio su cui può oggi contare dopo l'introduzione del d. lgs. 12 maggio 2015, n. 72: se è vero che proprio di recente in giurisprudenza ne è stata esclusa la natura sostanzialmente penale, val la pena considerare che le decisioni riguardavano la normativa precedente alla predetta riforma⁶⁷. Probabilmente ad altra conclusione si potrà pervenire quando i giudici

⁶⁵ È stato evidenziato in dottrina come in effetti, limitatamente a questi reati, la riforma permetta al contribuente di evitare la sanzione penale, pur appearing un effetto "inconsapevole" prodotto "a prescindere da implicazioni comunitarie o da preoccupazioni di violazione del divieto di *bis in idem*": così Corso, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p. 4.

⁶⁶ A seguito della decisione Grande Stevens, qualcuno in dottrina ha suggerito di ristrutturare le Autorità indipendenti, in modo da rendere i relativi procedimenti "a prova di" Strasburgo: GUIZZI, *La sentenza Cedu 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1325. Al riguardo va comunque rilevato che nella decisione Grande Stevens, la Corte europea non ha ravvisato la violazione dell'art. 6 della Convenzione, ritenendo dunque che il procedimento di accertamento della Consob fosse equo. Contraria ad un ripensamento delle Autorità indipendenti e convinta che l'unica soluzione sia quella di far confluire nel penale le violazioni più importanti allo stato contenute nel diritto amministrativo punitivo, DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1352.

⁶⁷ Sez. II civ., 24 febbraio 2016, n. 3656 e sez. II civ., 28 settembre 2016, n. 19219, in *www.penale-contemporaneo.it*, 23 febbraio 2017, entrambe a proposito del previgente art. 144 TUB.

di legittimità si confronteranno con l'apparato sanzionatorio contenuto nel Testo unico bancario effetto dell'ultima riforma⁶⁸.

In conclusione, il legislatore è restio ad intervenire e quando lo fa sembra muoversi in maniera poco cauta, quasi casuale, dando l'impressione di avere scarsa consapevolezza degli ingranaggi che va a toccare e del fatto che oramai è impensabile non farsi carico delle sollecitazioni che arrivano dall'Europa in un sistema multilivello quale è il nostro. Dato comunque che non è stato certamente il legislatore, come da molti auspicato, ad affrontare in modo maturo i problemi legati ai sistemi caratterizzati dal doppio binario sanzionatorio, è stato necessario sperimentare altre soluzioni.

4. LA CORTE COSTITUZIONALE SUL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

Veniamo, dunque, alle strade in concreto battute per affrontare la controversa relazione tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*. Una tra le possibili soluzioni era certamente quella di sollecitare l'intervento della Corte costituzionale che, già in altra occasione, nonostante l'iniziale riluttanza⁶⁹, era intervenuta per far fronte all'inerzia del legislatore di fronte all'obbligo di dare un seguito alle decisioni della Corte europea: nel caso di specie, si trattò di trovare uno strumento per dare esecuzione alle sentenze di condanna che imponevano la riapertura dei procedimenti penali in modo da riparare alle violazioni processuali accertate a Strasburgo⁷⁰.

Non si è dovuto attendere a lungo prima che effettivamente si ricorresse alla Corte costituzionale anche nella materia in esame⁷¹, sia nel settore degli

⁶⁸ Diffusamente sul forte inasprimento dell'arsenale sanzionatorio della Banca d'Italia, dopo la riforma del 2015, con particolare riguardo all'art. 144-ter TUB e sulla riconducibilità delle nuove sanzioni alla materia penale, URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 febbraio 2017.

⁶⁹ C. cost., 30 aprile 2008, n. 129 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 comma 1 lett. a c.p.p., sollevata con riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., nella parte in cui esclude dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti posti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

⁷⁰ C. cost., 7 aprile 2011, n. 113, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 46 della Convenzione, "nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 § 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

⁷¹ La Consulta è stata efficacemente definita l'arbitro del disorientamento da SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e scoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2940.

abusi di mercato⁷², sia in quello penale tributario⁷³. Per quanto concerne il primo ambito, le questioni proposte erano in sostanza due: una aveva ad oggetto le norme che disciplinano gli illeciti amministrativi del *market abuse*, l'altra riguardava direttamente l'art. 649 c.p.p. Per quel che, invece, attiene al diritto penale tributario, la doglianza era unica e convergeva unicamente sull'art. 649 c.p.p.

Più in particolare, la Cassazione, in una prima occasione, ha chiesto alla Consulta di verificare la legittimità dell'illecito amministrativo dell'*insider trading* alla luce dell'estensione che la garanzia del *ne bis in idem* aveva acquisito nella giurisprudenza europea: veniva rappresentato, infatti, come la clausola di esordio di tali illeciti "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", che inevitabilmente si traduceva in una possibilità di duplicazione delle sanzioni (amministrativa e penale) avrebbe violato l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 della Convenzione, considerata l'identità della condotta stigmatizzata e la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa⁷⁴. Alla Consulta si domandava, pertanto, di dichiarare l'illegittimità della norma nella parte in cui non prevedeva che l'illecito amministrativo potesse applicarsi "salvo che il fatto costituisca reato": tale formula, infatti, avrebbe escluso la possibilità di una doppia punizione.

Successivamente la Cassazione ha proposto analoga questione di costituzionalità, questa volta dell'illecito amministrativo della manipolazione di mercato, che pure fa "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato": l'ambito, dunque, era esattamente quello che aveva originato l'*affaire* Grande Stevens. Qui il parametro costituzionale di riferimento era rimasto non esplicitato e anche il *petitum* non era stato formulato con la dovuta chiarezza: è stata questa incertezza a segnare, come vedremo, il destino dell'incidente di legittimità⁷⁵.

La Corte costituzionale è stata altresì chiamata –come sopra anticipato– a verificare pure la tenuta dell'art. 649 c.p.p.: tale questione era stata sollevata in via subordinata in una delle due ordinanze di rimessione sugli abusi

⁷² Sez. V, ord. 10 novembre 2014, n. 3333, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2015; Sez. trib., ord. 6 novembre 2014, n. 950, *ivi*, 23 gennaio 2015.

⁷³ Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, n. 136, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2015, con nota di CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*.

⁷⁴ La norma di cui veniva prospettata l'illegittimità costituzionale era quella che disciplina l'illecito amministrativo dell'*insider trading* (art. 187-bis d. lgs. n. 58 del 1998) che, per come formulato, può concorrere con il reato di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 d. lgs. n. 58 del 1998): Sez. V, ord. 10 novembre 2014, *cit.*

⁷⁵ La norma sottoposta a scrutinio costituzionale era quella che disciplina l'illecito amministrativo della manipolazione del mercato (art. 187-ter d. lgs. n. 58 del 1998) che, come si è visto a proposito della decisione della Corte europea Grande Stevens, può concorrere con il corrispondente reato (art. 185 d. lgs. n. 58 del 1998): Sez. trib., ord. 6 novembre 2014, n. 950, *cit.* Il fatto che la questione sia stata proposta dalla Sezione tributaria della Cassazione si deve alla definizione, come primo procedimento, di quello penale: in questo caso, infatti, i giudici di legittimità si trovavano a decidere in ordine ad una sanzione emessa dalla Consob nonostante il precedente definitivo patteggiamento della pena da parte dell'imputato.

di mercato⁷⁶, e in via principale in altra ordinanza emessa nel corso di un procedimento di merito per alcuni illeciti tributari⁷⁷. Anche in questo caso il parametro costituzionale di riferimento era l'art. 117 Cost. con riguardo all'art. 4 Prot. n. 7: veniva rilevato come la norma di diritto interno, che limita il divieto di un secondo giudizio ad un provvedimento definitivo emesso in un giudizio penale, non si conciliasse con l'elaborazione della Corte sovranazionale sulla effettiva portata della materia penale. La Corte costituzionale avrebbe dovuto, pertanto, dichiarare l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. lì dove non prevedeva il divieto di un secondo giudizio in presenza di un provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo destinato ad applicare una sanzione a cui dovesse riconoscersi la natura penale secondo i noti insegnamenti di Strasburgo.

