



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Cattedra di Diritto Penale 1

IL *NE BIS IN IDEM* NEL DIALOGO TRA CORTI NAZIONALI E  
SOVRANAZIONALI: UN PRINCIPIO IN CERCA DI EQUILIBRIO

RELATORE  
Chiar.mo Prof.  
**Maurizio Bellacosa**

CANDIDATA  
**Paola Maria Onorato**  
Mat. 124233

CORRELATORE  
Chiar.ma Prof.ssa  
**Elisa Scaroina**

ANNO ACCADEMICO 2017-2018

## INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i> .....	4
---------------------------	---

### CAPITOLO I

#### IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*: LINEE GENERALI E ORIGINI DELL'ISTITUTO

1. Introduzione al principio del <i>ne bis in idem</i> . .....	8
2. La dimensione processuale del <i>ne bis in idem</i> : il divieto di doppio giudizio. ....	12
3. La natura sostanziale del principio e il concetto di “medesimo fatto”. .....	17
4. Concorso formale di reati, concorso apparente di norme e <i>ne bis in idem</i> . L’operatività del principio nei confronti del reato progressivo. ....	32
5. Il doppio giudizio in relazione agli istituti del reato complesso e del reato continuato. Cenni sul reato permanente. ....	43
6. <i>Ne bis in idem</i> e sistema sanzionatorio. Il principio di specialità in tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi: il problema del doppio binario in ambito tributario. ....	49
7. Segue: il doppio binario sanzionatorio in materia di <i>Market Abuse</i> e compatibilità con il divieto di <i>bis in idem</i> . ....	59

### CAPITOLO II

#### IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

1. Il ruolo del diritto sovranazionale in materia di <i>ne bis in idem</i> e la pluridimensionalità del principio. ....	67
2. Il principio nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo: l’art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7. ....	72
3. La nozione di “materia penale” e le applicazioni del <i>ne bis in idem</i> nella giurisprudenza di Strasburgo. ....	76

4. Il <i>ne bis in idem</i> nel sistema dell'Unione europea: l'art. 50 CDFUE e le applicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea. ....	85
5. La portata del principio nei principali Paesi europei e nell'ordinamento anglo-americano (cenni). .....	96

### CAPITOLO III

#### IL DIALOGO TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E CORTI EUROPEE IN MATERIA DI *NE BIS IN IDEM*

1. La nozione di " <i>idem factum</i> " e la ricerca di un equilibrio tra Corti italiane ed europee: la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016. ....	130
2. La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione europea sul sistema sanzionatorio in materia di abusi di mercato e illeciti tributari: la crisi del doppio binario. La sentenza "Grande Stevens". La sentenza "Fransson". .....	148
3. Segue: i giudici nazionali alle prese con gli effetti della sentenza "Grande Stevens". .....	170
4. La sentenza A e B contro Norvegia: un <i>revirement</i> giurisprudenziale della Corte EDU? .....	193

### CAPITOLO IV

#### OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO*

1. Gli effetti della sentenza "A e B c. Norvegia" e i successivi interventi delle Corti nazionali ed europee. ....	212
2. <i>Ne bis in idem</i> : un diritto della persona realmente garantito? Possibili soluzioni percorribili per una tutela effettiva. ....	241
3. <i>Ne bis in idem</i> e concorso apparente di norme: riflessioni sul rapporto tra la nozione convenzionale di <i>idem factum</i> e il principio di specialità a margine dei recenti approdi delle Sezioni Unite. ....	265
4. Osservazioni conclusive. ....	280
<b><i>Bibliografia</i></b> .....	<b>290</b>



## ***Introduzione***

Il principio del *ne bis in idem* vanta origini antichissime e può essere considerato a tutti gli effetti rientrante nel novero dei diritti fondamentali dell'individuo: alla base del divieto d'instaurare un nuovo procedimento nei confronti di un soggetto già definitivamente giudicato per il medesimo comportamento illecito stanno basilari esigenze di giustizia ed equità di giudizio, la salvaguardia del principio di proporzionalità delle pene nonché istanze di stabilità delle situazioni giuridiche.

Alla necessità- di natura processuale- che il cittadino non sia illimitatamente sottoponibile a giudizio per uno stesso fatto di reato, si accompagna quella- distinta ma strettamente connessa- di scongiurare il verificarsi di un duplice addebito (e, pertanto, l'irrogazione di una duplice pena) per una medesima condotta, qualora quest'ultima sia astrattamente riconducibile a più disposizioni penali<sup>1</sup>: nonostante le sue molteplici sfaccettature, idonee a renderlo un principio dalle multiformi applicazioni, il *ne bis in idem* conserva ancora oggi la sua essenza unica e profonda d'irrinunciabile caposaldo e fondamento per l'attuale civiltà giuridica.

Ma anche le esigenze e le garanzie più imprescindibili, si sa, sono tenute a confrontarsi e a bilanciarsi con altrettanti valori e principi insiti nell'ordinamento, spesso contrastanti: così, se il divieto di *bis in idem* mira a proteggere l'individuo da un "accanimento" processuale e sanzionatorio sul medesimo fatto, dall'altra parte la pretesa punitiva dello Stato sovrano non intende lasciare spazi d'impunità, essendo al contrario volta- soprattutto nei tempi moderni- alla moltiplicazione delle reazioni sanzionatorie e alla repressione di condotte particolarmente pericolose e lesive di fondamentali interessi generali.

È in questi termini che s'instaura il conflitto tra le garanzie individuali imposte dal diritto penale sostanziale e le istanze di rigore e di moralizzazione perseguite dal diritto penale economico, quest'ultimo teso- in maniera sempre più incisiva- a proteggere dai comportamenti abusivi settori decisamente delicati, come quello

---

<sup>1</sup> Quest'ultima esigenza è posta infatti alla base del concorso apparente di norme coesistenti-finalizzato ad evitare la realizzazione di un cumulo sanzionatorio nei confronti di un medesimo comportamento- e costituisce la *ratio* del *ne bis in idem* sostanziale (che rappresenta, insieme al *ne bis in idem* processuale, una delle due anime del principio in esame). Sul punto, v. infra, cap. I, parr. 2-3.

fiscale e quello finanziario: da siffatta tendenza prende vita il cosiddetto “doppio binario sanzionatorio”, dominante la materia dei reati tributari e degli abusi di mercato e caratterizzato dalla possibilità che una stessa condotta sia perseguibile e sanzionabile tanto in via amministrativa quanto in via penale.

Una severa quanto necessaria reazione punitiva che il legislatore, a partire dagli anni 2000<sup>2</sup>, ha studiato e predisposto per far fronte all’esigenza della lotta alla frode fiscale, da una parte, e per reprimere efficacemente condotte di difficile accertamento probatorio- che erano state perciò raramente sanzionate, nella precedente esperienza applicativa- come l’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato, dall’altra<sup>3</sup>: un meccanismo rigoroso volto alla doverosa tutela degli interessi del mercato e di quelli dell’erario, ma che non ha mancato di suscitare fin da subito perplessità, considerati i problematici (e inevitabili) risvolti operativi.

Non si può certo negare, infatti, come la possibile e contestuale instaurazione, per gli illeciti più gravi, di un processo penale e di un procedimento amministrativo- quest’ultimo senza dubbio più snello e rapido rispetto al primo- sia stata ideata per dotare l’ordinamento nazionale di un validissimo strumento di prevenzione e repressione, atto a fare da scudo nei confronti di condotte particolarmente insidiose e a rendere il sistema punitivo italiano efficiente e competitivo anche a livello europeo.

Allo stesso tempo, però, appare evidente come la sottoposizione di uno stesso fatto a un duplice procedimento e ad una duplice sanzione, caratteristica essenziale

---

<sup>2</sup> Il vigente quadro normativo dei reati tributari è delineato dal d. lgs. n. 74/2000 (così come riformato nel 2015), mentre la disciplina degli abusi di mercato è stata innovata, su spinta comunitaria, con l. n. 62/2005, la quale ha profondamente modificato la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 58/1998 (t.u.f.): tra le numerose novità, spicca l’introduzione di illeciti amministrativi che si affiancano alle fattispecie penali, andando a costituire il menzionato doppio binario sanzionatorio. Sul punto, v. infra, cap. I, parr. 6-7.

<sup>3</sup> Cfr. M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari nella prospettiva europea*, in AA.VV., *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza degli ordinamenti*, a cura di A. DEL VECCHIO- P. SEVERINO, Bari, 2016, p. 279 ss. in cui si evidenzia come la lotta alla frode fiscale sia stata caldeggiata soprattutto dall’Unione europea, la quale ha sottolineato più volte l’esigenza di un contrasto all’evasione e all’elusione d’imposta, anche se quello comunitario è da ritenere “un intervento problematico, in considerazione del fatto che la materia tributaria è strettamente legata alle scelte di disciplina del singolo Stato”; sul doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, v. M. BELLACOSA, “Insider trading”: *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Diritto e pratica delle società*, 2005, p. 21, che rileva come tale meccanismo assuma “una valenza simbolica nell’ottica di una moralizzazione degli operatori del mercato”.

del doppio binario, non possa che porsi quale antagonista naturale di quel divieto di *bis in idem* rispondente a basilari esigenze di giustizia, di cui si è poc' anzi detto: ciò soprattutto se si pone mente alla nozione autonoma di “materia penale” elaborata dalla Corte EDU- scevra delle qualificazioni formali e volta a cogliere la reale sostanza degli illeciti- in base alla quale le sanzioni amministrative particolarmente afflittive (quali quelle previste dal legislatore italiano nei settori tributario e finanziario) sono da considerare sostanzialmente penali<sup>4</sup>.

Ad ogni doppio binario penale-amministrativo corrisponde, pertanto, il rischio di una violazione del diritto fondamentale del singolo a non vedersi sottoposto più volte a giudizio (e a non essere doppiamente punito) per un identico comportamento: dallo stesso rischio nasce altresì il contrasto tra la giurisprudenza sovranazionale- volta alla protezione del *ne bis in idem*- e l'ordinamento nazionale, tacciato di averne predisposto- con l'introduzione di suddetti meccanismi sanzionatori- la lesione.

Questo studio nasce dalla volontà di analizzare a fondo il significato e l'importanza che il principio del *ne bis in idem* assume in ogni sua sfaccettatura, dapprima esaminandone la rilevanza nell'ordinamento interno e il suo rapporto con i principali istituti del diritto penale sostanziale, per poi passare al ruolo che lo stesso principio assume nel contesto convenzionale (grazie all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU) ed europeo (mediante l'art. 50 CDFUE): vedremo come tanto il concetto di “materia penale” quanto quello di “*idem factum*”- entrambi essenziali nella definizione dei confini applicativi del *ne bis in idem*- abbiano per i giudici europei un contenuto ben diverso da quello adottato a livello nazionale, e come ciò abbia avuto un peso determinante nella condanna, da parte della Corte EDU, dei meccanismi sanzionatori italiani a doppio binario avvenuta con la celebre sentenza “Grande Stevens c. Italia”.

Gettando altresì uno sguardo sugli approdi interpretativi raggiunti dalla Corte di Giustizia in materia, seguiremo le fasi evolutive di un lungo e controverso dialogo giurisprudenziale, avente come principali protagonisti i giudici di Strasburgo, da un lato, e lo Stato italiano in difesa del cumulo procedimentale e sanzionatorio penale-amministrativo, dall'altro: dialogo culminante nella recente sentenza “A e B c.

---

<sup>4</sup> In base ai criteri “Engel”, elaborati dalla Corte di Strasburgo, una sanzione può dirsi sostanzialmente penale, anche se qualificata formalmente come amministrativa: occorre guardare ad elementi quali la gravità e l'afflittività, lo scopo e la funzione. V. infra, cap. II, par. 3.

Norvegia”, con la quale la Corte EDU, in via inedita e non senza critiche, ha dato una nuova scossa al già precario equilibrio sussistente tra doppio binario e *ne bis in idem*.

Un dibattito tutt’oggi in corso e che sembra destinato a svilupparsi ulteriormente, nella perpetua ricerca di un punto d’incontro e di un bilanciamento tra le necessarie esigenze preventive e repressive- *ratio* fondamentale del cumulo sanzionatorio- e le garanzie individuali sottese al divieto di *bis in idem*: individueremo quali sono state le strade percorse dalla giurisprudenza per uscire da un’*impasse* apparentemente priva di rimedio, analizzeremo l’influenza del *ne bis in idem* europeo sull’istituto sostanziale del concorso apparente di norme, fino ad osservare e valutare quali sono, ad oggi, le soluzioni praticabili dal legislatore per porre un argine alla violazione sistematica del divieto di *bis in idem* e far sì che quest’ultimo torni ad essere un diritto della persona realmente garantito.

## CAPITOLO I

### IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*: LINEE GENERALI E ORIGINI DELL'ISTITUTO.

SOMMARIO: 1. Introduzione al principio del *ne bis in idem*. 2. La dimensione processuale del *ne bis in idem*: il divieto di doppio giudizio. 3. La natura sostanziale del principio e il concetto di “medesimo fatto”. 4. Concorso formale di reati, concorso apparente di norme e *ne bis in idem*. L’operatività del principio nei confronti del reato progressivo. 5. Il doppio giudizio in relazione agli istituti del reato complesso e del reato continuato. Cenni sul reato permanente. 6. *Ne bis in idem* e sistema sanzionatorio. Il principio di specialità in tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi: il problema del doppio binario in ambito tributario. 7. Segue: il doppio binario sanzionatorio in materia di *Market Abuse* e compatibilità con il divieto di *bis in idem*.

#### **1. Introduzione al principio del *ne bis in idem*.**

Per spiegare e dimostrare la portata di un principio-cardine della giustizia penale, dalle molteplici accezioni, come quello del *ne bis in idem*, occorre partire dalla sua definizione e comprenderne le origini.

La locuzione latina, che tradotta alla lettera significa “non due volte per la medesima cosa”, era già conosciuta anticamente presso il Diritto Romano<sup>5</sup>: emersa nelle opere di Quintiliano<sup>6</sup> mediante l’enunciazione del principio secondo il quale “*bis de eadem re ne sit actio*”<sup>7</sup>, si ritrova anche in Ulpiano per affermare che un

---

<sup>5</sup> G. BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem, dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, p. 10.

<sup>6</sup> Un primo riferimento al principio del *ne bis in idem* può essere infatti ritrovato nell’opera più famosa dell’autore latino, vale a dire l’*Institutio oratoria*, Libro VII, cap. 6, par. 4.

<sup>7</sup> Per un’attenta analisi sulle origini romanistiche di tale canone, v. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 136 che specifica come il principio venisse utilizzato nella tradizione della *consumptio per litis contestationes*.

diritto che fosse stato *in iudicium deductum*, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento<sup>8</sup>.

Il divieto di *bis in idem* costituisce un importante principio di diritto volto a soddisfare un'esigenza naturale di equità<sup>9</sup>, una vocazione fondamentale di giustizia sostanziale<sup>10</sup>, un vero e proprio diritto della persona che riconosce la sua sede naturale in quel processo "giusto" posto quale baricentro della nostro sistema giudiziario<sup>11</sup>: impedisce che nei confronti di un soggetto già giudicato possa nuovamente instaurarsi un procedimento penale per lo stesso fatto<sup>12</sup>.

Sarebbe riduttivo, pertanto, considerare il principio in esame come una semplice regola di natura procedurale, nonostante *prima facie* sembri operare principalmente in tale sede.

La locuzione *ne bis in idem* viene utilizzata, invero, dagli ordinamenti penali nazionali in un duplice significato: da una parte quello espresso dal brocardo *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, ossia il divieto di doppio processo per lo stesso fatto, e dall'altra quello del *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, vale a dire il divieto di addebitare più volte, mediante il ricorso a molteplice pena, lo stesso accadimento criminoso all'autore<sup>13</sup>. Tale duplice essenza del principio si sostanzia nella distinzione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale: il primo volto a garantire la tendenziale intangibilità del risultato processuale mediante la funzione negativa del giudicato<sup>14</sup>, il secondo rappresentante invece quel principio di equità e certezza del diritto desumibile dall'art 15 c.p. e da altre disposizioni penali

---

<sup>8</sup> L'Autore del *Digesto* è citato da G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>9</sup> N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 101.

<sup>10</sup> S. ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", in *Digesto delle discipline penali*, Tomo II, Torino, 2008, p. 733.

<sup>11</sup> N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 102.

<sup>12</sup> v. tra i tanti M. CERESA- GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VIII ed, CEDAM, 2016, p. 953; C. MARINELLI, *sub. Art. 649*, in G. CONSO- G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., Padova, 2015, p. 2840.

<sup>13</sup> Cfr. J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100 ss, ma anche F. MANTOVANI, *Diritto penale 2, Parte generale*, p. 482 richiamato da C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2840.

<sup>14</sup> F. CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 67.

finalizzate a vietare la duplicazione di sanzioni<sup>15</sup>. Alla base della dicotomia appena evidenziata stanno presupposti applicativi e valori diversi, tanto che la dottrina ha da sempre escluso la possibilità di una ricostruzione unitaria del principio<sup>16</sup>: mentre il *ne bis in idem* sostanziale risponde ad esigenze di equità e, come detto, di giustizia sostanziale, essendo “*concentrato ad evitare l’irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato*”<sup>17</sup>, la sua dimensione processuale intende assicurare esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi<sup>18</sup>. Tra le *ratio* spesso invocate del principio vi è infatti proprio quella di economia processuale<sup>19</sup>, per la quale evitare la duplicazione dei processi e dunque il raddoppiamento dei tempi di durata è necessario e consente di ricondurre il principio stesso all’alveo, nuovamente, del giusto processo<sup>20</sup>: come visto, dunque, sono numerose ed eterogenee- seppur strettamente interconnesse- le esigenze poste alla base del divieto di *bis in idem*, e ciò che ne deriva è che non sembra potersi facilmente pensare a un sistema giudiziario penale che prescindendo dall’applicazione di esso.

Il principio in esame è stato di fatti consacrato all’interno del nostro ordinamento nazionale mediante la sua prima codificazione nel codice del 1865, e in seguito tramite la sua riaffermazione in quelli del 1913 e del 1930<sup>21</sup>.

Che si tratti di diritto imprescindibile del soggetto, di principio funzionale a istanze di libertà individuale e di certezza del diritto<sup>22</sup>, è dimostrato infatti dalla circostanza che esso, nonostante non abbia ancora, ad oggi, riconoscimento costituzionale espresso da un articolo *ad hoc* all’interno della Costituzione, sia però

---

<sup>15</sup> C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2840. In tema anche A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. GAITO- D. CHINNICI, Padova, 2016, p. 269 in cui il principio, oltre ad essere declinato nella sua versione processuale e sostanziale, è definito quale una tipologia di diritto soggettivo “intersettoriale”.

<sup>16</sup> Tra gli altri, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1977, p. 31.

<sup>17</sup> G. RANALDI- F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 26.04.2017, p. 11 che richiama D. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 17.01.2017, p. 7.

<sup>18</sup> Così, S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 735 che parla di diritto individuale da un lato ed esigenza pubblicistica di economia processuale, dall’altro.

<sup>19</sup> Vedi G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 68.

<sup>20</sup> Così, tra gli altri, N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 101.

<sup>21</sup> V. G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>22</sup> N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 102.

dotato di un fondamento costituzionale in quanto legato all'esigenza del giusto processo<sup>23</sup>, così come delineato dall'art. 111 della Costituzione, nonché in quanto espressione del diritto di difesa e funzionale alle garanzie legate allo sviluppo della personalità individuale<sup>24</sup>.

L'iniquità di un sistema giudiziario che possa esporre lo stesso individuo a una incondizionata serie di processi aventi il medesimo oggetto<sup>25</sup> risulta talmente evidente, e l'importanza di una regola che ponga un divieto in tal senso è talmente insita nel concetto di Stato di diritto ed espressione di civiltà giuridica<sup>26</sup> da meritare riconoscimento non solo a livello interno ma anche e soprattutto sovranazionale: che nessuno possa essere “perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato” è infatti previsto con affine formulazione dagli artt. 14, 7° corollario, del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>27</sup> e 4, 1° comma, del VII° Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>28</sup>; inoltre il divieto è stato inserito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>29</sup>.

La stessa generale applicabilità del divieto di *bis in idem*, individuato quale “principio di civiltà giuridica”<sup>30</sup> la cui importanza supera e si espande ben oltre i confini nazionali, ha fatto sì che negli ultimi anni esso si conquistasse un ruolo di

---

<sup>23</sup> G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>24</sup> R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3810.

<sup>25</sup> Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2840 e S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 733 che sottolinea la gravità di un sistema che “esponga taluno a un continuo e potenzialmente illimitato potere di accertamento della responsabilità penale”; nonché G. DE LUCA, *op. ult. cit.*, Milano, 1963, p. 90, il quale riteneva la disciplina previgente, regolata dall'art. 90 c.p.p., un “espediente pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione personale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo”.

<sup>26</sup> Cfr. G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 12 e N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 101.

<sup>27</sup> Adottato dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 16-12-1996 e reso esecutivo in Italia con l. 25-10-1977, n. 881.

<sup>28</sup> Firmato dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, a Strasburgo, il 22-11-1984.

<sup>29</sup> Proclamata a Nizza il 7-12-2000.

<sup>30</sup> Così definito nella relaz. orientativa dell'Ufficio del Massimario Penale n. 26/2017 dal titolo “*Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*”, redatt. M. BRANCACCIO, vicedir. G. FIDELBO, consultabile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), p. 2.

primissimo piano nei sistemi di giustizia penale<sup>31</sup>: un vero e proprio fulcro intorno al quale sono nati e continuano a svilupparsi dibattiti dottrinali e dialoghi giurisprudenziali- specialmente tra Corti nazionali ed europee- che hanno portato tale tema a trasformarsi e ad evolversi progressivamente, in un'oscillazione continua che ancora oggi non sembra fermarsi.

Ciò che ci si propone nel presente studio è illustrare il principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione interna, adottando così una prospettiva di carattere domestico, senza però tralasciare il confronto con l'interpretazione che dell'istituto è stata data a livello sovranazionale e gli esiti giurisprudenziali che ne sono derivati: occorre dunque, per comprenderne fino in fondo la portata e le applicazioni, ma soprattutto la sua irrinunciabilità, analizzare il significato del principio in esame privilegiando già in sede di prima analisi quello letterale, individuando la giusta nozione di “bis” nonché quella di “idem” e prendendo coscienza delle svariate accezioni che lo stesso può, anche trasversalmente<sup>32</sup>, assumere.

## **2. La dimensione processuale del *ne bis in idem*: il divieto di doppio giudizio.**

L'anima processuale del principio del *ne bis in idem* consiste, come detto, nel divieto di duplice giudizio penale per lo stesso fatto.

Già presente nel c.p.p. del 1930 all'art. 90, rubricato “*Inammissibilità di un secondo giudizio*”<sup>33</sup>, è stato poi riformulato con la revisione del codice di procedura posta in essere con il D.P.R. n. 447 del 22-09-1988 e ad oggi disciplinato dall'art.

---

<sup>31</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3809 che sottolinea come la vorticoso elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni non abbia ancora fatto raggiungere al principio una stabilità.

<sup>32</sup> Cfr. S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 735 in cui si spiega la trasversale operatività del principio: da un lato impedire in via preventiva o successiva un'inutile duplicazione procedimentale, dall'altro evitare che un soggetto possa essere sottoposto più volte ad un procedimento penale per lo stesso fatto.

<sup>33</sup> L'art. 90 del codice procedurale del 1930, in vigore dal 1-07-1931, statuiva che “*L'imputato condannato o prosciolti anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 19, 89 e 402 (...)*”.

649 vigente, rubricato “*Divieto di un secondo giudizio*”<sup>34</sup>: quest’ultimo, nonostante riprenda in gran parte i contenuti del precedente art.90 c.p.p., è connotato da novità assoluta per quel che riguarda la sua collocazione sistematica<sup>35</sup> e, allo stesso tempo, ha colmato una lacuna mediante il riferimento non solo alla sentenza definitiva ma anche al decreto penale divenuto irrevocabile (che non era invece richiamato nell’art. 90 c.p.p. abr.)<sup>36</sup>. A ciò occorre aggiungere che oggi rientrano pacificamente nel campo di applicazione della norma anche le sentenze pronunciate in esito ad un procedimento speciale e le sentenze predibattimentali di proscioglimento<sup>37</sup>.

Ecco che, prendendo le mosse da tale premessa, non pare occorrere un’analisi dettagliata della norma in questione per comprendere che il principio del *ne bis in idem* è direttamente e indissolubilmente legato ad un altro istituto essenziale, quello della *res iudicata*: nella nostra tradizione giuridica il divieto di *bis in idem* è difatti considerato un vero e proprio effetto del giudicato<sup>38</sup>- il c.d. effetto *preclusivo-finalizzato* a non far “entrare nel mondo giudiziario un provvedimento, che abbia lo stesso contenuto pratico di quello già assunto irrevocabilmente”<sup>39</sup>.

Mediante il principio in esame s’intende pertanto precludere, per l’appunto, l’instaurazione di un nuovo procedimento penale nei confronti di un soggetto che sia già stato raggiunto da una sentenza o da un decreto divenuti definitivi<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> L’art 649 c.p.p. oggi vigente recita: “*L’imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 365 (...)*”.

<sup>35</sup> P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 476, il quale evidenzia come lo spostamento della norma dal Libro I (Disposizioni Generali) al Libro X dedicato all’esecuzione avesse suscitato all’origine non poche perplessità, richiamando le critiche mosse nella Relazione al progetto del 1978.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 477, che tuttavia mostra come anche in passato non vi fosse alcun dubbio circa l’applicabilità del *ne bis in idem* in relazione al decreto penale divenuto esecutivo.

<sup>37</sup> Così, tra i tanti, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 1841.

<sup>38</sup> Tra gli altri, vedi G. LOZZI, voce *Giudicato*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, p. 913 nonché M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, cit., p.953.

<sup>39</sup> Così, V. ANDRIOLI, voce “*ne bis in idem*”, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 186 richiamato da P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, il quale interpreta il *ne bis in idem* come espressione del principio di consunzione o consumazione.

<sup>40</sup> M. CERESA- GASTALDO, *op. cit.*, p. 953 il quale sottolinea come il divieto di *bis in idem* rientri nella categoria delle preclusioni processuali e come il giudicato abbia la funzione di garantire l’intangibilità del risultato del processo.

Il “giudicato” consiste esattamente in tale definitività, individuando, dunque, quella decisione giudiziaria che risulti ormai intangibile, incontrovertibile in quanto non più soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e che abbia così assunto forza esecutiva<sup>41</sup>.

Imprescindibile diventa, a questo punto, individuare le ragioni poste alla base del *ne bis in idem* processuale, ai fini di una sua corretta qualificazione nonché per porlo in rapporto alla sua stessa dimensione sostanziale.

Assicurare l’intangibilità del risultato finale del procedimento, consentendo la riapertura di quest’ultimo soltanto in casi tassativi, costituisce un’esigenza connaturata all’esercizio stesso della giurisdizione, non solo in campo penale<sup>42</sup>: a fondamento della scelta del legislatore sono poste differenti necessità tra loro contemperate, tra le quali assume un ruolo primario la credibilità della funzione giurisdizionale e la salvaguardia del suo prestigio e della sua autorevolezza<sup>43</sup>: questa verrebbe infatti minata qualora sussistesse la possibilità di un’ indefinita pluralità di processi potenzialmente comportanti la coesistenza di pronunce fra loro incompatibili (il c.d. conflitto di giudicati)<sup>44</sup>.

A tale *ratio* viene tradizionalmente ricollegata, così, un’altra finalità essenziale posta a ragione del principio in esame, vale a dire quella di assicurare la certezza obiettiva del diritto mediante la garanzia della stabilità delle decisioni<sup>45</sup>. Finalità, questa, che è stata interpretata dalla dottrina in una duplice accezione: certezza concepita- come appena detto- in termini di coerenza logica tra provvedimenti, ma

---

<sup>41</sup> M. CERESA- GASTALDO, *op. cit.*, p. 953, che spiega come la forza esecutiva del provvedimento e la sua irrevocabilità, ex art. 648 c.p.p., nasca dalla chiusura della fase di cognizione, la quale si realizza nel momento in cui non sono più previsti mezzi di impugnazione avverso lo stesso (diversi dalla revisione) o sono spirati i termini per attivare i reclami ammessi (compresa l’opposizione al decreto penale), oppure, ancora, non è impugnata l’ordinanza che dichiara inammissibile il reclamo proposto.

<sup>42</sup> Così, G. DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo I, Torino, 2008, p. 390 che specifica come la funzione del giudicato sia stata ampiamente esplicitata anche negli studi di diritto civile.

<sup>43</sup> G. DALLA MONICA, *op. cit.*, p. 390.

<sup>44</sup> G. DE LUCA, voce “*Giudicato*”, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1988, p. 2.

<sup>45</sup> Cfr. tra gli altri, C. MARINELLI, *op.cit.*, p.2841 e M. PAPA, *op.cit.*, p. 33.

anche certezza intesa quale stabilità delle posizioni giuridiche, ossia quale prevedibilità della valutazione giuridica di comportamenti futuri<sup>46</sup>.

Nonostante la discutibilità di tale ultima accezione, è indiscusso l'assunto secondo il quale il *ne bis in idem* processuale, impedendo l'instaurarsi di un nuovo procedimento *de eadem re*, è funzionale all'acquisizione, da parte della decisione risultata in esito al processo, della cosiddetta autorità di cosa giudicata<sup>47</sup>: autorità che pertanto risulta vincolante nei confronti del Giudice penale, tuttavia non nel senso di prescrivere allo stesso di uniformarsi all'accertamento contenuto nella decisione irrevocabile, bensì in quello, ben diverso, di precludere una nuova persecuzione della stessa persona e per lo stesso fatto di reato<sup>48</sup>.

Difatti, richiamando gran parte della dottrina<sup>49</sup>, sembra potersi affermare che la finalità essenziale del *ne bis in idem* sia quella di tutelare il soggetto già giudicato con decisione irrevocabile, traducendo in tal modo la certezza del diritto in una fondamentale garanzia per l'individuo<sup>50</sup>.

Trattasi, conseguentemente, di una garanzia *ad personam*: al Giudice penale non sarà fatto divieto di rivalutare l'*idem factum* ai fini della prova di un diverso reato, o in relazione alla posizione di altri imputati<sup>51</sup>, in quanto l'effetto preclusivo vale esclusivamente nei confronti di un dato soggetto (l'imputato contro il quale sia stato pronunciato il provvedimento passato in giudicato) senza produrre alcun "effetto riflesso" nei confronti di terzi, stante l'autonomia di ciascun rapporto

---

<sup>46</sup> Così, G. DE LUCA, voce "*Giudicato*", cit., p. 2, che spiega come la certezza del diritto possa anche essere interpretata quale incontrovertibilità delle situazioni soggettive acquisite dall'individuo, quindi come sicurezza dei diritti.

<sup>47</sup> G. DE LUCA, voce "*Giudicato*", cit., p. 1.

<sup>48</sup> M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 954, in cui si specifica che la norma ex art. 649 c.p.p. non configura il giudicato penale analogamente a quanto viene stabilito invece per il giudicato civile dall'art. 2909 c.c. (il quale prevede che "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa").

<sup>49</sup> Tra tutti, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 89 ss, nonché 125.

<sup>50</sup> P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 479 che richiama in tal senso A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, p. 86 il quale afferma che la certezza del diritto "è un bene, cioè un valore, perché è una guarentigia di libertà".

<sup>51</sup> M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 954; in tal senso anche C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2840 il quale afferma che la preclusione operata dal *ne bis in idem* processuale non vieta di riconsiderare particolari aspetti dello stesso fatto storico "per valutarli liberamente ai fini della prova concernente un reato diverso da quello giudicato, in quanto ciò che diviene irrettrabile è la verità legale del fatto reato, non quella reale del fatto storico".

processuale<sup>52</sup>. Ne deriva che l'istituto del *ne bis in idem* non intende prevenire il rischio di un conflitto *teorico* di giudicati, bensì è volto a scongiurare un conflitto *pratico* tra più decisioni, assicurando- nonostante le critiche mosse in tal senso<sup>53</sup> - la certezza in senso soggettivo<sup>54</sup>: garanzia dell'individuo evidenziata, oltretutto, dallo strumento ex art. 669 c.p.p. il quale impone al Giudice dell'esecuzione- in caso di violazione del divieto di *bis in idem* che abbia comportato la pronuncia di più sentenze irrevocabili contro la stessa persona e sul medesimo fatto- di ordinare l'esecuzione della sentenza meno grave, risolvendosi ciò in un'applicazione del principio di *favor rei*<sup>55</sup>. Se è vero quindi che il *ne bis in idem* processuale si ispira a ragioni di certezza, le quali mirano ad “evitare la perpetua instabilità delle decisioni giudiziali”<sup>56</sup>, la riflessione appena svolta rende però necessario precisare che non di certezza *obiettiva* si tratta, bensì di certezza in senso *soggettivo*<sup>57</sup>: il prodursi dell'effetto preclusivo di cui si è parlato è ricondotto al “fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto”<sup>58</sup>.

La protezione dell'individuo risulta così finalità intrinseca ed essenziale del principio di cui trattasi, anche sotto l'ulteriore profilo della giustizia sostanziale: non è da trascurare, invero, la circostanza per cui evitare che un soggetto possa essere più volte sottoposto ad un procedimento penale, avente il medesimo oggetto, significa scongiurare quella vera e propria “pena” costituita dalle conseguenze che l'essere indagato e/o imputato comporta sempre sul piano personale e sociale<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1402 ma anche P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 482.

<sup>53</sup> C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842, il quale fa riferimento a una corrente dottrinale minoritaria che, per prevenire l'insorgenza di giudicati confliggenti, sosteneva l'efficacia *erga omnes* quantomeno del giudicato assolutorio, quindi anche nei confronti dei concorrenti rimasti estranei al reato (richiamando P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*).

<sup>54</sup> A. BASSI, *op. cit.*, p. 1402; allo stesso modo P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 482 che sostiene come l'effetto preclusivo del giudicato non tenda a tutelare il “valore logico della sentenza” ma soltanto il suo momento imperativo, richiamando parte della dottrina (tra cui G. CHIOVENDA) che ha considerato come sarebbe stato idoneo prevedere un'automatica estensione a terzi dei risultati raggiunti col giudicato.

<sup>55</sup> In tal senso, vedi G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 20 e A. BASSI, *op. cit.*, p. 1402.

<sup>56</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 421.

<sup>57</sup> P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 482.

<sup>58</sup> G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 125.

<sup>59</sup> S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 735 ma anche, in tal senso, N. GALANTINI, *op.cit.*, p.98 la quale comprende, alla base del *ne bis in idem*, il presupposto per cui “il costo sul piano

Per completezza, occorre aggiungere che altra esigenza spesso posta alla base del divieto di *bis in idem*, come accennato nel precedente paragrafo, è quella di economia processuale: evitare un'inutile duplicazione procedimentale, quando il fatto sia già stato accertato, rende possibile un risparmio in termini di tempo e di risorse statali<sup>60</sup>.

Non può concludersi l'analisi della dimensione processuale inerente al principio in esame senza specificare che il divieto di doppio giudizio sullo stesso fatto, così come disciplinato dall'art. 649 c.p.p., non è privo di deroghe: l'articolo in questione, in linea di continuità con il previgente art. 90 c.p.p. abr., riporta l'indicazione delle cosiddette "eccezioni apparenti"<sup>61</sup>, che consentono l'instaurazione di un nuovo procedimento per il medesimo fatto e contro la stessa persona nell'ipotesi di morte dell'imputato erroneamente dichiarata con sentenza di non luogo a procedere (art. 69, 2° co., c.p.p.), nonché in quello di successiva integrazione di una condizione di procedibilità originariamente mancante (art. 345 c.p.p.)<sup>62</sup>.

### **3. La natura sostanziale del principio e il concetto di "medesimo fatto".**

Appare necessario, giunti a questo punto, passare all'esame dell'ulteriore ed essenziale dimensione in cui il principio di *ne bis in idem* si esplica, muovendo da quella struttura dicotomica poc'anzi evidenziata e sostenuta.

---

umano di un nuovo processo penale non trova comprensione adeguata nell'interesse sociale alla ricerca incessante di una presunta verità materiale".

<sup>60</sup> In tal senso, S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 735 nonché G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 70, che sostiene che la ragione di economia sia posta alla base del *ne bis in idem* processuale nonostante l'economia dei giudizi imporrebbe di accertare i due reati con un unico procedimento e non di limitare l'accertamento ad un solo reato; vedi ancora G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, p. 795. Inoltre vedi F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 421 il quale sostiene le ragioni di economia del principio, "tese al conseguimento di un risultato col minor mezzo".

<sup>61</sup> G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 19., nonché C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2845, che spiega come parte della dottrina ritenga tali casi non delle eccezioni effettive al principio del *ne bis in idem*, bensì meramente apparenti. In realtà, nessuna discussione in merito al caso ex art. 69 comma 2 ma solo in relazione a quello ex art. 345: secondo parte della dottrina richiamata (es. CORDERO) non si tratterebbe infatti di eccezione effettiva in quanto tali accertamenti avrebbero natura di decisioni *rebus sic stantibus*, come tali insuscettibili di acquisire autorità di cosa giudicata.

<sup>62</sup> Vedi G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 19, ma anche C. MARINELLI, *op.cit.*, p. 2845 nonché M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 957.

Il *ne bis in idem* sostanziale, omologo al principio di natura processuale ma da non confondere con quest'ultimo sul piano dogmatico<sup>63</sup>, è volto a negare che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte- e dunque che un soggetto possa essere reiteratamente sanzionato a causa di uno stesso illecito- quando già l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, sia oggettivamente che soggettivamente, l'intero contenuto di disvalore<sup>64</sup>.

Presupposto dell'operatività del principio in questione è, dunque, la circostanza per cui non sussiste ostacolo, all'interno del diritto penale e nella sistematica delle sue norme, a che una stessa condotta possa integrare più fattispecie di reato, violando più di una disposizione ciascuna avente autonomo disvalore<sup>65</sup>: il *ne bis in idem* sostanziale, ponendo il divieto di sanzionare l'*eadem persona* per l'*idem factum*, scongiura l'attribuzione all'autore di tutti gli illeciti che siano stati consumati per mezzo di un'unica condotta commissiva o omissiva pur quando il fatto sia il medesimo, trovando chiara eco- in una prospettiva generale- nel combinato disposto degli artt. 15, 84, 61 e 62, prima parte, 68 c.p., nonché in norme di parte speciale tra cui l'art. 581, 2° co., c.p.<sup>66</sup>.

Pur non essendo, infatti, codificato in una disposizione *ad hoc*, il divieto di *bis in idem*, nella sua dimensione sostanziale, costituisce quel criterio ermeneutico posto

---

<sup>63</sup> Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2840.

<sup>64</sup> G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 9 che qualificano il *ne bis in idem* sostanziale quale "ragion propria di un canone positivizzato", così anche C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2845; vedi anche dottrina più risalente tra cui G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p.68 che sostiene la totale autonomia del *ne bis in idem* sostanziale rispetto a quello processuale.

<sup>65</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, passim. ma anche, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale- parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003 p. 151 dove l'Autore afferma che non sempre le disposizioni che coesistono all'interno dell'ordinamento giuridico-penale, essendo in vigore nello stesso tempo e nello stesso luogo, sono per questo tutte applicabili: "in alcuni casi l'applicabilità di alcune di esse esclude l'applicabilità di altre".

<sup>66</sup> G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 10 che fanno riferimento a tali disposizioni per sottolineare come queste, lette in combinazione tra loro, rappresentino il criterio ermeneutico costituito dal *ne bis in idem* sostanziale. Si tratta dell'articolo rubricato "Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale", *alias* principio di specialità (art. 15 c.p.), del reato complesso (art. 84 c.p.), delle circostanze aggravanti e attenuanti comuni (artt. 61-62 c.p., nella loro prima parte ossia "quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze speciali" , con *ne* riferendosi al reato) e dei limiti al concorso di circostanze (art. 68 c.p., che richiama direttamente l'art. 15 c.p.). Inoltre il riferimento comprende anche il reato di percosse (art. 581 c.p.), che nella sua seconda parte ("tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato") costituisce espressione del *ne bis in idem* sostanziale.

a fondamento di principi generali tra cui quello di specialità e di assorbimento tra le fattispecie incriminatrici<sup>67</sup>: la materia in cui più sovente esso viene invocato è, invero, quella del concorso di norme penali<sup>68</sup>, e più precisamente quella del concorso apparente di norme coesistenti, materia, quest'ultima, da sempre oggetto di ampie discussioni nell'ambito della dottrina italiana<sup>69</sup>.