La Corte costituzionale, come è stato efficacemente sintetizzato con una battuta, ha “deciso [...] di non decidere”⁷⁸. Rispetto alla questione sollevata con riguardo al diritto penale tributario, ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché procedesse ad una rivalutazione dopo la riforma che ha investito il settore⁷⁹. Peraltro, di recente è stato sollevato ulteriore incidente di legittimità, del quale si attendono gli esiti, sempre a proposito della problematica convivenza tra illecito penale e illecito tributario e che ancora una volta investe l'art. 649 c.p.p., evidentemente sul presupposto che –quanto meno rispetto all'illecito per cui pendeva l'accertamento– la riforma non consentisse il superamento della violazione⁸⁰.

⁷⁶ Sez. V, ord. 10 novembre 2014, cit.

⁷⁷ Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, cit. Nel caso di specie, si trattava di un omesso versamento dell'iva per il quale l'imputato era stato rinviato a giudizio per il reato di cui all'art. 10-ter d. lgs. n. 74 del 2000, nonostante in sede di accertamento dell'illecito tributario di cui all'art. 13 d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, fosse stato raggiunto un accordo per la rateizzazione dell'imposta evasa, degli interessi e delle sovrattasse. Il Tribunale aveva osservato che il fatto era il medesimo: la condotta oggetto dell'illecito penale è rappresentata, infatti, dal mancato pagamento dell'iva entro il termine massimo in cui essa può essere versata e che coincide con il termine annuale per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo. L'importo evaso, penalmente rilevante, corrisponde dunque alla somma del dovuto alle singole scadenze relative all'anno fiscale precedente. Ma le varie scadenze (mensili o trimestrali a seconda del regime per cui si opta), se non rispettate, fanno scattare ancor prima l'illecito tributario. Coincidenza, dunque, del periodo d'imposta e della somma evasa, nonostante il contrario avviso della Cassazione, secondo la quale non opera il principio di specialità di cui all'art. 19 d. lgs. n. 74 del 2000, potendosi ravvisare tra i due illeciti un rapporto di progressione criminosa (Sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'Iva per il 2005: applicabili gli artt. 10bis e 10ter, ma con un interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013). Dopo aver ravvisato l'identità del fatto, il Tribunale, impiegando i c.d. criteri *Engel* per la qualificazione delle sanzioni, riconosceva la natura sostanzialmente penale delle sovrattasse applicate ed esclusa ogni altra possibilità, rimetteva la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. alla Consulta.

⁷⁸ Così VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

⁷⁹ C. cost., ord. 20 maggio 2016, n. 112. Esplicito il riferimento all'art. 13 d. lgs. n. 74 del 2000 che, come abbiamo detto in precedenza, prevede la non punibilità –tra gli altri casi– per l'omesso versamento dell'iva se prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, la pendenza col fisco è definita.

⁸⁰ Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016, con nota di CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legitti-*

Declaratoria di inammissibilità, invece, per quanto riguarda le questioni di legittimità che attenevano al *market abuse*. Con riguardo al profilo afferente alla formulazione dell'illecito amministrativo dell'*insider trading*, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il fatto oggetto dell'illecito amministrativo coincida (o possa coincidere) con quello tipizzato nella norma penale e ha constatato che, data la formulazione delle fattispecie, le due sanzioni possono concorrere a rischio di violare il *ne bis in idem* europeo. Ciò non di meno, la questione prospettata, come era stato ampiamente previsto in dottrina⁸¹, è stata dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza, considerato che il giudice rimettente era il giudice penale e, dunque, una qualsivoglia decisione sull'illecito amministrativo non si sarebbe rivelata di alcuna utilità. Se anche fosse stata dichiarata illegittima la norma contenente l'illecito amministrativo, e anche se, come conseguenza, fosse stata revocata la sanzione amministrativa, non solo non sarebbe stata evitata la violazione del *ne bis in idem*, ma paradossalmente si sarebbe contribuito al suo verificarsi perché il procedimento penale in corso sarebbe dovuto proseguire nonostante l'imputato fosse stato già definitivamente sanzionato (con una sanzione sostanzialmente penale) in altra sede. La declaratoria di illegittimità costituzionale, in altre parole, seppure avesse prodotto la revoca della sanzione amministrativa, non avrebbe potuto impedire la violazione del *ne bis in idem* perché il processo penale avrebbe dovuto comunque proseguire e concludersi e, come detto sopra, la violazione del divieto di un secondo giudizio non consegue solo alla doppia punizione, ma ancor prima alla doppia persecuzione per lo stesso fatto.

Lapidaria la Consulta in merito alla speculare questione proposta per la manipolazione di mercato: il tono dubbioso e la scarsa precisione nel *petitum* non potevano che portare alla dichiarazione di inammissibilità. Questa decisione ha lasciato l'amaro in bocca poiché la questione, astrattamente, avrebbe avuto maggiori *chances* di riuscita visto che, essendo stata proposta nell'ambito del giudizio di impugnazione della sanzione amministrativa, era in effetti rilevante: una eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma che prevede l'illecito amministrativo avrebbe determinato la possibilità per la sezione tributaria della Cassazione di definire il procedimento con una sentenza di non doversi procedere per *ne bis in idem*⁸².

mità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. *Quale possibile destino della questione pendente dopo A. e B. c. Norvegia?* In questo caso, nel procedimento penale *a quo*, il giudice procedente era stato investito dell'accertamento del reato di cui all'art. 5 d. lgs. n. 74 del 2000 (omessa dichiarazione), contestato ad un soggetto già sanzionato per l'illecito tributario di cui agli artt. 1 e 5 d. lgs. n. 471 del 1997.

⁸¹ SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

⁸² In dottrina aveva suggerito che una questione di legittimità degli illeciti amministrativi nella materia del *market abuse* sollevata in sede amministrativa avrebbe potuto avere una sorte diversa, BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 400.

Certamente meno scontata la conclusione della Corte costituzionale quanto alla prospettata illegittimità dell'art. 649 c.p.p. A scanso di equivoci: non stupisce più di tanto che la questione non sia stata accolta. Non era però facilmente prevedibile che si sarebbe optato, anziché per il rigetto, per una declaratoria di inammissibilità pronunciata a causa del “tono perplesso” dell’ordinanza di rimessione. La Consulta, infatti, constata (e condivide) i dubbi espressi dai giudici *a quo*, che pur ritenendo di non poter diversamente risolvere l’*empasse* in cui si trovavano, avevano manifestato perplessità sugli effetti che una declaratoria di illegittimità dell’art. 649 c.p.p. avrebbe determinato⁸³. In caso di accoglimento, infatti, si sarebbe rischiato di generare una situazione di profonda incertezza in merito alla risposta sanzionatoria da ricollegare ad un comportamento illecito che fosse previsto come tale sia dal diritto penale, sia dal diritto amministrativo. Sarebbe difatti prevalsa la sanzione del procedimento che si fosse riusciti a definire più celermente, in maniera del tutto casuale. E, dunque, si sarebbe finito con il violare altre norme costituzionali: dall’art. 25 che garantisce i principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, all’art. 3, che assicura il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento. Oltre al rischio di entrare in frizione pure con gli artt. 11 e 117 poiché non si sarebbe potuto escludere che, facendo prevalere la prima sanzione applicata, sarebbero stati pregiudicati i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni che il diritto dell’Unione europea impone nelle materie che ricadono nella sua competenza e quale evidentemente è il settore degli abusi di mercato.