In altre parole, posto che il problema del conflitto di norme può sorgere solo quando uno stesso fatto apparentemente rientra in più disposizioni penali<sup>70</sup>, il *ne bis in idem* sostanziale si considera positivizzato ed entra direttamente in gioco mediante l'applicazione, come detto, dei criteri risolutivi utilizzati in tali circostanze, vale a dire il principio di *specialità*, quello di *sussidiarietà* e quello di *consumzione*<sup>71</sup>. Principi, questi ultimi, riassumibili nelle loro rispettive locuzioni latine: *lex specialis derogat legi generali* (qualora una delle disposizioni sia costituita da un elemento di specialità), *lex primaria derogat legi subsidiariae* (per cui se le norme descrivono gradi o stati diversi di offesa di uno stesso bene, quello descritto dalla disposizione sussidiaria resta assorbito da quello descritto dalla norma principale), *lex consumens derogat legi consumptae* (se il fatto previsto da una norma è compreso in quello previsto da un'altra disposizione più ampia)<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Tra gli altri, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale- parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 722 in cui si afferma che il criterio di assorbimento (“principale criterio non logico, ma di valore utilizzato per risolvere i casi di conflitto apparente tra norme non risolubili alla stregua del criterio di specialità”) ha a fondamento il più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>68</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 392 che sottolinea anche come la costante invocazione del principio in tale materia abbia trovato discordi all'interno della dottrina stessa, anche a causa della mancanza di una precisa elaborazione giuridica nel suo fondamento e nella sua portata.

<sup>69</sup> F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 151 che adotta anche la dizione di “conflitto fittizio di leggi”, indicando la circostanza in cui due o più disposizioni coesistenti sembrano adattarsi allo stesso caso ma soltanto una è applicabile, sostenendo il bisogno di una semplificazione in materia in quanto il dibattito dottrinale a riguardo “è stato portato nelle sfere iperboree dell'astrazione”. Vedi anche G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., specialmente p. 67 ss.

<sup>70</sup> F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 154 in cui l'Autore sottolinea come la problematica non abbia senso di esistere allorché le disposizioni contemplino fatti diversi, nonostante tale assunto sia spesso stato dimenticato nel corso dei dibattiti sulla questione.

<sup>71</sup> Per un'accurata bibliografia sui criteri risolutivi proposti dalla dottrina, si veda F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 72 ss.

<sup>72</sup> Tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 155 ss. il quale, dopo aver delineato i criteri, non manca di osservare come, a Suo parere, il principio di consumzione sia privo di consistenza in quanto “non presenta nulla di caratteristico ed esprime soltanto quell'assorbimento di una fattispecie in un'altra che costituisce l'effetto generale della concorrenza di leggi”, quello di sussidiarietà possa ritenersi superfluo poiché conduce agli stessi risultati di quello di

Ciò detto per quel che riguarda l'ambito di operatività, il principio del *ne bis in idem* sostanziale presenta le proprie peculiarità, che lo distinguono e lo pongono allo stesso tempo in un confronto diretto con l'analogo principio di natura processuale, anche per ciò che concerne la sua *ratio essendi*.

Non a caso, si è spesso sottolineato in dottrina come il *ne bis in idem* sostanziale conservi una totale autonomia rispetto a quello processuale: quest'ultimo essendo ispirato, come visto, a ragioni di certezza del diritto e di economia e, dunque, a finalità ben diverse da quell'esigenza di equità e giustizia che costituisce il fondamento essenziale della sua dimensione sostanziale<sup>73</sup>. Effettivamente, mirando all'impedimento di una duplice punizione per lo stesso fatto, quest'ultimo "esprime esclusivamente esigenze di effettiva giustizia"<sup>74</sup>.

Occorre rilevare, però, che nonostante- in conformità a quanto appena affermato- l'improponibilità dell'azione penale per il medesimo fatto (dunque il *ne bis in idem* nella sua proiezione processuale) non si identifichi nelle stesse ragioni di equità poste alla base del principio sostanziale sancito- tra tutti- dall'art.15 c.p., e dunque se ne differenzi nella portata, da ciò non deriva necessariamente che le due nature dell'istituto in esame non possano considerarsi fortemente interconnesse, in un vicendevole avvaloramento, nella loro essenza stessa di baluardo posto a protezione dell'individuo<sup>75</sup>.

---

specialità, e quindi come solo quest'ultimo sia "necessario e sufficiente per dirimere i dubbi che si presentano in tema di conflitto apparente di disposizioni coesistenti".

<sup>73</sup> V. G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 68: l'Autore sostiene la totale autonomia del *ne bis in idem* sostanziale rispetto a quello processuale in quanto la funzione del primo, identificabile nell'impedire l'addebito all'autore di un fatto storico di "due titoli di reati, uno dei quali costi unicamente (...) di elementi che rientrano tutti, nessuno eccettuato, nello schema dell'altro" (qui richiamando il CONSO), sia ben diversa da quella del secondo, tant'è vero che quest'ultimo opera anche nei confronti di sentenze di proscioglimento. V. anche F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 393 che spiega il diverso scopo del *ne bis in idem* sostanziale rispetto a quello processuale, "fondandosi quest'ultimo su ragioni di certezza e di economia, che non hanno alcun rapporto con le ragioni di equità che ispirerebbero il principio sostanziale, al punto da poter richiedere il sacrificio delle stesse esigenze di giustizia"; sulla stessa linea, M. PAPA, *op.cit.*, p. 41 ss. ma anche C. MARINELLI, *op.cit.*, p. 2840.

<sup>74</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 421.

<sup>75</sup> Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 794 in cui si afferma che il *ne bis in idem* sostanziale, nonostante abbia una diversa portata rispetto a quello processuale, "avvalora l'interpretazione di quest'ultimo come principio diretto ad assicurare la certezza in senso soggettivo (e, quindi, ad evitare un duplice giudizio sulla stessa fattispecie giudiziale)".

Infatti, il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale escludono entrambi che due fattispecie giudiziali da considerarsi identiche, sia pur con un differente *nomen iuris*, vengano ambedue addebitate all'autore di un unico fatto storico<sup>76</sup>: in questo senso, entrambe le dimensioni del principio costituiscono l'espressione di un'unica esigenza assicurando, quella processuale, la piena salvaguardia del *ne bis in idem* sostanziale<sup>77</sup>. Il fatto che quest'ultimo sarebbe ugualmente rispettato anche se non fosse sancito il *ne bis in idem* processuale<sup>78</sup>, non elimina la circostanza per cui il divieto di doppio processo per lo stesso fatto presuppone che sia previamente stabilito quando un fatto debba considerarsi penalmente unico o plurimo<sup>79</sup>, e che dunque il *ne bis in idem* sostanziale agisca ad un livello anteriore rispetto alla sua dimensione processuale.

L'analisi del principio nella sua doppia natura, l'individuazione dei rispettivi campi di applicazione e delle finalità conducono, pertanto, a ritenere il *ne bis in idem* processuale e quello sostanziale come disgiunti sulla base della diversità che intercorre, sul piano operativo, tra l'uno e l'altro divieto<sup>80</sup>; allo stesso tempo, però, consentono di ricostruire il rapporto tra i due principi secondo un preciso "schema

---

<sup>76</sup> Così, G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 69 nonché F. MANTOVANI, *op.cit.*, p.421 che evidenzia come le due dimensioni del principio presentano in comune "il fondamentale settore delle ipotesi in cui le due fattispecie giudiziali raffrontate corrispondono (...) alla medesima fattispecie incriminatrice o a più norme penali tra loro in concorso apparente".

<sup>77</sup> Tra tutti, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 422 ss. in cui l'Autore spiega dettagliatamente come i due omonimi principi non tendano a finalità contraddittorie: difatti, "col sottrarre il soggetto a una illimitata possibilità di persecuzione in rapporto allo stesso fatto, tale principio intende innanzitutto assicurare che il medesimo non sia punito più volte per lo stesso reato". Di conseguenza, il *ne bis in idem* sostanziale, pur non trovando espressa codificazione nel diritto penale, si trova ad avere un solido fondamento di diritto positivo grazie all'analogo principio di natura processuale: quest'ultimo costituendo così una proiezione processuale del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>78</sup> In tal senso, v. G.LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 63 ma anche F.MANTOVANI, *op.cit.* p. 423 il quale precisa tale affermazione nel senso che l'esclusione del *ne bis in idem* processuale comporterebbe, in caso di concorso apparente, la possibilità di sostituire un'altra figura giuridica a quella ritenuta nella sentenza (con ciò rifacendosi all'opinione del CONSO).

<sup>79</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 423; vedi anche F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1182 che effettua una significativa ricostruzione del *ne bis in idem* nella sua natura processuale e nel campo del diritto processuale, evidenziando l'esistenza di un nesso funzionale tra divieto di secondo giudizio e *ne bis in idem* sostanziale, sintetizzabile nell'affermazione "chi non può essere punito due volte non può essere processato due volte".

<sup>80</sup> In tal senso, D. FALCINELLI, *op. cit.*, p. 7.

operativo”: il divieto di doppia incriminazione è posto a salvaguardia del divieto di doppia sanzione e, allo stesso modo, il secondo assicura effettività al primo; di contro, la violazione del *ne bis in idem* processuale non determina, necessariamente, la trasgressione di quello sostanziale, potendo il secondo giudizio definirsi con una sentenza di proscioglimento, senza comportare l’applicazione di una duplice sanzione<sup>81</sup>.

Punti di contatto e di correlazione ma anche autonomia nella funzione, dunque, tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, i quali non sembrano così poter costituire oggetto di un tentativo definitorio unificatore: non a caso, autorevole dottrina ha evidenziato come il *ne bis in idem* sostanziale sia “puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore”<sup>82</sup> e, come tale, distinto da quel divieto di secondo giudizio espresso dall’art.649 c.p.p..

Al di là delle divergenze, *ne bis in idem* processuale e sostanziale sono, come visto, accomunati da un nucleo centrale di significato, individuabile nella tutela del singolo individuo da una reiterazione arbitraria e illegittima del potere sanzionatorio

---

<sup>81</sup> G. RANALDI, F. GAITO, *op. cit.*, p. 11 ss. che specifica come il *ne bis in idem* processuale non escluda che, nell’ambito dello stesso procedimento, colui nei cui confronti si procede possa essere giudicato, a fronte dell’*idem factum*, per più reati, e dunque sanzionato con l’irrogazione delle relative pene (nonostante il criterio di favore di cui all’art.81 c.p.), cfr. anche N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 222 dove viene evidenziato l’intreccio del divieto sui due piani, sostanziale e processuale; cfr. F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., p. 1183 il quale sostiene che dove operi il *ne bis in idem* sostanziale è certamente destinato ad operare anche quello processuale, precisando però che non sia vero il contrario, in quanto “le istanze garantistiche che ispirano il divieto di secondo giudizio non coincidono con la sola necessità di evitare che sia condannato due volte un soggetto che la legge penale consente di punire una volta sola. Ovvio (...) che non si possa instaurare un secondo giudizio quando non vi siano più sanzioni penali legittimamente applicabili: ma sarebbe un errore limitare a questi soli casi la sfera di incidenza del *ne bis in idem* processuale”. L’Autore dunque sostiene in tal senso che il disposto dell’art. 649 c.p.p. non possa essere considerato come la semplice trasposizione processuale del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>82</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991 p. 987 citato da M. PAPA, *op. cit.*, p. 33. Il noto processualpenalista citato, rileva appunto che “Anche i penalisti postulano un *ne bis in idem*: attribuiremmo due volte lo stesso atto all’autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall’altra (“concorso apparente”); la figura legale “omicidio”, ad esempio, include “lesioni” e “percossa”. Ma il divieto d’un secondo giudizio sulla *eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l’azione, l’attore la consuma.”

ad opera dell'autorità giudiziaria<sup>83</sup>: per determinare la portata e l'ampiezza del divieto di doppio giudizio così come quella del divieto di duplice pena, e delineare ancor meglio il rapporto intercorrente tra i due principi, occorre stabilire adesso il contenuto del concetto di "medesimo fatto", su cui entrambi s'incentrano e da cui dipendono insieme a quello di "identità della persona"<sup>84</sup>.

Partendo dal *ne bis in idem* processuale, sembra necessario evidenziare come l'*idem factum* costituisca il requisito obiettivo, nonché il limite oggettivo all'operatività della norma<sup>85</sup>: nonostante si tratti di concetto controverso, la dottrina è concorde nel ritenere che- ai fini dell'applicabilità del divieto- il fatto oggetto del nuovo procedimento debba essere proprio il fatto già giudicato in precedenza, e non un fatto a quello identico<sup>86</sup>, non essendo infatti precluso il giudizio su due condotte identiche che siano, però, tra loro autonome e separate ed essendo, inoltre, pacifica la possibilità per il giudice di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo con riferimento a diverso reato<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> In tal senso, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 90.

<sup>84</sup> Così, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 394 in cui l'Autore ha posto il problema dei rapporti tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale soffermandosi in particolare sul non semplice concetto di *idem factum*, nonché sui diversi presupposti e funzioni dei principi in questione.

<sup>85</sup> C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842 ma anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 791 e P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.* p. 486 che rileva: "L'indagine attinente alla determinazione degli elementi che debbono essere ritenuti sussistenti perché si configuri il "medesimo fatto" rilevante ai fini del divieto di un nuovo procedimento costituisce il punto focale della tematica in esame"; v. anche G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 20: "l'identità del fatto (...) costituisce la più importante applicazione del principio di autorità della sentenza, l'indagine s'incentra nello studio degli elementi del divieto del *bis in idem* consistenti nella necessità dell'identità del fatto (*eadem res*) e dell'*eadem personae*".

<sup>86</sup> G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 791 il quale precisa anche che il concetto di identità del fatto ai fini del principio in esame non ha nulla a che vedere con quello della correlazione tra accusa e sentenza in quanto, ai sensi dell'art. 521 c.p.p., la diversità del fatto concerne una semplice modalità cronologica o topografica e non rileva ai fini del *ne bis in idem*; aggiungendo che "il fatto risulta identico ai sensi dell'art. 649 c.p.p., in ogni caso in cui per l'art. 521 comma 2 c.p.p. lo si sarebbe considerato diverso, dal momento che quest'ultima disposizione prevede l'ipotesi di una diversa raffigurazione del medesimo avvenimento mentre la preclusione del *ne bis in idem* non opera soltanto quando si tratta di avvenimenti distinti". V. anche M. CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, p. 956.

<sup>87</sup> Così, A.M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1549: "Si ritiene, infatti, che la preclusione non operi quando il fatto in relazione al quale è già intervenuta una pronuncia irrevocabile sia stato conseguenza di una condotta che abbia al contempo violato più disposizioni di legge, potendo e dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue possibili implicazioni penalistiche con eventuale riesame in direzione delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente".

Il concetto di *idem factum* ai sensi dell'art. 649 c.p.p., nelle diverse articolazioni teoriche e nelle sue incerte concezioni, ha sempre oscillato tra due interpretazioni contrapposte: la prima c.d. "naturalistica", che si riferisce al fatto inteso nella sua accezione storico-naturalistica, così come singolarmente individuato e isolato da ogni valutazione giuridica; la seconda c.d. "normativa", che, al contrario, predilige una nozione di "fatto" fortemente legato alla sua essenza giuridica e che si rapporta alle valutazioni che ne fa il diritto<sup>88</sup>. Tale contrapposizione, considerata distinta e indipendente- nella determinazione di "medesimo fatto"- da qualsiasi valutazione di diritto sostanziale<sup>89</sup>, ha condotto ad esiti differenti a seconda degli elementi presi in considerazione ai fini dell'individuazione della "medesimezza" stessa.

Difatti, i sostenitori del "fatto" quale accadimento storico, e non quale mera qualificazione giuridica, fondano la propria interpretazione sull'espressa indicazione normativa in ordine all'irrilevanza del titolo, del grado e delle circostanze<sup>90</sup>: partendo da tale punto fermo, le incertezze maggiori si registrano nella delimitazione dei criteri di identificazione del fatto, area in cui si riscontra l'alternanza tra la dottrina prevalente che sostiene l'equivalenza tra il termine "fatto" e il termine "condotta", e

---

<sup>88</sup>Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 395, il qual precisa che "è da escludersi che la concezione naturalistica si contrapponga qui a quella normativa negli stessi termini in cui le omonime concezioni si contrappongono nel diritto sostanziale (...) Essa prescinde, invero, dallo stesso problema della unità o pluralità di reati, comunque lo si voglia risolvere in termini naturalistici o in termini normativi, mirando semplicemente a stabilire quand'è che i fatti storici in questione si identifichino o si differenzino ai sensi dell'art. 90 c.p.p.: identità o diversità, potremmo dire, soltanto processuali (...)".

<sup>89</sup>F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 396: "Per la verità gli stessi sostenitori della concezione naturalistica, col richiamarsi alla individualità storica e alla accezione naturalistica del fatto e nonostante queste equivoche enunciazioni, intendono in realtà soltanto affermare l'indipendenza del problema, esclusivamente processuale, della determinazione del concetto di "medesimo fatto" da qualsiasi valutazione di diritto sostanziale".

<sup>90</sup>Cfr. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842 che richiama la previsione di cui all'art. 649 c.p.p. ("l'imputato (...) non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze (...)"); così anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 791 e M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 956 che rileva come, per espressa previsione dell'art. 649 c.p.p., il divieto non possa essere aggirato "attribuendo al fatto una diversa qualificazione giuridica o configurandolo diversamente quanto all'elemento soggettivo".

la giurisprudenza maggioritaria che, al contrario, si orienta per l'inclusione- tra i parametri significativi- anche di altri elementi<sup>91</sup>.

Così, mentre in dottrina si ritiene comunemente che la preclusione prevista dal principio in esame si verifichi unicamente allorché il nuovo procedimento si riferisca alla medesima condotta, già oggetto di una decisione irrevocabile<sup>92</sup>, la giurisprudenza- in via decisamente maggioritaria- assegna al concetto di "fatto" un significato che, coerentemente al sistema penale nel suo complesso, coincide con quegli "elementi materiali": questi ultimi, nell'ambito della teoria generale del reato, vengono identificati in condotta, evento e nesso di causalità<sup>93</sup>.

Pertanto, sulla base della prevalente interpretazione giurisprudenziale, il fatto può essere considerato il medesimo soltanto quando vi sia perfetta identità materiale, riferita a tutti e tre gli elementi costitutivi della fattispecie, nonché, come talvolta sostenuto, completa identità di condizioni di tempo, luogo e persona<sup>94</sup>: come

---

<sup>91</sup> Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842 il quale riporta gli orientamenti giurisprudenziali che includono tra i parametri identificativi dell'identità del fatto anche altri elementi oltre alla condotta, con la conseguente restrizione delle ipotesi in cui è ravvisabile il rapporto di identità tra *res iudicata* e *res iudicanda*; v. anche F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 396: "(...) tale identità sarebbe data dalla coincidenza delle fattispecie giudiziali in tutti i loro elementi o in taluni elementi fondamentali. Infatti, accanto ad autori che ritengono necessario che le due ipotesi storiche rappresentate debbano restare immutate in tutti gli elementi considerati dal giudice, altri ritengono sufficiente che esse si identifichino per la condotta e l'evento materiale e altri ancora per la sola condotta", e M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 956 che segnala l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, criticato dalla dottrina, per il quale risulta coperto dal divieto di *bis in idem* soltanto il fatto sovrapponibile in tutti i suoi elementi (condotta, evento, nesso di causalità, circostanze di tempo, luogo e persona) a quello oggetto della successiva contestazione, considerando così procedibile il fatto che risulti parzialmente diverso: l'Autore contesta tale impostazione, rilevando che la stessa finirebbe per contraddire lo stesso tenore letterale dell'art. 649 c.p.p.

<sup>92</sup> Tra tutti, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 791 in cui si spiega che tale interpretazione emergerebbe proprio dal rilievo per cui, ex art.649 c.p.p., l'identità del fatto sussiste anche se la diversità ravvisabile tra il fatto oggetto della pronuncia irrevocabile e quello oggetto del nuovo procedimento concerne il titolo, il grado o le circostanze.

<sup>93</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404 che, delineando come "tutt'altro che pacifico" il tema dei limiti oggettivi del *ne bis in idem* processuale, schematizza le varie soluzioni prospettate in materia e i relativi orientamenti interpretativi. Analogamente, A.M. BENENATI, *op. cit.*, p. 1550 che richiama alcune pronunzie della Corte di cassazione, unanimemente concordanti sulla circostanza per cui l'espressione "medesimo fatto" vada riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (Cass., Sez. I, 18-04-1995, Lazzaroni, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, 9, p. 65; Cass., Sez. I, 26-10-1993, Mauro, in *Cass. pen.*, 1995, 151, p. 1228). Per un'analisi circa l'elemento oggettivo del reato e le sue componenti essenziali (condotta, nesso di causalità, evento), tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 219 ss.

<sup>94</sup> Così, A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404. Tale orientamento è stato espresso, vigente il codice del 1930, da Cass, sez. IV, 8-05-1987, Mari, in *Cass. pen.* 1989, p. 620 secondo cui "La

paradigma interpretativo sul tema merita di essere citata la sentenza Donati, in cui le Sezioni Unite confermano come l'identità del fatto sussista quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, comprese- per l'appunto- le suddette circostanze di tempo, luogo e persona<sup>95</sup>.

E' da rilevare come le posizioni giurisprudenziali abbiano, a seconda della nozione più o meno estesa di *idem factum* di volta in volta adottata, contribuito a creare uno stato di obiettiva incertezza e di conflitto con il diritto normativo, specialmente se si pone mente a come l'inserimento dell'evento tra gli elementi rilevanti conduca, inevitabilmente, ad escludere il divieto di *bis in idem* anche nel caso in cui il nuovo procedimento abbia ad oggetto il delitto consumato rispetto al tentativo, già coperto dal giudicato, vanificando così l'irrilevanza del "grado" prevista dalla norma<sup>96</sup>. Come visto infatti, il divieto di doppio processo, per espressa

---

preclusione di cui all'art. 60 c.p.p. ricorre soltanto quando vi sia completa identità fra tutti gli elementi del fatto (condotta, evento, nesso di causale) e non anche quando la condotta dell'imputato (...) venga, per effetto di altro e successivo evento, riesaminata con riferimento ad altra violazione di legge (...)" La stessa pronuncia è richiamata da C. MARINELLI, *op.cit.*, p. 2842 che specifica come, su tali premesse, si escluda l'*idem factum* qualora, alla condanna definitiva per lesioni colpose, sopravvenga il procedimento per omicidio colposo in seguito alla morte della persona offesa per le ferite riportate, e aggiunge che, in base a un secondo orientamento giurisprudenziale, tra i parametri dovrebbero includersi anche elementi storico-naturalistici quali le condizioni di luogo e di persona, "e ciò anche oltre il pur necessario discrimine tra medesimo fatto e condotte identiche, ma poste in essere in contesti differenti, stante la loro astratta reiterabilità". Dissenziente da tale ultimo orientamento giurisprudenziale, tra gli altri, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 487: "(...) al fine di ravvisare l'identità del fatto, non è necessario che il successivo capo d'imputazione riproponga esattamente, negli stessi dettagli spaziali e temporali, quello del precedente giudizio conclusosi con una pronuncia definitiva. Se si affermasse infatti che qualunque divergenza dallo "stampo" offerto dal fatto già esaminato può valere a rendere inoperante il divieto di un nuovo giudizio l'ambito dell'art. 649 risulterebbe di conseguenza enormemente compresso, con sostanziale vanificazione delle garanzie offerte ai soggetti già sottoposti ad un precedente giudiziale".

<sup>95</sup> Cass., Sez. Un., 28-06-2005, Donati, Rv. 231799 e 231800, richiamata da M. BRANCACCIO, G. FIDELBO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea (Relazione orientativa dell'Ufficio del Massimario Penale)*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2014, p. 19: in relazione a tale pronuncia, si dice che "le Sezioni Unite (...) hanno ritenuto che il sistema processuale debba essere costruito valorizzando il canone interpretativo di massima espansione degli strumenti utili ad evitare la duplicazione del processo (penale) (...)". Inoltre, S. ASTARITA, *op.cit.*, p. 737 aggiunge che, sulla base di tale posizione giurisprudenziale, fatto "diverso" è "quello che, pur violando la stessa norma ed integrando gli estremi del medesimo reato, è l'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto, diversa e distinta nello spazio e nel tempo da quella posta in essere in precedenza ed accertata con sentenza definitiva" (citando Cass. pen., sez. IV, 3-05-2006, Cacciani, in *Mass. Uff.*, 236093).

<sup>96</sup> Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842.

previsione normativa, trova applicazione anche qualora il reato oggetto di secondo giudizio venga diversamente considerato per “titolo, grado e circostanze”: mentre sostanzialmente incontrovertibile risulta l’interpretazione delle espressioni “titolo” e “circostanze”, più problematica sembra essere invece quella di “grado”<sup>97</sup>.

Con “titolo” si suole intendere, secondo la dottrina prevalente, sia il semplice mutamento di qualificazione giuridica- o, detto altrimenti, del *nomen iuris*- dello stesso fatto, sia il mutamento di qualificazione giuridica che consegua ad una variazione dell’elemento soggettivo, con la conseguenza per cui non si potrà procedere a titolo di omicidio doloso nei confronti di chi sia stato giudicato per omicidio colposo<sup>98</sup>; il riferimento alle “circostanze”, invece, riguarda gli *accidentalia delicti*, ossia le circostanze attenuanti e aggravanti del reato, così che il passaggio da una fattispecie semplice a una circostanziata non farà cadere il divieto di *bis in idem*<sup>99</sup>.

Passando alla locuzione “grado”, secondo l’opinione prevalente essa ricomprenderebbe tutte quelle situazioni che, senza incidere sul titolo della fattispecie, ne comportano una maggiore o minore gravità (come, ad esempio, il passaggio dal reato tentato a quello consumato)<sup>100</sup>, mentre secondo altra interpretazione- minoritaria in dottrina e seguita maggiormente dalla giurisprudenza- che vale la pena evidenziare, nel concetto di “grado” rientrerebbero tutti quegli elementi che siano estrinseci al reato ma che ne determinino una diversa gravità, senza mutarne gli elementi costitutivi: vi si riconducono, pertanto, le cause di esclusione della punibilità o della imputabilità del soggetto, nonché il concorso di

---

<sup>97</sup> In tal senso, A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404.

<sup>98</sup> G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 46 che specifica l’irrilevanza del mutamento della fattispecie giudiziale ai fini del divieto di *bis in idem* nonostante tale variazione determini anche quella degli elementi costitutivi; v. anche S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 736: “(...) ove si attribuisse rilievo all’indicazione delle norme giuridiche violate si rischierebbe di far ricadere sulla persona (...) il rischio di un secondo giudizio in ordine alla medesima condotta, alla quale il pubblico ministero avesse dato una distinta connotazione giuridica” e A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404.

<sup>99</sup> A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404.

<sup>100</sup> V. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 792, nonché S. ASTARITA, *op. cit.*, che relativamente al “grado” del reato, precisa: “E’ l’ipotesi tipica del concorso di norme penali incriminatrici (art. 15 c.p.) (...) in cui l’una fattispecie di parte speciale in sé “contiene” gli elementi costitutivi di altra fattispecie, che può dirsi assorbita. Ovvio che il passaggio in giudizio per il reato “maggiore”, precluda l’esercizio dell’azione penale per quello “minore”.

persone nel reato, ma non il passaggio dal tentativo alla fattispecie consumata (il quale non comporterebbe, dunque, l'operatività del divieto di *bis in idem*)<sup>101</sup>.

Per completezza, occorre segnalare come parte della dottrina identifichi il “fatto”, rilevante ai sensi del divieto in esame, non solo nella condotta, ma anche nell'oggetto materiale dei cosiddetti reati ad evento fisico: cioè che conta ai fini dell'“identità” sarebbe dunque la condotta, purché questa sia definita in relazione al suo oggetto materiale<sup>102</sup>.

In ogni caso, qualunque significato di “fatto” voglia accogliersi, è bene specificare come l'operatività del divieto di un secondo giudizio non possa essere esclusa in base ad una mera ipotesi di mancata identità tra *res iudicata* e fatto da giudicare, ma occorra che tale mancanza risulti in termini di ragionevole certezza<sup>103</sup>.

Se all'interno della concezione “naturalistica” della nozione di “medesimo fatto” si alternano, come visto, differenti interpretazioni per ciò che concerne i criteri identificativi della medesimezza stessa, per la concezione “normativa”- invece- il divieto di *bis in idem* cesserebbe di spiegare i propri effetti ogniqualvolta uno stesso fatto storico abbia violato più disposizioni, e l'autore sia stato giudicato per uno solo di essi, dipendendo l'identità (o diversità) del fatto unicamente dalla previsione della legge: la concezione “normativa” intende quindi impedire un doppio procedimento

---

<sup>101</sup> Tale tesi è riportata da A. BASSI, *op. cit.*, p. 1404-1405 che specifica come tale interpretazione del concetto di “grado” venga ricondotta alla teoria del reato di Carrara, secondo il quale il delitto si identifica secondo la *qualità* (titolo), la *quantità* (che riguarda gli elementi fondanti il giudizio di maggior o minor gravità del delitto, tra cui le circostanze), e il *grado* (che include tutti gli elementi che mantengono inalterata la gravità (*qualità*) astratta del reato, modificandone la gravità concreta). Partendo da tale presupposto, e posto che il tentativo costituisce titolo autonomo di reato, l'evento, che perfeziona la fattispecie, non può essere qualificato quale elemento incidente sulla sola gravità concreta del reato, bensì comporta una nuova qualificazione giuridica del fatto.

<sup>102</sup> Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842 che richiama, tra i principali sostenitori di tale tesi, CORDERO; analogamente, M. CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, p. 956 il quale sostiene che “ciò che rileva, in definitiva, è il “nucleo storico” del fatto, ossia l'identità tra le fattispecie prese in considerazione nei diversi giudizi dal punto di vista della condotta (...) e, nel caso dei reati cosiddetti materiali, dell'oggetto fisico su cui la condotta è caduta; non occorre, cioè, la corrispondenza di tutti gli elementi costitutivi del reato per poter considerare un fatto (...) “medesimo” rispetto ad un altro già oggetto di giudizio”.

<sup>103</sup> Cfr. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842.

per un fatto che sia giuridicamente unico, nonostante ciò sia però in aperto contrasto con la previsione di cui all'art. 649 c.p.p.<sup>104</sup>.

Alla luce delle conseguenze che le due concezioni, “naturalistica” e “normativa”, rigorosamente applicate comportano, appare necessario concludere l'analisi relativa a tale contrapposizione optando per una via intermedia e tentando di stabilire un bilanciamento, che conduca a non accogliere interamente e allo stesso tempo non respingere completamente nessuna delle due<sup>105</sup>: la distinzione tra situazione di fatto e previsione legislativa è frutto di un'astrazione, “giacché la situazione concreta, essendo unica, è nel contempo situazione di fatto qualificata dal diritto e situazione di diritto realizzatasi nel fatto”<sup>106</sup>. Il termine “fatto” s'intende, così, riferito a entrambi i concetti, e il suo significato s'individua a metà strada tra l'accadimento storico-naturalistico e l'astratto schema legale<sup>107</sup>.

Il risultato del procedimento di astrazione- compiuto dal giudice nel corso del giudizio- viene identificato, pertanto, nella figura definita “fattispecie giudiziale”: quest'ultima, nonostante derivi dal fatto storico e dalla fattispecie legale, si distingue da entrambi, facendo sì che ai fini del *ne bis in idem* non rilevi il mero accadimento concreto, bensì solo gli elementi di questo che siano tipizzati nella norma

---

<sup>104</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 397 ss: l'Autore afferma che la concezione “normativa” non risulta compatibile con l'affermazione per cui il fatto può restare identico anche se “diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze”.

<sup>105</sup> In tal senso, F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 399 ss. in cui l'Autore si chiede se tra le due concezioni vi sia assoluta incompatibilità oppure “se ad entrambe non sottostia un principio di verità, non essendo il complesso problema della efficacia preclusiva della cosa giudicata risolvibile in modo unilaterale”, e afferma: “che non si possa essere ancorati ad una concezione strettamente normativa sembra desumersi dallo stesso art. 90 (...) Con ciò, l'art. 90 è ben lungi dal giustificare una concezione rigorosamente naturalistica del fatto, del tutto avulsa da una qualsiasi qualificazione normativa”. Allo stesso modo, C. BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1643, in cui si evidenzia l'inaccettabilità di una nozione storico-naturalistica del termine “fatto”, poiché “il dato storico, nella complessità dei suoi elementi, è irriproducibile” e anche perché “nell'ipotesi in cui il fatto preso in considerazione nella sentenza diverga dal fatto storico, sarà pur sempre il primo, e non il secondo, ad assumere rilevanza al fine della operatività o no della preclusione, con il che può dirsi dimostrata l'irrelevanza del mero accadimento storico ai fini dell'applicabilità del *ne bis in idem*”, ma si sottolinea anche come la concezione “normativa” sia smentita esplicitamente dall'art. 649 c.p.p..

<sup>106</sup> Così, G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 40-41, in cui l'Autore prosegue: “Nessuna identificazione del “fatto” su cui si è pronunciato o su cui deve pronunciare il giudice è possibile se non si astraggano, attraverso il riferimento ad un modello legislativo, dal complesso della situazione storica, gli elementi e requisiti che paiono rilevanti”.

<sup>107</sup> C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1643.

incriminatrice, e allo stesso modo non sia rilevante la fattispecie legale astrattamente considerata, ma solo in quanto confrontata con il fatto storico (*rectius*, con gli elementi di questo giuridicamente rilevanti)<sup>108</sup>.

Analizzato il concetto di *idem factum* ai sensi dell'art. 649 c.p.p., e dunque ai fini del *ne bis in idem* processuale, occorre domandarsi quale sia, invece, il significato da attribuire alla “medesimezza” del fatto oggetto del *ne bis in idem* sostanziale, e quale tipo di rapporto possa intercorrere tra le due concezioni.

Storicamente, la dottrina ha individuato due modi differenti d'intendere tale principio, distinguendo tra una teoria “monistica” (anche qualificabile come “assolutistica”) e una teoria “pluralistica” in materia di concorso apparente di norme e stabilendo il punto di divergenza tra le due proprio nel concetto di “medesimo fatto”: secondo la prima teoria, il *ne bis in idem* sostanziale stabilirebbe il divieto di punire più volte il fatto che corrisponda, contemporaneamente e in ogni sua parte, a più fattispecie penali<sup>109</sup>; per la seconda, invece, il principio vieterebbe di addebitare più volte allo stesso soggetto un unico reato<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1644 in cui viene specificato tale procedimento di astrazione: “nel caso in cui i connotati del fatto che abbiano rilevanza giuridica coincidano con quelli richiesti dalla norma incriminatrice, si avrà un giudizio di corrispondenza che permetterà di affermare che quel determinato comportamento integra quel determinato reato”. Inoltre, si spiega che la “fattispecie giudiziale” differisce dal fatto storico poiché possiede un numero minore di requisiti (ossia solo quelli rilevanti per il diritto), nonché dalla fattispecie legale in quanto contenente, al contrario, un maggior numero di elementi identificatori del fatto rispetto alla norma incriminatrice. Si richiama anche G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, p. 201, il quale sostiene che il termine “fatto” vada ricercato a metà strada tra fatto storico e schema legale: “ciò si ottiene astraendo il fatto, che è un segmento della storia, dalla realtà, e foggiando del fatto medesimo una rappresentazione il cui contenuto è ricalcato sullo stampo offerto dallo schema legale, e al cui modello occorre rifarsi”. Cfr. anche G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 41: “nel rapportarsi allo schema legislativo il giudice elimina tutti quegli elementi della situazione storica che non rientrano nel modello legale ma vi comprende una descrizione più particolareggiata dei requisiti del fatto”.

<sup>109</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 424 ss. in cui l'Autore mostra la distinzione, operata in dottrina, in merito al concetto di *idem factum* ai fini del *ne bis in idem* sostanziale: la prima tesi è sostenuta da coloro che riconoscono al principio in esame un valore assoluto, ritenendo dunque che “il fatto sarebbe lo stesso, oltre che nei casi in cui corrisponde ad una sola fattispecie legale, anche in tutti quei casi in cui, pur corrispondendo a più fattispecie, è da entrambe contenuto in tutti e per gli stessi elementi e per la sola ragione di essere in ambedue simultaneamente ed egualmente ricompreso”. Sulla stessa linea, M. PAPA, *op. cit.*, p. 42 il quale ha reso evidente tale frattura sussistente in dottrina, qualificandola come “una

Se dunque la prima teoria tende a far coincidere il concetto di “*idem*” con quello di *stesso fatto*, giungendo a considerare il *ne bis in idem* sostanziale come il fondamento su cui poggia l’intero istituto del concorso apparente di norme, la seconda- al contrario- lo fa coincidere con la nozione di *reato*, portando il principio ad assumere una funzione meramente ricognitiva di una realtà già previamente stabilita per altre vie<sup>111</sup>. Dunque, logica bipartita anche per ciò che concerne il *ne bis in idem* sostanziale: da una parte identificato con il divieto di molteplice pena per lo stesso fatto e operante fin dal principio nel momento della qualificazione giuridica del *factum* stesso, dall’altra inteso come il divieto di duplicare lo stesso giudizio di reato e operante, pertanto, in una fase successiva, quale quella sanzionatoria<sup>112</sup>.

Ponendo mente alla dicotomia, in precedenza evidenziata, inerente al significato di “fatto” nel *ne bis in idem* processuale, si può notare come la contrapposizione dottrinale tra *fatto* e *reato*- relativa al principio nella sua dimensione sostanziale- sia da ricondurre nuovamente al conflitto tra fatto concreto realizzato nella realtà e fatto astratto così come descritto dalle norme giuridiche.

Da siffatta osservazione deriva che, ancora una volta, la soluzione è da ricercare nel mezzo, individuando il fondamento unitario del principio: in tal caso, quest’ultimo è costituito dalla necessità di scongiurare la moltiplicazione della pena ogniqualvolta il disvalore del fatto non risulti, mediante l’applicazione dei criteri di

---

eclatante e problematica dicotomia” che da una parte identifica la medesimezza nel *fatto*, dall’altra la individua invece nell’unità o pluralità dell’illecito.

<sup>110</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 424 ss.: “Per la seconda concezione si ha lo stesso fatto se ed in quanto esso costituisca, secondo il diritto positivo, un solo reato”. Dunque, al contrario della prima teoria- che presuppone la constatazione della corrispondenza del fatto a più fattispecie per concludere che esso sia penalmente unico- secondo l’opposta interpretazione “ il divieto di una pluralità di pene opererebbe nei limiti in cui sia previamente stabilito che il fatto è penalmente unico. Se si tratta di un sol reato, si applicherà una sola pena; se si tratta di più reati, si avrà il cumulo delle pene, anche se il fatto storico corrisponda contemporaneamente e integralmente a più schemi legali”.

<sup>111</sup> Così, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 424 ss.: l’Autore spiega che a seconda della concezione adottata, è diverso il ruolo che al *ne bis in idem* sostanziale viene assegnato nella teoria del concorso apparente di norme. Per la concezione assolutistica il principio esplica una funzione prioritaria, costituendo il criterio per stabilire quando si ha concorso apparente di norme e quando, invece, si ha concorso di reati; per l’opposta concezione, il principio non assume alcuna funzione risolutiva, e si limita a riassumere il risultato di un’indagine che è già stata previamente condotta in base ad altri criteri, quali quelli di specialità, sussidiarietà, consunzione.

<sup>112</sup> In tal senso, M. PAPA, *op. cit.*, p.42 ss.

natura sostanziale, tale da poter configurare un concorso materiale di reati e il relativo cumulo sanzionatorio<sup>113</sup>.

Per ciò che concerne, infine, la nozione di *eadem persona*- la quale costituisce altro punto centrale del divieto di *bis in idem*- e dunque i limiti soggettivi del principio in esame, possono essere richiamate le considerazioni poc'anzi svolte in merito alla *ratio* del principio stesso: la preclusione opera esclusivamente nei confronti dell'imputato contro il quale sia stata pronunciata la sentenza irrevocabile, e non di eventuali concorrenti o terzi rimasti estranei al processo<sup>114</sup>; il *ne bis in idem* intende sottrarre il singolo individuo dal rischio di una reiterazione indefinita di procedimenti in ordine allo stesso episodio<sup>115</sup>. Nessun divieto, dunque, relativamente alla proposizione dell'azione penale per lo stesso fatto e anche per il medesimo titolo contro persone diverse da quella condannata o prosciolta<sup>116</sup>.

#### **4. Concorso formale di reati, concorso apparente di norme e *ne bis in idem*. L'operatività del principio nei confronti del reato progressivo.**

In materia di concorso di reati, nessuna difficoltà interpretativa sembra sorgere in merito alla pacifica inapplicabilità del *ne bis in idem* nei confronti del concorso materiale, posto che alla pluralità di condotte- attive od omissive- che lo connotano fa riscontro una pluralità di fattispecie, tale che l'irrevocabilità della sentenza concernente un reato non pregiudica l'instaurazione di un nuovo giudizio su un fatto che a quello giudicato sia materialmente collegato: anche coloro che limitino in

---

<sup>113</sup> Cfr. G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 10 nonché G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p.84 il quale rileva che “è dalla individuazione dei criteri che regolano il concorso apparente che discende il principio del *ne bis in idem* sostanziale”.

<sup>114</sup> Così, A. BASSI, *op. cit.*, p. 861 nonché G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p.124 ss. e P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p.483.

<sup>115</sup> Cfr., tra gli altri, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 487 e A. BASSI, *op.cit.*, p. 861.

<sup>116</sup> V. G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 39 che specifica come gli eventuali conflitti di giudicato possano essere evitati in linea preventiva mediante l'unificazione dei procedimenti connessi, mediante il funzionamento delle pregiudiziali (art. 18 c.p.p.) oppure in via riparatrice mediante la revisione. L'Autore specifica anche che la variazione della *persona offesa* dal reato, benché non sia parte del processo, può rilevare ai fini del giudicato qualora comporti il mutamento del fatto: dunque il mutamento della persona lesa costituirà un'indagine da condurre caso per caso.

maniera rigorosa la nozione di “fatto”- di cui al principio in esame- alla mera condotta non potrebbero non sostenere tale conclusione, proprio in virtù della pluralità di azioni od omissioni presupposta dal concorso materiale<sup>117</sup>.

Variegate, invece, le soluzioni che si sono avvicinate relativamente al concorso formale o ideale di reati, il quale si realizza- ai sensi dell’art. 81, 1° comma, c.p.- qualora l’agente, con una sola condotta, commetta più reati in violazione della stessa disposizione di legge o di diverse previsioni normative, potendo distinguersi così in concorso omogeneo ed eterogeneo<sup>118</sup>.

Infatti, qualora si acceda alla tesi- maggiormente seguita in giurisprudenza- secondo cui il “fatto” rilevante ai sensi del *ne bis in idem* è comprensivo di condotta, nesso causale ed evento, si conclude per l’insussistenza di una preclusione processuale- quale conseguenza del giudicato intervenuto in merito ad uno dei reati commessi con l’unica condotta- in relazione ad ulteriori violazioni originate dalla medesima azione od omissione: si tratta invero di fatti caratterizzati da elementi costitutivi differenti, almeno con riguardo all’evento, e pertanto il giudizio sul singolo episodio criminoso non impedisce al soggetto di essere chiamato a rispondere penalmente in ordine a fatti non coperti dal giudicato<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1405, in cui si richiama G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p.1; V. anche P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 492 che sottolinea l’evidenza dell’inapplicabilità del *ne bis in idem* in merito al concorso materiale di reati, richiamando G. DE LUCA, voce “*Giudicato*”, cit., p. 10 il quale specifica che, nel concorso materiale, alla pluralità di azioni e fatti storici “fa puntualmente riscontro una pluralità di fattispecie”. Sulla stessa linea, v. C. MARINELLI, *op.cit.*, p.2843. Per un attento approfondimento circa il concorso materiale di reati, tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 515 che lo individua ove “lo stesso individuo con varie azioni od omissioni ha commesso più violazioni di un medesimo o di più precetti penali”.

<sup>118</sup> Così, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 492. Per la definizione di “concorso formale”, v. F.ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 519 che specifica come “nel concorso formale due (o più) disposizioni di legge prendono in considerazione una stessa parte del fatto e, inoltre, ciascuna una parte diversa”; inoltre cfr. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2842 e A. BASSI, *op. cit.*, p. 1405: “la fattispecie si struttura come una pluralità di reati- fra loro identici o diversi, per cui il concorso formale di reati si distingue in omogeneo ed eterogeneo- che hanno in comune la parte dell’elemento materiale costituita dalla condotta e che si caratterizzano per ulteriori elementi specializzanti e precipuamente per differenti eventi”.

<sup>119</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1405 che specifica: “(...) se la condotta corrisponde a più fattispecie, tutte le possibili conseguenze giuridiche devono trovare riscontro nella sentenza, e solo se tale precetto è rispettato, l’azione penale in ordine alle stesse può ritenersi esaurita e tale da impedire un nuovo giudizio. In caso contrario, il giudizio sull’episodio criminoso non può dirsi esaurito né l’azione penale consumata (...)”; V. anche P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 494 in cui si mostra come la giurisprudenza abbia escluso l’operatività del *ne bis in idem* in relazione al concorso formale di reati, poiché “(...) la forza preclusiva del giudicato non

Tale impostazione, che dunque preclude l'operatività del *ne bis in idem* qualora ricorra un concorso formale di reati in virtù del fatto che la medesima fattispecie può essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge- ma sempre che il secondo giudizio non sia logicamente incompatibile con il primo (e ciò si verifica quando il primo giudizio si sia concluso con un'assoluzione per insussistenza del fatto o mancata commissione)<sup>120</sup>- è stata accolta per far fronte, in particolar modo, a vicende già giudicate come contravvenzioni in materia infortunistica le quali avevano, però, cagionato anche la lesione o la morte di alcuni soggetti, e per le quali non sembrava accettabile ritenere vietata l'instaurazione di un nuovo giudizio in merito a questi ultimi, ben più gravi, reati<sup>121</sup>.

Laddove si segua, al contrario, la tesi prospettata dalla dottrina- per cui il "fatto" coincide con la sola condotta- conseguenza automatica sarebbe quella per cui la sentenza irrevocabile in ordine ad una delle violazioni, originate dall'unica azione od omissione, irrimediabilmente impedisce un nuovo giudizio relativo ad altri reati, tanto nel concorso formale omogeneo quanto in quello eterogeneo: questo poiché la

---

opera qualora il fatto, in relazione al quale è già intervenuta una pronuncia irrevocabile, determina la violazione di una pluralità di disposizioni di legge, dovendo l'episodio essere valutato alla luce di tutte le sue implicazioni penalistiche". Inoltre, G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1247: "(...) sia per il *ne bis in idem* sostanziale, sia per il *ne bis in idem* processuale il duplice addebito non è vietato allorquando sussista un concorso formale di reati, poiché, in tal caso, non tutti gli elementi e i requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambi gli schemi legali"; sulla stessa linea anche G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 26 il quale afferma che, in caso di concorso formale, il giudicato su un fatto non osta alla nuova azione penale per altro fatto, anche se collegato al primo da vincoli di connessione, che rilevano ai fini di altri problemi.

<sup>120</sup> In tal senso, S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 737 che precisa come ad assumere rilievo, in termini di improcedibilità dell'azione, non sia solo l'identità del fatto ma anche l'epilogo decisorio del primo giudizio (in particolare, qualora si sia concluso con una sentenza assolutoria dichiarativa dell'insussistenza del fatto o della mancata commissione di questo da parte dell'imputato, questo risulterebbe incompatibile con il secondo procedimento); allo stesso modo, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843. In merito alla necessità della compatibilità tra i due giudizi, tra tutte, Cass. 18-05-2004, Purpura, in *C.E.D. Cass.*, n. 228724; tale specificazione è criticata da F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., p. 1186: "Si tratta di una puntualizzazione che svela la debolezza e la contraddittorietà della posizione complessivamente assunta in materia dalla Corte suprema. Se davvero X e Y fossero fatti diversi ai sensi dell'art. 649 c.p.p., perché mai dovrebbe assumere rilevanza, nel processo concernente il secondo di essi, l'accertata insussistenza del primo?"

<sup>121</sup> Così, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 494 che fa riferimento a Cass. 19-01-1988, Tavella, in *Giust. pen.*, III, p. 479.

condotta con la quale sono stati commessi è, appunto, la medesima e su di essa si è già formato il giudicato<sup>122</sup>.

Non tutta la dottrina è però conforme a siffatta impostazione, e si registrano anzi posizioni differenziate: talora la tesi della coincidenza tra condotta e “fatto” rilevante ai sensi del *ne bis in idem* è stata contraddetta parzialmente in relazione al concorso formale di reati, mediante l’idea di un’azione od omissione “che si colora di plurimità” oppure inglobando nella nozione di “fatto” anche l’evento, in deroga all’impostazione generale<sup>123</sup>; altre volte invece, adottando la tesi in base alla quale il fatto si determini mediante la condotta individuata dall’oggetto materiale, si è sostenuta l’inoperatività del divieto di *bis in idem* nei casi di concorso formale omogeneo- posto che in tal caso la condotta ricade su oggetti fisici diversi e dunque i fatti risultano differenti- ma non nel caso di concorso formale eterogeneo- caratterizzato dalla circostanza per cui la condotta è unica e integra due illeciti penali diversi senza essere seguita da alcun evento naturalistico- il quale resterebbe pertanto coperto dal divieto di un secondo giudizio<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1405-1406 che illustra tale tesi sostenuta dalla giurisprudenza, specificando che alla base della stessa viene posta l’osservazione per cui nella formulazione originaria del progetto preliminare del c.p.p. 1930, l’art. 90 escludeva espressamente l’operatività del *ne bis in idem* nelle ipotesi di concorso formale di reati, ma tale comma è stato poi eliminato nel testo definitivo della norma: ciò paleserebbe l’*intentio legis* di estendere l’operatività del divieto di *bis in idem* anche alle ipotesi di concorso formale, e siffatta soluzione sarebbe valida ancora oggi stante l’identica formulazione dell’art.649 del codice vigente. V. anche C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843.

<sup>123</sup> V. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 495 il quale cita, quale sostenitore di tale tesi- nonostante avallasse l’idea della coincidenza tra condotta e “fatto”, G. LEONE: “L’elemento oggettivo della *res iudicata* non può essere limitato in tema di concorso ideale alla sola azione od omissione. (...) Occorre in tal caso o ritenere che l’unità dell’azione o dell’omissione si colora giuridicamente di plurimità (...) ovvero ammettere che nel caso di concorso ideale la nozione del fatto (...) si compone non solo dell’elemento dell’azione od omissione (come di regola) ma anche dell’evento”. L’Autore critica entrambe le soluzioni in quanto “forzate dalla necessità di evitare sul punto conseguenze ritenute ingiuste”, con ciò riferendosi all’esempio per cui chi sia stato processato in ordine al reato di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) non possa essere sottratto, qualora tale comportamento abbia causato la morte di un soggetto, al conseguente procedimento per omicidio.

<sup>124</sup> Cfr. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843, il quale cita F. CORDERO: “l’art. 649, co. 1° vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo, un fatto cade sotto due titoli... *ne bis in idem*, senza il minimo dubbio”, rilevando anche come talvolta si riconosca la sussistenza di fatti diversi anche in alcuni casi di concorso formale eterogeneo, precisamente qualora l’unica condotta provochi un solo evento naturalistico, ma integri due reati differenti. Sulla tesi della condotta definita dal suo oggetto materiale, V. anche A. BASSI, *op. cit.*, p. 1406 e P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 496 il quale obietta: “(...) in tal modo, facendo riferimento all’oggetto su cui cade

Impostazione, quest'ultima, sostenuta da quella parte di dottrina che ha chiamato in causa la *ratio* di tutela individuale sottesa al principio in esame<sup>125</sup> e talvolta seguita, sebbene in via sporadica, anche dalla giurisprudenza<sup>126</sup>.

Una terza soluzione attiene poi alla tesi della fattispecie giudiziale poc'anzi illustrata, secondo cui l'instaurazione di un nuovo procedimento per un reato formalmente concorrente con quello oggetto di giudicato non sarebbe mai vietata, indipendentemente dalla natura omogenea o meno del concorso formale, in quanto le fattispecie giudiziali risultano sempre diverse<sup>127</sup>: a sostegno di tale argomentazione depongono sia l'assunto per cui il divieto di *bis in idem* avrebbe come funzione solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati, sia la circostanza in base alla quale le ragioni poste a fondamento del *ne bis in idem*- tanto di quello processuale quanto di quello sostanziale- non risultano pregiudicate dal consentire una deroga al divieto di doppio giudizio in presenza di un concorso formale di reati<sup>128</sup>.

---

la condotta al fine di definire la nozione di “fatto”, si opererebbe nella realtà un recupero, sia pur indiretto, del concetto di evento naturalistico”; contrario a tale impostazione è anche G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 54: “Il comportamento del soggetto, il quale esplose il colpo d'arma da fuoco nel centro abitato, è sempre identico sia che il proiettile uccida una persona o no (...) Il discorso avrebbe fondamento soltanto se ci si trovasse di fronte ad un'azione necessariamente transitiva che debba, cioè, passare dal soggetto sull'oggetto non potendo essere compiuta senza l'oggetto stesso. Nelle ipotesi in esame, invece, il carattere transitivo è meramente eventuale ed emerge solo quando si consideri l'evento naturalistico: se da tale evento si prescinde non risulta neppure”.

<sup>125</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, cit., p. 1182 che richiama, in tal senso, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 90 il quale individua la *ratio* del principio nel “sottra[rr]e il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo”.

<sup>126</sup> V. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843 che richiama la giurisprudenza conforme a tale orientamento (Cass. 3-12-1992, Bellicoso, in *Riv. pen.*, 1992, p. 426, ove si è deciso che l'imputato condannato per violenza e resistenza a pubblico ufficiale non può essere chiamato successivamente a rispondere di lesioni volontarie).

<sup>127</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1406 nonché C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843 che richiama G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 70 il quale rileva la diversità delle fattispecie giudiziali nel caso di concorso formale poiché “non tutti gli elementi e requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambi gli schemi legali”. Sul tema, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 497 e G. DE LUCA, voce “*Giudicato*”, cit., p. 10, che rileva la necessità di allontanarsi da una valutazione di “fatto” incentrata solo sulla realtà storica, posto che “la nozione di fatto, in senso naturalistico, appare viziata da un errore di prospettiva. Essa poggia sulla confusione tra fatto storico e fatto giuridico, tra situazione reale e fattispecie giudiziale”.

<sup>128</sup> In tal senso, v. G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 62 e 70 in cui si sostiene non soltanto che “se l'art. 90 c.p.p. ha come funzione solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati, potrà ben dirsi che, ove il giudicato concerna uno solo dei due reati in concorso

Alla luce delle posizioni appena esaminate, sembra potersi pacificamente affermare che la tesi generalmente e maggiormente sostenuta- in dottrina come in giurisprudenza- è quella che esclude l'operatività del *ne bis in idem* in relazione al concorso formale di reati. A prevalere è stata infatti l'opinione secondo cui la soluzione opposta condurrebbe a conseguenze contrarie al comune senso di giustizia<sup>129</sup> e, allo stesso tempo, il presupposto per cui- stabilito che per “medesimo fatto” debba intendersi “identità degli elementi costitutivi del reato e cioè condotta, evento e nesso di causalità, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, ma anche in quella giuridica”<sup>130</sup>- la pluralità di eventi giuridici derivante dall'unicità di un fatto storico, così come accade nel concorso formale, non può impedire l'esercizio dell'azione penale in relazione ad uno di tali eventi nonostante il giudicato già formatosi su di un altro<sup>131</sup>: si tratta di un orientamento a conferma del fatto che il *ne bis in idem* processuale non avrebbe motivo di operare qualora non ci sia il rischio di un indebito *bis in idem* sostanziale<sup>132</sup>.

La soluzione cui si è giunti circa l'inoperatività del divieto di *bis in idem* nei confronti del concorso formale di reati, conduce inevitabilmente a distinguere quest'ultimo dal concorso apparente di norme, in relazione al quale appare- al

---

formale, risulterà consentito il procedimento nei confronti dell'altro reato (...)", ma anche che "Naturalmente, sia per il *ne bis in idem* sostanziale, sia per il *ne bis in idem* processuale il duplice addebito non risulta vietato allorché sussista un concorso formale di reati (...) Le ragioni di equità, cui si ispira il *ne bis in idem* sostanziale, non contrastano con il duplice addebito del medesimo fatto storico così come non vi contrastano neppure le ragioni di certezza e di economia poste a base del *ne bis in idem* processuale".

<sup>129</sup> Così, A. BASSI, *op. cit.*, p. 1407 che utilizza come esempio il caso di un concorso omogeneo di reati in cui, se operasse il *ne bis in idem*, colui che sia stato giudicato per omicidio per aver ucciso una persona esplodendo un colpo di arma da fuoco non potrebbe essere nuovamente processato per l'uccisione di una seconda persona provocata dallo stesso sparo, e stesse ingiuste conseguenze si verificherebbero in caso di concorso formale eterogeneo. Per alcuni esempi giurisprudenziali che hanno sostenuto l'inoperatività del *ne bis in idem* in tali casi, v. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2843.

<sup>130</sup> Cass., 11-12-2008, Palanza, in *C.E.D. Cass.*, n. 243330.

<sup>131</sup> V. Cass., 11-10-2004, Antoci, in *C.E.D. Cass.*, n. 231134.

<sup>132</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., p. 1183-1184: nell'ipotesi di concorso formale di reati, infatti, “non opererebbe il divieto di secondo giudizio perché, appunto, i due reati commessi *uno actu* sono autonomamente punibili”. L'Autore però contesta tale impostazione, sostenendo quella per cui il “fatto” non significhi solo condotta ma debba includere anche l'oggetto fisico: solo seguendo quest'ultima soluzione, infatti, sarebbe possibile evitare le conseguenze ingiuste lamentate dalla giurisprudenza, senza però dover ignorare l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui allude al fatto “diversamente considerato per il titolo o per il grado”.

contrario- evidente l'identità della fattispecie giudiziale e, dunque, l'efficacia della preclusione sancita dal principio in esame<sup>133</sup>: la disposizione di cui all'art. 15 c.p. venne, infatti, introdotta proprio per far sì che risultasse completamente esclusa la possibilità di far nascere “due binari paralleli attigui”, finalizzati a sanzionare il medesimo reato<sup>134</sup>.

Pertanto, se si pensa al concorso apparente come a quella situazione in cui il medesimo fatto storico rientri, contemporaneamente e con tutte le sue qualifiche giuridiche, in due disposizioni penali diverse di cui una esaurisce integralmente, però, l'intero disvalore penale del fatto, sembra pacificamente potersi affermare che il *ne bis in idem* sia stato sempre ritenuto operante soltanto nei confronti di tale tipo di concorso e non relativamente a quello formale, risultando evidente non solo l'importanza di analizzare con attenzione quale figura- tra concorso apparente e formale- risulti concretata nel caso di specie (specialmente quando si tratti di concorso formale eterogeneo), ma anche in che senso il *ne bis in idem* processuale viene a dipendere dall'ambito di operatività del *ne bis in idem* sostanziale<sup>135</sup>. Infatti, posto che- come osservato in precedenza- l'esistenza di un concorso apparente di norme può derivare da un rapporto di specialità, di sussidiarietà o di assorbimento tra le fattispecie incriminatrici, in ognuna di tali situazioni la condotta può essere punita

---

<sup>133</sup> Cfr. G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 71 che sottolinea l'importanza di una tale distinzione poiché “è indubbio che, soltanto attraverso un'indagine siffatta, si potrà stabilire (...) l'ambito di operatività del *ne bis in idem* processuale”. In merito al concorso apparente di norme, v. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 519 che specifica la differenza tra conflitto apparente e concorso formale di reati: nel primo infatti “una delle norme esclude l'applicazione dell'altra o delle altre, perché comprende *per intero* il fatto”, nel secondo invece “le varie norme si integrano a vicenda e, perciò, si applicano contemporaneamente in quantociascuna di esse comprende *una parte soltanto* del fatto”.

<sup>134</sup> Così, G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>135</sup> Cfr. G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 84 che specifica: “(...) il divieto di esperire l'azione penale nei confronti del comportamento concreto già giudicato, nel quale si ravvisi, successivamente, un altro reato, sussisterà soltanto se sia applicabile il *ne bis in idem* sostanziale”; cfr. anche P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 501, il quale precisa la differenza tra concorso formale eterogeneo e concorso apparente di norme: il primo si realizza quando la condotta corrisponda in parte a due diverse fattispecie incriminatrici e nella parte residua integri con alcuni elementi una fattispecie e con gli altri l'ulteriore figura criminosa, il secondo quando la riconduzione della stessa condotta a più fattispecie assume, invece, carattere fittizio proprio perché una di queste esaurisce di per sé la valutazione penalistica del fatto.

alla stregua di una sola delle disposizioni in cui sia astrattamente inquadrabile<sup>136</sup>: dall'operatività, dunque, del divieto di doppia sanzione discende quella del divieto di doppio giudizio.

Si consideri, inoltre, come parte della dottrina abbia criticato quest'ultimo argomento, osservando che il divieto di secondo giudizio si estende, in realtà, a tutte le ipotesi di concorso apparente di norme, indipendentemente dalla sussistenza di un rischio di *bis in idem* sostanziale<sup>137</sup>.

Ciò detto in relazione al concorso apparente di norme, sembra opportuno- a questo punto- specificare quale sia l'operatività del principio di *ne bis in idem* nei confronti di una particolare ipotesi di tale tipologia concorsuale, vale a dire quella del reato progressivo.

Tradizionalmente, è definito *reato progressivo* quel fenomeno di contestuale susseguirsi di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene giuridico, giungendo all'integrazione di più ipotesi delittuose differenti, ma in rapporto di gravità progressiva e tra loro necessariamente collegate, tanto che quella più grave implica la realizzazione di quella meno grave<sup>138</sup>: si tratta, evidentemente, di un classico esempio di applicazione del principio di assorbimento, in quanto più azioni naturalistiche appaiono, in base ad una valutazione normativo- sociale, riconducibili ad un'azione giuridicamente unitaria<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Tra gli altri, F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., p. 1182, nota 7.

<sup>137</sup> In tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1226 richiamato da F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., p. 1183, in cui viene considerata l'ipotesi in cui Tizio, processato per lesioni, sia stato assolto: egli, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., non potrebbe essere sottoposto a nuovo processo per percosse, nonostante in tal caso non si rischierebbe alcuna indebita duplicazione di sanzioni.

<sup>138</sup> Tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 542 ss.: nel reato progressivo si riscontra la realizzazione di "fatti che rappresentano un *maius* rispetto ad altri e che, necessariamente, quando vengono posti in essere implicano la realizzazione anche dei minori". Esempi di reato progressivo riportati dall'Autore sono quello di chi, prima di uccidere, percuote e ferisce la vittima ("non è possibile uccidere (...) senza percuotere o ferire"), ovvero il fatto di chi commette il reato di devastazione realizzando necessariamente il danneggiamento di cose mobili o immobili; cfr. anche A. BASSI, *op. cit.*, p. 1408. Inoltre, G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 27 specifica che il reato progressivo non trova riscontro nel codice penale in quanto frutto di elaborazione dottrinale.

<sup>139</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 726. Inoltre, v. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 543 in cui si specifica che "l'assorbimento del reato minore nel maggiore anche in questo

La figura del reato progressivo viene sovente analizzata insieme a quella della progressione criminosa, anche se in dottrina è stata evidenziata la fondamentale distinzione tra i due istituti: invero, mentre la prima consiste in un aggravamento progressivo della lesione che avviene per effetto di risoluzioni distinte e successive, il secondo è caratterizzato da un'unica risoluzione criminosa e dalla commissione di un unico fatto, il quale però non può essere realizzato senza che l'agente realizzi- antecedentemente o contemporaneamente- un'altra ipotesi delittuosa meno grave<sup>140</sup>.

Di conseguenza, nella progressione criminosa, anche sul piano naturalistico, si è di fronte a vere e proprie fattispecie distinte, presupponendo questa- a differenza del reato progressivo- non un solo fatto, bensì una “molteplicità di fatti posti in essere in modo continuativo”<sup>141</sup>: occorre pertanto tenere distinti i due istituti, in particolare per ciò che concerne l'applicabilità del *ne bis in idem*, principio quest'ultimo da ritenere rilevante in merito al reato progressivo e da analizzare quindi in relazione a quest'ultima figura.

Ponendo, dunque, mente alle conclusioni raggiunte in merito all'operatività del *ne bis in idem* in caso di concorso apparente di norme, stessa soluzione dovrebbe- coerentemente- essere adottata per quanto riguarda la figura del reato progressivo<sup>142</sup>, ed invero la dottrina maggioritaria (accompagnata da una prima giurisprudenza<sup>143</sup>) ha da sempre utilizzato una serie di argomentazioni per dimostrare come, nei casi di realizzazione di più ipotesi criminose- in particolare qualora il giudicato sia intervenuto sull'episodio meno grave e penda un procedimento in relazione al reato più grave<sup>144</sup>- debba senz'altro trovare applicazione il principio in esame: anzitutto,

---

caso deriva dal principio di specialità (art.15), perché il secondo, oltre ai requisiti del primo, ne presenta qualcuno di più”.

<sup>140</sup> Tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 542 ss. il quale spiega la differenza tra reato progressivo (caratterizzato dalla commissione di un fatto che rappresenta un *maius* rispetto ad un altro e che necessariamente, nel momento in cui viene posto in essere, implica la realizzazione anche di quello minore) e progressione criminosa (che, al contrario, non presuppone un solo fatto bensì una molteplicità di fatti posti in essere in modo continuativo).

<sup>141</sup> Così, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 177.

<sup>142</sup> V. C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1637, in cui si effettua il raffronto tra le conclusioni in merito alla funzione del *ne bis in idem* nei confronti del concorso formale di reati, e quelle relative al reato progressivo, figura direttamente collegata al concorso apparente di norme.

<sup>143</sup> Tra le altre, Cass., 6-10-1963, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1964, p. 443; per una spiegazione su come la giurisprudenza abbia sostenuto l'operatività del *ne bis in idem*, C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1638.

<sup>144</sup> Così, A. BASSI, *op. cit.*, p. 1408, la quale distingue: qualora il giudicato sia intervenuto sul reato più grave, è pacifico che quest'ultimo precluda l'instaurazione di un nuovo giudizio

adottata la tesi della coincidenza tra fatto e condotta, il giudicato relativo al reato meno grave esaurirebbe l'azione anche per quello più grave (il quale scaturisce dal medesimo comportamento criminoso); in secondo luogo, l'ipotesi del reato progressivo sarebbe regolata espressamente dal legislatore nel momento in cui l'art. 649 c.p.p. stabilisce l'irrilevanza del mutamento di "grado" ai fini del divieto di secondo giudizio<sup>145</sup>.

Anche i sostenitori della riconducibilità della nozione di fatto alla "fattispecie giudiziale" ritengono operante il *ne bis in idem* nei casi di reato progressivo, in quanto le fattispecie giudiziali corrisponderebbero in tutti i loro elementi, indipendentemente dalla maggiore o minore gravità delle stesse<sup>146</sup>.

Tale tesi non risulta condivisa, tuttavia, da quella giurisprudenza che fa coincidere il fatto con l'elemento materiale del reato- comprensivo di condotta, evento, nesso causale- proprio sulla base della considerazione per cui, qualora si verifichi un evento diverso ed ulteriore- ancorché più grave rispetto a quello oggetto di giudicato- non si avrebbe più un mero mutamento di grado e il fatto non potrebbe più dirsi identico, bensì sarebbe da considerare del tutto nuovo<sup>147</sup>: qualora il "medesimo fatto" ricomprenda anche l'evento, vien da sé, infatti, affermare l'ammissibilità di un secondo giudizio per il reato progressivo, in cui è proprio l'evento a cambiare (si pensi alla morte che avvenga successivamente al giudizio relativo alle lesioni)<sup>148</sup>.

---

sul primo (meno grave), in quanto l'azione penale è consumata; nel caso opposto, però, si presentano i maggiori problemi interpretativi.

<sup>145</sup> Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1408 nonché C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1638.

<sup>146</sup> V. G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1247-1248: "(...) ci troviamo di fronte ad una situazione completamente diversa da quella del concorso formale, nella quale, come si è detto, non tutti gli elementi e requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambe le fattispecie legali. Il duplice addebito, per quanto concerne il reato progressivo, risulterebbe vietato sia per il *ne bis in idem* sostanziale sia per il *ne bis in idem* processuale, in quanto vi ostano le ragioni che giustificano e l'uno e l'altro principio". L'Autore inoltre, sostenendo la tesi per cui l'applicazione del *ne bis in idem* processuale derivi direttamente da quella del *ne bis in idem* sostanziale, osserva come, mentre nel concorso formale di reati quest'ultimo non opera, il divieto di doppia sanzione sia invece operante in caso di reato progressivo, e da ciò discenda l'applicabilità del divieto di doppio giudizio.

<sup>147</sup> In giurisprudenza, v., tra le altre, Cass, sez. I, 9-04-1956, Mazzone, in *Riv. pen.*, 1956, p.1002 e Cass., sez. IV, 27-06-1979, Ghisotti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1236. Per la dottrina conforme, v. A. BASSI, *op. cit.*, p. 1409.

<sup>148</sup> Cfr. C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1638 che osserva ulteriormente come la Cassazione, in un primo momento favorevole all'applicabilità del *ne bis in idem* nei confronti del reato

Pertanto, secondo quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, l'irrilevanza del "grado" sancita dal legislatore nel vietare un secondo giudizio per lo stesso fatto andrebbe, sì, riferita al caso in cui l'evento ulteriore determini l'aggravamento della fattispecie, ma soltanto qualora tutti gli altri elementi costitutivi del fatto restino immutati, e non quando venga integrato un reato diverso da quello oggetto di giudicato<sup>149</sup>.

Appare evidente, anche in questo caso, come le differenti soluzioni in merito all'operatività o meno del principio di *ne bis in idem* venga a dipendere dal concetto di "fatto" che s'intende accogliere, o- ancor meglio- dall'individuazione della funzione che tale principio si trovi a svolgere e dalle esigenze che lo stesso sia volto a soddisfare<sup>150</sup>: qualora si intenda dar rilievo alla fattispecie giudiziale o alla condotta strettamente intesa, si concluderà per l'applicabilità del *ne bis in idem*- in quanto l'ipotesi delittuosa più grave, ricompresa nel reato progressivo, comporterebbe "una diversa considerazione della medesima fattispecie giudiziale"<sup>151</sup> - non così, al

---

progressivo, abbia in seguito mutato orientamento: "Tuttavia essa non lo ha fatto motivando in maniera più coerente l'ammissibilità di un secondo giudizio nei confronti del concorso formale di reati, bensì escludendo la preclusione nei confronti del reato progressivo".

<sup>149</sup> In tal senso, A. BASSI, *op. cit.*, p. 1410 secondo cui "il verificarsi di un evento ulteriore della progressione criminosa (...) integra un nuovo reato che si cumula al delitto su cui si è formato il giudicato". L'Autrice sostiene la non operatività del *ne bis in idem* rifacendosi anche al "comune senso di giustizia" cui poc'anzi si è fatto riferimento parlando del concorso formale di reati: infatti, se operasse il divieto di secondo giudizio in caso di reato progressivo, si verrebbe a creare una vistosa disparità di trattamento tra chi sia stato giudicato *ab initio* in ordine all'intero episodio integrante la progressione criminosa e chi sia stato sottoposto a procedimento dapprima solo per il reato meno grave e, in un momento successivo, in ordine a quello più grave. Quest'ultimo, laddove la seconda azione si ritenesse preclusa, otterrebbe un ingiustificato trattamento privilegiato.

<sup>150</sup> V. C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1642 che richiama, in tal senso, G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 61 in cui l'Autore specifica il procedimento logico che occorrerebbe seguire: "(...) circoscrivere, sulla base della predetta nozione di condotta, l'ambito di operatività del *ne bis in idem* costituirebbe una inversione del procedimento logico da seguire, poiché, in primo luogo, bisognerebbe stabilire la funzione dell'art. 90 c.p.p. e, in conseguenza di ciò, individuare la nozione di fatto, cioè l'ambito di operatività della preclusione ivi stabilita".

<sup>151</sup> Così, G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, cit., p. 1250, in cui si evidenzia la differenza tra lo schema operativo del reato progressivo e il concorso formale di reati in cui la condotta viene "presa in esame per individuare una distinta fattispecie giudiziale". Anche C. BELLORA, *op. cit.*, p. 1639 sostiene l'operatività del principio nei confronti del reato progressivo ma non nei confronti del concorso formale, poiché "(...) si può notare come diverso sia il caso di due reati dei quali, pur derivanti entrambi da una medesima condotta, uno ricomprenda in sé l'altro, rispetto al caso di due reati che, pur anch'essi originati dalla medesima condotta, siano assolutamente autonomi tra loro quanto agli elementi essenziali".

contrario, nel caso in cui si ritenga rilevante anche l'evento ai fini dell'individuazione della "medesimezza" del fatto.

## **5. Il doppio giudizio in relazione agli istituti del reato complesso e del reato continuato. Cenni sul reato permanente.**

Dopo aver evidenziato come il *ne bis in idem* possa comportare interpretazioni e conseguenze differenti a seconda dell'istituto nei confronti del quale si trovi ad operare, occorre- ai fini di una completa trattazione circa l'operatività e la portata del principio stesso nell'ordinamento interno- analizzare in che modo la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. si relazioni ad ulteriori figure particolari, quali il reato complesso e il reato continuato.

Per *reato complesso* ci si riferisce a quella situazione, disciplinata dall'art. 84 c.p., in cui all'interno di una fattispecie si inseriscono, quali elementi costitutivi o circostanze aggravanti, fatti che costituirebbero di per sé reato<sup>152</sup>: la funzione pratica di tale istituto è quella di evitare il ricorso al regime del concorso di reati in casi in cui si è preferito optare per una unificazione normativa di fatti aventi autonomo disvalore<sup>153</sup>. Senonché, è necessario specificare che la dottrina distingue tale specie di reato complesso- detta reato complesso "in senso stretto"- da una seconda, quella del reato complesso "in senso lato", rappresentata da una struttura composta da un fatto costituente reato e da elementi "aggiuntivi", i quali di per sé sono penalmente irrilevanti<sup>154</sup>: il principio di *ne bis in idem* opererà, infatti, con effetti differenti a seconda che si versi nel primo o nel secondo caso.

---

<sup>152</sup> V., tra tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 726 che specifica come si tratti di una unificazione legislativa di più figure criminose, i cui rispettivi elementi sono tutti ricompresi nella figura risultante dall'unificazione (ad esempio, il delitto di rapina ricomprende in sé quello di furto e di violenza privata); v. anche C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2844. L'art. 84 c.p. stabilisce infatti che le disposizioni sul concorso di reati "non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato".

<sup>153</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 727.

<sup>154</sup> V. C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2844 e G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 727: l'esempio di reato complesso "in senso lato", utilizzato da entrambi, è quello della figura delittuosa, oggi non più prevista come tale, di violenza carnale, che era composta dal reato di violenza privata unito all'elemento ulteriore, di per sé non costituente reato, della

Per quanto concerne il reato complesso inteso in senso stretto, si ritiene pacificamente che il giudicato formatosi in relazione alla fattispecie complessivamente considerata impedisca l'instaurazione del procedimento relativo ai singoli reati incorporati e, viceversa, la decisione irrevocabile su uno di questi ultimi comporti il divieto di valutare, successivamente, l'insieme; in tale ultima situazione (giudicato intervenuto su uno dei reati componenti) occorre precisare, nondimeno, che non si ritiene preclusa l'instaurazione di un giudizio in ordine all'ulteriore fattispecie incorporata, insieme alla prima, nel reato complesso e rimasta estranea al processo<sup>155</sup>.

Nel caso di reato complesso "in senso lato", invece, si rileva la sussistenza di una piena simmetria: il giudicato sulla fattispecie complessa preclude un nuovo procedimento in ordine al reato componente e, allo stesso modo, la sentenza irrevocabile sul reato incorporato impedisce un secondo giudizio sia su quello complesso, sia sul residuo elemento "aggiuntivo" in quanto costituente non un ulteriore illecito, bensì un *quid pluris* penalmente insignificante<sup>156</sup>.

Soluzioni differenti e singolari si riscontrano, inoltre, in merito al rapporto tra *ne bis in idem* e reato continuato, particolare figura giuridica- disciplinata dall'art. 81, 2° comma, c.p.- che prevede la non applicabilità delle disposizioni relative al concorso dei reati e delle pene a coloro i quali "con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso" abbiano commesso "anche in tempi diversi, più violazioni della stessa disposizione di legge", anche se di diversa gravità: risulta

---

congiunzione carnale. Oggi lo stesso esempio può essere effettuato con il reato di violenza sessuale (in tal senso v. G. BAUSILIO, *op. cit.*, p. 29). Si evidenzia come F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 537 ss. distingue tra reato composto (o complesso in senso stretto), oggetto della norma ex art. 84 c.p., e reato complesso in senso lato, il quale "si ha quando un reato, in tutte o in alcune delle ipotesi contemplate nella norma incriminatrice, contiene in sé necessariamente altro reato meno grave" bastando, dunque, un solo reato con l'aggiunta di un elemento ulteriore.

<sup>155</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 506 il quale richiama le parole di F. CORDERO: "Qui il reato complesso si scompone: e così la sentenza pronunciata sull'accusa di furto non preclude il processo di violenza privata in un caso di rapina, il cui autore fosse stato imputato solo di furto", nonché G. LOZZI, voce "Giudicato", *cit.*, p. 922; v. anche F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, *cit.*, p.98, C. MARINELLI, *op.cit.*, p. 2844.

<sup>156</sup> Così, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 506 e C. MARINELLI, *op.cit.*, p.2844. In giurisprudenza, v. Cass, sez. V, 17-11-1999, Giordano, in *Riv. pen.*, 2000, p.401.

evidente, dunque, come la norma sia stata inserita per mitigare il severo trattamento stabilito per i delitti dello stesso tipo, che fossero ripetuti più volte<sup>157</sup>.

A tal proposito, sembra idoneo evidenziare che in passato numerosi contrasti in seno sia alla dottrina sia alla giurisprudenza- erano sorti in ordine agli effetti del giudicato nei confronti del reato continuato e, ancora oggi, la tematica continua ad avere valore nell'ipotesi in cui si voglia ravvisare la continuazione tra fatti già giudicati in via irrevocabile e fatti ancora *sub iudice*<sup>158</sup>.

Anzitutto, si rileva come sia ormai pacificamente accettata- differentemente dal passato- la tesi per cui la continuazione è configurabile anche tra fatti già giudicati con sentenza irrevocabile e fatti commessi dopo tale passaggio in giudicato<sup>159</sup>; ciò detto, l'ipotesi obiettivamente più controversa sembra essere quella per cui il reato più grave, sul quale occorre calcolare l'aumento di pena per la continuazione, sia quello oggetto di giudizio pendente e non quello irrevocabilmente giudicato: nell'ipotesi opposta infatti- ossia quando oggetto di giudizio sia il reato meno grave-

---

<sup>157</sup> Cfr., tra tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 525 ss., in cui si riporta un'ampia bibliografia sul tema e si specifica il fondamento storico dell'istituto nonché il concetto di "medesimo disegno criminoso".

<sup>158</sup> Così, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 512-513 che sottolinea come, con l'attuale codice, gran parte dei contrasti sussistenti in passato in merito ai rapporti tra giudicato e reato continuato abbiano perso rilevanza, specie per quanto riguarda la fase esecutiva, grazie all'art. 671 c.p.p., che consente di richiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina ex art. 81 comma 2 c.p., purché questa non sia stata esclusa in sede di cognizione. Dunque la tematica resta oggi rilevante nella fase del giudizio.

<sup>159</sup> Tra le sentenze che hanno segnato un siffatto mutamento giurisprudenziale, v. Cass., 22-07-1985, Fissore, in *Cass. pen.*, 1987, p. 90; anche se parte della dottrina non condivideva tale ribaltamento, tra cui A. PAGLIARO, *Cosa giudicata e continuazione di reati*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 95: egli rileva come tale orientamento "non tien conto delle ragioni stringenti che possono essere addotte in favore della necessità di limitare l'applicabilità del regime della continuazione solo ai fatti già commessi (...) nel momento in cui viene pronunciata la prima sentenza di condanna". Per un'illustrazione circa l'orientamento contrario dominante in passato, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 513: "(...) occorre che gli episodi oggetto del nuovo procedimento risultassero commessi anteriormente al passaggio in giudicato della precedente sentenza, in quanto tale giudicato (...) spezzava l'unicità del disegno criminoso" e aggiunge "si sosteneva inoltre che il nesso di cui all'art. 81. secondo comma, c.p. doveva ritenersi escluso, qualora il secondo reato fosse stato commesso successivamente al passaggio in giudicato della prima decisione, anche perché in tal caso il soggetto risultava recidivo e questa qualifica veniva ritenuta incompatibile col reato continuato". Contrario a quest'ultima impostazione, V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, II ed., Milano, 1976 p. 57;

l'istituto della continuazione sarebbe pacificamente applicabile e, conseguentemente, il *ne bis in idem* non si troverebbe ad operare<sup>160</sup>.

Qualora, viceversa, il giudicato sia intervenuto sul reato più lieve, due le soluzioni prospettate in dottrina: un primo orientamento è quello che nega l'applicabilità della continuazione in tali ipotesi sostenendo che, in caso contrario, si incorrerebbe inevitabilmente nella violazione di legge e nella lesione del principio di intangibilità del giudicato<sup>161</sup>; un'impostazione di segno opposto si contrappone invece a tale tesi, sostenendo la necessità di evitare una disparità di trattamento sanzionatorio per identiche situazioni, sulla sola base del fatto- del tutto casuale- costituito dall'intervenuta sentenza irrevocabile in relazione al reato più grave o più lieve<sup>162</sup>.