Il ricorso alla Consulta, in conclusione, si è risolto in un nulla di fatto. In dottrina, ancora prima che la questione di costituzionalità fosse proposta, era stato osservato come gli eventuali “controlimiti” a cui la Corte avrebbe potuto far riferimento se fosse stata chiamata in causa (quei “principi supremi” che fungono da sbarramento all’ingresso nell’ordinamento nazionale del diritto di matrice europea che dovesse pregiudicarli) non sarebbero stati decisivi: non lo sarebbe stato, si era detto, per esempio l’art. 25 Cost., che sarebbe funzionale “ad un incremento del tasso delle garanzie” e che, pertanto, non potrebbe ritenersi frustrato di fronte ad una deroga *in bonam partem*⁸⁴. L’argomento in concreto si può pure condividere, anche se è fin troppo scontato ricordare che quando si autorizzano eccezioni ai principi, si toglie loro forza e si apre un varco da cui prima o poi si faranno passare pure forzature *in malam partem*. E sappiamo come questo si stia già verificando dopo la sentenza Taricco, con cui la Corte di giustizia ha giudicato la disciplina italiana

⁸³ In dottrina è stato giustamente osservato come “si ha l’impressione che i giudici della V Sezione della Cassazione siano stati più costretti che convinti a sollevare l’eccezione nei confronti dell’art. 649 c.p.p. e, indicando tutti gli inconvenienti che l’accoglimento potrebbe comportare, ne auspichino, in realtà, il rigetto”: così STURLA, *Il ne bis in idem tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2014.

⁸⁴ Così, FLICK – NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 974. In senso contrario, BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Ufficio del Massimario penale, Relazione di orientamento, n. 35 dell’8 maggio 2014, p. 25.

della prescrizione relativamente alle frodi iva incompatibile con gli obblighi europei di tutela penale e, in quanto tale, da disapplicare⁸⁵.

Non avrebbe costituito un “controlimite” decisivo nemmeno il possibile riferimento (che difatti ritroviamo nella sentenza della Corte costituzionale) all’obbligo di garantire l’effettività della risposta sanzionatoria imposto dal diritto all’Unione, considerato che –come abbiamo già evidenziato in precedenza– la direttiva del 2003 in materia di *market abuse* (a cui si deve l’attuale formulazione dei nostri abusi di mercato), che comunque non avrebbe imposto, ma solo consentito la doppia sanzione, era stata in ogni caso abrogata e sostituita con una nuova normativa più rispettosa del principio di *ne bis in idem*⁸⁶.

Potremmo probabilmente discutere a lungo della effettiva resistenza dei principi evocati dalla Corte costituzionale rispetto all’istituto del *ne bis in idem*. Il punto, però, a nostro avviso è un altro ed è per questo che, alla fine, la scelta compiuta dalla Consulta è da condividere. Diciamolo chiaramente: l’art. 649 c.p.p. è una norma ben scritta ed equilibrata, ed una sua interpolazione avrebbe rischiato di creare più problemi di quelli che si volevano risolvere. In altre parole, non si possono far ricadere sull’art. 649 c.p.p. le incongruenze del sistema del doppio binario, che avrebbero dovuto trovare altrove (e cioè nelle norme di riferimento) una composizione.

Un dato è però certo: a seguito della declaratoria di inammissibilità, è rimasta irrisolta la questione della modalità attraverso cui garantire quel diritto convenzionalmente riconosciuto a non essere sottoposti ad un nuovo procedimento sanzionatorio per il medesimo fatto.

5. LE POSSIBILI SOLUZIONI INTERPRETATIVE PER ADEGUARSI A STRASBURGO: L’INTERPRETAZIONE CONVENZIONALMENTE CONFORME

Dopo la sentenza Grande Stevens sono state vagliate una serie di opzioni che avrebbero dovuto permettere di adeguare il nostro sistema a quell’orientamento della Corte europea e che non passavano necessariamente per la Corte costituzionale. Tra di esse vi era quella dell’interpretazione convenzionalmente conforme che, com’è noto, presuppone che tra le possibili letture che possano essere offerte di una norma, si prediliga quella che si armonizzi meglio con il formante europeo⁸⁷. Tale tipo di operazione, con riferimento all’art. 649 c.p.p., comporta che il divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto debba scattare anche nell’ipotesi in cui la sentenza definiti-

⁸⁵ C. giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco.

⁸⁶ Cfr. FLICK – NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 976. V. *supra*, par. 3.

⁸⁷ Per tutti, v. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 45 s.

va abbia applicato una sanzione che, pur non qualificata come penale, come tale vada trattata sulla base dei criteri forniti da Strasburgo. In questa prospettiva, il giudice precedente, una volta che ritenesse applicabile l'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione ora indicata, dovrebbe dichiarare l'improcedibilità per *bis in idem*. Questa strada è stata variamente sperimentata dai giudici di merito⁸⁸, le cui decisioni sono state però annullate dalla Cassazione⁸⁹.

Si trattava, in effetti, di una soluzione molto discutibile, difatti scartata o guardata con estremo sospetto dalla dottrina, che ne sottolineava l'inconciliabilità con il dato letterale dell'art. 649 c.p.p., in cui è stata compiuta la scelta inequivocabile di limitare alla decisione conclusiva di un "procedimento penale" la garanzia⁹⁰. Pertanto non desta meraviglia il fatto che le sentenze che hanno abbracciato un'esegesi convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. non siano sopravvissute all'ultimo grado di giudizio.

L'approccio dell'interpretazione convenzionalmente conforme è stato seguito anche a proposito di reati eterogenei rispetto a quelli a cui abbiamo fatto sinora riferimento e per i quali non è previsto il doppio binario sanzionatorio. È questo certamente il segnale dell'attenzione alla giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*, che però –va detto– è stata in questi casi usata un po' a sproposito. Si è, infatti, per esempio dichiarato il non doversi procedere per il reato di danneggiamento nei confronti di un detenuto che, per aver reso inservibili alcuni mobili della sua cella, era stato in precedenza sottoposto a procedimento disciplinare e condannato al risarcimento del danno e all'esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo per la durata di quindici giorni⁹¹. Ad avviso del giudice precedente, la sanzione disciplinare applicata –in considerazione della sua particolare afflittività– rientrava nella materia penale secondo i criteri *Engel* e pertanto, precludeva un nuovo giudizio sul medesimo fatto⁹².

⁸⁸ Trib. Asti, 10 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016, ha dichiarato non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., interpretato alla luce della giurisprudenza europea, per il reato di omessa dichiarazione (art. 5 d. lgs. n. 74 del 2000), in considerazione della pregressa applicazione delle sanzioni amministrative di cui al d. lgs. n. 471 del 1997 per il medesimo fatto.

⁸⁹ Per una rassegna dell'orientamento demolitorio dei giudici di legittimità, cfr. BRANCACCIO, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Ufficio del Massimario penale, Relazione di orientamento, n. 26 del 21 marzo 2017, p. 11. V., per esempio, Sez. III, 21 aprile 2016, n. 1315, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2016 (con nota di VIGANÒ, *Omesso versamento di iva e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*), che ha annullato la sentenza emessa dal Tribunale di Asti citata nella nota precedente.

⁹⁰ CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari*, cit., p. 5; DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014, p. 20; più possibilisti, FLICK – NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 972.

⁹¹ Trib. Brindisi, 7 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2014, con nota di FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente disciplinari: l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*.

⁹² In dottrina la decisione è stata apprezzata come "inecepibile nella sua consequenzialità argomentativa" da GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 218. Critica, invece, DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 445, ad avviso della quale il Tribunale avrebbe dovuto pronunciare sentenza di proscio-

Ebbene, da una parte non si può sottovalutare il caso concreto nel commentare la decisione: qui, indubbiamente, il giudice ha voluto offrire una risposta di buon senso, considerato che per il danneggiamento l'imputato era stato già abbondantemente punito e una sanzione ulteriore sarebbe apparsa sostanzialmente ingiusta. Fatta però questa premessa, e volendo generalizzare il discorso e astrarlo dalla fattispecie specifica, la sentenza non convince visto che proprio l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dovrebbe indurre ad escludere dalla materia penale le sanzioni disciplinari. Ciò non di meno, va però in effetti considerato che, nei casi sinora giudicati dalla Corte di Strasburgo, è chiaro che la sanzione disciplinare avesse una finalità diversa da quella punitiva⁹³. Nell'ipotesi del provvedimento disciplinare applicato al detenuto, vi era certamente una componente, rappresentata dal risarcimento del danno, che notoriamente non rientra, per la Corte europea, nella *matière pénale*⁹⁴. Qualche dubbio residua invece sulla natura dell'esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo per la durata di quindici giorni: si tratta, in effetti, di misura punitiva. Per Strasburgo, comunque, ciò che attiene all'esecuzione carceraria dovrebbe essere estraneo alla materia penale⁹⁵, nonostante qualche apertura in senso inverso vi sia proprio a proposito della normativa penitenziaria punitiva⁹⁶.

Tuttavia, volendo circoscrivere l'indagine ai provvedimenti disciplinari *tout court*, dovremmo concludere che essi non rientrano nella materia penale di estrazione europea. D'altra parte, gli effetti di una generalizzazione in senso inverso sarebbero devastanti. Poniamo, per esempio, che una pubblica amministrazione licenzi il proprio dipendente per furto: a ragionare secondo lo schema proposto nella sentenza a cui abbiamo fatto riferimento, la sanzione dovrebbe potersi inquadrare nella materia penale, non fosse altro perché è difficilmente immaginabile un provvedimento disciplinare più afflittivo del licenziamento. In questo caso, dunque, sarebbe precluso l'accertamento del reato e l'eventuale applicazione di una sanzione? O, a termini invertiti, qualora arrivasse prima la decisione penale, perché verosimilmente il procedimento disciplinare è stato sospeso in attesa della sentenza, il licenziamento sarebbe inibito?

Non è seriamente sostenibile che a tali interrogativi possa darsi una risposta positiva. Considerato, dunque, che sinora Strasburgo ha tenuto fuori

glimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato in forza della specialità della sanzione disciplinare rispetto al reato ipotizzato.

⁹³ C. eur., 11 dicembre 2007, *Haarvig c. Norvegia*, ove per esempio si negava la natura penale della sospensione provvisoria della licenza di esercizio dell'attività medica all'esito di una procedura disciplinare, valorizzando il fatto che tale provvedimento era soprattutto finalizzato a tutelare i potenziali pazienti.

⁹⁴ Diffusamente, a proposito della non attrazione nella materia penale delle misure risarcitorie, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1906.

⁹⁵ C. eur., 10 luglio 2003, *Gava c. Italia*.

⁹⁶ C. eur., 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*. Cfr. anche F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea*, cit., p. 1939.

dall'area penale le sanzioni disciplinari, c'è da augurarsi –come peraltro sembrerebbe essere– che l'orientamento descritto non trovi seguito e, ove riproposto, venga poi seccamente smentito.

6. LE ALTRE STRADE PRATICABILI

Il ventaglio delle possibili soluzioni esegetiche non si è esaurito con la proposta dell'interpretazione convenzionalmente conforme che, come abbiamo visto, dopo un primo periodo di sperimentazione, è stata di fatto scartata poiché ritenuta confliggente con il dato letterale dell'art. 649 c.p.p.

In una prospettiva non del tutto dissimile è stato sostenuto in dottrina che per garantire quel diritto a non essere processati due volte per il medesimo fatto, anche a fronte di una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, il giudice interno potrebbe fare diretta applicazione dell'art. 4 Prot. n. 7: avendo quest'ultima norma un raggio d'azione più esteso di quello dell'art. 649 c.p.p. –si è detto– non si porrebbe un problema di possibile frizione con il diritto interno potendo il predetto art. 4 inserirsi in “spazi giuridicamente vuoti”⁹⁷. L'opzione, che pure ha trovato una qualche applicazione pratica⁹⁸, non sembra però molto convincente: non è vero che si tratti di un ambito non regolato dal nostro sistema, anzi esattamente il contrario. Nell'art. 649 c.p.p. è stata compiuta una scelta chiara di limitare i confini del divieto alle sanzioni applicate nel procedimento penale: non è un caso che nella norma si riconosca quale beneficiario della garanzia l'imputato che, come noto, è colui nei cui confronti è stata formulata un'accusa penale⁹⁹. Pertanto, una diretta applicazione della norma convenzionale si tradurrebbe in una disapplicazione dell'art. 649 c.p.p.: operazione preclusa al giudice interno, che avrebbe come unica opzione quella di proporre incidente di costituzionalità¹⁰⁰.

Astrattamente più praticabile sarebbe la strada della diretta applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, sostenuta con convinzione da

⁹⁷ VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016. Analogamente TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1507 s.

⁹⁸ Trib. Terni, 12 giugno 2015, n. 674, in www.penalecontemporaneo.it, 2 dicembre 2015, con nota di CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento di iva e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*. Nell'ipotesi di specie, il giudice precedente dichiarava il non doversi procedere per il reato di omesso versamento di iva, condotta per la quale l'imputato era stato già sanzionato definitivamente in sede amministrativa: di qui la decisione di non doversi procedere per *ne bis in idem* per “la diretta vigenza dei principi espressi dalla Corte EDU nel nostro ordinamento”.

⁹⁹ V. al riguardo, CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari*, cit., p. 5.

¹⁰⁰ C. cost., n. 348 e n. 349 del 2007, cit. In dottrina, cfr. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, pp. 1041-1042.

chi l'ha proposta¹⁰¹. La norma, come già ricordato in precedenza, prevede che non si possa essere perseguiti o condannati nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

L'art. 50 è norma di diritto primario visto che, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Pertanto, essa avrebbe effetto diretto negli ordinamenti e prevarrebbe su eventuali norme nazionali contrastanti, come d'altra parte la Corte di giustizia ha già affermato¹⁰². Non solo: se è vero che fino al momento in cui l'Unione non aderirà alla Convenzione europea, quest'ultima non sarà formalmente integrata nell'ordinamento giuridico dell'Unione medesima, va comunque rilevato che, in forza dell'art. 52 della Carta, qualora essa contenga diritti corrispondenti a quelli assicurati dalla Convenzione, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione, salva la possibilità per il diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa¹⁰³. Pertanto, il *ne bis in idem* consacrato nell'art. 50 potrebbe essere direttamente applicato dal giudice interno, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo sulla medesima garanzia. Chiaramente questa soluzione varrebbe solo per ciò che ricade nell'ambito del diritto dell'Unione.