Occorre sottolineare come il secondo orientamento sia stato accolto dalla Cassazione a Sezioni Unite<sup>163</sup>, nonché da una pronuncia della Corte Costituzionale

---

<sup>160</sup> In tal senso, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 515 che spiega come, nel caso in cui il reato pendente sia quello meno grave e venga accertata la continuazione, il giudice, mediante il c.d. giudizio suppletivo, parta dalla pena base inflitta con la decisione divenuta irrevocabile concernente il reato più grave e operi su questa l'aumento derivante dall'applicazione ex art. 81 c.p.. In tal caso l'applicazione dell'istituto non determina alcuna violazione del giudicato ma soltanto una riconsiderazione del fatto.

<sup>161</sup> Così, V. ZAGREBELSKY, "*Reato continuato*", in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 852 in cui l'Autore spiega come, considerando quale base dell'aumento la pena irrogata nel primo giudicato, si violerebbe la lettera della norma, la quale prevede che l'aumento debba avere come base la pena applicata per il reato più grave. Senonché, se si andasse a modificare la sanzione irrogata con la prima sentenza, si finirebbe per violare l'intangibilità del giudicato.

<sup>162</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 516 che richiama, in senso nettamente contrario a quest'ultima impostazione, V. ZAGREBELSKY, *Concorso di reati e reato continuato*, in G. VASSALLI, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 109 il quale sottolinea la "grave stortura" connessa alla tesi che ritiene applicabile la continuazione quando sia passata in giudicato la sentenza concernente il reato meno grave. Favorevole al secondo orientamento è invece altra parte della dottrina, v. R. LI VECCHI, *Reato più grave di quello già giudicato ed applicabilità della continuazione*, in *Riv. pen.*, 1988, p.6, che sostiene l'applicabilità della continuazione anche quando sia passata in giudicato la decisione concernente il reato meno grave, ritenendo che l'opposta tesi faccia "confusione tra la *res iudicata* sostanziale e formale".

<sup>163</sup> Cass. Sez. Un., 21-09-1986, Nicolini, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1738: "anche per l'ipotesi in cui il reato per il quale il giudice procede è più grave di quello già giudicato con sentenza irrevocabile di condanna, è applicabile la continuazione, purchè venga accertata la identità del disegno criminoso dell'uno e dell'altro fatto criminoso (...)".

che ha rilevato come la prima tesi determini un “trattamento gravemente differenziato” andando, così, a violare i principi di uguaglianza e di legalità<sup>164</sup>.

I diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali attinenti ai rapporti tra la figura del reato continuato e il canone del *ne bis in idem*- con le loro rispettive discordanze- hanno fatto sì, pertanto, che si rendesse necessaria l’introduzione, nel nuovo codice di procedura, di una norma *ad hoc* volta ad annullare le possibili disparità di trattamento prevedendo la possibilità, in fase di esecuzione, di applicare l’istituto ex art. 81 2° comma c.p. indipendentemente dal fatto che la sentenza passata in giudicato concernesse il reato più grave o quello meno grave, e perseguendo così la finalità di impedire che il *ne bis in idem* possa costituire una preclusione all’operatività della continuazione<sup>165</sup>.

In conclusione, alcuni cenni meritano di essere effettuati in merito alla relazione sussistente tra *ne bis in idem* e reato permanente.

Premettendo che si dicono permanenti i reati nei quali il fatto, che li costituisce, crea una situazione dannosa o pericolosa che si “protrae nel tempo a causa del perdurare della condotta del soggetto”<sup>166</sup>, il divieto di secondo giudizio- ove relazionato a tale figura di reato- si considera strettamente collegato al dato temporale, ossia al concetto di interruzione della permanenza, in particolar modo quando non si ricorra nell’ipotesi di contestazione cosiddetta chiusa<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Corte Cost., 9-04-1987 n.115, in *Giust. pen.*, 1987, p. 229. La Corte rileva come, sulla base dell’orientamento che ritiene applicabile la continuazione nel solo caso di giudicato intervenuto sulla violazione più grave, l’operatività dell’istituto ex art. 81, comma 2, c.p. venga a dipendere da “una doppia fatalità: che le singole violazioni si trovino in due processi distinti, di cui l’uno concluso con il giudicato, e che la violazione più grave si trovi o non in quest’ultimo”.

<sup>165</sup> Così, P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 518 che fa riferimento, nuovamente, all’art. 671 c.p.p., norma ritenuta indispensabile in un codice che persegue lo scopo della riduzione dei casi di processo cumulativo ed in cui non era ammissibile che un rilevante numero di vicende giudiziarie si concludesse con sanzioni nettamente divergenti tra loro.

<sup>166</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 267 il quale specifica che per l’esistenza del reato permanente occorrono due condizioni: che lo stato dannoso o pericoloso derivante dalla condotta abbia carattere continuativo (comportando un progressivo aumento del pregiudizio originato dal fatto) e che il protrarsi della situazione antiggiuridica sia dovuto alla condotta volontaria del soggetto (e che dunque quest’ultimo sia in grado di far cessare tale stato continuativo).

<sup>167</sup> In tal senso, S. ASTARITA, *op. cit.*, p. 737: “(...) se non sembrano sussistere difficoltà in caso di contestazione cosiddetta chiusa, certa nel *dies a quo* e nel *dies ad quem*, alcune problematiche rischiano di porsi in caso di contestazione cosiddetta aperta, certa nel *dies a*

La giurisprudenza maggioritaria, avallata dalla dottrina dominante, ritiene che, nonostante il reato permanente abbia natura unitaria, la condotta diversa- sotto il profilo storico e cronologico- rispetto a quella coperta da giudicato rappresenti un fatto distinto: la decisione avrebbe l'effetto di cessare la permanenza e l'ulteriore prosecuzione nell'illecito concretebbe un nuovo reato, cosicché nessun effetto preclusivo potrebbe impedire la reiterazione del procedimento in ordine alla condotta successiva<sup>168</sup>.

Per ciò che concerne la delimitazione temporale del fatto, ai fini del divieto di un secondo giudizio, giurisprudenza consolidata ritiene che, quando manchi un'indicazione certa relativa alla durata del fatto all'interno del capo d'accusa, debba farsi riferimento alla data della sentenza di primo grado (sia essa di assoluzione o di condanna) la quale comporterebbe l'"interruzione giudiziale" della permanenza<sup>169</sup>: nondimeno, contro tale impostazione non sono mancate voci parzialmente discordanti le quali, pur ammettendo l'esperibilità di un nuovo procedimento in merito a condotte successive rispetto a quella oggetto di giudicato, hanno ritenuto che il secondo giudice non possa, nell'applicare la sanzione, spaziare liberamente tra il minimo e il massimo edittale, ma dovrebbe fare in modo che la seconda sanzione,

---

*quo* ma indefinita nel *dies ad quem*, e non sempre coincidente con la data della richiesta di rinvio a giudizio".

<sup>168</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 507 che evidenzia dettagliatamente gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali a riguardo e sostiene, inoltre, che tale orientamento sia influenzato dalla mutata visione penalistica del concetto di reato permanente, non essendo più prevista la c.d. concezione bifasica secondo cui l'illecito s'instaurerebbe con un'azione e perdurerebbe in virtù di una semplice omissione, ma ammettendosi invece che la situazione antiggiuridica possa essere mantenuta anche con un comportamento attivo; v. anche C. MARINELLI, *op. cit.*, p.2844. In giurisprudenza, Cass., 8-03-1985, Vianello, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1965; in dottrina, G. VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 1168 il quale rileva che il giudicato intervenuto sul reato permanente comporti una "interruzione giudiziale" dello stesso.

<sup>169</sup> Così, Cass., sez. VI, 4-10-2000, Drago Ferrante, in *Cass. pen.*, 2002, p. 259 richiamata da S. ASTARITA, *op.cit.*, p. 738 e C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2844 il quale specifica l'esistenza di un secondo, diverso orientamento, per cui l'estensione degli effetti preclusivi del giudicato alla porzione di condotta anteriore alla pronuncia di primo grado varrebbe solo nel caso di sentenza che accerti la responsabilità dell'imputato, mentre nell'ipotesi di assoluzione il divieto di un secondo giudizio coprirebbe solo i fatti accaduti fino alla data indicata nella contestazione, indipendentemente da quella della pronuncia assolutoria.

una volta cumulata a quella precedente, non superi i limiti massimi di pena stabiliti per quel determinato reato<sup>170</sup>.

Pertanto, sebbene sussista un orientamento minoritario che sostiene l'operatività del principio di *ne bis in idem* anche in siffatta ipotesi- poiché "il giudicato impedisce l'ulteriore esperimento dell'azione penale per fatti successivi commessi in prosecuzione dell'unico reato"<sup>171</sup>- l'osservazione per cui la preclusione, prevista dal principio in esame, comporterebbe l'applicazione di un identico trattamento sanzionatorio a fattispecie evidentemente non omogenee conduce a ritenere preferibile l'accoglimento della tesi maggioritaria, optante per la negazione dell'applicabilità del *ne bis in idem* in relazione ai reati permanenti<sup>172</sup>.

## **6. *Ne bis in idem* e sistema sanzionatorio. Il principio di specialità in tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi: il problema del doppio binario in ambito tributario.**

Una completa analisi circa la portata e la rilevanza del *ne bis in idem* nell'ordinamento interno non sembra poter tralasciare un argomento che- specialmente negli ultimi anni- ha assunto importanza fondamentale giungendo a costituire tema di primo piano nei dibattiti tanto dottrinali quanto giurisprudenziali, vale a dire quello della compatibilità tra il principio in esame e il sistema sanzionatorio.

In particolare, si collocano in siffatta riflessione quei sistemi sanzionatori caratterizzati dalla simultanea presenza di sanzioni penali e amministrative, secondo lo schema del cosiddetto doppio binario: tra questi, posizione centrale è riconosciuta

---

<sup>170</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 509 che richiama, in tal senso, G.A. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 594.

<sup>171</sup> Cfr. R. RAMPIONI, voce *Reato permanente*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 868.

<sup>172</sup> V. P.P. RIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 509 il quale osserva che, se operasse il divieto di *bis in idem*, la posizione del soggetto che ponesse termine al suo comportamento illecito subito dopo la sentenza di condanna sarebbe ingiustamente equiparata a quella di chi protraesse ripetutamente nel tempo la stessa condotta. Pertanto le esigenze di un'effettiva giustizia conducono a ritenere il *ne bis in idem* non operante in tali casi.

al settore tributario<sup>173</sup>, ambito in cui emerge l'evidente esempio di come il legislatore abbia inteso affrontare le esigenze di repressione di illeciti in materia economica mediante una strategia di natura coercitiva, comportante non solo l'inasprimento dei limiti edittali delle fattispecie penali criminologicamente più diffuse, ma anche la previsione di un parallelo apparato di sanzioni amministrative<sup>174</sup>.

Sulla base di tale presupposto, dunque, occorre osservare come i rapporti tra il processo tributario e quello penale abbiano da sempre rappresentato un delicato oggetto di riforme legislative, a partire dalla L. 7 gennaio 1929, n. 4- prima legge disciplinante la sanzione penale nei confronti degli illeciti tributari<sup>175</sup>- la quale intervenuta nel particolare momento storico della crisi economica e ispirata ad una politica di dura lotta e repressione penale nei confronti delle condotte tributarie di omessa o falsa dichiarazione- aveva subordinato l'azione penale al formarsi del giudicato tributario, introducendo un sistema incentrato, per l'appunto, sulla cosiddetta pregiudiziale tributaria<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> Così, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Torino, 2016, p. 670, il quale rileva come la questione del *ne bis in idem* abbia assunto rilievo dominante nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: in particolare il sistema sanzionatorio di ambito tributario è stato oggetto di frequenti contestazioni e di dibattiti politico- criminali.

<sup>174</sup> Cfr. V. MAIELLO, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 348; per quanto riguarda la convivenza di sanzioni amministrative e penali in ambito tributario, v. anche, tra tutti, G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Milano, 2015, p. 449 nonché F. RUSSO, *L'equilibrio storico sistematico tra processo penale e tributario alla luce dei principi Cedu e pronunce della Corte Edu*, in *Diritto e pratica internazionale*, 2017, p. 131, il quale offre spunti di riflessione in merito all'equilibrio e ai rapporti tra i due processi e procedimenti, analizzando i diversi passaggi storici del sistema.

<sup>175</sup> Occorre specificare, infatti, che ciò che interessa in tal sede, ai fini di un'analisi circa la disciplina del doppio binario sanzionatorio, sono le normative concernenti le sanzioni penali previste per gli illeciti tributari. V. G. MELIS, *op. ult. cit.*, p. 451 ss. che spiega come, mentre la normativa in materia di sanzioni amministrative tributarie è stata oggetto di radicale riforma nel 1997 ed è ad oggi contenuta nei d.lgs. nn. 471 e 472 del 1997, quella relativa alle sanzioni penali ha attraversato diverse fasi ed è attualmente disciplinata dal d.lgs. n. 74 del 2000, che prevede meccanismi di coordinamento- come vedremo- con le sanzioni amministrative. V. anche, tra gli altri, L. TYSSERAND, *Doppio binario sanzionatorio e principio del ne bis in idem "sostanziale": una soluzione in cerca di autore*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2017, p. 1299 ss..

<sup>176</sup> V. F. RUSSO, *op. cit.*, p. 138 che effettua una ricostruzione storica di tale risalente disciplina; inoltre, per un'ampia analisi in merito all'istituto del giudicato tributario, G. FRANSONI- P. RUSSO, *I limiti oggettivi del giudicato nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 858. In merito al meccanismo della pregiudiziale tributaria, e per un ampio approfondimento circa la disciplina dei reati tributari in Italia, v. anche M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari nella prospettiva europea*, in AA.VV, *Tutela degli investimenti*

La sanzione tributaria- baluardo centrale ed ineliminabile volto ad assicurare il rispetto delle norme<sup>177</sup>- assumeva, così, una funzione marcatamente punitiva, che la allontanava e la liberava da quella veste risarcitoria originaria per orientarla, in modo evidente, verso un ambito decisamente più penale<sup>178</sup>: sorgeva, pertanto, la problematica relativa alla compatibilità di un siffatto sistema sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, o meglio con l'interpretazione che dello stesso principio- come vedremo- è stata adottata a livello convenzionale, e di cui l'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU è espressione e consacrazione<sup>179</sup>.

Problematica resa evidente dalla circostanza per cui a governare il sistema sanzionatorio tributario era la regola del cumulo tra sanzione penale e amministrativa<sup>180</sup>, lo stesso cumulo posto al centro della l. 7 agosto 1982, n. 516 la

---

*tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, a cura di A. DEL VECCHIO- P. SEVERINO, Bari, 2016, p. 291 ss..

<sup>177</sup> Così, G. MELIS, *op. ult. cit.*, p. 449: “Nel diritto (...) non può parlarsi di obbligo se a fronte dell'obbligo stesso l'ordinamento non prevede una sanzione in caso di sua inosservanza. Ed essendo lo scopo del diritto tributario, in primo luogo, quello di individuare (...) l'obbligo per i contribuenti di concorrere alle spese pubbliche, è evidente che il legislatore tributario deve prevedere, a fronte di tali obblighi, le correlative sanzioni”.

<sup>178</sup> In tal senso, F. RUSSO, *op. cit.*, p. 139; in ordine alle differenti funzioni che possono essere assunte dalla sanzione, v. S. VALVO, *Il ne bis in idem tra diritto interno e giurisprudenza europea*, in *Rivista dell'Osservatorio permanente della giustizia tributaria* ([www.unipa.it/rivistaosservatoriopgt](http://www.unipa.it/rivistaosservatoriopgt)), 2017, p. 1 che specifica come possano configurarsi sanzioni afflittive, interdittive e ripristinatorie e come queste siano accomunate dalla finalità di conservazione dell'ordinamento. In particolare, sulla funzione punitiva della sanzione tributaria, A. DI PIETRO, *Diritto penale tributario: profili comparatistici*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 334: “Non basta, con la reintegrazione dell'imposta, il solo risarcimento (...) Il dovere di contribuire non può essere violato senza esporre il trasgressore alla repressione e alla dissuasione che, come espressione dello *ius puniendi*, costituiscono le reazioni afflittive a tutela degli interessi finanziari”; cfr. anche G. MELIS, *op. ult. cit.*, p. 450 il quale rileva che le due funzioni principali della sanzione tributaria sono quella preventiva e quella punitiva: “L'effetto punitivo è l'altra faccia della medaglia della funzione preventiva. In tanto si riesce a prevenire tramite la previsione di sanzioni, in quanto queste vengano percepite come “effetti sgraditi” o (...) come punizioni”.

<sup>179</sup> Cfr., tra gli altri, A. TRIPODI, *op. ult. cit.*, p. 673 ss. che evidenzia come la Corte EDU abbia adottato una propensione interpretativa volta all'estensione dei margini applicativi del principio del *ne bis in idem*. Come vedremo più avanti, infatti, ciò che provoca una frizione tra il sistema del doppio binario sanzionatorio penal- tributario- nonché quello degli abusi di mercato- e la garanzia convenzionale è l'approccio sostanziale nella qualificazione delle sanzioni, oggetto di consolidata giurisprudenza sia della Corte EDU sia della Corte di giustizia UE. Sulla base di siffatto approccio, che supera i vincoli formali, una sanzione amministrativa può essere qualificata come sostanzialmente penale in presenza di determinati requisiti: in tal modo i presupposti applicativi del *ne bis in idem* si ampliano significativamente andando a confliggere con i menzionati sistemi sanzionatori.

<sup>180</sup> Così, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.02.2016, p. 3; v. anche P.P. RIVELLO, *I rapporti tra*

quale, varata a seguito dell'abbandono dell'istituto della pregiudiziale tributaria, si proponeva di innovare il precedente sistema tramite un novello "primo doppio binario": così definito in quanto ispirato alla tendenziale reciproca autonomia tra il processo tributario e quello penale, quest'ultimo meccanismo da un lato prevedeva che il processo tributario non dovesse essere sospeso, nonostante la pendenza contestuale di un processo penale relativo a fatti ad esso collegati, dall'altro capovolgeva il precedente ordine di pregiudizialità riconoscendo primazia all'autorità del giudicato penale nel processo tributario, limitatamente all'accertamento dei fatti materiali<sup>181</sup>.

Tuttavia, il controverso impianto - reso ancora più problematico dall'introduzione del nuovo codice di procedura penale a distanza di pochi anni<sup>182</sup> - venne nuovamente ripensato mediante l'attuazione, con il d.lgs. n.74 del 2000 (ad oggi vigente), di un rinnovato contesto legislativo alla base del quale, a fungere da colonna portante, veniva posto il relativo art.20: quest'ultima disposizione, che si proponeva di ampliare la reciproca autonomia tra processo penale e tributario, eliminava la previsione circa gli effetti, in chiave di autorità di cosa giudicata, della sentenza penale nel processo tributario<sup>183</sup>. Stando alla normativa attuale, pertanto, la non sussistenza di alcun rapporto di pregiudizialità tra i procedimenti consente a

---

*giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 101 che rileva come il legislatore abbia, nel corso degli anni, mutato radicalmente la prospettiva passando da un modello incentrato sulla "pregiudiziale tributaria" ad un meccanismo di "doppio binario", per poi giungere al c.d. sistema di "convergenze parallele".

<sup>181</sup> Cfr. F. RUSSO, *op. cit.*, p. 140 che rileva le forti criticità di tale sistema: "(...) se era vero che l'accertamento penale dei fatti salvaguardava maggiormente il contribuente-impugnato, era al contempo indubbio che la cognizione viaggiante sul binario penale doveva procedere più velocemente di quella marciante sul binario tributario, mentre, invece, questa corsa era affidata al caso"; cfr. anche P.P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario*, cit., p. 103 ss. che analizza con abbondanza di particolari il meccanismo e le problematiche ad esso connesse.

<sup>182</sup> V. F. RUSSO, *op. cit.*, p. 141 che rileva l'incompatibilità tra l'impianto sanzionatorio penal-tributario introdotto nell'82 e il disposto dell'art. 654 c.p.p., quest'ultimo regolante l'efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione nei giudizi civili o amministrativi.

<sup>183</sup> Così, P.P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario*, cit., p. 105 ss., in cui l'Autore spiega la diversità tra le radici poste alla base del d.lgs. n. 74/2000 e quelle della normativa ad esso antecedente: il legislatore, proponendosi di porre rimedio alle incompatibilità e le distorsioni applicative generate dal previgente sistema di pregiudizialità tra i procedimenti, mediante l'art. 20 del nuovo decreto legislativo intendeva sancire la piena autonomia e indipendenza tra gli stessi. Il passaggio normativo culminato nella riforma del 2000 è affrontato in particolare anche in F. RUSSO, *op. cit.*, p. 143.

ciascuno di essi di essere autonomo anche in ragione delle diverse regole che presiedono i relativi accertamenti; ciò nonostante, non è del tutto esclusa la possibilità che il giudizio penale e l'accertamento tributario- vertenti sui medesimi fatti storici- conoscano momenti di interrelazione<sup>184</sup>, ed è proprio sulla base di tale ultima osservazione che parte della dottrina ha evidenziato come la riforma del 2000, nonostante i propositi, non sembra aver sortito gli effetti sperati<sup>185</sup>. Non a caso, non è mancato chi, avvertendo un'insoddisfazione sempre più profonda nei confronti del modello del “doppio binario”, abbia proposto il superamento di quest'ultimo- ormai scalfito- canone, per perseguire un'ottica non più ispirata ad una separazione “assoluta” tra le due giurisdizioni, bensì di coordinamento e di “convergenza parallela” tra le stesse<sup>186</sup>.

Senza bisogno di soffermarsi sui particolari relativi a siffatti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ciò che maggiormente interessa in tale sede è l'individuazione del rapporto che ad oggi in ambito tributario intercorre tra sanzione penale e amministrativa, disciplinato- nella normativa vigente- dal principio di specialità.

Come abbiamo avuto modo di dimostrare in precedenza, il principio di specialità- operante qualora una situazione di fatto sia apparentemente riconducibile a più disposizioni normative- è considerato espressione del *ne bis in idem*

---

<sup>184</sup> Cfr. F. PISTOLESI, *Crisi e prospettive del principio del “doppio binario” nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 30 ss. in cui il riferimento, in particolare, è agli artt. 13 e 14 del d.lgs. n.74/2000, che prevedono la possibilità per l'imputato di accedere a determinati benefici in sede penale qualora decida di assolvere il debito tributario: tali norme sarebbero “espressione della funzione, per così dire, *servente* della sanzione e del processo penale rispetto al procedimento di accertamento tributario”.

<sup>185</sup> V. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n.74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1384 che sottolinea come la riforma non sia riuscita a sanare i problemi di coordinamento e interferenza reciproca tra procedimento penale e tributario: “tale perdurante stato di incertezza discende presumibilmente dal fatto che la giurisprudenza di merito, operando in un settore che è stato retto per oltre mezzo secolo dalla “pregiudiziale tributaria” e che negli anni successivi si è contraddistinto per incongruenze interne (...) non ha ancora “metabolizzato” appieno il nuovo assetto di disciplina”. Per ampi riferimenti in merito agli orientamenti giurisprudenziali, che smentiscono l'autonomia tra i procedimenti cui la riforma del 2000 si era ispirata, v. F. PISTOLESI, *op. cit.*, p. 33 ss..

<sup>186</sup> V., su tale linea, P.P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario*, cit., p. 106 ss.; favorevole al superamento del doppio binario, anche F. PISTOLESI, *op. cit.*, p. 33 il quale sostiene che la rigidità dell'autonomia sulla quale si basa un siffatto sistema è solo ideale ma non effettiva.

sostanziale, e sebbene escluda in via di principio la possibilità di sanzionare penalmente più volte e in via cumulativa la stessa condotta, lo stesso principio può essere declinato su vari livelli, tra i quali rientra anche il concorso tra norme sanzionatorie penali e amministrative<sup>187</sup>.

Difatti, mentre l'ipotesi di concorso tra sanzioni penali trova la propria disciplina nell'art. 15 c.p., di cui si è parlato, la seconda ipotesi- che vede concorrere sanzioni penali e amministrative concernenti lo stesso fatto- è regolata dall'art. 9 della L. n. 689 del 1981<sup>188</sup>: nell'ambito del diritto penale tributario il principio di specialità viene introdotto invece con il D.lgs. n. 72/2000 e in particolare è contenuto nell'art. 19, 1° comma, di tale decreto legislativo, articolo volto a superare la regola del "cumulo" delle sanzioni- posta alla base delle previgenti discipline- per allineare il sistema penale tributario al principio generale espresso dalle norme sopra menzionate<sup>189</sup>.

Con l'introduzione dell'art. 19, dunque, il principio del *ne bis in idem* sostanziale fa il suo ingresso nel sistema sanzionatorio tributario ribaltando la regola del cumulo sanzionatorio, regola che aveva caratterizzato per lungo tempo lo stesso

---

<sup>187</sup> Cfr. A. CARINCI, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 500.

<sup>188</sup> V., sul punto, C. SANTORIELLO, *Il nuovo principio di specialità nel diritto penale tributario*, in *Il fisco*, 2003, p. 6160 che specifica come, in attuazione delle indicazioni contenute nella legge delega n. 205 del 1999, il legislatore abbia introdotto il principio di specialità anche nell'ambito tributario, dopo che tale principio era già stato previsto dal legislatore in via generale con l'art. 15 del codice penale, e, in particolare, con l'art. 9 della menzionata legge del 1981 il quale stabilisce che "Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale". Cfr. anche A. CARINCI, *op. cit.*, p. 500; per un'approfondita analisi del principio di specialità, V. anche L. DEL FEDERICO, *Il principio di specialità si applica anche alle sanzioni amministrative tributarie*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 86 e F. FONTANA, *Il principio di specialità nel D. lgs. n. 74/2000*, in *Corr. Trib.*, 2000, p. 2330.

<sup>189</sup> In tal senso, G. MELIS, *La nuova disciplina degli effetti penali dell'estinzione del debito tributario*, in *Rass. trib.*, 2016, p. 601 che sottolinea come la norma contenuta nell'art. 19, comma 1, del D.lgs. n. 74/200, in base alla quale "Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale", sia stata introdotta per porre un argine alle criticità del cumulo sanzionatorio previsto dalle precedenti discipline in materia. V. anche C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 6160: "con questa norma viene praticamente ribaltato l'opposto principio del cumulo delle sanzioni penali con quelle amministrative", sancito dalle norme previgenti. Su siffatta disposizione e sul rapporto tra procedimento penale e amministrativo, in base all'attuale normativa, cfr. M. BELLACOSA, *op. ult. cit.*, p. 305 ss..

sistema<sup>190</sup>, eppure l'impressione che se ne ricava è quella di un'enunciazione priva di reale contenuto, in quanto il criterio di specialità- così come delineato- risulta manchevole di qualsiasi indicazione circa la sua applicazione nel caso concreto, rendendo di conseguenza necessario il ricorso alle soluzioni dottrinali e giurisprudenziali elaborate in merito all'operatività degli artt. 15 c.p. e 9 L. n. 689/1981<sup>191</sup>: sulla base di ciò, nonostante manchi un criterio certo di composizione del conflitto apparente tra sanzioni penali ed amministrative e per quanto sussista una tesi minoritaria secondo cui la disposizione speciale sarebbe quella amministrativa<sup>192</sup>, in via prevalente si ritiene che sia la norma penale a configurarsi in termini di specialità e a dover dunque prevalere, giacché connotata da determinati elementi specializzanti<sup>193</sup>.

Fissata la regola, era necessario predisporre un sistema di carattere procedimentale che perseguisse la finalità di garantirne il rispetto, e a tal proposito

---

<sup>190</sup> Cfr. E. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO, *Nuova giustizia penale tributaria. I reati- il processo*, Padova, 2016, p. 538, in cui l'Autore specifica che il principio di specialità sancito dall'art. 19 in esame non è da confondere con il *ne bis in idem* nella sua duplice natura sostanziale e processuale, in quanto mentre il primo impone un raffronto tra fattispecie astratte, il *ne bis in idem* processuale "esige una valutazione in termini reali del fatto": l'art. 19 conduce all'applicazione di una sola fattispecie, prevenendo dunque solo il rischio di violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

<sup>191</sup> Cfr. A. CARINCI, *op. cit.*, p. 501 il quale, sul punto, specifica che i dubbi erano già emersi in sede di predisposizione della disciplina in esame, e richiama quanto espresso in merito dalla Relazione di accompagnamento al decreto: "Essendo il principio di specialità una regola-cardine dell'ordinamento (v. anche l'articolo 15 del codice penale), non è sembrato potersi e doversi dare seguito all'invito della Commissione Giustizia della Camera a specificar le modalità di applicazione del principio stesso".

<sup>192</sup> V. P.P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario*, cit., p. 107 che richiama, tra gli esponenti di siffatto orientamento minoritario, R. FERRAZZANI- B. CARTONI, *Rapporto di specialità tra sanzione amministrativa e sanzione penale introdotto dalla legge 662 del 1996. Prima applicazione*, in *Il Fisco*, 1999, p. 4512 ss.; sull'assenza di un criterio volto alla soluzione di tale tipologia di conflitto apparente, cfr. A. CARINCI, *op. cit.*, p. 501.

<sup>193</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 107: gli elementi specializzanti sarebbero rinvenibili nella presenza, in relazione all'illecito penale, delle soglie di punibilità nonché nella sussistenza dell'elemento del dolo specifico di evasione. Cfr. anche A. CARINCI, *op. cit.*, p. 501, che include- tra i caratteri specializzanti- anche le peculiari modalità nella condotta, e A. TRIPODI, *op. ult. cit.*, p. 680, nota 32: "E' dunque evidente come il legislatore presuma che, nel rapporto tra le due norme, quella speciale sia la norma penale, e ciò in ragione degli elementi specializzanti (...)" V., inoltre, M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 5 che sul punto aggiunge criticamente: "La questione, tuttavia, si complica quando il rapporto di specialità non è unilaterale, bensì bilaterale, ossia quando ciascuna delle due norme è, al contempo, generale e speciale, rispetto all'altra. (...) è allora necessario fare riferimento a criteri ulteriori, tra i quali rientra per l'appunto il principio del *ne bis in idem* sostanziale. La giurisprudenza, al contrario, non sembra propensa a riconoscere tale principio (...)"

l'art. 21 del medesimo decreto legislativo prevede che, nonostante la prevista impossibilità di sospendere il procedimento attivato in sede tributaria a causa della pendenza del procedimento penale e viceversa (posta l'assoluta indipendenza tra i due)<sup>194</sup>, le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie debbano comunque essere irrogate, sennonché specificando- al contempo- che tali sanzioni non sono eseguibili salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto<sup>195</sup>. Pertanto, l'art. 21 è formulato in modo tale da far sì che dopo la chiusura del processo penale- qualora quest'ultimo si sia concluso con una sentenza di condanna- risulti scongiurata l'apertura di una nuova fase relativa alle sanzioni amministrative in ordine al medesimo illecito<sup>196</sup> e, conseguentemente, possa essere evitata la violazione del divieto di duplicazione delle pene, nell'ottica di un congegno che persegue una *ratio* "efficientistica" nonché garantista<sup>197</sup>.

Il sistema sanzionatorio tributario risulta quindi essere ispirato al regime del doppio binario alternativo e non cumulativo, con conseguente applicabilità delle due tipologie di sanzioni in via disgiunta anziché congiunta e, come tale, sembrerebbe

---

<sup>194</sup> Cfr. E. MANCUSO, *op. cit.*, p. 540 e G. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3, p. 11: la previsione di un'assoluta autonomia e indipendenza dei due contesti di accertamento, così come sancito dall'art. 20 d.lgs. n. 74/2000, costituirebbe elemento di complicazione in relazione all'operatività del principio di specialità.

<sup>195</sup> Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 468; v. anche A. CARINCI, *op. cit.*, p. 502 nonché L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 1300.

<sup>196</sup> V. A. TRIPODI, *op. ult. cit.*, p. 684 e G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 468; inoltre, cfr. C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 6163 il quale, oltre a specificare i termini di riscossione della sanzione amministrativa (qualora il procedimento penale di concluda con sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento), aggiunge che da tale meccanismo, molte sono le incongruenze che possono derivare: ad esempio, in caso di assoluzione in sede penale per insussistenza del fatto o perché l'imputato non l'ha commesso, "l'applicazione delle sanzioni amministrative, disposta in applicazione del principio secondo cui il giudicato penale non ha alcuna efficacia nel giudizio tributario, risulterà decisamente incongrua".

<sup>197</sup> In tal senso, v. G. FLICK, V. NAPOLEONI, *op. ult. cit.*, p. 11 in cui si spiega la *ratio* di tale meccanismo: "l'amministrazione finanziaria si precostituisce un titolo che potrà mettere prontamente in esecuzione, ove (...) non sussistono i presupposti per l'applicazione del principio di specialità. Si evita, in tal modo, l'apertura, "in coda" al processo penale, di una nuova fase, intesa all'applicazione delle sanzioni amministrative (...). Il congegno assicura il rispetto del *ne bis in idem* sul piano sostanziale".

essere funzionale ad evitare la produzione di un *vulnus* al *ne bis in idem* sostanziale<sup>198</sup>.

Ebbene, a dispetto delle premesse positive, occorre rilevare come il principio di specialità nell'ambito sanzionatorio tributario, così come regolato dall'art. 19 del D.lgs. n. 74/2000, appaia, ad oggi, una norma sostanzialmente disapplicata<sup>199</sup>: spesso, infatti, sanzione penale e sanzione amministrativa finiscono per essere applicate in via cumulativa. Ciò dipende, anzitutto, dalla sussistenza di previsioni che derogano espressamente al menzionato modello di specialità, primo fra tutti l'art. 13-*bis* il quale, introdotto a seguito della novella del 2015 in luogo del previgente art. 13-*proprio* per ovviare al malfunzionamento del sistema che quest'ultimo articolo aveva comportato<sup>200</sup> - prevede la concessione di un'attenuante in sede penale legata al pagamento del debito tributario nonché a quello delle sanzioni amministrative: in altri termini, se il trasgressore ha intenzione di fruire dell'attenuante, deve estinguere, integralmente e prima dell'apertura del dibattimento, oltre al debito d'imposta anche le sanzioni amministrative- che in base al principio di specialità non avrebbero dovuto essere pagate- finendo per essere destinatario di una duplice reazione sanzionatoria<sup>201</sup>.

Oltre alle espresse deroghe normative, ad alimentare ulteriormente la crisi del criterio di specialità è stata la stessa giurisprudenza, in particolare quella delle

---

<sup>198</sup> Così, A. TRIPODI, *op. ult. cit.*, p. 679 e p. 684 per il quale il congegno operante in materia tributaria risulterebbe “funzionale ad impedire in concreto l'applicazione delle due sanzioni”.

<sup>199</sup> Cfr. A. CARINCI, *op. cit.*, p. 504 che rileva come, nella pratica, sia frequente l'attuazione congiunta e cumulativa delle sanzioni penali e di quelle amministrative; v. anche G. MELIS, *La nuova disciplina degli effetti penali dell'estinzione del debito tributario*, cit., p. 601 secondo il quale la giurisprudenza avrebbe dato del principio “una lettura sostanzialmente “svalutativa”, tale da far rivivere di fatto la duplicazione punitiva”.

<sup>200</sup> V. A. TRIPODI, *op. ult. cit.*, p. 687 che effettua un'analisi critica circa i risultati ottenuti ad opera della novella del 2015 (d.lgs. n. 158/2015): oltre ad introdurre una causa di non punibilità (art. 13) collegata al pagamento del debito tributario per un significativo numero di reati, ha fatto confluire l'attenuante legata all'assolvimento del debito d'imposta e delle sanzioni amministrative (previste dal vecchio art. 13) all'interno del neo-introdotto art. 13-*bis*: tale previsione premiale, rilevante al di fuori dei casi di non punibilità di cui all'attuale art. 13, sembrerebbe aver mantenuto quel *vulnus* al *ne bis in idem* sostanziale, atteso il richiesto pagamento della sanzione amministrativa, che va ad aggiungersi a quella penale sia pure in forma attenuata. In merito alla problematicità di tale previsione sul piano del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, G. MELIS, *La nuova disciplina degli effetti penali dell'estinzione del debito tributario*, cit., p. 602 ss..

<sup>201</sup> Cfr. A. CARINCI, *op. cit.*, p. 504.

Sezioni Unite le quali, chiamate a risolvere un contrasto sull'applicazione temporale dei reati di omesso versamento, con le cosiddette "sentenze gemelle" del 2013<sup>202</sup>, hanno analizzato in via approfondita il rapporto tra reati di omesso versamento di ritenute certificate e dell'Iva dichiarata (artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. n. 74/2000) e il corrispondente illecito amministrativo di omesso versamento (art.13 D.lgs. n. 471/1997), pervenendo all'esclusione della configurabilità di un rapporto di specialità tra le due sanzioni, amministrativa e penale, e concludendo con l'individuazione di un rapporto di progressione qualora la fattispecie penale, essendo più grave di quella amministrativa, la arricchisca di elementi essenziali<sup>203</sup>. La conseguenza diretta di siffatto orientamento è il superamento, come detto, dell'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 e l'applicabilità di entrambe le sanzioni<sup>204</sup>.

Nessun limite, dunque, sembrerebbe sussistere, all'interno del sistema sanzionatorio tributario, alla duplicazione punitiva, nonostante sia- nel caso di specie- innegabile l'identità del fatto nella sua concreta materialità, identità alla quale il divieto di *bis in idem* fa riferimento<sup>205</sup>: la predilezione, da parte della Suprema Corte, di finalità retributive e di prevenzione generale, a discapito della salvaguardia del divieto di doppia sanzione, ha finito per porsi in aperto contrasto con le fonti sovranazionali e in particolar modo con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale, come vedremo, il doppio binario sanzionatorio

---

<sup>202</sup> Così definite da M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 6: trattasi di Cass., Sez. Un., 28-03-2013, n. 37424 e Cass., Sez. Un., 28-03-2013, n. 37425.

<sup>203</sup> Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 469; A. CARINCI, *op. cit.*, pp. 504-505 e M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 6 che specifica come, pur ritenendo sussistente un rapporto di progressione tra illecito amministrativo e reato, le Sezioni Unite abbiano oltretutto negato l'esistenza di un concorso apparente tra le due fattispecie, estromettendo così qualsiasi spazio di rilevanza al principio del *ne bis in idem*. Inoltre, lo stesso Autore riporta il passaggio essenziale della sentenza n. 37425/2013, in cui i giudici di legittimità giungono a negare il rapporto di specialità tra le due disposizioni: "pur nella comunanza di una parte dei presupposti (...) e della condotta (...), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali (...). Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale (...) costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa".

<sup>204</sup> Cfr. G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, cit., p. 169, v. anche M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 6: la decisione delle Sezioni Unite sarebbe, secondo l'Autore, andata "a discapito di elementari esigenze di equità e razionalità punitiva".

<sup>205</sup> Cfr. M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 7 il quale osserva che l'identità del fatto oggetto di doppia sanzione è tanto più evidente "in un caso, come quello di specie, in cui l'intero contenuto di disvalore è esaurito dall'applicazione di una sola di tali fattispecie. Fattispecie che, oltre a condividere presupposti e condotta, tutelano il medesimo interesse: la corretta e puntuale percezione dei tributi".

previsto in ambito tributario porrebbe in essere una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale così come processuale, comportando un'indebita duplicazione di sanzioni e procedimenti sostanzialmente penali<sup>206</sup>.

## **7. Segue: il doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse* e compatibilità con il divieto di *bis in idem*.**

La problematica legata al doppio binario sanzionatorio e alla conseguente violazione del divieto di duplice sanzione per il medesimo fatto non è esclusiva della materia tributaria: altro ambito particolarmente critico in tal senso- e oggetto di censure da parte della giurisprudenza sovranazionale ancor più del precedente- risulta essere quello finanziario degli abusi di mercato.

Al fine di comprendere gli approdi giurisprudenziali e le frizioni interpretative che hanno avuto luogo tra le Corti- e che analizzeremo in seguito- occorre effettuare una breve disamina circa l'attuale panorama normativo in tema di abusi di mercato, partendo dalla legge di recepimento della normativa comunitaria sul *market abuse* (L. n. 62 del 2005), introduttiva dei nuovi illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Così, M. DOVA, *op. ult. cit.*, p. 7; v. anche O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1037 che spiega: "Secondo la Cassazione, il debito tributario, ancorché gravato da sanzioni e interessi, non sarebbe in alcun modo assimilabile alla sanzione penale, a prescindere dall'entità dello stesso e, dunque, non potrebbe dare origine a una indebita duplicazione di procedimenti sostanzialmente penali". L'Autore rileva inoltre come il sistema avrebbe potuto, in realtà, prevenire la violazione del *ne bis in idem* ("E' proprio questa lettura giurisprudenziale che, avallando il sistema del doppio binario procedimentale e sanzionatorio, pone le basi per l'applicazione del *ne bis in idem* europeo"), ma come invece si sia trovato irrimediabilmente a confliggere con la lettura del *ne bis in idem* adottata dalla Corte EDU: "Se, dunque, si può affermare senza timore di smentita che il fatto accertato e sanzionato nelle due sedi è il medesimo, a una conclusione altrettanto certa si può giungere anche nel qualificare il procedimento amministrativo- tributario e le relative sanzioni come sostanzialmente penali. In tal senso, infatti, soccorre la recente giurisprudenza della Corte europea (...)".

<sup>207</sup> Cfr. E. AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 992 ss.; sulla disciplina del *market abuse* introdotta nel 2005, si vedano: M. BELLACOSA, "Insider trading": *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Diritto e pratica delle società*, 2005, p. 20; ; S. BARTOLOMUCCI, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli*

Quest'ultima ha dato infatti attuazione alla Direttiva 2003/6/CE, la quale individuava due ipotesi di abusi di mercato, da tradurre in altrettante fattispecie volte a perseguire la finalità di assicurare l'integrità dei mercati finanziari, accrescere la fiducia degli investitori e tutelare la reale e piena trasparenza del mercato stesso<sup>208</sup>: l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato, corrispondenti rispettivamente al compimento di operazioni nei mercati finanziari tramite l'utilizzo di informazioni "sensibili" non ancora di dominio pubblico (per quanto riguarda la prima ipotesi), e ad un insieme di condotte comprensivo della diffusione di notizie false, della realizzazione di operazioni simulate o di altri artifici idonei ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari (per ciò che concerne la seconda ipotesi)<sup>209</sup>.

Il recepimento normativo nazionale delle istanze comunitarie è stato realizzato, essenzialmente, attraverso l'innovazione della parte V del testo unico della finanza (D.lgs. n. 58/1998), all'interno del quale è stato inserito il Titolo I-bis ("Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato") composto da cinque Capi e contenente numerose novità, tra le quali spiccano la riformulazione del reato di *insider trading* (oggi disciplinato dall'art. 184 t.u.f.), la previsione del reato di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.) nonché l'introduzione di illeciti amministrativi che vanno ad affiancare le fattispecie penali (artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f., rispettivamente regolanti l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e quello di manipolazione del mercato)<sup>210</sup>.

---

*emittenti*, in *Le società*, 2005, p. 919; F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704; F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, II ed., Padova, 2017.

<sup>208</sup> Così, E. AMATI, *op. cit.*, p. 993 che richiama, in tal senso, il 12° *considerando* della Direttiva 2003/6/CE. Viene riportato, inoltre, il 15° *considerando* della Direttiva che sottolinea come i comportamenti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato "sono di ostacolo alla reale e piena trasparenza del mercato, che è requisito fondamentale perché tutti gli operatori siano in grado di operare su mercati finanziari integrati".

<sup>209</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Riflessioni introduttive*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *op. cit.*, p. 2; sulle finalità perseguite dalla Direttiva comunitaria v. anche M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 706.

<sup>210</sup> V. F. SGUBBI, *Riflessioni introduttive*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *op. cit.*, p.3, A. TRIPODI, *L'illecito amministrativo di informazioni privilegiate*, *ivi*, p. 113 ss. il quale specifica come il reato di *insider trading* fosse già stato introdotto nel nostro ordinamento con la L. 17 maggio 1991 n. 157 e riformulato per la prima volta con il d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, per poi ulteriormente modificato dall'art.9 della L. 18 aprile 2005 n. 62;

La tematica della sussistenza di due norme, una di natura penale e una amministrativa, volte a sanzionare la stessa condotta si ripropone, pertanto, nell'ambito del diritto penale finanziario: le fattispecie penali di *insider trading* e di manipolazione del mercato risultano essere "tendenzialmente omogenee"<sup>211</sup> e normativamente sovrapponibili ai rispettivi illeciti amministrativi, finendo per essere protagoniste di un doppio binario sanzionatorio fonte di non poche critiche<sup>212</sup>.

In effetti, la scelta di tutela adottata a livello comunitario- resa chiara dall'art. 14 della Direttiva 2003/6/CE- era stata quella di imporre agli Stati membri la predisposizione, nei confronti dei trasgressori delle norme di attuazione, di misure amministrative che fossero "efficaci, proporzionate e dissuasive" in vista del rafforzamento della difesa del mercato finanziario, facendo in ogni caso salvo il diritto di ciascuno Stato di prevedere anche sanzioni penali eventualmente complementari ma conferendo, soprattutto, un ruolo di primo piano alle sanzioni di natura amministrativa, in un'ottica di irrobustimento del ruolo e dei poteri delle autorità nazionali di vigilanza<sup>213</sup>. Sulla base di siffatto presupposto, il sistema

---

inoltre, v. D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, *ivi*, p. 135 ss.; sul recepimento della Direttiva comunitaria, M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 706 in cui si spiega che il Titolo I-bis del t.u.f., introdotto nel 2005, ha sostituito e abrogato non solo la vecchia disciplina in tema di *insider trading*, ma anche la vecchia fattispecie di agiotaggio su strumenti finanziari *quotati* già contemplata nell'art. 2637 c.c.; sul punto, cfr. anche E. AMATI, *op. cit.*, pp. 993-994: il confine tra le fattispecie di cui all'art. 185 t.u.f. e 2637 c.c. "è rappresentato (...) dalla tipologia degli strumenti finanziari: se si tratta di strumenti finanziari quotati (...) entra in gioco la nuova (e più grave) ipotesi di manipolazione del mercato prevista dal t.u.f.; se, invece, si tratta di strumenti finanziari "non quotati (...)", si continua ad applicare l'art. 2637 c.c. così come modificato dalla legge comunitaria", e aggiunge, in merito alle condotte oggetto delle due ipotesi di abuso di mercato: "nell'*insider trading* l'agente compie determinate operazioni avendo il possesso di informazioni privilegiate (in sostanza si utilizzano informazioni chiave prima che esse diventino di dominio pubblico): nella manipolazione del mercato, invece, il soggetto attivo diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici idonei ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari".

<sup>211</sup> Così le ha definite la Corte di Cassazione in Cass., sez. VI, 03-05-2006, n. 15199 richiamata da E. AMATI, *op. cit.*, p. 995: "si tratta di norme che, a diverso titolo, intervengono su fattispecie tendenzialmente omogenee, per cui si pone un problema di sovrapposizione normativa".

<sup>212</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 995.

<sup>213</sup> V. M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 706 che rileva come, in sede comunitaria, le autorità nazionali di vigilanza siano considerate "(...) le uniche davvero in grado di monitorare costantemente il mercato, di dettare indicazioni tecniche intellegibili per gli operatori, di infliggere tempestivamente sanzioni efficaci e, non da ultimo, di fornire un contributo essenziale all'autorità giudiziaria, laddove si debbano accertare responsabilità anche penali" richiamando, sul tema, S. SALERNO, *I fenomeni di market abuse: la disciplina*

introdotto dal legislatore italiano risulta dunque problematico non tanto per la mera convivenza di disposizioni sanzionatorie penali e amministrative, quanto per l'identità delle condotte oggetto di sanzione: il fenomeno è particolarmente evidente in relazione all'abuso di informazioni privilegiate, ove le condotte previste dagli artt. 184 e 187-*bis* t.u.f. appaiono perfettamente sovrapponibili, essendo i pochi elementi di differenziazione considerati irrilevanti<sup>214</sup>. Conseguenza diretta di ciò è la configurabilità, in forma cumulativa, del reato e dell'illecito amministrativo e la possibile apertura di un procedimento amministrativo in via contestuale e parallela a quello penale nonché, pertanto, l'eventualità che venga posta in essere una duplice reazione sanzionatoria<sup>215</sup>: contestuale all'attività del pubblico ministero sarà dunque quella della Consob, autorità titolare della funzione istruttoria e di quella decisoria

---

*dell'aggiotaggio su strumenti finanziari in Italia e la recente normativa comunitaria*, in *Riv. pen.*, 2004, p. 298.

<sup>214</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 995 il quale specifica che, tra la fattispecie penale e quella amministrativa di *insider trading*, gli unici elementi di differenziazione sono rappresentati dal 6° comma dell'art. 187-*bis* t.u.f. (per cui "il tentativo è equiparato alla consumazione") e dal 4° comma dello stesso articolo, che prevede la sanzione a carico dell'*insider* secondario (ossia colui che, essendo venuto a conoscenza in via mediata e indiretta di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, realizza una delle condotte individuate dalla norma), figura non sanzionata invece dalla fattispecie penale ex art. 184 t.u.f.; sulle differenze tra fattispecie penale e amministrativa e sulla nozione di *insider* secondario, v. A. TRIPODI, *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 113 ss.

<sup>215</sup> Cfr. M. BELLACOSA, "Insider trading": *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, cit., il quale, dopo aver mostrato come nel passato la dottrina penalistica avesse suggerito, pur restando nell'ottica di una contestuale sussistenza di sanzioni penali e amministrative, una differenziazione tra tipi di illecito ("per delineare come reati i comportamenti connotati da maggiore lesività e per riservare alla sanzione amministrativa i compiti di salvaguardia dei precetti posti in funzione di protezione avanzata o anche di merda prevenzione"), rileva che "la legge n. 62/2005 ha invece optato per una sovrapposizione di tipologie di illecito, prevedendo per i medesimi comportamenti (...) la configurabilità in forma cumulativa del reato e dell'illecito amministrativo", aggiungendo che tale valutazione "pan-punitiva" "(...) suscita inevitabili perplessità, in considerazione sia della impostazione di base, sia dell'eccessivo rigore della complessiva disciplina, sia delle difficilmente eliminabili complicazioni di carattere applicativo (...)"; cfr. anche G. GLIATTA, *Reati contro la trasparenza dei mercati finanziari: presupposti e disciplina*, in *Diritto e pratica delle società*, 2008, p. 37 che rileva la possibilità, in taluni casi, di un'applicazione cumulativa di sanzioni penali e amministrative. Sui problemi applicativi di una contestuale apertura dei procedimenti penale e amministrativo, e in particolare sul dialogo tra Consob e PM, v. E. AMATI, *op. cit.*, p. 1000.

relativamente al procedimento amministrativo, la quale interagisce anche nel procedimento penale<sup>216</sup>.

La stessa possibilità di un'instaurazione parallela di procedimenti è stata prevista dal legislatore anche in relazione all'ulteriore ipotesi criminosa in materia di *market abuse*, ossia quella di manipolazione del mercato: a differenza dell'*insider trading*, però, l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato si presenta maggiormente articolata rispetto al corrispondente reato, in quanto più ampio appare lo spettro applicativo delineato dall'art. 187-ter t.u.f., formulato direttamente sulla falsa riga dell'art. 1 n. 2 lett. c) della Direttiva n. 6/2003<sup>217</sup>. Ciononostante, molti dei comportamenti presi in considerazione dall'illecito amministrativo possono, allo stesso tempo, configurare astrattamente anche una condotta di manipolazione del mercato penalmente rilevante, facendo emergere con tutta evidenza- altresì in questo caso- la problematica causata dalla sovrapposizione delle due fattispecie<sup>218</sup>.

L'introduzione del regime a doppio binario ha, pertanto, reso necessaria per il legislatore l'esplicazione dei rapporti intercorrenti tra i reati e i rispettivi illeciti amministrativi, qualora lo stessa situazione di fatto finisca per integrare entrambi: partendo dal presupposto per cui- ai sensi del criterio di specialità sancito dal già menzionato art. 9 della L. n. 689/1981- nel nostro ordinamento non sembra ammissibile la doppia sanzione (sebbene si tratti formalmente di sanzioni aventi

---

<sup>216</sup> V. M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 709 ss. che definisce la Consob "sovra" del procedimento amministrativo, in quanto è competente sia ad istruire il procedimento stesso sia a irrogare la relativa sanzione, e sottolinea anche come la stessa Autorità possa dare impulso al procedimento penale nonché costituirsi parte civile per ottenere la riparazione "dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato" ai sensi dell'art. 187-decies t.u.f.; sul ruolo della Consob e i rapporti tra i due procedimenti, v. anche A. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *op. cit.*, p. 233.

<sup>217</sup> Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 136: l'art. 187-ter t.u.f. rielabora il contenuto delle lett. a), b) e c) dell'art. 1 n. 2 della Direttiva comunitaria, proponendo una disciplina analitica e distinguendo la manipolazione *informativa* da quella c.d. *operativa*; cfr. anche E. AMATI, *op. cit.*, p. 995 ss. che descrive dettagliatamente le diverse condotte costituenti pratiche rivelatrici di manipolazioni del mercato (anche sulla base delle elaborazioni del CESR) e G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 il quale, illustrando le condotte costituenti illecito amministrativo specifica come quest'ultimo sia più articolato rispetto al reato.

<sup>218</sup> V. E. AMATI, *op. cit.*, p. 998: "Si tratta di ipotesi che potrà con più frequenza verificarsi in relazione alla manipolazione operativa, dato che il requisito degli "artifici" è comune sia alla fattispecie di reato che di illecito amministrativo".

differente natura<sup>219</sup>), occorre riconoscere come il testo legislativo in materia finanziaria sembri essere ispirato ad un'opposta ragione<sup>220</sup>. Ciò lo si desume dalla clausola di esordio presente in entrambi gli illeciti amministrativi, in base alla quale sono fatte "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato": non essendo, quest'ultima, una formula di immediata comprensione, la dottrina ne ha fornito interpretazioni e letture diverse, la prima delle quali si fonda sullo stesso significato letterale della clausola, per cui la sanzione amministrativa non pregiudicherebbe il procedimento penale ogniqualvolta i fatti siano riconducibili anche alla fattispecie di reato (altrimenti, si sostiene, il legislatore avrebbe dovuto utilizzare la clausola "salvo che il fatto costituisca reato")<sup>221</sup>.

Altro orientamento, invece, parte dal presupposto per cui i fatti descritti, rispettivamente, negli articoli concernenti le fattispecie penali e quelli costituenti illecito amministrativo non possano dirsi perfettamente identici: da ciò si dovrebbe dedurre che l'*incipit* in esame non voglia esprimere una deroga al principio di specialità, bensì sia volto a determinare- qualora si integri un concorso formale- l'operatività del principio di consunzione, facendo sì che la fattispecie più grave (ossia il delitto) consumi quella meno grave (l'illecito amministrativo)<sup>222</sup>. In altre

---

<sup>219</sup> Si vedrà in seguito, infatti, come in realtà la Corte EDU qualifichi tali tipologie di sanzioni, formalmente etichettate come amministrative ma sostanzialmente assimilabili a sanzioni penali, e come ciò abbia avuto inevitabili ripercussioni sulla (in)compatibilità del regime del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* convenzionalmente sancito.

<sup>220</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 998; M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 709; G. LUNGHINI, *op. cit.*, p. 1479 che osserva come in tale materia il legislatore abbia previsto "un'eccezione alla normale regola posta dal principio di specialità di cui all'art. 9 l.689 del 1981"; inoltre A. TRIPODI, *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, cit., rileva che, in relazione alle fattispecie di *insider trading* ma con un'osservazione rilevante anche ai casi di manipolazione del mercato integranti al contempo l'ipotesi penale e amministrativa, "(...) l'identità strutturale delle fattispecie impedisce di rinvenire un rapporto di specialità secondo la previsione dell'art. 9 l. 689/1981".

<sup>221</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 998 e M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 709 che richiamano, in tal senso, G. LUNGHINI, *op. cit.*, p. 1479.

<sup>222</sup> V. E. AMATI, *op. cit.*, p. 998 che richiama, quale sostenitore di tale tesi, C.E. PALIERO, "Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. merito*, 2005, p. 811; cfr. anche M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 709; inoltre, v. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 155 ss. osserva come quest'ultima sia la tesi maggiormente seguita dalla giurisprudenza, richiamando Cass., Sez. VI pen., 16-03-2006, n.15199, in *Cass. pen.*, 2007, p. 49 nella quale, sulla base di una distinzione tra fattispecie di pericolo concreto e fattispecie di pericolo astratto, si sostiene che l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato appartenerrebbe a queste ultime e dunque troverebbe applicazione solo ove non si sia verificato in concreto il pericolo, ossia quando non sia applicabile la fattispecie penale.

parole, secondo siffatta tesi, sarebbe delineabile un confine tra illecito penale e amministrativo, da rintracciare nel fatto che quest'ultimo sia volto ad accogliere tutte quelle violazioni considerate "immeritevoli" di essere previste come reato<sup>223</sup>.

Tale ultima lettura, tuttavia, non sembra essere in linea con il generale motivo ispiratore del sistema a doppio binario né con le altre disposizioni normative in tema di abuso di mercato, che appaiono maggiormente compatibili, al contrario, con il primo dei due orientamenti: è la stessa legge, invero, a contemplare espressamente la possibilità che entrambi i procedimenti- quello innanzi al giudice penale e quello innanzi alla Consob- giungano a termine in relazione allo stesso fatto comportando l'irrogazione congiunta delle sanzioni penale e amministrativa<sup>224</sup>.

In particolare, occorre porre l'attenzione sull'art. 187-terdecies t.u.f., che regola l'applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa stabilendo un meccanismo di compensazione per cui, ogni volta che per lo stesso fatto sia stata applicata prima una sanzione amministrativa pecuniaria e poi una multa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, l'esazione di quest'ultima è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa, consentendo- in tal modo- di evitare la duplice applicazione, in ordine al medesimo fatto, di una sanzione di tipo pecuniario<sup>225</sup>. Nondimeno, la finalità perseguita dal meccanismo appena illustrato risulta vanificata dal raddoppiamento delle sanzioni penali e dalla quintuplicazione di quelle amministrative ad opera della L. n. 262 del 2005: potrà infatti verificarsi il caso in cui la sanzione amministrativa sia più elevata della multa inflitta successivamente, e in tal caso sarebbe inevitabile la non

---

<sup>223</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, pp. 998-999 che specifica: "(...) il discrimine tra le due fattispecie è rappresentato essenzialmente dalla diversa struttura delle norme sul piano dell'attitudine offensiva della condotta: se si verifica un pericolo *concreto* (...) è configurabile il reato; se, invece, il pericolo è meramente presunto o *astratto* (...) la condotta sarà sanzionabile solamente in via amministrativa".

<sup>224</sup> V. M. VIZZARDI, *op. cit.*, p. 709 e E. AMATI, *op. cit.*, p. 999.

<sup>225</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 1000; v. anche A. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, cit., p. 242 che rileva: "Attraverso il meccanismo di contemplato nell'art.187-terdecies, che presuppone la previa definizione del procedimento amministrativo, il legislatore ha inteso evitare la violazione del principio del *ne bis in idem*", aggiungendo- alla nota 28- che, pur non essendo chiaro cosa accada nell'ipotesi in cui giunga per prima la sanzione penale, in base al criterio di ragionevolezza occorrerebbe leggere anche in tal caso la norma nel senso di evitare duplicazioni.

operatività della compensazione nonché la conseguente duplicazione delle sanzioni<sup>226</sup>.

Appare evidente, pertanto, come la tecnica normativa utilizzata in materia di *market abuse* ponga in essere non pochi problemi applicativi, data la possibilità di una doppia sanzione nel caso in cui uno stesso fatto integri astrattamente sia l'illecito penale sia quello amministrativo<sup>227</sup>: la gravosità del sistema punitivo previsto dal t.u.f., insieme con l'identità delle condotte oggetto dei reati e dei corrispondenti illeciti amministrativi, rendono il doppio binario in materia finanziaria apertamente contrastante con il principio di proporzionalità della sanzione, nonché incompatibile, ancora una volta, con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e con il principio del *ne bis in idem* così come codificato dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU<sup>228</sup>.

L'avvenuta erosione dei principi in favore di modelli di riferimento frenetici<sup>229</sup> a tutela dei mercati comporta, invero, la necessità di enfatizzare in modo sempre maggiore l'influenza che i diritti fondamentali esercitano sulle regole del mercato stesso, per permettere al principio del *ne bis in idem* di rivestire un ruolo di primo piano nel bilanciamento tra la tutela dell'effettiva concorrenza e degli investimenti da un lato, e la piena salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, dall'altro<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> V. E. AMATI, *op. cit.*, pp. 1002-1003; la problematica è sollevata anche da A. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, cit., p. 242, nota 29.

<sup>227</sup> E. AMATI, *op. cit.*, p. 1003 che rileva come il principio di consunzione, posta l'indipendenza dei procedimenti e le difficoltà nel preventivo accertamento differenziale tra le due fattispecie, sia di fatto difficilmente applicabile.

<sup>228</sup> Cfr. E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.12.2016, p. 2.

<sup>229</sup> Cfr. E. AMATI, *op. cit.*, p. 1004.

<sup>230</sup> Così, M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p.1337, che sottolinea come non sia in alcun modo inopportuno ma anzi necessario, alla luce dell'evoluzione degli ordinamenti, "accostare una "garanzia *ad personam*" del processo penale, quale è il *ne bis in idem*, ai temi del mercato, della concorrenza e degli investimenti".

## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO.

SOMMARIO: 1. Il ruolo del diritto sovranazionale in materia di *ne bis in idem* e la pluridimensionalità del principio. 2. Il principio nella Convenzione europea dei diritti dell’Uomo: l’art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7. 3. La nozione di “materia penale” e le applicazioni del *ne bis in idem* nella giurisprudenza di Strasburgo. 4. Il *ne bis in idem* nel sistema dell’Unione europea: l’art. 50 CDFUE e le applicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell’Unione europea. 5. La portata del principio nei principali Paesi europei e nell’ordinamento anglo-americano (cenni).

#### **1. Il ruolo del diritto sovranazionale in materia di *ne bis in idem* e la pluridimensionalità del principio.**

Come abbiamo avuto modo di osservare in sede introduttiva, il divieto di *bis in idem*, inteso nella sua natura sostanziale e processuale come diritto a non essere puniti o giudicati due volte per il medesimo fatto, è un concetto che raccoglie in sé ulteriori principi fondamentali posti alla base di ogni Stato democratico, tra cui l’interesse alla certezza del diritto, l’esigenza di conservazione dell’autorità delle pronunce degli organi giurisdizionali, le ragioni di economia processuale volte a scongiurare gli sprechi di risorse e, in via primaria, la tutela dei diritti dell’individuo sottoposto a procedimento penale, affinché non si trovi illimitatamente esposto per lo stesso fatto alla reiterazione dello *ius punendi* statale<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (relaz. orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 26/2017), cit. (nota 17) in cui si evidenzia come tale “principio di civiltà giuridica di generalissima applicazione” costituisca un diritto da assicurare in ogni ordinamento democratico. V. anche N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 97: “Individuare l’essenza del principio del *ne bis in idem* in ragioni riferibili a problemi di economia processuale o di unità della giurisdizione significherebbe svilirne la *ratio* più profonda e fuorviare i termini dell’indagine”.

Siffatte esigenze rendono il *ne bis in idem* un vero e proprio “diritto civile e politico dell’individuo”<sup>232</sup>, come tale riconosciuto, oltre che da molte carte costituzionali, anche nel contesto sovranazionale europeo ed esplicitamente salvaguardato altresì a livello internazionale da alcune importanti convenzioni<sup>233</sup>: in particolare il principio in esame, contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966<sup>234</sup>, ha dapprima trovato esplicitazione nell’ambito della cooperazione di polizia giudiziaria fra Stati in materia penale<sup>235</sup>, rimanendo fuori dal testo originario della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, all’interno della quale è stata introdotta soltanto nel 1984 mediante l’approvazione del Protocollo integrativo n. 7<sup>236</sup>.

L’inserimento del divieto di *bis in idem* nel catalogo dei diritti sanciti dal citato strumento convenzionale ha fatto sì che la Corte di Strasburgo fosse, in via consequenziale, chiamata spesso a dare concreta attuazione al principio in esame, rendendosene garante di fronte a quegli Stati membri che cercavano di limitare l’operatività del divieto di doppio giudizio in ragione di orientamenti fondati sulla formalità della *littera legis* piuttosto che sul contenuto sostanziale delle norme: è il

---

<sup>232</sup> Così è stato definito in Sez. un., 28-09-2005, n. 34655, Donati, in *Cass. pen.*, 2006, p. 68.

<sup>233</sup> V., sul punto, C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 19.01.2017, p. 2 che specifica, alla nota 2, come il principio di derivazione romanistica abbia avuto espresso riconoscimento da molte costituzioni, prime tra tutti quella degli Stati Uniti d’America (VII emendamento) e quella francese. V. anche G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *Int. Crim. Law Review*, 2003, p. 219 ss. che, elencando le convenzioni internazionali riconoscitive del principio del *ne bis in idem*, rileva che lo stesso è incorporato in almeno cinquanta costituzioni nazionali. Cfr. anche M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1336.

<sup>234</sup> L’art. 14, corollario n. 7, della menzionata convenzione internazionale recita: “Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese”.

<sup>235</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 3 che, in merito alla cooperazione di polizia giudiziaria tra Stati, richiama l’art. 9 della Convenzione europea sull’extradizione del 1957 e l’art. 9 della Convenzione europea sulla repressione delle infrazioni stradali del 1962.

<sup>236</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, p. 3 che specifica come il protocollo n. 7 sia stato ratificato dall’Italia con la legge n. 98 del 9 aprile 1990 ed entrato in vigore l’1 febbraio 1992. L’art. 4 di tale protocollo recita: “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato (...)”. V. anche N. NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 956 che rileva come il principio del *ne bis in idem* sia stato interpretato con differenti sfumature a seconda degli strumenti legislativi in cui è stato inglobato.

caso, come vedremo, delle censure mosse da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo a quei meccanismi sanzionatori che, sulla base della convinzione per cui il *ne bis in idem* debba intendersi confinato alla sola materia penale in senso stretto- e dunque al solo caso in cui un individuo abbia subito due giudizi penali, di cui uno definitivo, in ordine al medesimo fatto- s'impennano intorno alla previsione di un duplice giudizio e una duplice sanzione applicabile allo stesso illecito, giustificata dalla natura formale dei procedimenti stessi, una penale e l'altra amministrativa<sup>237</sup>. Senza negare agli ordinamenti interni un certo margine di apprezzamento in merito alle scelte sanzionatorie, ma perseguendo la finalità di garantire al singolo individuo una protezione rafforzata di fronte al potenzialmente illimitato esercizio del potere punitivo da parte dello Stato, la stessa Corte EDU si è, così, più volte espressa sul concetto di "materia penale"<sup>238</sup>, gettando le basi per quegli indirizzi interpretativi oggetto di sua consolidata giurisprudenza e posti al centro delle numerose sentenze sul tema<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 3: "In forza della formulazione letterale dell'art. 4 del protocollo 7, che opera un espresso richiamo alla "condanna penale" e alla "procedura penale", doveva pertanto ritenersi pienamente legittima la sovrapposizione di un procedimento penale e di una procedura sanzionatoria di carattere amministrativo (...) per lo stesso fatto illecito, non trattandosi di una duplicazione del giudizio penale"; sul punto, V. F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2014, n. 3-4, p. 220. Si tratta, evidentemente, della problematica ricollegata ai sistemi sanzionatori a "doppio binario", che nel nostro ordinamento dominano la materia tributaria e quella finanziaria e che, come anticipato nel precedente capitolo e come avremo modo di approfondire in seguito, si pongono in aperto contrasto con la nozione di "materia penale" elaborata dalla Corte EDU e con la valenza che il principio del *ne bis in idem* assume a livello convenzionale.

<sup>238</sup> Così, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano (Incontro di studio S.C. Cassazione)*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2014, p. 6; sull'interpretazione di "materia penale" fornita dalla Corte EDU, per tutti, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, p. 831: "(...) secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Europea, il *bis in idem* oggetto del divieto enunciato dall'art. 4 Protocollo VII della Convenzione opererebbe anche nell'ipotesi in cui il medesimo fatto sia già stato irrevocabilmente sanzionato con misura formalmente non penale purtuttavia sostanzialmente qualificabile come tale in considerazione della peculiare connotazione della sanzione". A tale proposito occorre avere riguardo in all'autonomo concetto di "accusa penale", "procedimento penale" e "pena" tratteggiato dalla corte EDU nel celebre caso Engel (Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8-06-1976, n. 22) sulla base di tre criteri alternativi tra loro, come specificheremo in seguito.

<sup>239</sup> Tra queste, le più celebri: Corte EDU, [GC], Zolotukhin c. Russia, 10-02-2009, n. 14939/03; Corte EDU, Sez. II, Grande Stevens c. Italia, 4-03-2014, ric. nn. 18640, 18647, 18663, 18668, 18698/10; Corte EDU, [GC], A e B c. Norvegia, 15-11-2016, ric. Nn. 24130/11 e 29758/11.

L'essenzialità e la valenza polifunzionale del *ne bis in idem*<sup>240</sup> hanno concorso a rendere il principio in esame un baluardo posto a tutela del singolo rilevante non soltanto a livello convenzionale, ma anche comunitario: a tal proposito, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea- detta anche Carta di Nizza- sancisce il divieto di duplice persecuzione o condanna in ordine al medesimo fatto<sup>241</sup>, e proprio siffatta previsione normativa ha consentito anche alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di contribuire e impegnarsi a tracciare i confini applicativi del principio, tanto nazionali quanto transnazionali<sup>242</sup>.

Infatti, la natura di fonte primaria della Carta dei diritti fondamentali- la quale dispiega i suoi effetti diretti nel territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea- ha fatto sì che il *ne bis in idem* non fosse più confinato, come in origine, solamente nei limiti di una dimensione territoriale nazionale, bensì divenisse concretamente un diritto fondamentale del cittadino europeo<sup>243</sup>. Come tale, il significato del divieto di *bis in idem* può essere considerato “mutevole” a seconda della dimensione di volta in volta assunta dal principio stesso: quella nazionale- garantita non solo da strumenti interni ai sistemi giuridici nazionali ma anche dalle fonti sovranazionali poc'anzi citate- tesa a proteggere l'individuo da una duplice

---

<sup>240</sup> A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 670 sottolinea come dalla distinzione tra la natura sostanziale e quella processuale del principio, e con riferimento alle interpretazioni delle Corti europee, emerge la nota polifunzionale dello stesso.

<sup>241</sup> V. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1336. L'art. 50 della Carta di Nizza, proclamata nel 2000, prevede che “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

<sup>242</sup> Cfr. V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 27.07.2017, p. 1 che rileva: “Le numero se questioni che gravitano attorno ai diversi versanti del principio del *ne bis in idem* hanno reso necessaria una continua e faticosa opera interpretativa da parte sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (...)” osservando come del principio possa essere riscontrata una dimensione nazionale ed una transnazionale.

<sup>243</sup> Così, G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3; sull'applicazione diretta del diritto europeo nell'ordinamento nazionale (c.d. primato del diritto dell'Unione) con riferimento all'art. 50 CDFUE, cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1341: “Su tali basi, l'art. 50 (...) parrebbe destinato ad essere applicato direttamente nell'ordinamento nazionale, prevalendo *ipso iure* e senza la mediazione di una pronuncia della Corte costituzionale d'illegittimità della norma interna per contrasto con il diritto comunitario per come interpretato dalla Corte di Lussemburgo”.

persecuzione e/o punizione da parte delle autorità di uno stesso Stato<sup>244</sup>, e quella transnazionale- particolarmente sentita in seno all'Unione europea e garantita specialmente dalle fonti eurounitarie<sup>245</sup>- a sua volta scindibile in orizzontale e verticale, la prima- operante all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea- finalizzata a impedire che un soggetto già giudicato con sentenza definitiva dalle autorità di un determinato Stato non subisca un nuovo procedimento o una nuova punizione da parte di altro Stato, la seconda volta a scongiurare l'instaurazione di un doppio procedimento davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato e di un ente sovranazionale, come una corte penale internazionale o un organo europeo dotato di poteri sanzionatori<sup>246</sup>.

Il *ne bis in idem* trova spazio e forza operativa, pertanto, a livello sovranazionale nella sua pluridimensionalità, e l'art. 50 CDFUE ne tutela sia la versione interna, sia quella transnazionale<sup>247</sup>: ciò che interessa maggiormente ai fini di questo Studio- come anticipato in fase di introduzione- è però il *ne bis in idem* nella sua dimensione domestica, così come tutelato dalle fonti nazionali ma senza prescindere dal doveroso confronto con il ruolo che la stessa dimensione domestica del principio riveste nelle previsioni degli strumenti sovranazionali, nonché con l'interpretazione che ne è stata data ad opera delle relative Corti, in modo da

---

<sup>244</sup> Cfr. V. FELISATTI, *op. cit.*, p. 1 ss.: tra le fonti convenzionali che sanciscono il *ne bis in idem* nella sua dimensione interna, vincolanti dunque per gli Stati contraenti, si annoverano i poc'anzi citati artt. 14, 7° corollario, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. Nell'ambito dell'Unione Europea, come visto, il principio trova riconoscimento nell'art. 50 CDFUE.

<sup>245</sup> Per un ampio approfondimento in merito alla dimensione transnazionale del *ne bis in idem*, cfr. N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2015, n. 3, p. 73 in cui si specifica la valenza del principio nella sua dimensione esterna così come previsto dalle fonti comunitarie: tra queste, l'art. 50 CDFUE e gli artt. 54 e 55 della Convenzione per l'applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS).

<sup>246</sup> V. FELISATTI, *op. cit.*, p. 2, che, individuando le multiple dimensioni del principio, osserva che il *ne bis in idem* transnazionale- orizzontale trova applicazione nel contesto dell'Unione Europea "quando, per le ragioni più disparate, assume rilevanza in una pluralità di contesti statuali, determinando il radicamento di una pluralità di giurisdizioni penali nazionali". Inoltre, per ciò che concerne la dimensione verticale, rileva che (nota 5): "In seno all'Unione Europea, il rischio di *ne bis in idem* transnazionale- verticale è particolarmente acuto nella disciplina degli illeciti in materia di concorrenza, in relazione ai quali i poteri sanzionatori vengono condivisi tra Stati membri e Commissione europea". Sul *ne bis in idem* nella sua operatività interstatale, v. anche J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE*, cit. (nota 20).

<sup>247</sup> Lo rileva V. FELISATTI, *op. cit.*, p. 2 (nota 2).

comprendere quel sistema multilivello (normativo e di matrice giurisprudenziale) di cui il *ne bis in idem* costituisce perno essenziale<sup>248</sup>.

Apparendo dunque evidente come il diritto fondamentale al divieto di *bis in idem* si estenda su diversi stadi di tutela (interno, convenzionale e comunitario), e avendo in precedenza analizzato i rapporti e le interrelazioni intercorrenti tra lo stesso e il diritto interno, occorre adesso porre mente a come il *ne bis in idem* si trovi ad essere applicato con differenti dinamiche a seconda che si relazioni al sistema di salvaguardia dei diritti dell'uomo o al diritto dell'Unione Europea, ma soprattutto a come gli stessi contenuti del principio in esame siano stati di volta in volta conformati alle prospettive, non sempre in linea tra loro, dei giudici nazionali, della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo, nel perseguimento dell'essenziale e condiviso obiettivo di garantire al principio stesso una concreta e piena effettività<sup>249</sup>.

## **2. Il principio nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo: l'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7.**

Il testo originale della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1966, come anticipato nel precedente paragrafo, era manchevole di una disposizione che facesse riferimento al *ne bis in idem* e ne sancisse la sua rilevanza: nonostante il principio in esame fosse già riconosciuto espressamente dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e sebbene parte della dottrina-contrariamente all'opinione della Commissione europea- lo ritenesse già implicitamente riconosciuto dall'art 6 della Convenzione stessa, relativo al “giusto processo”<sup>250</sup>, una disposizione *ad hoc* che prevedesse il divieto di *bis in idem* è stata

---

<sup>248</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, cit. (nota 11), pp. 3809-3810.

<sup>249</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1343 che osserva “la lenta e irreversibile costruzione dell'integrazione europea sul piano della giustizia penale si trova ora ad uno snodo strategico, perché dalla soluzione di una questione eminentemente tecnico-giuridica, qual è quella concernente la necessità di assicurare piena effettività al diritto fondamentale al *ne bis in idem*, discende la possibilità effettiva di offrire ai mercati regole certe affidabili e prevedibili con riguardo alle conseguenze punitive delle infrazioni finanziarie”.

<sup>250</sup> In tal senso, v. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 119 che rileva “(...) il diritto soggettivo ad un processo giusto, individuabile nel *fair trial* anglosassone o nel *procès équitable* europeo, dovrebbe ricomprendere anche il rispetto

introdotta nella CEDU solo in via successiva, mediante l'adozione del Protocollo aggiuntivo n. 7 nel 1984 su iniziativa discussa e approvata dal Comitato per i diritti umani e aperta alla firma degli Stati Membri<sup>251</sup>.

L'art. 4 del menzionato Protocollo, infatti, sancendo che “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”<sup>252</sup>, costituisce quel riconoscimento sovranazionale della dimensione “interna” della garanzia in esame, presentando a tal proposito profili in comune con l'art. 649 c.p.p. ed evidenziando, pertanto, la rilevanza del divieto di *bis in idem* quale diritto fondamentale della persona irrevocabilmente giudicata, considerato corollario del “giusto processo” e operante tradizionalmente nei rapporti giurisdizionali di carattere interno<sup>253</sup>, senza

---

della cosa giudicata in materia penale, il cui aperto riconoscimento non nel Patto internazionale ora citato, ma anche nella convenzione europea sui diritti umani è già sin d'ora da taluni ritenuto operante (...), nonostante le dichiarazioni in senso contrario della Commissione europea”, riferendosi così a M. DE SALVIA, *Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 97: secondo la Commissione né l'art 6 e nemmeno ogni altro articolo della Convenzione europea garantiscono implicitamente il principio del *ne bis in idem*.

<sup>251</sup> B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 15 che precisa come l'inserimento della previsione fu approvata durante il 374° incontro dei sottosegretari ministeriali il 22 Novembre 1984.

<sup>252</sup> Nella versione inglese, la norma recita: “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*”.

<sup>253</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, pp. 1343-1344 che osserva come la garanzia convenzionale, al pari di quella nazionale codicistica, tuteli la dimensione interna del principio del *ne bis in idem*, che risulta “sacrificato quando una persona venga sottoposta a più di un procedimento penale in relazione al medesimo fatto dinanzi a differenti autorità giudiziarie nazionali”, e aggiunge: “(...) la norma codicistica e quella convenzionale hanno in comune il contenuto: sia l'art. 649 sia l'art. 4 Prot. n. 7 C.e.d.u. stabiliscono una regola considerata corollario del *due process of law*”. Giova sottolineare come, per quanto riguarda l'irrelevanza del titolo, del grado e delle circostanze ai fini della medesimezza del fatto (espressamente prevista dall'art. 649 c.p.p.), nella norma convenzionale non sia presente il riferimento alla non incidenza del titolo del reato: in tal senso, v. N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1209, che rileva “l'effetto paradossale per cui le fonti europee, nelle quali non vi è traccia di riferimenti alla non incidenza del titolo del reato, sono applicate dalle Corti supranazionali come se il rinvio ci fosse, mentre la fonte codicistica (...) è interpretata a contrario dagli organi giurisdizionali interni”.

invece precludere che venga instaurato un secondo procedimento in un altro Paese<sup>254</sup>. Quest'ultima circostanza è confermata dallo stesso Rapporto esplicativo al Protocollo il quale, al punto 27, prevede l'applicabilità della garanzia del *ne bis in idem* a livello nazionale, nei limiti dell'ordinamento di ciascuno Stato aderente alla Convenzione, specificando come la dimensione internazionale del principio sia garantita da altri strumenti convenzionali<sup>255</sup>: una siffatta limitazione sembra, tuttavia, ridimensionare l'effettività e la portata applicativa di quella che doveva essere una previsione dettata da fondamentali ragioni di garanzia, specialmente se si pone mente al fatto che non tutti gli Stati Membri del Consiglio d'Europa hanno ratificato il 7° Protocollo<sup>256</sup>, e che le convenzioni menzionate dal Rapporto esplicativo- le quali dovrebbero garantire il *ne bis in idem* a livello internazionale- risultano concernere maggiormente la cooperazione tra Stati nella persecuzione ed estradizione dei soggetti attivi del reato, piuttosto che la protezione sostanziale degli stessi da una doppia sottoposizione a procedimento per lo stesso fatto<sup>257</sup>.

Eppure, che il *ne bis in idem* rivesta un ruolo fondamentale e costituisca una garanzia in nessun caso derogabile, nemmeno ad opera della previsione eccezionale contenuta nell'art. 15 della Convenzione stessa, è ciò che emerge chiaramente dalla stessa lettera della previsione convenzionale di cui trattasi<sup>258</sup>, la quale appare,

---

<sup>254</sup> In tal senso, v. N. NEAGU, *op. cit.*, p. 957 e G. COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New journal of European criminal law*, 2013, p. 67 che come l'ambito di applicazione dell'art. 4 in esame sia confinato alla giurisdizione di uno stesso Stato ("the principle is applicable only in accordance with the law and penal procedure of the same state").