Per quanto affascinante sia la prospettiva della diretta applicazione dell'art. 50, e nonostante il riferimento a questa norma si ritrovi nella parte motivazionale di molte delle sentenze in cui poi si è optato per l'interpretazione convenzionalmente conforme, va rilevato che sinora a questo strumento non si è fatto ricorso: forse per timore di aprire argini delicatissimi, forse nella consapevolezza che, non essendo allineati gli orientamenti della Corte europea e della Corte di giustizia sul divieto di un secondo giudizio, si sarebbe rischiato di applicare l'art. 50 in maniera più estensiva di quanto faccia Lussemburgo, impiegando la valvola di adeguamento prevista dal citato art. 52 e a cui sovente la Corte di giustizia evita di ricorrere.

Per questo, quindi, in maniera più prudente i nostri giudici hanno preferito proporre ricorso alla Corte di giustizia in via pregiudiziale, affinché si esprimesse sulla possibilità della diretta applicazione dell'art. 50 (per la verità, vi sono pochi dubbi al riguardo) e sulla sua interpretazione a proposito del cumulo sanzionatorio nelle materie a doppio binario¹⁰⁴. Vale la pena consi-

¹⁰¹ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., p. 21 s.

¹⁰² C. giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

¹⁰³ Cfr. AMALFITANO e D'AMBROSIO, sub art. 50, cit., p. 1029. Diffusamente al riguardo, v. anche MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 246.

¹⁰⁴ Sez. trib., ord. 20 settembre 2016, n. 20675, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2016, con osservazioni di VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*; Sez. II civ., ord. 27 maggio 2016, n. 23232, in www.penalecontemporaneo.it, 28 novembre 2016, con osservazioni di VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*; Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015, con osservazioni di VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva: la parola alla Corte di giustizia*. Le prime due ordinanze at-

derare che a rimettere la questione c'è anche quella sezione tributaria della Corte di cassazione che si è vista restituire gli atti per il tono perplesso con cui la questione di legittimità costituzionale sull'art. 649 c.p.p. in materia di abusi di mercato era stata posta¹⁰⁵.

In effetti, come abbiamo anticipato, la Corte di giustizia si è già espressa a proposito della diretta applicazione dell'art. 50 della Carta con riguardo al sistema penale tributario svedese, che pure si caratterizzava per il doppio binario sanzionatorio¹⁰⁶. La sentenza in questione ben testimonia il differente approccio al *ne bis in idem* rispetto a quello a cui la Corte europea ci ha (o forse dovremmo dire ci aveva) abituati. Per la Corte di giustizia, infatti, l'art. 50 si concilia con la possibilità, riconosciuta agli Stati, di applicare sanzioni penali e sanzioni tributarie per le stesse violazioni in materia di evasione dell'iva, e questo nell'ottica di apprestare una tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione, purché però le sanzioni tributarie non siano sostanzialmente penali. Valutazione che la Corte di giustizia affida al giudice nazionale¹⁰⁷, secondo criteri che di fatto corrispondono a quelli elaborati dalla Corte europea per l'inquadramento delle sanzioni nella materia penale¹⁰⁸. Ha affermato chiaramente la Corte di giustizia che, se questo accertamento dovesse concludersi positivamente, il giudice nazionale dovrebbe applicare direttamente l'art. 50.

tenevano a illeciti in materia di *market abuse*, l'ultima, invece, riguardava il settore del diritto penale tributario, e più in particolare la duplice punizione penale e amministrativa dell'omesso versamento dell'iva, che è oggetto di un ulteriore rinvio pregiudiziale, questa volta sollevato dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 11 maggio 2015, inedita). Ricorderemo che alla Corte di Lussemburgo era stata già in precedenza proposta analoga questione pregiudiziale per le violazioni tributarie relative alle imposte sul reddito (Trib. Torino, ord. 27 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014, con osservazioni di SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*), ma la Corte dichiarò la propria manifesta incompetenza non trattandosi di materia afferente al diritto dell'Unione (C. giust., ord. 15 aprile 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2015, con osservazioni di SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*). Per completezza si segnala che, di recente, la Corte di giustizia ha concluso, pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice italiano, che l'art. 50 della Carta presuppone l'identità del soggetto sanzionato, con la conseguenza che non osta ad una normativa nazionale prevedere che si possa avviare un procedimento penale per omesso versamento dell'iva nei confronti di una persona fisica dopo che sia stata applicata una sanzione tributaria per lo stesso fatto nei confronti di una società dotata di personalità giuridica: C. giust., 5 aprile 2017, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2017.

¹⁰⁵ Sez. trib., ord. 6 novembre 2014, n. 950, cit. V. par. 4.

¹⁰⁶ C. giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, cit.

¹⁰⁷ Mentre la Corte europea verifica direttamente la riconducibilità di una sanzione amministrativa alla materia penale, la Corte di giustizia demanda il controllo al giudice nazionale, chiamato all'"allerta sul cumulo sanzionatorio, rispetto ai diritti fondamentali". Così DE AMICIS – GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 479. Sul rischio che l'interpretazione dell'art. 50 da parte dei giudici nazionali (chiaramente non in linea con l'indirizzo di Strasburgo) possa esporre gli Stati membri al rischio di una condanna da parte della Corte europea, PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di KOSTORIS, III ed., Giuffrè, 2017, p. 479.

¹⁰⁸ La Corte di Giustizia ha qui richiamato i criteri individuati nella propria decisione 5 giugno 2012, *Bonda*, in cui sono riproposti i noti criteri *Engel* della Corte di Strasburgo.

Potrebbe in effetti sembrare che le conclusioni di Lussemburgo non siano così distanti da quelle di Strasburgo, non fosse altro perché i parametri per la qualificazione delle sanzioni nella materia penale coincidono. Non è però irrilevante che la Corte di giustizia abbia sostenuto l'astratta legittimità di un sistema di doppio binario (anche se, per la verità, pure la Corte europea non lo ha mai escluso *a priori*) e abbia rimarcato come gli Stati debbano assicurare che le risposte ai comportamenti illeciti che colpiscano le finanze dell'Unione siano efficaci. Soprattutto alla luce degli ultimi sviluppi della giurisprudenza di Lussemburgo a cui abbiamo fatto prima riferimento ricordando il caso Taricco, non si può escludere, come attenta dottrina ha rilevato, che la Corte di giustizia, pronunciandosi sui nostri ricorsi, ritenendo di fatto insufficiente l'applicazione della sola sanzione amministrativa o della sola sanzione penale, "avverta forte l'esigenza di dare la precedenza alla tutela degli interessi finanziari, piuttosto che a quella dei diritti fondamentali"¹⁰⁹. Da questo punto di vista, non è privo di significato che nel caso Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson che abbiamo sopra ricostruito, non sia stato fatto alcun riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 della Convenzione, così come interpretato a Strasburgo¹¹⁰. La scelta è chiara e non può che essere letta come una affermazione di autonomia nell'esegesi dell'art. 50.