<sup>255</sup> Cfr. *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, in *European Treaty Series*, n. 117, che al punto 27 recita: "The words "under the jurisdiction of the same State" limit the application of the article to the national level. Several other Council of Europe conventions, including the European Convention on Extradition (1957), the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (1970) and the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (1972), govern the application of the principle at international level".

<sup>256</sup> Cfr. B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 15. In data attuale, Germania e Olanda hanno firmato il Protocollo senza però ratificarlo, mentre il Regno Unito non lo ha firmato. Sul punto, v. anche J.A.E. VERVAELE, *op. cit.*, p. 102. Lo stato attuale delle firme e delle ratifiche del Protocollo è consultabile alla pagina <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures> del sito internet del Consiglio d'Europa.

<sup>257</sup> G. COFFEY, *op. ult. cit.*, p. 67.

<sup>258</sup> Il comma 3 dell'art. 4 in esame prevede che "Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della convenzione" ("*No derogation from this Article shall*

oltretutto, sancire allo stesso tempo sia la dimensione processuale sia quella sostanziale del principio, cogliendo all'evidenza il legame e la separazione che sussistono tra il divieto di secondo giudizio e quello di seconda condanna, mediante la rubrica "diritto di non essere giudicato o punito due volte"<sup>259</sup>.

Entrambi i divieti, sempre sulla base del tenore letterale dell'art. 4 in questione, sono subordinati alla circostanza per cui il soggetto sia stato "assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva" inerente allo stesso reato: mentre in relazione al concetto di "*final judgment*" non sembrano sussistere, in via generale, interpretazioni contrastanti tra gli Stati Membri- in quanto il divieto di *bis in idem* risulta applicabile nel caso di sentenza definitiva tanto di condanna quanto di assoluzione<sup>260</sup> - decisamente più problematica appare la nozione di "*criminal proceedings*", nozione ricollegabile direttamente a quell'idea di "materia penale" che è stata oggetto di espressa ed ampia definizione da parte della giurisprudenza di Strasburgo, la quale si è così posta in aperto contrasto con le qualificazioni formali operate nei singoli Paesi<sup>261</sup>.

Sembra dunque idoneo, a questo punto, muovere l'analisi sul concetto di "natura penale" della controversia così come interpretato dalla Corte EDU per giungere a dimostrare come la stessa Corte, supportando il principio della prevalenza

---

*be made under Article 15 of the Convention*"). Il menzionato art. 15 in fatti è rubricato "Deroga in caso di stato d'urgenza", e non risulta operante in relazione al divieto di *bis in idem*.

<sup>259</sup> Cfr. G. RANALDI- F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra* ne bis in idem *sostanziale e processuale*, cit. (nota 24), pp. 10-11. La norma convenzionale infatti prevede che "nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato (...)". V. anche G. COFFEY, *op. ult. cit.*, p. 65: "*Since the provision refers to these two distinct prohibitions, this suggests that the two prohibitions form different aspects of the ne bis in idem principle*".

<sup>260</sup> V., in tal senso, N. NEAGU, *op. cit.*, p. 959 in cui si specifica che, al di là di determinati casi eccezionali come quello della Convenzione americana sui diritti umani (che prevede il divieto di *bis in idem* nel solo caso di assoluzione), o della Convenzione di applicazione dell'accordo di Shengen (che ne prevede l'applicazione, al contrario, nel solo caso di sentenza definitiva di condanna), è generalmente pacifico come il principio sia applicabile in entrambi i casi.

<sup>261</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, pp. 1344-1345 la quale rileva come, mentre sul piano interno l'effetto preclusivo del giudicato riguarda esclusivamente la giurisdizione penale, i poteri del giudice penale e il sistema processuale penale, la Corte europea dei diritti dell'Uomo estende la propria cognizione, come vedremo, anche in relazione alle condanne pronunciate in sede amministrativa, specificando che "la giurisdizione della Corte dei diritti dell'uomo non può essere in alcun modo condizionata o delimitata dalle qualificazioni formali operate nei singoli Paesi".

della sostanza sulla forma, si sia resa portatrice di una tutela ancora più forte- rispetto a quella apportata dai singoli Stati- dell'individuo di fronte all'esercizio dello *ius puniendi* da parte delle autorità statali, proponendosi di superare le svariate impostazioni di politica criminale seguite dai differenti ordinamenti nazionali<sup>262</sup>.

### **3. La nozione di “materia penale” e le applicazioni del *ne bis in idem* nella giurisprudenza di Strasburgo.**

In relazione alla portata del *ne bis in idem* convenzionale, la nozione di *matière pénale*, unitamente a quella di *idem factum*- che in seguito approfondiremo- costituisce in maniera evidente uno dei due “poli intorno ai quali si è giocata sinora la partita della maggiore o minore espansione dell'operatività del principio e della sua stessa definizione”<sup>263</sup>.

Infatti, lo stesso tenore letterale dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU, facendo espressamente riferimento alla “condanna penale” e alla “procedura penale”, ha consentito agli Stati membri, e in particolare al nostro legislatore, di considerare pienamente legittima la predisposizione di sistemi sanzionatori quali quelli a “doppio binario” precedentemente illustrati- caratterizzati dalla sovrapposizione di un procedimento penale e di una procedura sanzionatoria di carattere amministrativo per il medesimo fatto illecito- con la sicurezza di non comportare una violazione del *ne bis in idem ex art. 649 c.p.p.*, non trattandosi di doppio giudizio penale<sup>264</sup>: ebbene, i giudici di Strasburgo, adottando sin dagli anni '70 una concezione allargata di

---

<sup>262</sup> G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 6 che sintetizza così l'idea adottata dalla Corte EDU sul tema: “una persona, dunque, non può essere nuovamente sanzionata per lo stesso comportamento con il pretesto che si tratti di una misura amministrativa o disciplinare”.

<sup>263</sup> Così M. BRANCACCIO nella relaz. orientativa dell'Ufficio del Massimario penale n.26/2017, cit., p. 4.

<sup>264</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 3; v. anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale* (Agg. 2017), cit., p. 830 in cui l'Autore specifica come negli ultimi anni la Corte di Strasburgo abbia “fornito importanti spunti per una revisione della tradizionale ricostruzione dei limiti oggettivi del giudicato penale finendo per mettere in discussione- di fatto- il presupposto fondante il *ne bis in idem*” e come, nonostante il divieto ex art. 649 c.p.p. si basi sul presupposto fondamentale della riconducibilità dei diversi procedimenti all'autorità giudiziaria penale, la stessa Corte non abbia esitato a smentire tale presupposto. Sul punto, cfr. anche J.A.E. VERVAELE, *op. cit.*, p. 102 che sottolinea come storicamente il principio del *ne bis in idem* sia stato inteso come limitato solo alla giustizia penale.

“materia penale” che guardava alla “sostanza” dell’illecito piuttosto che alla sua qualificazione formale, hanno inteso rafforzare significativamente la tutela sottesa al divieto di doppio giudizio sancendo il principio per cui anche l’inflizione di una sanzione amministrativa definitiva può precludere l’instaurazione di un procedimento penale in ordine allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona<sup>265</sup>.

La teoria sostanzialista del *ne bis in idem* convenzionalmente orientato, concernente la qualificazione dell’effettiva natura delle sanzioni amministrative previste in via contestuale a quelle penali, costituisce dunque uno dei punti nevralgici su cui si instaura il contrasto di posizioni tra la giurisprudenza italiana e quella europea, nonché il motivo della loro divergenza e incompatibilità<sup>266</sup>: ma cosa deve intendersi per “natura penale” del procedimento e della sanzione, ai sensi della Corte europea dei diritti umani?

I criteri riferibili alla giurisprudenza costante della Corte EDU possono essere delineati prendendo come punto di riferimento il *leading case* che li ha individuati: nella risalente pronuncia “Engel e altri c. Paesi Bassi”<sup>267</sup>, infatti, la Corte, chiamata a stabilire, tra le altre richieste<sup>268</sup>, l’avvenuta o meno violazione dell’art. 6 CEDU

---

<sup>265</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, pp. 6-7 e M. BRANCACCIO, *relaz. orientativa n. 26/2017, cit.*, p.3; sulla superfluità della qualificazione formale della natura dell’illecito, ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, v. anche G. COFFEY, *op. ult. cit.*, p. 65.

<sup>266</sup> Così, L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 1299 che inserisce il contrasto relativo alla nozione di “materia penale” tra gli elementi cardine dell’assunto della Corte EDU, per cui “è lesiva della disposizione convenzionale sul *ne bis in idem*, la previsione di una duplice reazione punitiva, di natura penale, seppur diversamente qualificata dalla normativa, destinata allo stesso soggetto per fatti sostanzialmente identici”.

<sup>267</sup> Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8-06-1976, n. 22, *cit.*: i paragrafi rilevanti ai sensi dell’individuazione dei criteri per stabilire la “natura penale” dell’accusa sono i nn. 82 e 83. La sentenza aveva ad oggetto delle violazioni inerenti la disciplina militare poste in essere dai ricorrenti, soldati di leva di grado differente nelle forze armate dei Paesi Bassi.

<sup>268</sup> I ricorrenti lamentavano la violazione, oltre che dell’art.6 CEDU, anche (in ordine di trattazione della pronuncia): dell’art. 5 (“Diritto alla libertà ed alla sicurezza”) paragrafi 1-4-5, da solo e in combinazione con l’art. 14 (“Divieto di discriminazione”), dell’art. 18 (“Restrizione dell’uso di restrizioni ai diritti”) in combinazione con l’art. 6, dell’art. 10 (“Libertà di espressione”), da solo e in combinazione con l’art.14, nonché degli artt, 17 (“Divieto dell’abuso del diritto”), in combinazione con l’art. 10, e 11 (“Libertà di riunione e di associazione”), tutti della stessa Convenzione.

(“diritto a un equo processo”), ha sancito la necessità di ricorrere a tre criteri essenziali, al fine di determinare la sussistenza di una “accusa in materia penale”<sup>269</sup>.

Il primo di suddetti criteri, noti come “criteri Engel”, consiste nella qualificazione giuridica della misura all’interno del singolo ordinamento nazionale e costituisce semplicemente, a detta della stessa Corte<sup>270</sup>, un punto di partenza caratterizzato da un valore relativo<sup>271</sup>. Tale assunto è spiegato dalla circostanza per cui, se il diritto interno classifica espressamente un illecito come penale, ciò sarà decisivo ai fini dell’individuazione della natura sostanzialmente (e in questo caso anche formalmente) penale dell’accusa e di conseguenza della stessa sanzione; al contrario, qualora la norma sia classificata diversamente e assuma formalmente una natura differente da quella penale, occorrerà porre lo sguardo oltre la classificazione formale e muovere l’analisi in profondità, sulla realtà sostanziale della misura in questione<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia* (relaz. orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 35/2014), in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2014, p. 4. Infatti, l’art. 6 CEDU recita: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta (...)”: posto che- nel caso di specie- sia il Governo sia la Commissione, contro i quali era stato proposto il ricorso, avevano stabilito che i procedimenti disciplinari instaurati nei confronti dei ricorrenti non concernevano né “diritti e doveri di carattere civile” né un’”accusa penale”, rendendo pertanto non invocabile lo stesso art.6, per la Corte EDU diveniva necessario stabilire il significato sostanziale della nozione di “accusa penale”.

<sup>270</sup> Tra le altre pronunce, v. Corte EDU, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, 27-09-2011, ricorso n. 43509/08 e Corte EDU, Öztürk c. Germania, serie A n. 73, richiamata da A.E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art.6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, p. 6, nota 26: in quest’ultima sentenza la Corte ha evidenziato la superfluità della qualificazione formale della norma qualificando come “pena”, ai sensi della CEDU, una sanzione pecuniaria inflitta per violazione del codice della strada tedesco.

<sup>271</sup> In tal senso, M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 5, che sottolinea come “il criterio della qualificazione formale non è da ritenersi decisivo ai fini dell’applicabilità del profilo penale dell’articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo”, v. anche N. NEAGU, *op. cit.*, p. 957 che specifica come la Corte EDU abbia deciso di andare oltre la maggior parte delle pronunce che offrivano un’interpretazione di “criminal proceedings” meramente ancorata a ciò che fosse formalmente considerato “penale” dall’ordinamento interno, stabilendo una nozione di “natura penale” autonoma, valevole a livello europeo e differente dalle definizioni domestiche: il primo criterio costituisce dunque un semplice “starting point”.

<sup>272</sup> Cfr. N. NEAGU, *op. cit.*, p. 957.

Mentre la qualificazione della norma data dal diritto interno costituisce, pertanto, il meno significativo dei tre indici, dirimenti e decisamente più rilevanti sono invece considerati gli altri due criteri<sup>273</sup>, vale a dire quello della natura dell'infrazione e quello della natura e del grado di severità della sanzione<sup>274</sup>.

L'applicazione del secondo criterio, ossia la valutazione della natura dell'illecito, implica l'esame di altri fattori: a tal fine occorre, infatti, prendere in considerazione il carattere e la struttura della norma trasgredita, tenere conto se la norma in questione sia indirizzata esclusivamente a una specifica categoria o al contrario si rivolga a una generalità di destinatari, se il procedimento sia stato instaurato da una pubblica autorità avente poteri conferiti dalla legge, se la norma abbia finalità punitive o deterrenti e in generale valutare la natura degli interessi che la stessa norma trasgredita sia volta a tutelare<sup>275</sup>.

Il terzo criterio infine, costituito dalla natura e in particolar modo dall'apprezzamento del grado di severità della sanzione, attiene, per ciò che concerne la gravità, ai profili contenutistici dell'intervento sanzionatorio, mentre la natura può essere dedotta prevalentemente dallo scopo della sanzione stessa, dalle sue procedure di adozione ed esecuzione nonché dal suo collegamento ad un fatto di reato<sup>276</sup>.

E' bene specificare come tali criteri siano definiti come alternativi e non cumulativi: di conseguenza, ai fini dell'identificazione di un'"accusa in materia penale" valevole ai sensi dell'art. 6 CEDU, risulterà sufficiente che il reato abbia natura penale sulla base degli elementi di valutazione individuati dalla Corte, o che abbia esposto il soggetto interessato a una sanzione che rientri, per natura e per grado di afflittività, nell'ambito della "materia penale" così come rilevante rispetto alla

---

<sup>273</sup> Cfr. A.E. BASILICO, *op. cit.*, p. 6 in cui si specifica che, se fosse dato rilievo preminente al primo criterio, sarebbe da escludere a priori la natura "penale" di molte sanzioni (in particolare l'Autore fa riferimento alle sanzioni inflitte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso "Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia"; cfr. anche N. NEAGU, *op. cit.*, p. 957).

<sup>274</sup> V. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 669 e M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 4.

<sup>275</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., pp. 673-674 e N. NEAGU, *op. cit.*, p. 958 che individua, oltre a quelli menzionati, anche altri fattori da prendere in considerazione per analizzare la natura dell'infrazione, tra cui stabilire se l'irrogazione della sanzione dipenda dall'accertamento della colpevolezza, e valutare come dei procedimenti simili sono classificati in altri Stati Membri del Consiglio d'Europa.

<sup>276</sup> Così, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 674.

Convenzione<sup>277</sup>. Mediante l'individuazione dei criteri Engel, in poche parole, la Corte EDU ha inteso definire la propria nozione di "accusa in materia penale", la quale può identificarsi non soltanto nella qualificazione esplicita operata dal diritto interno- come invece sostenuto spesso dalle corti nazionali- bensì dev'essere desunta principalmente dalla natura della sanzione inflitta e dal grado di severità che la stessa manifesta, sovente non riconducibile semplicemente alla categoria delle obbligazioni risarcitorie o restitutorie derivanti da illecito aquiliano<sup>278</sup>.

In relazione al *leading case* di partenza, dunque, la Corte ha concluso per la riconoscibilità della natura sostanzialmente penale delle sanzioni inflitte ai ricorrenti, con la conseguente e necessaria applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU<sup>279</sup>: tale decisione ha condotto così alla compiuta elaborazione della cosiddetta concezione "autonomista"- in quanto indipendente dalle interpretazioni fornite dai singoli ordinamenti interni- della "materia penale" di stampo convenzionale<sup>280</sup>, rappresentando la base della costante giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, nonché, come vedremo, il principale motivo di frizione con i sistemi sanzionatori tributari e finanziari previsti dal nostro legislatore.

---

<sup>277</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 4; sull'alternatività dei criteri, v. anche A. GOLIA- F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 5 che, specificando come secondo, l'orientamento della giurisprudenza convenzionale, i tre criteri "coesistono in un rapporto alternativo e non necessariamente cumulativo", richiama in tal senso le pronunce della Corte EDU, Garyfallou Aebe c. Grecia, 24-09-1997, serie A n. 1821 (paragrafo 33) e Corte EDU, Lutz c. Germania, 25-08-1987, serie A n. 123 (paragrafo 55).

<sup>278</sup> Così osserva E. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, cit. (nota 184), p. 537.

<sup>279</sup> Si veda la pronuncia Engel c. Paesi Bassi, cit., paragrafi 83-85: "*It is on the basis of these criteria the the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a "criminal charge" within the meaning of Article 6 para. 1 (...) The Convention did however oblige the authorities to afford them the guarantees of Article 6 (art. 6)*".

<sup>280</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, "*Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 908 ss., che specifica "La Corte, in sintesi, ha stabilito che il concetto di "materia penale" (...) di cui all'art.6 non deriva pedissequamente dalle tradizioni giuridiche e dalle scelte legislativo-formali pertinenti al "caso" di volta in volta all'esame, ma va ritagliato *ad hoc*, «ai fini della Convenzione», con una interpretazione «in senso materiale». Liberi, ovviamente, i singoli ordinamenti di qualificare formalmente un fatto come "penale" o come "amministrativo" (...) senza tuttavia che ciò vincoli più che tanto la Corte nell'inquadramento del fatto all'*interno* della disciplina convenzionale".

Invero, proprio grazie al suo autonomo concetto di “materia penale”, la Corte EDU ha tratteggiato i confini dell’ambito di applicazione dell’art. 4 Protocollo n. 7, che risultavano invece scarsamente definiti dal Rapporto esplicativo allo stesso Protocollo precedentemente citato, il quale si limitava a sostenere la non necessità della formale qualificazione dell’infrazione come “penale”, senza specificare ulteriormente i concetti di “*criminal proceedings*” e “*penal procedure*”<sup>281</sup>: il Giudice di Strasburgo ha inteso chiarire, con la sentenza Engel, che le garanzie previste dalla Convenzione non possono rimanere subordinate alla volontà sovrana degli Stati Membri- a seconda della qualificazione da parte di questi ultimi di una sanzione come penale oppure di altra natura- in quanto risulterebbe inevitabile il pericolo di risultati incompatibili con lo scopo e l’oggetto convenzionali<sup>282</sup>.

Ponendo l’attenzione sull’applicazione giurisprudenziale dei menzionati criteri da parte della stessa Corte di Strasburgo, appare evidente come quest’ultima abbia in principio riconosciuto all’elemento della gravità della sanzione un autonomo rilievo, utilizzandolo quale criterio base nella valutazione della natura penale della sanzione stessa anche in mancanza degli altri elementi: l’approccio originario era dunque di tipo qualitativo e rendeva necessaria una ricostruzione del concetto di pena strettamente legata all’incidenza di quest’ultima sulla libertà personale

---

<sup>281</sup> Si veda il punto 28 del Rapporto Esplicativo al Protocollo n. 7 della CEDU, cit.: “*It has not seemed necessary, as in Articles 2 and 3, to qualify the offence as “criminal”. Indeed, Article 4 already contains the terms “in criminal proceedings” and “penal procedure”, which render unnecessary any further specification in the text of the article itself*”. Inoltre, vale la pena sottolineare come al punto 32 del medesimo Rapporto venga fatto presente che lo stesso art. 4 del Protocollo non esclude a priori l’applicabilità di due sanzioni di differente natura nei confronti di uno stesso soggetto e per lo stesso fatto: “*Article 4, since it only applies to trial and conviction of a person in criminal proceedings, does not prevent him from being made subject, for the same act, to action of a different character (for example, disciplinary action in the case of an official) as well as to criminal proceedings*”.

<sup>282</sup> Così, P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d’“infrazione penale” e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 389-390, in cui viene evidenziata la contrapposizione tra la concezione formalistica del reato così come inteso dall’ordinamento penale interno e il diverso orientamento della Corte di Strasburgo: invero, mentre nel nostro ordinamento giuridico spetta esclusivamente al legislatore individuare ciò ch’è penalmente rilevante- tramite la qualificazione formale che determina automaticamente sia il trattamento sanzionatorio sostanziale, sia il regime d’accertamento- la Corte EDU, con la sua “nozione autonoma” d’illecito penale, ha sancito che per stabilire il disvalore sostanzialmente penalistico di un fatto occorre superare la qualifica estrinseca attribuita a quest’ultimo dal diritto oggettivo nazionale.

dell'individuo, rilevando così in via sostanziale solo in caso di limitazione dei diritti di cui all'art. 13 della Carta Costituzionale<sup>283</sup>.

Siffatta posizione è stata progressivamente superata dalla Corte Europea, la quale ha preferito passare da una giurisprudenza “dei valori”, incentrata sul profilo qualitativo e sulla severità della sanzione, a una giurisprudenza “dello scopo”, che ponesse al centro dell'analisi la finalità attribuita dalla legge alla sanzione stessa, concepita come strumento indirizzato alla generalità dei consociati e volto alla prevenzione generale e speciale<sup>284</sup>.

L'applicabilità delle garanzie previste dalla Convenzione finiva così per essere legata non tanto- o quantomeno non in via esclusiva- al concetto di gravità, bensì a quello della funzione della pena: un esempio evidente di tale cambiamento di rotta da parte della Corte è rappresentato dalla pronuncia “Öztürk c. Germania”, relativo a un soggetto sanzionato in via amministrativa a seguito di un incidente automobilistico, nella quale alla “finalità punitiva” della sanzione venne attribuito un rilievo a tal punto centrale, da sovrastare lo stesso criterio di severità<sup>285</sup>. Il requisito dello scopo della sanzione ha, pertanto, guadagnato a poco a poco, nella giurisprudenza della

---

<sup>283</sup> Cfr. A. GOLIA- F. ELIA, *op. cit.*, pp. 5-6, che in tal senso richiama, alla nota 15, la pronuncia della Corte EDU, *Albert e Le Compte c. Belgio*, 10-02-1983, serie A n. 58, concernente un procedimento disciplinare in ambito lavorativo, in cui la Corte di Strasburgo considerò la sanzione della radiazione o sospensione dall'esercizio della professione d'avvocato o medico sufficientemente severa da qualificare come penale l'infrazione e la conseguente pena prevista.

<sup>284</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *op. cit.*, pp. 917-918: l'Autore, nelle pagine precedenti, specifica come la Corte abbia inteso distaccarsi dalla concezione quantitativa, fondata sulla pregnanza e sulla gravità della sanzione, seguita specialmente in Germania e che aveva portato a ritenere estranee alle garanzie di cui all'art. 6 CEDU persino le pene criminali, in quanto solo pecuniarie, inflitte attraverso il decreto penale di condanna. V. anche A. GOLIA- F. ELIA, *op. cit.*, p. 6 in cui si rileva che il Giudice di Strasburgo “ha progressivamente ricompreso nel criterio della severità anche le sanzioni pecuniarie non proporzionate rispetto alla gravità dell'illecito compiuto. Così facendo ha oltrepassato un approccio quantitativo, evitando di arenarsi nella difficile e contraddittoria individuazione di una soglia minima di severità che legittimasse il ricorso alle garanzie convenzionalmente riconosciute”.

<sup>285</sup> Cfr. A. GOLIA- F. ELIA, *op. cit.*, p. 6 che alla nota 17 richiama la pronuncia Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, serie A n. 73, già citata, nella quale al paragrafo 53 si specifica: “*the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*”. Orientamento analogo, come rileva l'Autore, è espresso dalle pronunce Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25-08-1987, serie A n. 123 e Corte EDU, *Varuzza c. Italia*, 09-11-1999, ricorso n. 35260/97. La stessa pronuncia *Öztürk c. Germania* è ampiamente commentata da C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 894 ss.: la sentenza stabilisce che le garanzie di cui all'art. 6 CEDU devono trovare applicazione anche in relazione all'illecito amministrativo che, per struttura e finalità, debba essere equiparato a quello penale.

Corte, un peso sempre più dirimente in relazione al procedimento valutativo in esame, acquisendo una posizione preminente e assurgendo a ruolo di protagonista nel corso dello scrutinio inerente alla natura della reazione sanzionatoria<sup>286</sup>: in tal senso, la finalità punitivo-afflittiva della misura veniva riconosciuta e considerata preponderante, talvolta, anche in presenza di ulteriori e compresenti scopi preventivi della stessa, rendendo conseguenza necessaria l'applicabilità delle garanzie convenzionali nonostante la formale qualificazione amministrativa della sanzione (si veda, su tutte, la sentenza "Sud Fondi c. Italia")<sup>287</sup>.

Nel corso del tempo, dunque, la Corte di Strasburgo ha condotto differenti tipi di accertamento, tutti ugualmente finalizzati a stabilire la sostanziale natura penale dell'illecito di volta in volta sottoposto alla sua cognizione, applicando i criteri Engel di propria creazione quasi sempre in via alternativa tra loro, nonostante la possibilità di adottare un approccio cumulativo degli stessi qualora l'applicazione di ogni singolo criterio non consentisse di giungere ad una conclusione certa circa la sussistenza di un'accusa penale<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Così, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 674 in cui vengono richiamate, a dimostrazione di tale orientamento, le pronunce Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 09-02-1995, serie A n. 307 A e Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 05-07-2001, ricorso n.41087/98.

<sup>287</sup> Cfr. A. GOLIA- F. ELIA, *op. cit.*, p. 7, che richiama la sentenza Corte EDU, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, 30-08-2007, ricorso n.75909/01, nella quale la Corte Europea ha condannato lo Stato italiano per la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, riconoscendo la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica di cui all'art.44 d.p.r. 380/2001, nonostante la disciplina interna la qualificasse come sanzione di natura amministrativa, evidenziando il contenuto spiccatamente punitivo della stessa. La stessa pronuncia è richiamata da A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 674, che specifica come con tale sentenza la Corte di Strasburgo abbia riconosciuto la finalità repressiva della sanzione sebbene risultassero compresenti anche finalità tipicamente preventive, "concepite in chiave di neutralizzazione della pericolosità oggettiva o soggettiva".

<sup>288</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, p. 5 che individua tutta una serie di esempi giurisprudenziali in cui la Corte EDU ha di volta in volta operato una tipologia di accertamento differente (valutando, ad esempio, se la norma interna rilevante fosse rivolta solo ad uno specifico gruppo oppure avesse carattere vincolante *erga omnes*, oppure se la stessa norma giuridica avesse funzione repressiva o deterrente). In particolare l'Autrice, alla nota 12, in relazione all'approccio cumulativo operato talvolta dalla Corte richiama la pronuncia Corte EDU, *Bendenoun c. Francia*, 24-02-1994, serie A n. 284, nella quale, nonostante nessun criterio apparisse di per sé decisivo, si è concluso per l'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU valutando complessivamente la sanzione formalmente amministrativa che era stata inflitta al ricorrente.

L'enorme fortuna che i criteri Engel hanno avuto nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>289</sup> non poteva dunque che ripercuotersi sulla portata dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU disciplinante il *ne bis in idem* convenzionale: la potenza operativa e l'essenzialità di quest'ultimo principio ha posto in discussione interi ambiti normativi inerenti agli ordinamenti interni, in quanto l'approccio sostanziale nella qualificazione delle sanzioni ha fatto sì che i presupposti applicativi del divieto di *bis in idem* si ampliassero significativamente, consentendone l'operatività anche rispetto a sistemi sanzionatori che altrimenti sarebbero risultati intangibili<sup>290</sup>.

È appunto il caso, come anticipato, del modello del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, previsto dal nostro legislatore in materia di abusi di mercato e di determinati illeciti tributari, che diventa contrastante con il principio del *ne bis in idem* quando la sanzione amministrativa appare caratterizzata da un contenuto sostanzialmente repressivo e afflittivo, tale da poter essere ricondotta nella nozione di "materia penale" convenzionalmente rilevante<sup>291</sup>. In altre

---

<sup>289</sup> Tra le sentenze più significative sul tema, vale la pena richiamare la pronuncia Corte EDU, [GC], Zolotukhin c. Russia, 10-02-2009, ricorso n. 14939/03 richiamata da E. MANCUSO, *op. cit.*, p. 536, che specifica come in tale sentenza la Corte abbia evidenziato l'esigenza di effettuare di volta in volta una verifica bifasica, funzionale alla qualificazione del doppio binario sanzionatorio: in primo luogo il controllo sulla natura penale della sanzione in base ai criteri Engel, per determinare se dietro la caratterizzazione formale fornita dal legislatore non si celi, in realtà, una vera e propria sanzione avente natura penale, in secondo luogo un controllo circa l'identità del fatto, concetto che in seguito approfondiremo. La stessa sentenza è richiamata da G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 5, in cui si rileva come la Corte abbia ribadito che anche l'inflizione di una sanzione amministrativa definitiva può precludere l'instaurazione di un procedimento penale. Si veda anche Corte EDU, Menarini Diagnostics srl c. Italia, 27-09-2011, ricorso n. 43509/08, richiamata da A. GOLIA- F. ELIA, *op. cit.*, p. 8 in cui alla nota 24 si spiega che in tale pronuncia la Corte ha qualificato in termini penali delle violazioni concorrenziali- costituenti illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano- sulla base della natura pubblicistica degli interessi tutelati, della severità e della finalità repressiva nonché preventiva della sanzione inflitta. La stessa sentenza è ampiamente commentata da A.E. BASILICO, *op. cit.*, p. 6: "(...) secondo i giudici di Strasburgo, il carattere «penale» della sanzione derivava dalla natura della norma violata, volta a preservare uno degli interessi generali della società, la libera concorrenza sul mercato, e investita della stessa funzione che tradizionalmente viene affidata alle norme penali. Inoltre, la misura aveva lo scopo d'impedire che le condotte lesive fossero ripetute in futuro e aveva quindi tanto una finalità repressiva, quanto uno scopo di prevenzione".

<sup>290</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 673.

<sup>291</sup> *Ibidem*, che sottolinea come in relazione a tali modelli la Corte di Strasburgo abbia adottato un approccio che non rimanesse ancorato "a rigorosi e stringenti vincoli formali". Vale inoltre la pena citare la pronuncia della Corte EDU, Jussila c. Finlandia, 23-11-2006, n. 73053, richiamata da C. FATTA, *op. cit.*, p. 5 in cui l'Autrice, alla nota 13, specifica che in tale sentenza la Grande Camera ha ritenuto applicabili le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, in virtù dei criteri Engel, anche al processo tributario, affermando che la sovrattassa

parole, qualora il sistema del doppio binario preveda la contestuale irrogazione di una sanzione penale e di una formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, in ordine allo stesso fatto e nei confronti di uno stesso soggetto, non potrà che risultare evidente una violazione del *ne bis in idem*, nella sua dimensione processuale e in quella sostanziale.

Come vedremo, il concetto di “natura penale” di matrice convenzionale, le sue ricadute sul divieto di *bis in idem* e gli attriti con l’ordinamento interno sono confluiti nella sentenza più rilevante sul tema, costituente un importante punto fermo nella ricostruzione del dialogo tra le Corti, seppur non di certo l’approdo finale: trattasi della pronuncia “Grande Stevens c. Italia”, vicenda che ha posto in luce gli evidenti profili di contrasto tra la regolamentazione interna degli abusi di mercato e il sistema di tutela dei diritti fondamentali garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo<sup>292</sup> e che ha reso evidente, soprattutto, la necessità di stabilire un equilibrio accettabile tra illeciti penali e illeciti amministrativi potenzialmente sovrapponibili<sup>293</sup>.

#### **4. Il *ne bis in idem* nel sistema dell’Unione europea: l’art. 50 CDFUE e le applicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell’Unione europea.**

La garanzia del *ne bis in idem*, come illustrato precedentemente, ha visto riconoscersi un ulteriore profilo di tutela mediante l’esplicito accoglimento del principio nell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: nella sua dimensione eurounitaria, il *ne bis in idem* assume un ambito applicativo decisamente ampio, in quanto non viene affermato solo per ribadire nel contesto comunitario quanto già salvaguardato negli ordinamenti dei Paesi membri e nell’art.

---

sull’imposta evasa non costituiva in quel caso “un semplice risarcimento dei danni, bensì una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive”.

<sup>292</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1337.

<sup>293</sup> Così, E. MANCUSO, *op. cit.*, p. 537 in cui si evidenzia siffatta urgenza “allo scopo di definire una regola aurea che possa governare l’intricato quadro di sospetta sovrapposizione tra fattispecie sanzionatorie, anche in chiave ricostruttiva di un sistema ipertrofico, spesso cresciuto secondo la logica emergenziale o in chiave correttiva di scelte di fondo non sempre soddisfacenti”.

4 Protocollo n. 7 CEDU, bensì per costituire un sistema di salvaguardia volto a sostenere il principio stesso nella sua dimensione sia interna sia internazionale<sup>294</sup>.

Abbiamo, infatti, avuto modo di notare come la Corte di Lussemburgo sia chiamata a far rispettare il principio del *ne bis in idem* tra i Paesi vincolati all'osservanza dell'art. 50 citato, contemplante il diritto di ogni individuo a non 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”<sup>295</sup>, in tal modo estendendo quella stessa garanzia che a livello convenzionale risulta regola valida esclusivamente nei rapporti giurisdizionali di carattere interno, ed affermandone la dimensione transnazionale-orizzontale<sup>296</sup>.

Volendo concentrare la nostra analisi sulla dimensione interna del *ne bis in idem*, così come rilevante a livello comunitario, si rende necessario un raffronto con l'interpretazione convenzionale dello stesso principio, e in particolare con la nozione di “materia penale” che- come abbiamo appena visto- rappresenta un caposaldo fondamentale della giurisprudenza di Strasburgo e la base operativa del divieto di *bis in idem* tanto processuale quanto sostanziale: invero, le problematiche precedentemente evidenziate in merito al rapporto tra i sistemi sanzionatori caratterizzati dal doppio binario e l'interpretazione convenzionale del divieto di doppio processo/ sanzione, si ripropongono in ambito comunitario ogniqualvolta la disciplina sanzionatoria di doppio binario ricada nell'ambito di applicazione del diritto UE e nella sfera di competenza della Corte di Giustizia, come nel caso degli

---

<sup>294</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1341 e pp. 1346-1347, in cui si rileva che il *ne bis in idem*, nel contesto dell'Unione Europea, è caratterizzato da “un ambito normativo più ampio di quello riconducibile all'art. 50 CDFUE, stratificandosi in un lasso temporale oltre che ventennale, durante il quale le evoluzioni politico-istituzionali dell'Unione, da un lato, e la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, dall'altro, hanno concorso ad elaborare un composito quadro di riferimento, nel quale valenza e contenuti del *ne bis in idem* mutano a seconda della prospettiva e/o del contesto in cui tale regola è destinata ad operare”.

<sup>295</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, pp. 7-8, che alla nota 16 specifica come, nell'Unione Europea, siano stati inizialmente gli artt. 54 e ss. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Shengen ad estendere il divieto di *bis in idem* alle giurisdizioni penali degli Stati appartenenti all'Unione, nonostante la mancanza di una previa armonizzazione degli ordinamenti interni.

<sup>296</sup> In tal senso, V. FELISATTI, *op. cit.*, p. 2 e M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1347, che sottolinea la salvaguardia del *ne bis in idem* nel sistema dell'Unione sia volta in particolare a “realizzare, per la prima volta nel vecchio continente, una tutela del *ne bis in idem* penale avente rilievo ed efficacia anche in Paesi diversi da quelli nei quali è stata pronunciata la sentenza penale divenuta irrevocabile”.

abusi di mercato- oggetto di ampia regolamentazione comunitaria- e dei reati fiscali di evasione dell'IVA<sup>297</sup>.

Partendo da una prospettiva generale, può pacificamente affermarsi che la Corte di Giustizia europea, senza rischiare di produrre delle fratture interpretative rispetto al sistema della CEDU, sembra aver indirizzato il proprio orientamento nel senso di un'armonizzazione con la giurisprudenza della Corte EDU<sup>298</sup>.

A tal riguardo, occorre fare riferimento alla decisione della Corte di Giustizia nel caso "Bonda", costituente un importante precedente giurisprudenziale ricollegabile all'applicazione del divieto di *bis in idem*<sup>299</sup>. Nel caso di specie, era stato sollevato un rinvio pregiudiziale nei confronti dei giudici eurounitari da parte della Corte Suprema polacca, nell'ambito di un procedimento penale relativo al reato di frode in materia di sovvenzioni instaurato nei confronti di un soggetto (il signor Bonda, appunto), il quale era stato già precedentemente raggiunto da un provvedimento dell'Ufficio circondariale dell'Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola in merito ai medesimi fatti: quest'ultimo provvedimento, oltre a prevedere l'esclusione del destinatario da determinati benefici, sottoponeva lo stesso ad una misura sanzionatoria, costituente- secondo il giudice del rinvio- una sanzione di natura sostanzialmente penale, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti umani<sup>300</sup>. La Corte di Giustizia ha risposto alla questione pregiudiziale affermando che la natura amministrativa delle misure irrogate non poteva essere rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU in merito all'idea di "procedura penale", ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7

---

<sup>297</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.05.2016, p. 6.

<sup>298</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, pp. 7-8 in cui si evidenzia come la Corte di Lussemburgo, mediante il proprio orientamento giurisprudenziale su cui avremo modo di soffermarci, abbia confermato- allineandosi in tal senso alla Corte EDU- che "gli Stati membri sono liberi di definire tipologia e *quantum* di sanzioni per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. In linea di principio, dunque, essi sono legittimati a ricorrere contestualmente a misure amministrative e penali, purché la formale qualificazione delle prime non celi in realtà un'indebita duplicazione punitiva, in spregio al divieto di doppio giudizio".

<sup>299</sup> Si veda C-GE, GS, C-489/10, Bonda, 05-06-2012, richiamata da D. 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](http://www.penalecontemporaneo.it), 15.04.2013, p. 8 ss e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 12.

<sup>300</sup> Per un'attenta ricostruzione della vicenda oggetto della pronuncia in esame, v. D. VOZZA, *op. cit.*, pp. 8-9.

CEDU: così facendo, da una parte ha richiamato i criteri Engel elaborati dalla Corte europea<sup>301</sup>, dall'altra ha messo in evidenza quanto la nozione di "materia penale" rappresenti un concetto- come sostenuto dalla dottrina- "a geometria variabile", ossia cangiante a seconda della tipologia di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, del contesto normativo di riferimento nonché dell'interpretazione di volta in volta operata<sup>302</sup>.

Altro importante precedente giurisprudenziale per la delineazione dell'interpretazione comunitaria di "materia penale", e conseguentemente del principio del *ne bis in idem*, è costituito dal caso "Spector Photo Group" del 2009<sup>303</sup>: in tale pronuncia, attinente alla materia degli abusi di mercato, la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 14 della direttiva 2003/6/CE- che impone agli Stati membri di prevedere, nei confronti dei responsabili di un abuso di mercato, misure o sanzioni amministrative che siano efficaci, proporzionate e dissuasive, restando salvo il diritto degli stessi Stati di predisporre sanzioni penali- non dev'essere interpretato come se imponesse agli ordinamenti interni d'infliggere sanzioni penali a carico dei soggetti autori di tali reati, bensì si limita ad enunciare la necessità che tali Stati vigilino affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti dei responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione della direttiva<sup>304</sup>. In altre

---

<sup>301</sup> V. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9, in cui si rileva che al paragrafo 35 della pronuncia in esame la Corte, rifacendosi alla giurisprudenza di Strasburgo, ha stabilito che per valutare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e la natura e il grado di severità della sanzione.

<sup>302</sup> Cfr. D. VOZZA, *op. cit.*, p. 8 il quale specifica che, nel caso di specie, la Corte rispose alla questione pregiudiziale dopo aver ribadito, alla luce dei precedenti giurisprudenziali, che le sanzioni disposte da normative di politica agricola comune non hanno natura penale, bensì amministrativa; v. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, pp. 12-23.