Considerato questo significativo precedente e tenuto conto dell'evoluzione che nel frattempo vi era stata nella giurisprudenza di Strasburgo a favore di un sempre più intenso riconoscimento del diritto a non essere giudicati due volte, si attendevano con curiosità gli esiti dei rinvii pregiudiziali proposti dai giudici italiani. Senonché, come noto, la Corte di giustizia, che stava proprio per pronunciarsi rispetto ad una delle domande, ha interrotto la procedura decisoria¹¹¹ dopo che la Corte europea, con una sentenza dagli effetti sorprendenti, ha rimesso in discussione il proprio precedente indirizzo interpretativo sul *ne bis in idem*, andando di fatto in suo soccorso.

7. IL DIALOGO TRA CORTI: STRASBURGO IN SOCCORSO DI LUSSEMBURGO

Con un colpo di coda che ha creato non poco stupore, i giudici di Strasburgo, decidendo i ricorsi presentati da due cittadini norvegesi, hanno da ultimo concluso che non viola il principio del *ne bis in idem* la celebrazione di un procedimento penale nei confronti di chi sia stato già sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa del tren-

¹⁰⁹ Così CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari*, cit., p. 8.

¹¹⁰ Lo rileva R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013. In senso analogo, VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 aprile 2013, p. 7 s.

¹¹¹ Si trattava del rinvio proposto da Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit., in materia di illeciti tributari. In questo senso C. giust., ord. 25 gennaio 2017.

ta per cento, se tra i due procedimenti esista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta. Nel caso di specie, era pacifico –ed è stato peraltro riconosciuto in sentenza– che il fatto fosse il medesimo (e cioè l’evasione del tributo dovuto per entrate non dichiarate dai contribuenti) e che la sanzione applicata dall’erario, data la sua particolare afflittività, rientrasse nella materia penale secondo i criteri *Engel*. Ciò non di meno, la Corte ha osservato come la duplicazione delle risposte sanzionatorie non sia di per sé un indice sintomatico della violazione dell’art. 4 Prot. n. 7 dal momento che gli Stati possono decidere di fronteggiare un fenomeno criminale con un sistema integrato di tutela del bene giuridico. Ciò che conta è appunto che vi sia tale “*sufficient connection in substance and time*”¹¹².

Va subito messo in chiaro che non si tratta di un’affermazione del tutto nuova nella giurisprudenza della Corte europea, che in passato aveva già negato la violazione del *ne bis in idem* quando la doppia sanzione (penale e amministrativa) per il medesimo fatto fosse stata emessa all’esito di un unico procedimento o, pure in caso di procedimenti distinti, quando vi fosse tra essi un “legame talmente stretto da poter qualificare la misura amministrativa quale pena complementare alla condanna penale, poiché la prima discende in modo diretto e prevedibile dalla seconda”¹¹³. Tipico l’esempio, in materia di circolazione stradale, della condanna per guida in stato di ebbrezza e ritiro della patente¹¹⁴.

Ciò non di meno, in particolare dopo la sentenza Grande Stevens, sembrava oramai pacifico che determinasse la violazione della garanzia convenzionale la celebrazione di un nuovo procedimento, dopo che quel fatto fosse stato già punito con una sanzione riconducibile alla materia penale. Invece, con un clamoroso *revirement*, che tra l’altro non è stato indolore nemmeno per la Corte europea vista la articolata e appassionata *dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, diventa (o torna ad essere) ora dirimente la verifica della relazione tra le procedure sanzionatorie.

Per la verità i giudici europei affermano che la soluzione migliore sarebbe che i due procedimenti (amministrativo e penale in senso stretto) fossero riuniti e le due sanzioni applicate dalla medesima autorità¹¹⁵. Ma, proba-

¹¹² C. eur., Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B. c. Norvegia*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

¹¹³ Così ALLEGREZZA, sub art. 4, cit., p. 900 s. V. anche MANCUSO – VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7*, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS – VIGANÒ, Giappichelli, 2016, p. 381.

¹¹⁴ C. eur., 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

¹¹⁵ A ben vedere, si tratta di un approccio molto in voga negli Stati Uniti d’America ove l’applicazione di sanzioni tipologicamente diverse ha trovato una sistemazione opposta rispetto alla nostra. Negli Stati Uniti, il principio del *double jeopardy* viene riconosciuto solo per le sanzioni formalmente penali, con conseguente non estensione alle *civil penalties*: *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938). Questo tradizionale orientamento, che ad un certo punto era stato sconfessato –*United States v. Helper*, 490 U.S. 435 (1989)– è tornato successivamente in auge, con il riconoscimento del fatto che il “*double jeopardy clause is non applicable to financial penalties and occupational debarment*”: *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997). Diffusamente sul tema, in una prospettiva di confronto tra Unione

bilmente nella consapevolezza che tale riunione non è spesso contemplata nelle legislazioni nazionali, la Corte europea chiarisce che anche se si trattasse di procedimenti diversi e paralleli, la garanzia convenzionale sarebbe comunque assicurata se gli scopi degli accertamenti fossero diversi; se la doppia risposta sanzionatoria fosse prevedibile; se si evitasse una duplicazione nell'acquisizione delle prove, e cioè se gli elementi raccolti in un procedimento fossero impiegati anche nell'altro; se fosse garantita la proporzionalità della pena, tenendo conto, dunque, nel calcolo della sanzione, di quella precedentemente già applicata; se i diversi procedimenti si celebrassero nello stesso arco temporale o in un arco temporale ristretto. Nel caso di specie la Corte europea ha ritenuto sussistenti gli indici rivelatori della *sufficient connection* e dunque, ha negato la violazione dell'art. 4.

Già da un primo esame emerge come si tratti di criteri vaghi, che non consentono di desumere con ragionevole certezza quando la connessione sia sussistente e quando no (e, di conseguenza, se vi sia o meno *bis in idem*)¹¹⁶. Si pensi al fattore temporale e alla ampia discrezionalità riconosciuta a chi dovrebbe valutarlo, posto che in astratto non è possibile individuare un termine preciso entro cui il secondo procedimento dovrebbe svolgersi¹¹⁷.

Ma perplessità suscitano anche gli altri parametri: per esempio quello dello scopo della sanzione. Nel caso *de quo*, la Corte europea ha ritenuto che la sovrattassa applicata dall'amministrazione tributaria avesse finalità deterrente e scopo compensatorio; la sanzione penale, invece, natura punitiva. Convince questa conclusione, visto che la sanzione penale ha anch'essa natura deterrente (o almeno dovrebbe avercela) e quella tributaria, soprattutto se onerosa, ha indubbiamente pure uno scopo punitivo? D'altra parte, se così non fosse, e cioè se la sovrattassa non fosse stata giudicata, proprio in quanto punitiva, una sanzione penale mascherata, il problema sarebbe stato risolto

europea e Stati Uniti, BOSE, *The consecutive application of different types of sanctions and the principle of ne bis in idem: The EU and the US on different tracks*, relazione tenuta nel convegno *Challenges in the field of economic and financial crime in Europe*, Lussemburgo, 1-3 dicembre 2014, inedita. Posto, dunque, che negli Stati Uniti, il divieto del secondo giudizio è limitato al *criminal law*, è assai diffusa la tendenza ad un'applicazione congiunta delle sanzioni penali e di quelle di altra natura. E per esempio nella materia della responsabilità delle *corporations*, caratterizzata da un ricorso massiccio ad accordi negoziali, spesso conclusi prima dell'esercizio dell'azione penale, il *Prosecutor* raccorda anche le pretese che, per il medesimo fatto, vengano avanzate dalle Autorità di vigilanza del settore in cui l'illecito è maturato, quali la SEC che è l'antesignana della nostra Consob. La sanzione risultante dalla trattativa tiene, dunque, conto di tutte le possibili voci di responsabilità. Volendo, su questo specifico punto, R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli USA: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015, p. 15.