<sup>303</sup> C- GE, C-45/08, Spector Photo Group, 23-12-2009, richiamata da G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>304</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa n. 35/2014), cit., pp. 14-15 in cui si aggiunge che, nella stessa pronuncia, la Corte di Giustizia ha anche chiarito agli Stati membri che le sanzioni amministrative imposte dalla direttiva potevano, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, essere qualificate come sanzioni penali. V. anche, sul punto, G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 13 ss: dalla pronuncia del Giudice di Lussemburgo "consegue che la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un'ipotetica sanzione penale ulteriore. Inoltre, il vantaggio economico, secondo i Giudici di Lussemburgo, può costituire un elemento pertinente ai fini della determinazione di una sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva, ma il metodo di calcolo di tale vantaggio economico e, in particolare, la data o il periodo da prendere in

parole, la Corte di Lussemburgo ha inteso rendere chiaro che la direttiva europea in materia di abusi di mercato non costituisce un'autorizzazione, nei confronti degli Stati membri, al ricorso ad una doppia sanzione (penale e amministrativa) nella lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari: siffatto argomento sarà utilizzato, pertanto, per smentire una delle principali ragioni difensive proposte alla Corte EDU dal Governo italiano, come vedremo, nell'ambito della vicenda "Grande Stevens"<sup>305</sup>.

La Corte di Giustizia ha così identificato i criteri di valutazione che le autorità nazionali dei singoli Stati membri devono seguire nell'esercizio del loro potere qualificatorio, criteri che verranno posti alla base della trama argomentativa successivamente delineata, in via più precisa, nella motivazione della sentenza "Fransson"<sup>306</sup>: avremo modo di approfondire quest'ultima pronuncia trattando del rapporto sussistente tra il principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione comunitaria e il sistema del doppio binario sanzionatorio, ponendola in diretto confronto con le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU nella sentenza "Grande Stevens" e identificando le divergenze interpretative tra la giurisprudenza di Strasburgo e quella di Lussemburgo<sup>307</sup>.

Vale la pena evidenziare, per ora, come le conclusioni cui la Corte di Giustizia è pervenuta nella sentenza "Fransson"- e in particolare il riferimento,

---

considerazione rientrano nel diritto nazionale", in tal modo anticipando le conclusioni cui la stessa Corte è pervenuta con la pronuncia nel caso *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, che approfondiremo, ossia la rimessione al giudice nazionale della valutazione circa la natura penale della sanzione tributaria.

<sup>305</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa n.35/2014), p. 14 e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 14 che rilevano come il Governo italiano, per rispondere alle censure mosse dalla Corte di Strasburgo al sistema del doppio binario sanzionatorio in ambito finanziario, nell'ambito del caso "Grande Stevens", utilizzò tra i principali argomenti difensivi- il rilievo per cui sarebbe stato proprio il diritto dell'Unione europea a consentire il ricorso alla doppia sanzione in relazione agli abusi di mercato.

<sup>306</sup> Così, G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 15.

<sup>307</sup> Sul punto, G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9 ss. che specifica come le maggiori divergenze interpretative si riscontrano, come vedremo, nel paragrafo 36 della sentenza *Fransson*, in cui la Corte di Giustizia affida al giudice interno il compito di accertare la natura penale delle sanzioni fiscali (mentre vedremo come nella sentenza "Grande Stevens" la Corte EDU abbia affermato il principio opposto, estromettendo il giudice nazionale da ogni valutazione circa la qualificazione della sanzione); v. anche D. VOZZA, *op. cit.*, p. 8 ss. che rileva come la Corte di Giustizia, tramite le sue pronunce, abbia effettuato "una lettura tendenzialmente autonoma dell'art. 50 CDUE, che si discosta da quella di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU".

nell'affermazione di cui al paragrafo 36<sup>308</sup>, alla necessità per il giudice interno valutare la natura sostanziale della doppia sanzione, prendendo in considerazione anche le esigenze attinenti ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione- hanno fatto sì che l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE si discostasse, sotto determinati profili, da quella fornita dalla Corte EDU in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, concretizzandosi in una lettura tendenzialmente restrittiva del divieto di *bis in idem*, sottoposto al bilanciamento del giudice con il bisogno di sanzioni adeguate<sup>309</sup>.

Tuttavia, la discrasia appena evidenziata, sussistente tra l'interpretazione del *ne bis in idem* operata a livello convenzionale dalla Corte EDU e quella adottata in ambito comunitario dalla Corte di Giustizia, non sembra essere in linea con la previsione di cui all'art. 52, paragrafo 3, CDFUE<sup>310</sup>: in forza di tale clausola di

---

<sup>308</sup> In tale passaggio, la Corte di Giustizia, dopo aver richiamato i criteri affermati nella sentenza "Bonda" afferma che "spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive".

<sup>309</sup> Sul punto, D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5 ss. che evidenzia le problematiche poste in essere dal "programma applicativo" di cui al paragrafo 36 della sentenza, che rimette nelle mani del giudice interno il compito di accertare la natura penale delle sanzioni fiscali senza però specificare il tipo di valutazione che egli dovrà compiere; v. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa n.35/2014), cit., p. 7 in cui si spiega che la Corte di Lussemburgo "ha affermato anche, nella pronuncia citata, che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni (...) una combinazione di sanzioni sia fiscali che penali, al fine di tutelare gli interessi dell'Unione mediante il sistema di riscossione di entrate provenienti dall'IVA, sempre che tali sovrattasse non abbiano natura penale ai sensi dell'art. 50 della Carta (...)". Ciò si pone in contrasto con quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza "Grande Stevens", che analizzeremo, in cui si ravvede "una sostanziale inconciliabilità in astratto con il principio del *ne bis in idem* del sistema di doppia sanzione" previsto in ambito finanziario.

<sup>310</sup> Cfr. D. VOZZA, *op. cit.*, p. 6: in base alla disposizione citata, qualora la carta "contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". L'Autore inoltre fa riferimento alle Spiegazioni di corredo della Carta, in particolare quelle relative all'art. 50 CDFUE- in cui è stabilito che "Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU"- e all'art. 52, paragrafo 3, CDFUE appena citato- ove è previsto che "Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono

equivalenza, infatti, l'art. 50 della Carta dovrebbe incorporare il contenuto minimo dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, casomai ampliandone la portata operativa anche ai fatti giudicati in via definitiva in altro Stato membro dell'Unione, come osservato in precedenza<sup>311</sup>. Al contrario, la Corte di Lussemburgo non solo ha proposto un'interpretazione meno ampia e, per così dire, "più cauta" del principio del *ne bis in idem*<sup>312</sup>, ma ha anche evitato, nella menzionata pronuncia, qualsiasi tentativo di conciliare la diversità di tutele offerta ai due livelli: sebbene lo stesso Avvocato Generale abbia infatti concluso per la necessità di adottare un'interpretazione autonoma dell'art. 50 della Carta accompagnata dall'esigenza, allo stesso tempo, di tenere conto della giurisprudenza della Corte EDU<sup>313</sup>, la Corte di Lussemburgo ha

---

determinati non solo dal testo di questo strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU".

<sup>311</sup> V. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5 che rileva come l'integrale richiamo, da parte dell'art. 50 CDFUE, al *ne bis in idem* convenzionale comporterebbe l'importante conseguenza per cui la celebrazione o la prosecuzione di un secondo processo sarebbe sicuramente preclusa, qualora il primo procedimento- conclusosi con provvedimento definitivo- avesse natura sostanzialmente penale in base ai criteri "Engel", a prescindere dalla sua formale qualificazione.

<sup>312</sup> Così, M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa n.35/2014), p. 8 che rileva come la Corte di Giustizia abbia mostrato un atteggiamento più cauto rispetto alla portata del principio "soprattutto con riferimento non già alla sola natura penale o non delle sanzioni (...), bensì alla necessità di valutare il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (se riconosciute di natura penale) per lo stesso fatto e di bilanciare il divieto di uno stesso giudizio con l'esigenza di adeguate misure residuali".

<sup>313</sup> Cfr. 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 Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 06.03.2013, che richiama le *Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 giugno 2012, C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, consultabili in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CC0617>: interessanti le considerazioni dell'AG al paragrafo 84 ("Io ritengo che la proclamazione di cui all'articolo 52, paragrafo 3, della Carta acquisti necessariamente lineamenti propri quando viene trasposta al principio del *ne bis in idem*. Ritengo che la CEDU, alla quale si fa rinvio nel diritto primario dell'Unione, sia la convenzione in quanto tale, vale a dire, nel suo complesso di disposizioni imperative e di contenuti, in una certa misura, aleatori"), 85 ("In considerazione di quanto precede, ritengo che l'obbligo di interpretare la Carta alla luce della CEDU debba essere attenuato quando il diritto fondamentale in questione, o un aspetto dello stesso (come nel caso dell'applicabilità dell'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU alla duplice sanzione amministrativa e penale), non è stato pienamente incorporato dagli Stati membri"), e specialmente al paragrafo 87, in cui sostiene che "l'articolo 50 della Carta esiga un'interpretazione parzialmente autonoma. Evidentemente si deve tenere conto dello stato attuale della

deciso di restare del tutto svincolata da quest'ultima, non operando alcun cenno all'articolo della Convenzione disciplinante il principio in esame, affermando che il parametro è rappresentato unicamente dall'art. 50 della Carta<sup>314</sup>. Ciò sulla base del motivo per cui, nell'opinione della Corte di Giustizia, è da negare una "comunitarizzazione" della CEDU, poiché la Convenzione, fintanto che le procedure di adesione dell'Unione alla stessa siano in corso, non costituisce "un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione"<sup>315</sup>.

A complicare ancor di più le carte in tavola, nella delineazione dei rapporti tra *ne bis in idem* nazionale, convenzionale e comunitario, è la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE negli ordinamenti interni degli Stati membri: ai giudici nazionali spetta, infatti, il controllo diffuso della conformità del diritto interno a quello comunitario, nonché il potere-dovere di disapplicare le norme interne eventualmente contrastanti con quest'ultimo, a favore dell'applicazione del diritto europeo<sup>316</sup>.

Sulla base di tale assunto, l'art. 50 in esame sembrerebbe destinato ad essere applicato in via immediata dal giudice italiano, il quale dovrebbe pronunciare sentenza di non doversi procedere per *ne bis in idem* in virtù di tale disposizione, ogniqualvolta egli venga a conoscenza dell'esistenza di un provvedimento definitivo concernente lo stesso fatto illecito, che abbia natura penale ai sensi dei criteri

---

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma la soglia di tutela cui deve attenersi la nostra giurisdizione dev'essere frutto di un'interpretazione indipendente (...)"

<sup>314</sup> Cfr. R. CONTI, *op. cit.*, che sottolinea come la prevalenza della Carta, sostenuta dalla Corte di Giustizia, "assume tratti peculiari se si considera che l'articolo 52, paragrafo 3, della carta consente alla stessa di concedere una protezione più estesa di quella garantita dal corrispondente diritto della Convenzione, ma non il contrario! Non si può, sul punto, non cogliere la scelta della Corte di lasciare sullo sfondo la questione dei rapporti fra le tutele offerte dalla carta e dalla CEDU".

<sup>315</sup> Paragrafo 44 della sentenza *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, cit., richiamata da M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa n.35/2014), p. 8, che prosegue: "Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale"; v. anche R. CONTI, *op. cit.*, che osserva: "Il fatto che siano "in corso" le procedure di adesione dell'UE alla CEDU consente, probabilmente, di spiegare tale atteggiamento di prudenza che, a conti fatti, non ha comunque impedito alla Corte di affermare il "primato" della Carta di Nizza sulla tutela offerta dalla CEDU".

<sup>316</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1341: si tratta del cosiddetto primato del diritto dell'Unione.

“Engel”<sup>317</sup>: in particolare, l’effetto preclusivo sancito dall’art. 649 c.p.p. dovrebbe valere, ai sensi della norma comunitaria, non solo nel caso di sentenza irrevocabile pronunciata dal giudice penale, bensì anche qualora sussista una condanna inflitta in sede amministrativa, a patto che quest’ultima possa essere qualificata come “penale” e qualora abbia ad oggetto la medesima condotta materiale punita anche in sede penale<sup>318</sup>.

Ebbene, nonostante siffatta conclusione rappresenti una delle possibili soluzioni, come vedremo, adottabili dai giudici nazionali per far fronte alle censure mosse a livello sovranazionale- e in particolar modo convenzionale- al sistema del doppio binario sanzionatorio e alla sua ritenuta incompatibilità con il principio del *ne bis in idem*, non manca chi sostenga la problematicità e il paradosso che potrebbe sorgere dalla diretta applicabilità dell’art. 50 suddetto: infatti, non solo la prospettiva del sistema di tutela, incentrato sulla CEDU e sulla giurisprudenza della Corte EDU- precludendo la condanna in sede penale del medesimo fatto sanzionato già in via amministrativa- esporrebbe gli ordinamenti nazionali a molteplici violazioni delle

---

<sup>317</sup> Così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5, che specifica: “D’altra parte, l’art. 50 CDFUE è, in forza dell’art. 6 TUE, disposizione avente lo stesso valore giuridico dei trattati, come tale idonea a produrre effetti diretti nell’ordinamento degli Stati membri: anche, se necessario, previa disapplicazione delle norme interne eventualmente contrastanti”; cfr. anche M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1341, che rileva come la disposizione della Carta prevalga *ipso iure* e senza a mediazione di una pronuncia d’illegittimità della norma interna da parte della Corte costituzionale per contrasto con il diritto comunitario (sottolineando, alla nota 29, la circostanza per cui è contrario all’art. 267 TFUE l’obbligo per il giudice nazionale di adire la Corte costituzionale al fine di ottenere una pronuncia d’illegittimità della norma interna attuativa di una direttiva europea per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali, in quanto risulterebbe limitato il potere di disapplicazione).

<sup>318</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1342, la quale aggiunge che il diritto interno contrastante con la normativa comunitaria andrebbe disapplicato anche quando questo preveda livelli più elevati di salvaguardia dei diritti fondamentali, richiamando (alla nota 30) la pronuncia C-GE, GC, C-399/11, Melloni, 26-02-2013 secondo cui l’art. 52 CDFUE non autorizzerebbe gli Stati membri ad applicare lo standard dei diritti fondamentali garantito dalla propria Costituzione, nonostante sia più elevato di quello derivante dalla carta, quando questo si opponga all’applicazione del diritto comunitario, altrimenti sarebbe leso il principio del primato del diritto dell’Unione; sull’applicabilità dell’art. 50 della carta, analog., v. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, cit., p. 235: “(...) mi pare che la seguente conclusione si imponga: il giudice penale ben potrà- ed anzi dovrà- pronunciare immediatamente, in diretta applicazione dell’art. 50 CDFUE, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere (...); così come analoga statuizione dovrà adottare l’autorità amministrativa o quella giurisdizionale adita in sede di opposizione nella (invero assai più improbabile) ipotesi in cui si sia già formato il giudicato in sede penale”.

garanzie del “giusto processo” di cui all’art. 6 CEDU (non assicurate dal processo amministrativo), ma lo stesso effetto preclusivo in siffatta ipotesi comporterebbe la conseguenza per cui un fatto, per il quale la legge assicura le garanzie del diritto e del processo penale, possa essere giudicato da un’ autorità amministrativa con buona pace di tali garanzie<sup>319</sup>.

L’ applicazione del *ne bis in idem* in presenza di una condanna amministrativa si risolverebbe, in un certo senso, in una “resa del giudice penale”, posto che, il più delle volte, è la pronuncia emessa in sede amministrativa a divenire definitiva per prima<sup>320</sup>.

Da non sottovalutare, inoltre, è l’ osservazione per cui, precludendo l’ instaurazione del procedimento penale, il giudice interno potrebbe rendersi autore di una violazione degli obblighi di fonte UE di tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva degli interessi dell’ Unione stessa<sup>321</sup>: indubbiamente ciò si risolverebbe in

---

<sup>319</sup> Così, M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, pp. 1340-1341: dalla diretta applicabilità del *ne bis in idem* così come sancito a livello comunitario conseguirebbe la possibilità che un fatto, giudicabile in sede penale, “possa essere giudicato da un’ autorità amministrativa senza le garanzie del diritto e del processo penale, bensì attraverso meccanismi di accertamento e repressione che non sono né pubblici, né permeabili all’ informazione, né tantomeno presidiati dalle garanzie di cui all’ art.6 C.e.d.u. e, sul piano interno, dall’ art. 111 Cost. e dalle altre garanzie costituzionali (in particolare quelle di cui agli artt. 24, 25 e 27 Cost.)”. Secondo l’ Autrice ciò costituirebbe un paradosso: “(...) si finisce per negare, di fatto, le garanzie del diritto e della procedura penale, poiché l’ attuazione di queste ultime risulterebbe condizionata alla circostanza- incontrollata, incontrollabile e altamente improbabile- che non sia stata ancora applicata la sanzione amministrativa”. Sulle criticità di una tale soluzione, v. anche E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2916, che osserva inoltre come l’ applicazione diretta dell’ art.50 comporterebbe, stante il passaggio in giudicato della sentenza resa in sede amministrativa, la preclusione del giudizio penale o l’ annullamento della sentenza di condanna in sede penale: ciò “condurrebbe a un esito opposto a quello voluto dal legislatore comunitario (che, nella Direttiva del 2014 (...) mostra di prediligere la sanzione penale rispetto a quella amministrativa), esito che la Corte di Giustizia non potrebbe all’ evidenza avallare”.

<sup>320</sup> Così, M.L. DI BITONTO, *op. ult. cit.*, p. 1342 e N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.06.2015, p. 4 che rileva, sul punto: “Nel microcosmo degli abusi di mercato (...) avviene usualmente che l’ iter amministrativo riceva impulso e marci secondo tempistiche spedite, mentre quello penale- peraltro spesso attivato dopo e proprio a seguito di segnalazioni dell’ organo preposto a comminare le sanzioni amministrative, la CONSOB- si dipani con le “dilatate” cadenze dettate dal codice di rito (...)”.

<sup>321</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5, il quale aggiunge che il giudice penale non dovrebbe comunque temere di violare tali obblighi, in

favore della salvaguardia del diritto fondamentale al *ne bis in idem* così come sancito dalla CEDU, ma potrebbe essere allo stesso tempo potenzialmente lesivo dei principi di efficacia e dissuasività della sanzione<sup>322</sup>.

Pertanto, alla base delle evidenziate criticità e degli inevitabili disorientamenti sembra esserci proprio la disarmonia di fondo sussistente tra le interpretazioni del *ne bis in idem* adottate dalle due Corti sovranazionali: da una parte la Corte EDU, decisa a sacrificare le esigenze di repressione in ragione del solo e unico fine di tutelare i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, dall'altra la Corte di Giustizia, incline al bilanciamento e al contemperamento tra la salvaguardia di questi ultimi e l'effettiva assicurazione degli interessi dell'Unione<sup>323</sup>.

Tutto ciò non fa altro che sottolineare quanto sia impervia, nell'ambito dei sistemi sanzionatori a doppio binario incompatibili con il divieto di *bis in idem*, la strada che l'interprete deve percorrere per uscire dal labirinto che di volta in volta, a seconda delle esigenze e delle censure mosse a livello sovranazionale, si ritrovi a percorrere<sup>324</sup>.

---

quanto il principio fondamentale del *ne bis in idem* “si pone esso stesso quale limite invalicabile all'adempimento di quegli obblighi”.

<sup>322</sup> In tal senso, E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2916: si osserva infatti come il cumulo sanzionatorio “non sia, in effetti, del tutto illegittimo e comunque fuori fuoco rispetto agli obiettivi di efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione perseguiti dalle Direttive in materia”, v. anche D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>323</sup> Cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2916, che spiega le due diverse interpretazioni del principio operate dalle due Corti: mentre per la Corte EDU rileva la sola circostanza che il medesimo fatto sia oggetto di due distinti procedimenti di natura penale, per la Corte di Lussemburgo il giudice, al fine di valutare il *ne bis in idem*, è chiamato a verificare se il cumulo di sanzioni (di natura sostanzialmente penale) per lo stesso fatto, sia in concreto lesivo del principio di proporzionalità; la distonia e l'antinomia esistente tra la giurisprudenza della due Corti è individuata anche da F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 628, che osserva come “la CGUE sembra avere nella sostanza riconosciuto (...) la possibilità per gli Stati membri di prevedere un «doppio binario sostanziale», che comporti la contemporanea operatività dei due livelli sanzionatori, così come accade nel nostro ordinamento (...) Viceversa, la Corte di Strasburgo pare comunque escludere la possibilità di sanzionare due volte, sul piano amministrativo e penale, il medesimo comportamento abusivo, spingendosi al massimo ad ammettere un «doppio binario progressivo», nel quale l'operatività concreta di uno dei livelli sanzionatori determini comunque l'impercorribilità processuale dell'altro”.

<sup>324</sup> Così, F. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2910, che rileva quanto sia difficoltoso per il giudice “orientarsi nel “labirinto” rappresentato dall'ormai articolatissimo sistema di norme di derivazione europea, con conseguente, incontrollato allargarsi della discrezionalità giudiziaria” e F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 629, che propone una riflessione interessante: la discrasia nell'interpretazione delle Corti “serve a far capire quanto sia

## 5. La portata del principio nei principali Paesi europei e nell'ordinamento anglo-americano (cenni).

Dopo aver osservato come il principio del *ne bis in idem* viene interpretato a livello sovranazionale, e prima di analizzare più a fondo le complesse dinamiche del dialogo tra Corti relative agli aspetti fondamentali del principio in esame e ai rapporti di quest'ultimo con i sistemi sanzionatori interni, vale la pena soffermarsi sullo studio dell'istituto in un'ottica comparatistica, illustrando brevemente quale sia la portata che il *ne bis in idem* assume nei principali Paesi europei nonché nell'ordinamento anglo-americano. Ciò al fine di dimostrare come la pluralità di soluzioni previste dai singoli ordinamenti nazionali vada a scalfire, in un certo senso, quella unitarietà e convergenza dei sistemi giuridici suggerita dallo sviluppo del diritto sovranazionale<sup>325</sup>.

La differente fisionomia e incidenza che il principio assume all'interno dei diversi ordinamenti dipende in gran parte dalla circostanza per cui, come osservato in precedenza, non tutti i Paesi membri hanno ratificato il Protocollo n.7 CEDU: in determinati Paesi, infatti, è possibile notare come le tradizioni giuridiche tendano a prendere il sopravvento, evitando l'allineamento con le posizioni espresse in ambito sovranazionale dalla Corte di Strasburgo<sup>326</sup>.

La prima grande distinzione che ci sembra doveroso operare è quella tra i Paesi appartenenti alla tradizione di *civil law* e quelli invece di derivazione anglosassone, facenti parte della famiglia giuridica di *common law*: in questi ultimi ordinamenti, che pongono il “*fair trial*” a cardine della struttura processuale, è decisamente

---

diventato impervio (...) il terreno del diritto penale «europeo», chiamato a confrontarsi con vincoli comunitari sempre più stringenti, sciatti legislatori nazionali, autorità di vigilanza gelose dei propri poteri inquisitori e Corti sovranazionali, garanti dell'applicazione del diritto dell'Unione oppure custodi dei diritti umani fondamentali, sovente in contrasto tra loro”.

<sup>325</sup> Cfr. P. PASSAGLIA (et al.), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2016, p. 9.

<sup>326</sup> Ibid., che specifica: “l'alternativa tra la ratifica e la mancata ratifica ha un'incidenza decisiva sulla stessa impostazione della tematica, non fosse altro perché, da un lato, la vigenza di una regolamentazione di matrice europea impone, agli ordinamenti in cui la ratifica si è avuta, di confrontarsi costantemente con l'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale (...), mentre, dall'altro lato, l'assenza di una specifica normativa sovranazionale che sia direttamente applicabile nell'ordinamento interno consente di mantenere un impianto più legato alla tradizione del sistema, valorizzandone le peculiarità” riferendosi in quest'ultimo caso, come vedremo, all'Inghilterra.

avvertita l'esigenza di consacrare il *ne bis in idem* quale principio naturalmente inerente al processo "giusto", ed è proprio in ragione della prevalente logica della *fairness* che il principio in questione ha trovato riconoscimento ed espressa consacrazione anche a livello costituzionale<sup>327</sup>.

Focalizzando, dapprima, l'analisi sui principali Paesi rientranti nel sistema di *civil law*, più vicini al nostro ordinamento nazionale in quanto appartenenti alla stessa tradizione giuridica, un primo sguardo può essere posto sulla Francia: nell'ordinamento francese, il principio del *ne bis in idem* è sancito, nella sua dimensione nazionale, dall'art. 368 del Codice di procedura penale ed è codificato anche nella sua dimensione esterna, che prevede l'applicazione del principio stesso in caso di cumulo di procedimenti in due Stati differenti<sup>328</sup>.

E' interessante osservare come la regolamentazione del *ne bis in idem*, di matrice originariamente penalistica, sia stata inoltre estesa anche all'ambito amministrativo tramite la decisione del *Conseil d'État* del 23 aprile 1958, in cui il divieto di *bis in idem* è stato riconosciuto dalla giurisdizione amministrativa francese quale principio generale di diritto, in forza del quale risulta preclusa l'irrogazione di una nuova sanzione amministrativa per fatti che siano già stati sanzionati (sempre in via amministrativa)<sup>329</sup>.

Come abbiamo notato in relazione all'ordinamento italiano, però, anche in Francia il principio in esame non ha ricevuto espresso riconoscimento a livello costituzionale, e nemmeno il *Conseil constitutionnel* sembra essersi mai espresso in

---

<sup>327</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 101 ss. che opera il riferimento alla Costituzione americana, "dove il quinto emendamento consacra il divieto della *double jeopardy*, inteso come diritto, per il soggetto, di non veder posta due volte in pericolo (*rectius*, rischio) la sua vita o la sua persona per uno stesso reato", specificando anche come l'istituto trovi la sua origine nel diritto canonico inglese della fine del XII secolo.

<sup>328</sup> Cfr. C. TORRISI, *Francia*, in P. PASSAGLIA (et al.), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2016, p. 14. L'art. 368 del Codice di procedura penale francese stabilisce che "nessuna persona assolta legalmente può essere rinviata a giudizio o accusata per gli stessi fatti, anche se con una diversa qualificazione dei fatti"; per quanto riguarda la dimensione esterna del principio, invece, questo è disciplinato dagli artt. 113-9 del Codice penale e 962 del Codice di procedura penale, a norma dei quali "nessun procedimento può essere iniziato nei confronti di una persona che dà conto di essere stata giudicata in via definitiva all'estero per gli stessi fatti, e, in caso di condanna, che la pena è stata scontata o prescritta".

<sup>329</sup> Così, C. TORRISI, *op. cit.*, pp. 14-15.

favore di tale conferimento di valore: siffatta assenza ha fatto sì che all'interprete francese fosse lasciato un ampio margine di discrezionalità nella delimitazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, e che quest'ultimo fosse individuato in via tendenzialmente ristretta<sup>330</sup>.

Anzitutto, ponendo il divieto di instaurare un procedimento per fatti già oggetto di un procedimento divenuto definitivo, il *ne bis in idem* non preclude, secondo la giurisprudenza francese, la possibile plurima qualificazione di un medesimo fatto come reato: in altri termini, il concorso ideale di reati non è considerato incompatibile con la regola che vieta l'instaurazione di un doppio procedimento nei confronti di un soggetto già condannato o assolto in via definitiva<sup>331</sup>.

Inoltre, l'operatività del *ne bis in idem* è rimasta per lungo tempo confinata al procedimento penale o al procedimento amministrativo, considerati autonomamente e, dunque, senza che il principio potesse incidere ed esplicare il suo effetto preclusivo in caso di cumulo di procedimenti di diversa natura: una concezione restrittiva, questa, che ha costituito il motivo della riserva posta dalla Francia all'art 4 Protocollo n.7 CEDU<sup>332</sup>. In altre parole, anche in Francia veniva data prevalenza alla qualificazione formale dei procedimenti e delle relative sanzioni, posto che il

---

<sup>330</sup>C. TORRISI, *op. cit.*, pp. 15-16, che specifica come il *Conseil constitutionnel* francese non abbia mai conferito valore costituzionale al principio, nonostante numerosi casi abbiano invocato il *ne bis in idem* (in particolare il riferimento è ai casi Wildenstein e Cahuzac, nn. 2016-545 QPC e 2016-546 QPC). Viene sottolineato inoltre come lo stesso Consiglio sembra aver avuto una prima inflessione con la decisione n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*, consultabile in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-453/454-qpc-et-2015-462-qpc/decision-n-2014-453-454-qpc-et-2015-462-qpc-du-18-mars-2015.143440.html>, in cui il *ne bis in idem* è stato definito per la prima volta quale "principio" e non quale "regola": nonostante ciò, però, il *Conseil* non ha specificato niente di più e non ha elevato il divieto di *bis in idem* a principio autonomo suscettibile di essere costituzionalizzato.

<sup>331</sup>C. TORRISI, *op. cit.*, p. 16 in cui si specifica che il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 2010-604 DC del 25 febbraio 2010, ha stabilito che il principio del *ne bis in idem* non osta a che il legislatore preveda che alcuni fatti possano dare luogo a plurime qualificazioni come reato.

<sup>332</sup>Sul punto, v. C. TORRISI, *op. cit.*, p. 13: la riserva proposta dallo Stato francese all'articolo della Convenzione che sancisce il *ne bis in idem* prevede che "solo le infrazioni che, nell'ordinamento francese, sono di competenza dei tribunali penali, devono essere considerate come infrazioni ai sensi degli articoli 2 a 4 del presente Protocollo". Tale riserva, si specifica, risulterà indebolita dopo la sentenza "Grande Stevens".

concetto di “*criminal proceedings*”, così come individuato dalla Convenzione, era considerato strettamente radicato all’ambito penale<sup>333</sup>.

Pertanto, il cumulo di procedimenti e di sanzioni caratterizzate da una diversa qualificazione ma concernenti il medesimo fatto illecito è sempre stato ammesso dal diritto francese: questo risultava accettabile alla luce del principio di proporzionalità delle pene, tanto che le sole questioni di legittimità costituzionale accolte dal *Conseil constitutionnel*, riguardanti il cumulo di sanzioni amministrative e penali, avevano imposto delle limitazioni a siffatto cumulo per salvaguardare l’esclusiva esigenza di evitare il rischio di sanzioni sproporzionate rispetto ai fatti, trascurando del tutto il riferimento al principio del *ne bis in idem*<sup>334</sup>. La giurisprudenza francese è così stata a lungo determinata e coerente nel limitare significativamente l’operatività del *ne bis in idem*, riconoscendo ampiamente diverse tipologie di cumulo sanzionatorio<sup>335</sup>.

Tale coerenza giurisprudenziale ha resistito a lungo nonostante l’orientamento contrario che cominciava a farsi strada nelle Corti europee, cominciando però a vacillare dopo la sentenza “Grande Stevens” della Corte di Strasburgo: quest’ultima,

---

<sup>333</sup> Cfr. N. NEAGU, *op. cit.*, p. 656: evidentemente, la Francia rientra nella categoria di quei Paesi che hanno adottato una concezione ristretta di “materia penale”, sulla base della quale due procedimenti o due sanzioni inerenti allo stesso fatto, di cui una non formalmente qualificata come penale, non violano il divieto di *bis in idem*.

<sup>334</sup> Così, C. TORRISI, *op. cit.*, pp. 17-18, che descrive con ampi particolari la situazione giurisprudenziale francese inerente al cumulo sanzionatorio, prima delle censure poste in essere a livello sovranazionale: con la decisione *Thépaz* del *Tribunal des conflits* (14 gennaio 1935) venne stabilita per la prima volta la possibilità di sottoporre la condotta di un dipendente pubblico ad un doppio procedimento, penale e disciplinare, e conseguentemente ad una doppia sanzione; mentre la possibilità di cumulare sanzioni penali e amministrative è stata invece riconosciuta dalla decisione *Sieur Haye* del 9 marzo 1951, pronunciata dal *Conseil d’État*. Il cumulo era ritenuto compatibile con il principio di proporzionalità delle pene: significativa è infatti la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 89-260 DC del 28 luglio 1989 con cui lo stesso Consiglio, pur rifiutandosi di qualificare le sanzioni pecuniarie erogate dalla COB (*Commission des opérations de bourse*) come sanzioni di natura penale, ha ammesso che le stesse fossero “sanzioni afflittive”, accogliendo la questione di legittimità costituzionale e stabilendo che “se l’eventualità di un doppio procedimento può condurre ad un cumulo di sanzioni, il principio di proporzionalità implica che, in ogni caso, l’importo globale delle sanzioni eventualmente erogate non superi l’importo più elevato di una delle sanzioni cui si sia soggetti”. Il *Conseil* non ha dunque mai voluto contrapporsi al cumulo delle sanzioni penali e amministrative, preoccupandosi solo di mitigare l’eventuale asprezza delle sanzioni stesse.

<sup>335</sup> A dimostrazione di ciò, si richiamano sentenze che sanciscono il cumulo, oltre che tra sanzioni penali ed amministrative (*Cass., crim.*, 01-03-2000, n.99-86299), anche tra sanzioni penali e disciplinari (*Conseil d’État*, 27-01-2006, n.265600) e tra sanzioni penali e fiscali (*Cass., crim.*, 04-06-1998, n.97-8062): le pronunce sono richiamate da C. TORRISI, *op. cit.*, p. 18.

infatti, costituendo la prima grande censura a livello sovranazionale del sistema del cumulo sanzionatorio, ebbe un forte impatto anche sull'evoluzione dello stesso istituto nell'ordinamento francese<sup>336</sup>.

Una vera svolta nell'orientamento giurisprudenziale delle Corti francesi ebbe luogo, così, con la decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil constitutionnel*, la cosiddetta sentenza EADS: le questioni concernevano il reato di *insider trading*, punibile sia dal giudice penale sia dalla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari, e dunque possibile oggetto di doppia sanzione<sup>337</sup>. L'importanza della pronuncia appena menzionata risiede nel fatto che, tramite la stessa, il *Conseil* ha riaffermato l'ammissibilità del cumulo di procedimenti in ordine alla stessa condotta (ritenuto sempre compatibile con il principio di necessità e proporzionalità delle pene), ma ha ridefinito, allo stesso tempo, i limiti entro cui lo stesso cumulo possa considerarsi realmente accettabile: affinché il doppio procedimento e la doppia sanzione per lo stesso fatto non determinino una violazione del *ne bis in idem*, non devono- secondo il *Conseil* francese- sussistere congiuntamente l'identità dei fatti, l'identità del bene giuridico tutelato, l'identità della natura delle sanzioni e l'identità dell'organo giudicante, essendo sufficiente anche la mancanza di uno solo di tali criteri perché il cumulo possa ritenersi illegittimo<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Sul punto, C. TORRISI, *op. cit.*, p. 19 ss. in cui viene illustrato con precisione l'orientamento giurisprudenziale francese anteriore alla sentenza "Grande Stevens": tra il 2010 e il 2014, infatti, nonostante le prime censure mosse dalla Corte di Strasburgo (pronuncia "Zolotoukhine c. Russia") e da quella di Lussemburgo (pronuncia "Bonda"), la Corte di cassazione francese e il *Conseil d'État* erano fermi nel non voler devolvere le questioni di costituzionalità relative al cumulo dei procedimenti e delle sanzioni al *Conseil constitutionnel*: esempio di ciò è la decisione dell'8 luglio 2010 (*Cour de cassation*, Assemblée plénière, 08-07-2010, 10-10.965), con cui la Corte di cassazione ha disatteso la censura riguardante l'instaurazione di un procedimento amministrativo suscettibile di cumularsi con un procedimento penale, sull'assunto che il cumulo riguardava due procedimenti di natura diversa. Siffatta interpretazione è stata confermata anche in seguito (*Conseil constitutionnel*, decisione n.2012-289 QPC, 17-01-2013, *M. Laurent D.*) e confermata ancora dalla Corte di cassazione nel 2014 (sentenza del 22 gennaio 2014, n.12-83.579 che, come specifica l'Autrice, è stata oggetto di numerose critiche in dottrina).

<sup>337</sup> C. TORRISI, *op. cit.*, p. 21: la decisione (QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*) fu pronunciata in risposta a una questione di legittimità costituzionale trasmessa per la prima volta al *Conseil* dalla Corte di cassazione, in relazione alla possibilità di cumulo tra sanzioni erogate dall'AMF e le sanzioni penali concernenti il medesimo fatto.

<sup>338</sup> V. C. TORRISI, *op. cit.*, p. 22 ss.: l'Autrice specifica dettagliatamente ognuno dei criteri individuati dal *Conseil constitutionnel*: interessante, in particolare, è notare come l'organo francese abbia seguito la posizione della Corte EDU e della Corte di Giustizia in relazione

Sebbene l'innegabile novità apportata dall'elaborazione di siffatti parametri abbia fatto sì che le disposizioni sanzionatorie oggetto della sentenza fossero dichiarate contrarie alla Costituzione, occorre osservare come il ragionamento del *Conseil* non possa dirsi di portata generale e come, di conseguenza, gli effetti della decisione EADS siano da considerarsi piuttosto limitati, in quanto strettamente inerenti ai reati di mercato e non esplicabili nei confronti delle varie situazioni di cumulo tra due procedimenti di natura diversa<sup>339</sup>. La posizione della giurisprudenza francese in merito alla compatibilità tra il cumulo di sanzioni e il principio del *ne bis in idem* rimane dunque aperta, anche se le Corti sembrano ancora restie ad adeguare del tutto il proprio sistema sanzionatorio in direzione degli input sovranazionali<sup>340</sup>.

Muovendo adesso l'analisi su un altro ordinamento europeo affine alla nostra tradizione giuridica, vale la pena analizzare il valore e l'efficacia che il *ne bis in idem* assume in Spagna.

Nell'ordinamento spagnolo il *ne bis in idem* è riconosciuto quale diritto fondamentale, nonostante la mancata esistenza di un articolo che lo sancisca espressamente nella Costituzione: viene infatti, secondo il Tribunale costituzionale, tutelato implicitamente dall'art. 25, comma 1, Cost. e in particolare dal principio di legalità, sancito dalla stessa disposizione<sup>341</sup>.

---

alla nozione di "natura delle sanzioni", ritenendo che la differenza debba essere individuata considerando la severità della sanzione.

<sup>339</sup> Per un'ampia ricostruzione degli effetti che la decisione EADS ha comportato nell'ordinamento francese, e per numerosi riferimenti dottrinali, v. C. TORRISI, *op. cit.*, p. 26 ss: in particolare, si specifica come la questione si sia in seguito estesa anche all'ambito dei reati fiscali, spesso oggetto di doppio procedimento (penale e fiscale). Nonostante la trasmissione della questione di legittimità costituzionale, il *Conseil* ha dichiarato il cumulo di procedimenti penali e fiscali conforme a costituzione: "Il *Conseil*, nella decisione, non ha dunque riservato al principio del *ne bis in idem* un ruolo centrale, sia perché l'argomentazione si è dipanata essenzialmente sulla base del principio di necessità delle pene e del principio di proporzionalità, sia perché (...) ha riaffermato la sua posizione di tendenziale equidistanza tra la necessità di rispondere alle esigenze poste dalla Corte EDU e la volontà di proteggere il regime interno di applicazione delle doppie sanzioni".

<sup>340</sup> Cfr. C. TORRISI, *op. cit.*, p. 32 ss. Per uno sguardo sulle recenti posizioni della giurisprudenza francese in merito al cumulo di sanzioni penali e fiscali, D. VILLEMOT, *Non bis in idem n'est pas français*, in *GFP*, 2017, p. 101, consultabile in <http://www.cvna-avocats.com/assets/le-cumul-des-sanctions-fiscales-et-penales-est-constitutionnel-mais-encadré-gfp-n02-2017.pdf>.

<sup>341</sup> Cfr. C. GUERRERO-PICÓ, *Spagna*, in P. PASSAGLIA (et al.), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, in

L'interpretazione del Tribunale costituzionale in merito al fondamento giuridico del *ne bis in idem* non è stata accolta in via unanime dalla dottrina spagnola, la quale ha invece spesso ricondotto siffatto principio a quello di proporzionalità, o di certezza del diritto, o ancora a quello di colpevolezza o di tutela giurisdizionale effettiva<sup>342</sup>: ebbene, lo stesso Tribunale, dimostrando come i principi costituzionali siano collegati tra loro e volti tutti alla promozione dei valori superiori dell'ordinamento giuridico, ha evidenziato in pronunce successive la riconducibilità del *ne bis in idem* anche ai menzionati principi, in un'ottica di massima tutela del cittadino<sup>343</sup>. Occorre in ogni caso specificare, prima di approfondire l'analisi circa la

---

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2016, p. 73 ss., in cui si specifica come nell'*anteproyecto* della Costituzione spagnola del 1978 fosse in realtà prevista l'esclusione della doppia sanzione per gli stessi fatti. In particolare viene richiamato, alla nota 3, l'intervento del 9 maggio 1978 del Ministro della Giustizia, Lavilla Alsina, secondo cui il *ne bis in idem* meritava esplicita consacrazione in quanto "sottostante ad un'idea elementare di giustizia", anche se di difficile formulazione. Nonostante le discussioni siano state poi monopolizzate da altri temi, e il *ne bis in idem* sia rimasto escluso dal testo costituzionale, tale omissione non è mai stata interpretata in senso escludente dal Tribunale costituzionale, il quale nel 1981 ha dichiarato che "il principio generale del *non bis in idem* presuppone, in una delle sue più note manifestazioni, che non sussista una duplicità di sanzioni (...) nei casi in cui si individua un'identità di soggetto, fatto e fondamento, senza che esista una relazione di c.d. supremazia speciale con l'amministrazione (...). Nonostante [il principio] non sia stato sancito espressamente negli artt. Da 14 a 30 Cost. (...), non si può tacere il fatto che (...) [il *ne bis in idem*] sia intimamente legato ai principi di legalità e di tipicità delle sanzioni sanciti principalmente dall'art.25 Cost. D'altra parte, bisogna evidenziare la tendenza attuale della legislazione spagnola recente, che è quella di accogliere esplicitamente suddetto principio" (STC 2/1981, del 30 gennaio, FJ 4).