¹¹⁶ Così CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 352.

¹¹⁷ Per esempio, proprio di recente, la Corte europea, pur confermando i criteri affermati in *A. e B. c. Norvegia*, ha concluso che essendo intercorsi circa cinque anni tra la definizione del procedimento di fronte all'autorità tributaria e quella di fronte al giudice penale, non poteva essere riconosciuta una connessione temporale adeguata e, pertanto, il *ne bis in idem* era stato violato: C. eur., 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017. Assai critico rispetto alla valorizzazione del solo elemento temporale, VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, *ivi*.

a monte negandone l'attrazione nella materia penale, che invece la Corte in questo caso ha confermato.

Veniamo al criterio della prevedibilità. Non è seriamente sostenibile che possa discriminare: le sanzioni, per essere applicate, devono essere predeterminate dalla legge, e dunque sono per definizione prevedibili.

C'è poi un presupposto che semmai, se riscontrato, dovrebbe sollecitare una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella fatta propria dalla Corte: per Strasburgo il fatto che una prova circoli da un procedimento all'altro è sintomo della stretta connessione esistente tra i due accertamenti e dunque indice di non violazione del *ne bis in idem*¹¹⁸. La Corte europea, per la verità, aggiunge una considerazione di non poco conto: scoraggia, infatti, dalla raccolta separata degli elementi probatori e invita a impiegare nel secondo procedimento il materiale raccolto nel primo. Ebbene, si deve ritenere che una tale evenienza funzionerebbe semmai proprio come spia del *bis in idem*, poiché si andrebbe a compiere un nuovo accertamento sullo stesso fatto, per applicare una ulteriore sanzione, sulla base degli stessi presupposti probatori. Considerato, tra l'altro, che sovente l'accertamento amministrativo parte e si conclude prima e che le regole che lo governano sono tendenzialmente meno garantiste rispetto a quelle del codice di rito penale, si finirebbe per condizionare il procedimento penale con un materiale per così dire "pregiudicato", e che nel processo penale avrebbe avuto un differente *iter* formativo¹¹⁹.

Ora, e anche se il tema è troppo complesso per essere liquidato in due battute, è inutile negare che quando l'illecito è stato già oggetto di valutazione da parte di un'Autorità di vigilanza come la Consob o di un'Autorità amministrativa come quella tributaria, nel procedimento penale confluiscono rispettivamente le relazioni e i verbali dell'accertamento. Anzi, spesso, soprattutto i procedimenti per i reati tributari nascono proprio dalle denunce dell'amministrazione fiscale, che generalmente allega il proprio processo verbale di contestazione. Ciò non di meno, è altrettanto ricorrente che, almeno in dibattimento, di quegli atti vengano espunti alcuni allegati: per esempio le dichiarazioni rese dal soggetto sottoposto a verifica che, nelle procedure amministrative, può essere sentito con garanzie inferiori rispetto a quelle proprie del processo penale in cui è garantito il diritto al silenzio. Posto dunque che una circolazione probatoria tra procedimento penale e procedimento amministrativo esiste e ha passato più volte il controllo di legittimità della Cassa-

¹¹⁸ È assai significativo (e, nella nostra ottica, preoccupante) che nel caso *A e B. c. Norvegia*, la Corte arrivi a negare la violazione del *ne bis in idem* valorizzando la circolazione del materiale probatorio tra i due procedimenti, lì dove invece, nel caso *Jóhannesson e a. c. Islanda*, proprio l'indipendenza tra i due accertamenti nella raccolta e nella valutazione delle prove la indirizzi verso il riconoscimento della violazione della garanzia.

¹¹⁹ In questo senso in dottrina, VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016. Cfr. sul tema, CORVI, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria. I reati - Il processo*, a cura di GIARDA - PERINI - VARRASO, Cedam, 2016, p. 474 s; v. anche BOCELLARI, *La reciproca utilizzabilità degli atti nell'accertamento tributario e nel procedimento penale*, *ivi*, p. 497 s.

zione¹²⁰, è chiaro che una presa di posizione a favore di una raccolta unica del materiale probatorio pare conclusione davvero assai pericolosa (pure se gli anticorpi del nostro codice di rito dovrebbero comunque funzionare da sbarramento all'ingresso di atti acquisiti senza le garanzie del processo penale). Il giudizio non cambierebbe se il procedimento amministrativo dovesse rispettare gli *standard* imposti dall'art. 6 della Convenzione per il giusto processo, posto che non è immaginabile una perfetta sovrapposizione tra le tutele assicurate in sede amministrativa e quelle tipiche del processo penale.

Forse il meno vago tra i criteri per misurare la connessione tra procedimenti è quello della proporzionalità della pena che, peraltro, per esempio nella decisione Grande Stevens, era stato ritenuto del tutto ininfluenza (non è un caso che il giudice Pinto, nella sua *dissenting opinion* a cui abbiamo fatto già prima riferimento, abbia sottolineato che il fine del *ne bis in idem* sia non sottoporre un individuo a doppio procedimento, e non quello di assicurargli una pena congrua perché proporzionata). Ma anche a voler applicare questo criterio, quali sarebbero gli effetti? Il giudice del secondo procedimento dovrebbe scomputare dalla sanzione che ritiene di dover applicare il "presofferto". Questo potrebbe anche voler dire che se la seconda autorità procedente dovesse valutare la prima sanzione come adeguata rispetto al concreto disvalore del fatto potrebbe non sanzionare, pur riconoscendo la sussistenza dell'illecito sottoposto al suo scrutinio? E, in caso positivo, con quale formula dovrebbe definire la pendenza?

Insomma, sono molti i dubbi che gli indici rivelatori di una connessione sufficiente a negare la violazione del divieto di un secondo giudizio sollevano. Ed è evidente che, dopo la sentenza Grande Stevens, la percezione sia stata di un clamoroso *dietrofront*, forse una resa di Strasburgo a Lussemburgo¹²¹ o, quanto meno, una mano tesa alla Corte di giustizia, proprio nel momento in cui questa avrebbe dovuto decidere una serie di domande pregiudiziali sulla compatibilità tra alcuni sistemi a doppio binario sanzionatorio e l'art. 50 della Carta dei diritti. Abbiamo già abbondantemente considerato nel precedente paragrafo quanto dovrebbe pesare nella interpretazione di questa norma la giurisprudenza della Corte europea, considerato che si tratta di una garanzia speculare a quella convenzionale. Con questo nuovo tassello che è arrivato da Strasburgo potrebbe essere ora più semplice per la Corte di giustizia confermare la compatibilità coll'art. 50 di quelle normative che si caratterizzano per una duplice sanzione di fatti che possono ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Va però segnalato che sono state rese note le conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nei procedimenti relativi ai nostri rinvii

¹²⁰ Cfr., a titolo esemplificativo, Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 14759, in *C.E.D. Cass.*, n. 252300, sulla possibilità di impiegare nel processo penale le relazioni della Banca d'Italia e della Consob.

¹²¹ In questo senso, DE AMICIS – GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., p. 480.

pregiudiziali¹²². Questi ha proposto una interpretazione dell'art. 50 che in effetti assicurerebbe una protezione del principio del *ne bis in idem* superiore rispetto a quella ultima dalla Corte europea. Secondo l'Avvocato generale, infatti, l'orientamento inaugurato con *A. e B. contro Norvegia* non solo rischierebbe di violare il divieto di un secondo giudizio, ma attraverso il criterio della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta andrebbe ad introdurre profili di imprevedibilità e incertezza, che vanno viceversa evitati in considerazione dell'importanza della garanzia¹²³. Pertanto, a suo avviso, la Corte di giustizia dovrebbe confermare la posizione assunta nella sentenza Åkerberg Fransson e concludere nel senso che risulterebbe violato l'art. 50 in caso di doppia persecuzione o punizione, anche a fronte di una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale alla luce dei criteri *Engel*.

A dire il vero, nelle conclusioni in questione si legge qualcosa di più: per l'Avvocato generale, i nostri sistemi di doppio binario, sia quello tributario, sia quello degli abusi di mercato, risultano fortemente critici poiché è difficilmente sostenibile che le sanzioni amministrative non abbiano natura penale, in considerazione della loro generale applicabilità, data la loro natura preventiva e repressiva, posto che tutelano i medesimi beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici e pure in ragione della loro severità¹²⁴. È chiaro, dunque, che in questa prospettiva, nei casi sottoposti a scrutinio vi sarebbe violazione del *ne bis in idem*. Vedremo cosa dirà la Corte di giustizia.

Se per le decisioni di Lussemburgo dobbiamo ancora attendere, sul fronte interno la sentenza della Corte europea ha già prodotto i suoi effetti. Ravvisando la connessione tra procedimenti richiesta da Strasburgo per negare la violazione dell'art. 4 Prot. n. 7, la Cassazione ha, infatti, annullato una sentenza con cui era stato dichiarato il non doversi procedere per *bis in idem* in sede penale a seguito della previa applicazione di una sanzione disciplinare per il medesimo fatto¹²⁵; e il Tribunale di Milano, da parte sua, pronunciandosi su una richiesta di sentenza predibattimentale di proscioglimento per *ne bis in idem* per il reato di manipolazione del mercato, pur avendo accertato l'applicazione di una sanzione per la stessa condotta da parte della Consob, ha respinto l'istanza. In quest'ultimo caso, ha contato più di ogni altra cosa l'impiego, in sede penale, delle risultanze istruttorie dell'Autorità di vigilanza

¹²² Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 settembre 2017 nelle Cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16.

¹²³ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona nella Causa 524/15, cit., § 73.

¹²⁴ In astratto l'Avvocato generale non nega la possibilità di un doppio binario sanzionatorio; in concreto però suggerisce – qualora la sanzione amministrativa si caratterizzi come una sanzione penale mascherata – di optare per il solo diritto penale, che a suo dire avrebbe maggiore efficacia deterrente e pertanto consentirebbe comunque una adeguata tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

¹²⁵ Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184, in www.penalecontemporaneo.it, 21 aprile 2017, con osservazioni di ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria) –*.

che, come abbiamo già osservato, tra i criteri suggeriti dalla Corte europea è quello più discutibile¹²⁶.

Val la pena osservare che nella pronuncia della Cassazione, viene data grande enfasi alle ragioni per cui l'orientamento che valorizza la "*sufficient connection in substance and time*" sia consolidato, presupposto indispensabile, secondo la Corte costituzionale, affinché il giudice interno ponga a fondamento del proprio processo interpretativo l'elaborazione giurisprudenziale sovranazionale¹²⁷.

Nel merito, la decisione dei giudici di legittimità va condivisa, avendo in sostanza escluso che il *ne bis in idem* possa scattare in presenza di una precedente sanzione disciplinare per lo stesso fatto. Soluzione che, infatti, avevamo scartato avendo rilevato che per la Corte di Strasburgo questo tipo di misura non rientra nella materia penale¹²⁸. Dunque, sarebbe stato preferibile utilizzare questo argomento, piuttosto che puntare all'accertamento di un adeguato collegamento tra procedimenti, sul presupposto che si tratti del tipo di valutazione suggerito stabilmente dalla Corte europea.

È noto, infatti, che la Corte costituzionale, per poter definire consolidato l'orientamento dei giudici di Strasburgo, richiede che si tratti di decisioni emesse nei confronti dell'Italia, che riguardino la medesima materia oggetto del giudizio, che non ci siano opinioni dissenzianti, che si sia espressa la Grande Camera. Ebbene, la sentenza che ha determinato il cambio di passo della Corte europea è stata emessa nei confronti della Norvegia; atteneva alla materia tributaria; vi era un'articolata *dissenting opinion* in cui si rappresentavano con allarme gli effetti della forte rottura che si sarebbe creata rispetto ai propri precedenti e nel quale si prendevano le distanze da un approccio che avrebbe alla fine negato il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*. Uno solo è il parametro soddisfatto, posto che si è trattato di un pronunciamento della Grande Camera. Troppo poco, in base agli insegnamenti della Consulta, per parlare di diritto consolidato¹²⁹.

Non erano, dunque, tenuti i giudici nazionali a conformarsi alla decisione ultima di Strasburgo, soprattutto in settori come quello del *market abuse* in cui non si possono con un colpo di spugna cancellare le riflessioni e gli effetti

¹²⁶ Trib. Milano, ord. 6 dicembre 2016, con nota sostanzialmente adesiva (nonostante le perplessità sui criteri espressi in *A e B. c. Norvegia* e l'auspicio di un rapido intervento legislativo) di FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016, p. 8 s.

¹²⁷ C. cost., 26 marzo 2015, n. 49. Sul tema, v. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 411 s.

¹²⁸ V. *supra*, par. 5.

¹²⁹ In questo senso, con riferimento alla decisione del Tribunale di Milano, anche MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem "ancipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 520 s. che efficacemente evidenzia come sorga "il dubbio che il parametro del diritto consolidato possa essere strumentalizzato in ottica antigarantistica, nel senso che esso valga solo a sbarrare il passo a sentenze favorevoli all'imputato".

provocati dalla sentenza Grande Stevens. Ma è presumibile che in questa direzione ci stiamo oramai muovendo.

Siamo tornati indietro, dunque, nella tutela del *ne bis in idem*? Potrebbe essere. O forse più semplicemente stiamo cercando un nuovo punto di equilibrio tra esigenze repressive e garanzie che, soprattutto in settori nevralgici per l'economia, non è facile da individuare. Ciò non di meno è questo lo sforzo che ci attende e che, in un momento in cui il legislatore è rimasto irrimediabilmente indietro, non può che passare da quel dialogo oramai aperto tra corti sovranazionali e giudici nazionali. Il nostro è oramai sempre più un "diritto giurisprudenziale"¹³⁰, che per sua natura è meno incline alla stabilizzazione. Tuttavia, è ad essa che si dovrebbe puntare dopo un periodo di assestamento, poiché in un momento storico di crisi finanziaria quale è quello che stiamo vivendo da anni, la prevedibilità della risposta sanzionatoria conta quanto l'effettività della stessa¹³¹.

¹³⁰ L'espressione è di PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1129. In tema v. anche DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, n. 3, p. 13 s. e PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, *ivi*, 2015, p. 29 s.

¹³¹ Sulla prevedibilità della decisione giudiziaria, cfr. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il polo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, p. 11 s. e VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016.