<sup>342</sup> Sul punto, C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, p. 76 (nota 5); in particolare, cfr. L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 1983, pp. 19-20 in cui l'Autore, sottolinea come il fondamento giuridico del *ne bis in idem* non debba essere individuato nel principio di legalità, neanche necessariamente in quello di certezza del diritto e nemmeno (se la doppia sanzione non risulta arbitraria e sproporzionata) nel principio di motivazione, bensì vada ritrovato, in realtà, nel requisito della razionalità e nel divieto di arbitrarietà dei poteri pubblici: "*Sin embargo, el ne bis in idem en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo. (...) Tampoco contradice necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y terminantemente formulados por la ley (...). Por último, si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría al principio de motivación. (...) En definitiva, entiendo que el ne bis in idem encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3.*"

<sup>343</sup> Così, C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, pp. 76-77 che richiama, sul punto (alla nota 7), la STC 27/1981, del 20 luglio, nonché la STS, *Sala de lo Contencioso*, 23-03-2012, ric. N.989/2011, FD 4, in cui il Tribunale costituzionale ha sostenuto che "il principio di legalità dell'art. 25, comma 1, Cost., abbia molteplici sfaccettature ed in esso restino assimilati altri principi, garanzie e regole di portata diversa, come sono il principio di garanzia formale o la riserva di legge, la garanzia sostanziale o il principio di tipicità, il divieto di analogia e di

portata che il principio riveste nel tessuto ordinamentale spagnolo, che l'applicazione dell'art.25, comma 1, Cost.- il quale resta, nell'interpretazione del Tribunale, il fondamento prevalente del principio in esame- è circoscritto all'imposizione di sanzioni penali ed amministrative, in ambito civile o militare, escludendo oltretutto la duplicità nel solo ambito dell'applicazione del diritto sanzionatorio e non in quello della sua creazione<sup>344</sup>.

In maniera analoga a quanto ampiamente osservato in relazione al nostro ordinamento nazionale, anche in Spagna il principio assume rilevanza tanto nella sua dimensione sostanziale (quale divieto di duplice sanzione) quanto in quella processuale (quale divieto di doppio procedimento)<sup>345</sup>.

Per quanto riguarda la prima dimensione, volta ad impedire che lo stesso soggetto possa essere sottoposto a sanzione più volte e sulla base dello stesso fondamento, il Tribunale costituzionale ha inizialmente stabilito che la violazione dell'art.25 Cost. si sarebbe verificata in caso di triplice identità di soggetto, fatti e fondamento e che il controllo spettasse alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di una mera questione di legalità: in seguito, con una pronuncia del 2003, lo stesso Tribunale ha stabilito che il controllo circa la sussistenza dell'identità, presupposto di

---

retroattività nell'applicazione di norme sanzionatrici, il principio di colpevolezza, il *ne bis in idem* ed anche il principio di proporzionalità". In ogni caso il collegamento prevalente del *ne bis in idem* resta, per il Tribunale, quello con il principio di legalità: in questo modo si tutela il cittadino ai massimi livelli, aprendogli la via del ricorso di *amparo* ex art. 53, comma 2, Cost. e art.41 LOTC (v. nota 5). Quest'ultimo istituto è spiegato ampiamente da U. ADAMO, *L'amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, 2015, consultabile in <http://www.giurcost.org/studi/adamo.pdf>.

<sup>344</sup> Cfr. C. GUERRERO PICÓ, *op. cit.*, pp. 77-78, che specifica come la tutela costituzionale del *ne bis in idem* non interessi, invece, le sanzioni erogabili nell'ambito del diritto privato e inoltre come la duplice sanzione non venga esclusa nell'ambito della creazione normativa: "sul piano normativo, si può parlare di violazione del *ne bis in idem* solo in senso improprio (...) " (STC 48/2003, del 12 marzo, FJ 9).

<sup>345</sup> V. C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, pp. 73 e 76 in cui si richiamano le sentenze SSTC 188/2005, del 4 luglio, FJ 2 e 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4, in cui si rileva che "il principio del *ne bis in idem* opera, tanto nel suo versante sostanziale quanto in quello processuale, per reggere i rapporti tra l'ordinamento penale e il diritto amministrativo sanzionatorio, e anche internamente [...], vietando, quando esista una triplice identità di soggetto, fatti e fondamento, la duplicità di pene e di processi penali e la pluralità di sanzioni amministrative e di procedimenti sanzionatori, rispettivamente".

applicazione del divieto costituzionale di *bis in idem*, spetta invece alla propria competenza, qualora non sia stato effettuato dagli organi sanzionatori o giudiziari<sup>346</sup>.

Pertanto, ai fini dell'accertamento della violazione del *ne bis in idem* occorre verificare, come appena osservato, una triplice condizione di identità: nessun problema sembra sorgere, ad eccezione di alcuni casi di sovrapposizione tra persone fisiche e persone giuridiche, per l'individuazione dell'identità del soggetto<sup>347</sup>, maggiori specificazioni occorrono in merito all'identità dei fatti.

Il Tribunale costituzionale spagnolo ha infatti stabilito che, per valutare se un fatto rilevante ai sensi del divieto di *bis in idem* sia effettivamente il medesimo, è necessario prendere in considerazione i criteri di valutazione giuridica: pertanto, l'*idem factum* non sarà individuato in base ad una prospettiva puramente naturalistica o storica degli avvenimenti, bensì giuridica, in quanto oggetto di comparazione dev'essere "la descrizione che di tali avvenimenti ha realizzato il legislatore nella fattispecie corrispondente, descrizione inevitabilmente delimitata a partire da elementi valutativi e secondo le finalità che il legislatore persegue con la sua regolamentazione"<sup>348</sup>.

Per ricollegarci, dunque, alla distinzione posta in essere nel corso del capitolo precedente, relativa alle due concezioni di "medesimezza" del fatto, appare evidente come in Spagna sia prevalsa la concezione cosiddetta "normativa", la quale è stata seguita e adottata anche dal Tribunale supremo<sup>349</sup>.

---

<sup>346</sup> Così, C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, pp. 78-79: il primo orientamento è espresso dalle pronunce STC 177/1999 dell'11 ottobre (FJ 2), e 152/2001 del 2 luglio (FJ 2); nella STC 2/2003 del 16 gennaio, invece, il Tribunale ha mutato posizione ("Orbene, il controllo della dichiarazione di identità effettuata dagli organi giudiziari e l'analisi diretta della sua sussistenza (...) devono essere realizzati da questi Tribunale (...). Pertanto, si devono comparare gli illeciti sanzionati, partendo dalla delimitazione dei fatti operata dall'amministratore nella previsione sanzionatrice e dall'organo giudiziario penale nella sentenza, e prendendo come base la qualificazione giuridica di questi fatti operata da questi poteri dello Stato").

<sup>347</sup> Cfr. C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, p. 79.

<sup>348</sup> Cfr. STC 77/2010, del 19 ottobre, FJ 6 richiamata da C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, pp. 80-8. L'Autrice rileva ampiamente come il Tribunale abbia specificato che, nella valutazione della medesimezza del fatto, occorre comparare "gli illeciti sanzionati, partendo dalla delimitazione dei fatti realizzata dall'amministrazione nella risoluzione sanzionatrice e dall'organo giudiziale penale nelle sentenze e prendendo come base la qualificazione giuridica di questi fatti realizzata da questi poteri dello Stato" (STC 48/2007, del 12 marzo, FJ 3)

<sup>349</sup> Si veda C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, p. 81, che rileva (alla nota 17) come il Tribunale supremo abbia confermato la scelta della concezione "normativa" di *idem factum* nonostante,

Il terzo elemento da identificare ai fini dell'accertamento di una violazione del divieto di *bis in idem* è costituito, secondo la giurisprudenza spagnola, dall'identità di fondamento, che si verifica qualora l'interesse o il bene giuridico tutelato dalle norme è lo stesso: l'esigenza è infatti quella di garantire che “ognuna delle sanzioni imposte a titolo principale sia volta alla tutela di interessi o beni giuridici diversi”<sup>350</sup>.

Vale la pena notare come, nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, la componente sostanziale del principio prevalga su quella processuale, in quanto il contenuto di garanzia essenziale del *ne bis in idem* viene, per l'appunto, riscontrato nella necessità di evitare una reazione punitiva dello Stato sproporzionata, ossia il cosiddetto eccesso punitivo<sup>351</sup>. Da ciò consegue che, qualora la seconda sanzione risulti ridotta rispetto a quella che poteva essere concretamente irrogata, proprio in considerazione della prima e, dunque, per evitare un cumulo sanzionatorio sproporzionato, l'eccesso punitivo non risulterà integrato: siffatta argomentazione è stata utilizzata spesso dagli organi giudiziari spagnoli per giustificare lo *ius puniendi* del giudice penale e considerarlo costituzionalmente legittimo, nonostante fosse esercitato successivamente alla comminazione di una sanzione amministrativa in ordine allo stesso illecito<sup>352</sup>.

---

come vedremo, la Corte EDU e la Corte di Giustizia avessero adottato un concetto di *idem* naturalistico o storico (ad esempio nel caso “Zolotukhine c. Russia”), rilevando che “quest'opzione interpretativa seguita dalla Corte di giustizia UE non significa (...) che l'organo giurisdizionale debba prescindere da criteri giuridici al momento di determinare se i fatti erano gli stessi (...)” (STS, *Sala de lo Penal*, del 26 gennaio, ric. N.10733/2015). Tuttavia, si segnala anche come da alcune pronunce del Tribunale costituzionale sembri emergere un *idem* giuridico “corretto”, in cui è stata effettuata anche l'analisi da un punto di vista naturale o storico (ad esempio STC 24/1984, del 23 febbraio).

<sup>350</sup>C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, pp. 82-83, che richiama in tal senso la pronuncia della STC 234/19991, del 10 dicembre, FJ 2 che afferma: “Affinché la dualità di sanzioni sia costituzionalmente ammissibile è necessario, inoltre, che la normativa che la impone possa giustificarsi in quanto contempla gli stessi fatti dalla prospettiva di un interesse giuridicamente protetto che non è lo stesso di quello che la prima sanzione cerca di salvaguardare, o se si vuole, dalla prospettiva di una relazione giuridica differente tra [organo] che sanziona e oggetto sanzionato”.

<sup>351</sup>Sul punto, C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, p. 73 e p. 83: “Il c.d. eccesso punitivo fa sì che venga meno la garanzia per il cittadino della prevedibilità delle sanzioni, poiché la somma delle sanzioni crea una sanzione che esorbita rispetto al giudizio di proporzionalità operato dal legislatore e concretizza l'imposizione di una sanzione non prevista legalmente”.

<sup>352</sup>Il riferimento è a STC 2/2003, del 16 gennaio, in cui il ricorrente era stato sanzionato prima in via amministrativa e poi penalmente per un reato contro la sicurezza della circolazione stradale: la sentenza è richiamata da C. GUERRERO PICÓ, *op. cit.*, p. 83 ss., che effettua anche un'interessante approfondimento circa il caso delle cosiddette “relazioni di soggezione speciale”. Con tale nozione s'intende la relazione sussistente tra le pubbliche

Passando alla dimensione processuale del principio di cui trattasi, occorre anzitutto evidenziare che nella giurisprudenza costituzionale spagnola sussiste la regola della preferenza dell'autorità giudiziaria penale su quella amministrativa: dunque l'amministrazione è vincolata ai fatti provati in sede penale, quando quest'ultimi possono essere costitutivi di reato<sup>353</sup>.

Inoltre, il *ne bis in idem* processuale si applica, qualora sia accertata la triplice identità già menzionata, non solo- differentemente da quanto osservato per la Francia- al fine evitare una duplicazione di procedimenti penali (art. 114 della legge processuale penale spagnola) o amministrativi distintamente considerati, ma anche per precludere il cumulo tra tali due tipologie di procedimenti: tuttavia, il Tribunale ritiene che, in caso di concorso tra procedimenti sanzionatori amministrativi e penali, il *ne bis in idem* operi solo nei confronti dei procedimenti amministrativi che possano considerarsi "equiparati" ad un processo penale<sup>354</sup>.

In quest'ultimo caso, la regola base seguita dalla giurisprudenza spagnola in via consolidata è quella della prevalenza della giurisdizione penale sull'azione

---

amministrazioni e, ad esempio, i dipendenti pubblici o i concessionari di servizi pubblici: secondo un primo orientamento del Tribunale costituzionale spagnolo, infatti, l'applicazione del *ne bis in idem* era da escludere automaticamente in caso di sussistenza di una relazione di soggezione speciale che giustificasse l'esercizio dello *ius puniendi* da parte della potestà sanzionatoria dell'amministrazione (v. SSTC 2/1981, 30 gennaio, FJ 4). Successivamente, lo stesso Tribunale ha ammorbido la propria posizione sancendo che il verificarsi di questa relazione non basta da sola a legittimare la doppia sanzione (v. STC 188/2005, 7 luglio, FJ 2). Sul punto, si richiama M.J. GALLARDO CASTILLO, *El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto «fundamento» como justificaciòn de la imposiciòn de la doble sancion en el àmbito de las relaciones de sujeciòn especial*, in *Actualidad Administrativa* (versione elettronica), 2015.

<sup>353</sup> Cfr. C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, p. 86.

<sup>354</sup> C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, p. 86, in cui si aggiunge anche che, sulla base di siffatto orientamento, qualora vi sia stato un procedimento sanzionatorio e poi un processo penale, dal divieto di *bis in idem* (sostanziale e processuale) non consegue necessariamente l'annullamento della sanzione penale. L'Autrice, inoltre, argomenta ampiamente la portata del *ne bis in idem* inteso come divieto di celebrare due procedimenti penali, sancito dall'art.114 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sulla base del quale non può essere instaurato un nuovo processo su un reato o un delitto, una volta iniziato un giudizio penale sullo stesso fatto. Si specifica poi come, per il Tribunale costituzionale, l'effetto di *res iudicata* debba riconoscersi solo alle sentenze definitive e, eccezionalmente, alle ordinanze definitive che decretano il non luogo a statuire, e come la legge processuale penale spagnola ammetta solo il ricorso di *revisiòn* a favore del reo: "L'obiettivo è quello di evitare che il cittadino sia vittima dell'impotenza o dell'egoismo dello Stato, proteggendolo dalle vessazioni che deriverebbero da una situazione di permanente insicurezza, al fine di non riservargli un trattamento incompatibile con la condizione di cittadino di un popolo libero". Come accade per l'ordinamento italiano, dunque, alla base della preclusione processuale sono rinvenibili motivazioni profondamente radicate nel rispetto dei diritti fondamentali.

amministrativa<sup>355</sup>. A livello normativo, tale regola è espressa in particolare dal regio decreto n.1398/1993 (recante il regolamento del procedimento per l'esercizio della potestà sanzionatoria), che specifica il rapporto tra i due procedimenti unitamente ai doveri dell'organo competente per il procedimento sanzionatorio amministrativo nel caso in cui ritenga che i fatti potrebbero essere costitutivi anche di illecito penale<sup>356</sup>.

Discorso a parte vale per l'ipotesi in cui il procedimento sanzionatorio amministrativo non sia equiparabile ad un processo penale, in ragione delle sue caratteristiche e del grado di complessità, nonché per la natura e l'entità della sanzione che in esito a tale procedimento può essere irrogata: in quel caso non sarà individuabile una violazione del *ne bis in idem* processuale<sup>357</sup>.

Il richiamo, negli elementi di equiparazione del procedimento amministrativo a quello penale, ai criteri interpretativi forniti dalla Corte EDU appare lampante: difatti, nell'ambito della giurisprudenza sul *ne bis in idem*, il Tribunale costituzionale spagnolo si è spesso riferito alle disposizioni sovranazionali sul tema, tra cui l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e anche l'art. 50 CDFUE<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> Così, C. GUERRERO-PICÓ, *op. cit.*, p. 90 ss, in cui si specifica che, nonostante quella della prevalenza dell'azione del giudice penale sia stata la linea giurisprudenziale prevalente, questa non è rimasta sempre invariata: infatti, c'è stato un periodo in cui il Tribunale costituzionale ha spostato l'attenzione sul criterio temporale per determinare quel delle due manifestazioni del potere punitivo statale dovesse prevalere (STC, 177/1999, 11 ottobre). Ben presto però, si è optato definitivamente per la preferenza della giurisdizione penale, affermando la competenza esclusiva della giurisdizione penale in caso di concorso di infrazioni amministrative e penali (STC 2/2003, 16 gennaio, FJ 9).

<sup>356</sup> Si vedano gli artt. 5 e 7 del regio decreto menzionato, ampiamente illustrati da C. GUERRERO PICÓ, *op. cit.*, p. 91 ss.

<sup>357</sup> Cfr. C. GUERRERO PICÓ, *op. cit.*, p. 93 ss., che riporta un ampio stralcio della sentenza STC 2/2003, del 16 gennaio, molto significativa sul punto, in cui si legge: "(...) il divieto costituzionale di apertura o ripresa di un procedimento sanzionatorio quando è stata emessa una risoluzione sanzionatrice definitiva, non si estende a qualsiasi procedimento sanzionatorio, ma solo a quelli che, in ragione delle caratteristiche del procedimento- il suo grado di complessità- ed alle caratteristiche della sanzione che si può imporre- la sua natura e la sua entità- possono equipararsi ad un processo penale, al fine di ritenere che chi è sottoposto ad un procedimento sanzionatorio di tali caratteristiche si trova in una situazione di soggezione al procedimento tanto gravosa quanto quella di chi è sottoposto ad un processo penale. Due sono le ragioni a sostegno di questa limitazione. Da un lato, la logica del principio di proporzionalità (...). Dall'altro, la necessariamente modulata traslazione delle garanzie del giusto processo all'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio."

<sup>358</sup> C. GUERRERO PICÓ, *op. cit.*, p. 97 che richiama, in tal senso, numerose sentenze esemplificative tra cui AATC 90/1985, 6 febbraio, FJ 3 (in cui si cita l'art.14 del Patto

In generale, pertanto, si può affermare che la giurisprudenza sovranazionale, e in particolare quella di Strasburgo, ha rivestito un ruolo importante in relazione al riconoscimento del principio nell'ordinamento spagnolo, e che è possibile riscontrare un generale allineamento tra le Corti, nonostante la dottrina nazionale spinga per un aggiornamento della giurisprudenza costituzionale che enfatizzi ancor di più il contenuto processuale del *ne bis in idem*<sup>359</sup>.

Come osservato in precedenza, non tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno provveduto alla ratifica del Protocollo n. 7 CEDU, recante la disposizione che afferma il divieto di *bis in idem*: un'attenzione particolare, tra questi, merita la Germania.

Per prima cosa, occorre evidenziare come, differentemente dai Paesi appena analizzati nonché dal nostro ordinamento nazionale, in Germania il principio del *ne bis in idem* trovi espresso riconoscimento a livello costituzionale: l'art. 103, comma 3, della Legge fondamentale (LF) prevede infatti che “per la medesima azione, nessuno può essere punito più di una volta in base alle leggi penali di carattere generale”, limitando i suoi effetti al territorio nazionale<sup>360</sup>.

Essendo tale disposizione estensibile anche all'esercizio dell'azione penale, oltre che strettamente alla punizione, ne consegue che l'emissione di una sentenza definitiva- di assoluzione o di condanna- costituisce un ostacolo processuale per

---

internazionale sui diritti civili e politici), SSTC 2/2003, 16 gennaio, FJ 5 (in cui si cita l'art.4 Prot.7 CEDU), STC 77/2010, 19 ottobre, FJ 4 (in cui è citato l'art.50 CDFUE).

<sup>359</sup> Così, C. GUERRERO PICÒ, *op. cit.*, p. 96 ss, che richiama sul punto C. CHINCHILLA MARÍN, *El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2015, pp.98-104, la quale evidenzia che nulla impedisce alla Spagna di essere condannata dalla Corte EDU come lo è stata l'Italia nella sentenza “Grande Stevens”, in quanto nel procedimento amministrativo spagnolo e nel processo contenzioso-amministrativo spagnolo non sono applicabili le garanzie del processo penale, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Per un'ampia illustrazione circa l'interpretazione del *ne bis in idem* la parte della giurisprudenza costituzionale spagnola, e una visione generale aggiornata sulla materia, v. I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Non bis in idem: revisión de un derecho fundamental descafeinado*, 2015, consultabile online su <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/non-bis-in-idem-revision-de-un-derecho-fundamental-descafeinado/>.

<sup>360</sup> Cfr. M.T. ROERIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (et al.), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, 2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 35, che specifica come la disposizione in concreto impedisca che, all'interno della Repubblica federale tedesca, un soggetto possa più volte essere punito penalmente o essere sottoposto più volte ad azione penale.

l'instaurazione di qualsiasi altro procedimento penale nei confronti del medesimo soggetto e in ordine allo stesso fatto, e che- viceversa- presupposto essenziale per qualunque procedimento è l'assenza di una precedente sanzione per lo stesso reato ai sensi dell'art. 103, comma 3, LF<sup>361</sup>.

L'espressione utilizzata dalla Legge fondamentale è quella di "medesima azione", nozione dal significato piuttosto incerto ma che secondo la giurisprudenza tedesca è da identificare nell'evento storico su cui si basa sia l'accusa, sia la decisione di apertura del procedimento: ecco che sembra emergere così una concezione "naturalistica" di medesimezza del fatto, secondo quella che viene chiamata "*natürliche Lebensauffassung*", vale a dire una "prospettiva naturale della vita"<sup>362</sup>.

Ciò che rileva maggiormente ai fini della nostra analisi e della comparazione in corso, è l'osservazione per cui, come visto, la disposizione di cui alla Legge fondamentale comporta il divieto di plurima sanzione per il medesimo reato nell'ambito del diritto penale, senza però precludere l'imposizione di sanzioni di diversa natura nell'ambito di settori dell'ordinamento diversi da quello penale, quali quello amministrativo, o quello relativo alle misure preventive o alle sanzioni professionali e/o disciplinari<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 35-36, in cui l'Autrice aggiunge anche che occorre distinguere, per definire al meglio la portata del principio all'interno dell'ordinamento tedesco, tra effetto preclusivo totale (*Sperrwirkung*) e limitato: si avrà preclusione totale in caso di emissione di una sentenza di merito sul medesimo fatto, mentre si produrrà una preclusione limitata nel caso di determinate archiviazioni, o di decisioni che non statuiscono nulla in ordine alla definizione sostanziale del fatto e che dunque non abbiano trattato la fattispecie in maniera esaustiva. Inoltre, si sottolinea che l'art.103, comma 3, LF non esclude la possibilità di una riapertura del processo sulla base di nuovi elementi che vadano a favore del soggetto e che incidano sullo stesso fatto giudicato.

<sup>362</sup> Sul punto, M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 36-37: un ulteriore elemento per stabilire l'identità del reato è la necessaria commissione del reato da parte del soggetto, in qualità di autore o di co-autore del reato, con una definizione che non coincide necessariamente con quella prevista dagli artt. 52 e 53 del Codice penale (StGB) sulla concorrenza dei reati (quest'ultima infatti persegue una diversa finalità, ossia quella di bilanciare la colpa e la sanzione e garantire un'adeguata giustizia).

<sup>363</sup> Così, M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 38 in cui si osserva che "in queste branche del diritto, poiché accanto a una misura disciplinare può essere applicata, se necessaria, una sanzione amministrativa (art.47 OwiG), la plurima imposizione di sanzioni amministrative o di misure disciplinari trova tuttavia un limite nel rispetto del principio dello stato di diritto e della proporzionalità". L'Autrice aggiunge, poi, che parte della dottrina sostiene la possibilità di un'applicazione in via analoga dell'art.103, comma 3, LF anche all'illecito amministrativo,

Vale la pena soffermarsi, in particolare, sulla disciplina tedesca riguardante gli illeciti amministrativi e sul rapporto intercorrente tra questi e il principio del *ne bis in idem*: in Germania, la legge sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz- OWiG*) è stata emanata nel 1968 (ma la versione attuale è quella del 1987) per regolamentare quei comportamenti che, sebbene non pericolosi per l'ordinamento tanto quanto quelli previsti dal Codice penale, sono tuttavia ritenuti socialmente pericolosi e, di conseguenza, sanzionati dall'autorità amministrativa soprattutto tramite il ricorso a sanzioni pecuniarie<sup>364</sup>; inoltre, la stessa legge si preoccupa anche di regolare, all'art. 84, gli effetti derivanti dalla compresenza di una fattispecie di illecito amministrativo e di reato, stabilendo che qualora il verbale che impone l'ammenda amministrativa sia divenuto esecutivo, o se l'azione sia stata giudicata definitivamente come illecito amministrativo o come reato, la stessa azione non potrà essere oggetto né di nuovo procedimento amministrativo (1° comma), né di nuovo procedimento penale (2° comma)<sup>365</sup>.

La stessa legge prosegue con la previsione per cui, in caso di emissione di un verbale che infligge un'ammenda amministrativa nei confronti di un soggetto, e quest'ultimo sia stato giudicato per lo stesso fatto in un processo penale, il verbale dev'essere revocato, e le somme pagate o raccolte sulla base del verbale stesso

---

richiamando SHMIDT-ABMANN, in *Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Beck-online, 2015. Art.103.

<sup>364</sup> Per un'attenta e ampia analisi circa la disciplina prevista dalla legge tedesca sugli illeciti amministrativi (OWiG), cfr. M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 38-40; per una prospettiva ancora più dettagliata, v. A. KAPPELLER, *Sanzioni amministrative (Ordnungswidrigkeiten) nella RFT- Breve esposizione*, 2015, consultabile in <http://www.altalex.com/documents/news/2015/08/31/sanzioni-amministrative> che specifica come, a seguito della riforma del 1968, le *Übertretungen* (specie di infrazioni meno gravi) siano "scomparse" dall'ordinamento penale della RFT e sia stata istituita altra *Ahndungszuständigkeit* (competenza) per le fattispecie comprese nella legge sugli illeciti amministrativi o disciplinate dallo stesso.

<sup>365</sup> Sul punto, M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 40-41 che richiama l'art. 84 OWiG, in base al quale: "Se il verbale che impone un'ammenda amministrativa (*Bußgeldbescheid*) è diventato definitivo, o se il giudice ha deciso, con *res iudicata*, l'azione come illecito amministrativo o come reato, l'azione stessa non può essere più perseguita come illecito amministrativo. La decisione passata in giudicato sulla violazione come illecito amministrativo deve precludere anche la sua persecuzione come reato penale. La decisione ai sensi dell'art. 72 [decisione con ordinanza senza dibattimento], nonché la decisione del giudice sul reclamo concernente la violazione come illecito amministrativo, deve essere ritenuta equivalente alla sentenza passata in giudicato".

devono essere detratte dalla sanzione penale<sup>366</sup>. Di conseguenza, se un fatto viene inizialmente contestato come illecito amministrativo, ciò non significa che l'esito del processo non possa consistere in una condanna penale: l'importante è che, essendo naturalmente mutata la condizione processuale del soggetto, quest'ultimo abbia il diritto di avvalersi della facoltà di adattare la propria difesa alla diversa qualificazione<sup>367</sup>.

In linea generale dunque, può affermarsi che il principio del *ne bis in idem* è tutelato nell'ordinamento tedesco non solo all'interno del procedimento penale, ma anche nell'ambito amministrativo e nei rapporti tra i due procedimenti concernenti lo stesso fatto illecito: l'ostacolo processuale del *ne bis in idem* è garantito e tutelato dalla costituzione e dalla normativa in materia e dev'essere rispettato d'ufficio, tanto che eventuali violazioni a riguardo possono costituire oggetto di un procedimento di riapertura ossia di revisione del giudicato, di un ricorso costituzionale diretto o di una verifica nell'ambito dell'esecuzione ai sensi dell'art. 458 del Codice di procedura penale (StPO)<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Così è previsto dall'art. 86 OWiG: "(...) Lo stesso vale se una condanna non è inflitta nel procedimento penale, ma le conclusioni del giudice, che egli adotta nella decisione finale, si pongono contro (la inflizione) di una ammenda amministrativa.

Somme di denaro pagate o raccolte sulla base del verbale che infligge l'ammenda amministrativa revocata devono essere prima detratte da una accertata sanzione penale, poi dalle conseguenze accessorie ordinate che obbligano il trasgressore all'effettivo pagamento, e infine dai costi del procedimento penale". L'articolo è richiamato da M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>367</sup> Cfr. M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 42 che si riferisce in tal senso all'art.81 della legge sugli illeciti amministrativi, sulla base del quale il giudice, qualora ravvisi i presupposti per l'imputazione di un reato, può modificare la qualificazione giuridica del fatto. A quel punto, l'interessato (*Betroffene*) diventerà imputato (*Angeklagter*) e quest'ultimo sarà avvisato circa la facoltà di poter adattare la propria difesa; dall'altro lato tutto il materiale probatorio fino a quel momento acquisito dall'autorità amministrativa precedente resterà utilizzabile a fini decisorii. Sul rapporto tra illecito amministrativo e reato, v. anche R. DEL MONACO, *la prova dell'alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. trim.)*, 2015, p. 268.

<sup>368</sup> M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 43 ss: l'autrice spiega dettagliatamente tutta la disciplina prevista dalla legge tedesca sugli illeciti amministrativi (OWiG), specificando anche quali siano in particolare i provvedimenti da cui, ai sensi della legge stessa, derivi l'effetto preclusivo tipico del principio del *ne bis in idem*. Deve trattarsi, infatti, di decisioni formalmente definitive e dunque non impugnabili all'interno della medesima procedura, nonché di decisioni che scendano nel merito, affrontando la "sostanza" del caso (ad esempio, non esplicano effetti preclusivi quelle decisioni di archiviazione adottate alla luce di soli ostacoli processuali, le cosiddette *Prozessentscheidungen*). L'Autrice conclude l'argomentazione, poi, osservando come il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 84 OWiG non si applichi di regola nei rapporti con la giurisdizione straniera ("le decisioni di

Giungendo adesso alla rilevanza che l'interpretazione delle Corti sovranazionali, e in particolare quella della Corte EDU, in materia di *ne bis in idem* assume nella giurisprudenza nazionale tedesca, occorre anzitutto osservare che la CEDU e i suoi Protocolli integrativi, introdotti nell'ordinamento tedesco tramite legge formale, hanno il rango di semplice legge federale e pertanto inferiore rispetto alla Legge fondamentale<sup>369</sup>.

Nella pratica, però, l'importanza delle sentenze della Corte di Strasburgo, quale ausilio interpretativo essenziale per le autorità giudiziarie nazionali, è stata affermata dal Tribunale costituzionale federale, il quale ha rilevato l'effetto vincolante delle decisioni della Corte nei confronti di tutti gli organi statali, obbligati "a non violare la Convenzione, nonché a stabilire una situazione (a livello di diritto nazionale) che vi si conformi"<sup>370</sup>.

Nondimeno, muovendo l'attenzione, in particolare, sulla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, non si può non rilevare come un ruolo essenziale sia svolto dalla mancata ratifica da parte della Germania, come già detto, di tale protocollo: ciò infatti ha determinato, quale inevitabile conseguenza, una limitazione all'impatto e agli effetti della giurisprudenza di Strasburgo relativa all'interpretazione del divieto di *bis in idem*, nonché un mancato allineamento dell'ordinamento nazionale ai concetti sovranazionali di "reato" e di "offesa"<sup>371</sup>. La scarsa incidenza, pertanto, del

---

autorità amministrative straniere esplicano solo in casi eccezionali un effetto preclusivo per le autorità tedesche") e segnalando la sussistenza di casi eccezionali in cui, nonostante l'emissione di un verbale d'ammenda divenuto definitivo, il procedimento in merito allo stesso fatto può essere riaperto e la condanna definitiva eccezionalmente revisionata (art. 85 OWiG).

<sup>369</sup> M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 46: "La corte EDU non è gerarchicamente superiore alle corti nazionali tedesche e queste ultime- almeno in teoria- non sarebbero neppure vincolate alle decisioni della stessa Corte per l'interpretazione della Convenzione e dei diritti fondamentali garantiti a livello nazionale".

<sup>370</sup> Così ha stabilito il Tribunale costituzionale federale nella decisione 2 BvR 1482/04, richiamata da M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 46. L'Autrice richiama anche altre sentenze, tra cui 3 BvR 2365/09 e 2 BvR 740/10, nelle quali lo stesso Tribunale ha sancito che, nonostante la CEDU abbia nell'ordinamento nazionale tedesco un rango inferiore rispetto alla Legge fondamentale, quest'ultima dev'essere interpretata sempre in un'ottica di favore nei confronti dei trattati internazionali: "La CEDU e l'interpretazione che ne dà la Corte europea devono quindi considerarsi un sostegno interpretativo per la determinazione del contenuto e dell'ambito dei diritti e principi fondamentali della Costituzione tedesca".

<sup>371</sup> Cfr. M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 7. In particolare, vale la pena evidenziare come la Germania, in sede di firma del Protocollo, abbia rilasciato la seguente dichiarazione: "Con i termini "reato" e "offesa" di cui agli artt. 2-4 del presente Protocollo, la Repubblica Federale

*ne bis in idem* convenzionale spiega anche l'assenza di risonanza della sentenza "Grande Stevens" sulla dottrina e sulla giurisprudenza tedesca, che non sembrano averla resa oggetto di commenti<sup>372</sup>.

Tuttavia, occorre effettuare qualche considerazione ulteriore in merito ai rapporti tra l'ordinamento nazionale tedesco e l'art. 50 della Carta di Nizza: quest'ultimo, come abbiamo avuto modo di osservare in precedenza, ripropone, quantomeno letteralmente, il tenore dell'art.4 del menzionato Protocollo integrativo alla Convenzione ponendosi, a differenza di quest'ultimo, come pienamente vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri<sup>373</sup>.

Orbene, considerata la diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea negli stati membri, e accertato che lo stesso art. 50 CDFUE ripropone il contenuto minimo del diritto al *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, ne consegue che la Germania, sebbene non direttamente vincolata al Protocollo che non ha firmato, non può di certo non confrontarsi con l'interpretazione che del principio è stata fornita a livello comunitario<sup>374</sup>.

A tal riguardo, occorre richiamare nuovamente la pronuncia "Fransson", che analizzeremo meglio nel corso del prossimo capitolo, in cui, come anticipato, i

---

di Germania intende solo quei fatti che sono considerati reato nel proprio ordinamento". Il testo completo della dichiarazione resa dalla Germania in data 19 marzo 1985 è consultabile al sito <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/declarations>.

<sup>372</sup> Così, M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 48.

<sup>373</sup> A tal proposito, v. M.T. ROERIG, *op. cit.*, p. 48 ss. Infatti la Carta di Nizza, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha ottenuto il medesimo valore giuridico dei trattati ai sensi dell'art.6 TUE, ponendosi come direttamente applicabile e vincolante all'interno dei singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri. L'Autrice, sul punto, riporta anche la presa di posizione dell'avvocato generale Niilo Jääskinen presentata il 2 maggio del 2014 nella causa "Zoran Spasic" (C-129/14 PPU), consultabile in [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d50092a6afc8cd4dbf8eac9716264724bf.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc390?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=153081&occ=first&dir=&cid=50306](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d50092a6afc8cd4dbf8eac9716264724bf.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc390?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=153081&occ=first&dir=&cid=50306), in cui si legge: "E' pacifico che la carta deve essere interpretata in conformità alle corrispondenti disposizioni della CEDU. Tuttavia, la questione che si pone è se tale approccio sia parimenti applicabile nel caso in cui una disposizione della CEDU non vincoli tutti gli Stati membri. (...) A mio avviso, la mancata ratifica del protocollo n.7 da parte di taluni Stati membri non può incidere sull'interpretazione dell'art. 50 della carta, in quanto tale fatto non può modificare la portata di quest'ultima disposizione. In caso contrario, ciò equivarrebbe a riconoscere agli stati membri un potere di interpretazione unilaterale quanto al contenuto del regime dei diritti fondamentali dell'Unione (...)".

<sup>374</sup> Cfr. M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 50-51.

giudici di Lussemburgo, in materia di cumulo sanzionatorio di ambito fiscale, hanno delegato al giudice nazionale la valutazione circa la natura sostanzialmente penale del procedimento e della sanzione formalmente amministrativi, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo<sup>375</sup>. Nella stessa sentenza, la Corte di Giustizia ha inteso estendere il campo di applicazione della Carta, per legare in maniera ampia il legislatore nazionale ai diritti fondamentali dell'UE: ebbene, il Tribunale costituzionale tedesco ha reagito a tale presa di posizione sostenendo, in una sentenza del 2013, che la pronuncia "Fransson" non possa intendersi come impositrice di principi generali e che, pertanto, i diritti fondamentali sanciti dalla Carta non possano avere generica applicazione e la Corte di Giustizia non debba considerarsi quale giudice naturale<sup>376</sup>.

E' d'uopo, a questo punto, allontanarsi dalla prospettiva legata ai sistemi di *civil law* per lanciare uno sguardo sui Paesi dalla tradizione giuridica decisamente differente, muovendo l'analisi sull'operatività e sul ruolo che il principio del *ne bis in idem* si trova a svolgere negli ordinamenti anglosassoni di *common law*.

Un primo, necessario riferimento coinvolge, naturalmente, l'Inghilterra.

Tra le peculiarità dell'ordinamento inglese, rilevanti ai fini della nostra indagine, prevale l'assenza di una costituzione codificata o in generale di fonti che possano essere pacificamente ritenute di rango costituzionale: tale circostanza, tipica dei sistemi di *common law*, fa sì che il vero motore dello sviluppo giuridico- da prendere dunque in considerazione ai fini di una ricostruzione della disciplina- siano

---

<sup>375</sup> Sul punto si veda, per tutti, D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5, in cui si sottolinea come la Corte di Lussemburgo, nella stessa pronuncia, abbia precisato che "l'art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi dell'Unione" (paragrafo 34 della pronuncia).

<sup>376</sup> Cfr. M.T. ROERIG, *op. cit.*, pp. 52-53: il riferimento in questo caso è alla sentenza del Tribunale costituzionale BvR 1215/07 del 24 aprile 2013, avente ad oggetto la legge sull'archivio anti-terrorismo. Quest'ultima legge e le attività basate sulla stessa non rappresentavano, nell'opinione del Tribunale, un'attuazione del diritto dell'UE e, pertanto, un qualsiasi legame di una previsione all'astratto campo di applicazione del diritto dell'UE non poteva essere considerata sufficiente per affermare il vincolo degli Stati membri ai diritti della Carta di Nizza. Pertanto, il Tribunale costituzionale ha negato, nel caso di specie, la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

L'Autrice, alla nota 18, specifica ulteriormente il rapporto tra le Corti nazionali tedesche e quella di Giustizia, nonché quello tra diritto interno ed europeo.

le pronunce giurisprudenziali (*case law*), specialmente in determinati settori dell'ordinamento, tra cui quello penale<sup>377</sup>.

Il principio del *ne bis in idem* corrisponde, nel Regno Unito e nei Paesi di derivazione anglosassone, al cosiddetto *double jeopardy principle*, risalente addirittura ai tempi della conquista normanna del 1066 e sviluppatosi nel corso delle epoche in risposta alla punizione draconiana tradizionalmente irrogata all'imputato nei procedimenti d'età medievale<sup>378</sup>.

In particolare, due elementi sono necessari affinché si possa dare applicazione al principio del *double jeopardy*: l'identità in diritto e in fatto della fattispecie e la sussistenza di un provvedimento di proscioglimento o una sentenza dichiarativa di colpevolezza che siano validi<sup>379</sup>.

Sulla base del primo elemento, il reato contestato all'imputato nel nuovo giudizio dev'essere identico a quello per il quale era stato prosciolto o dichiarato

---

<sup>377</sup> Cfr. S. PASETTO, *Inghilterra*, in P. PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, 2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 55, in cui si sottolinea che nell'ordinamento inglese le pronunce giurisprudenziali mantengono una posizione di primo rilievo, nonostante la proliferazione, nel corso del XX secolo, del diritto politico (c.d. *statute law*). Inoltre, viene richiamata (alla nota 1) una sentenza del 2014, *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* UKSC 3, in cui la Corte suprema del Regno Unito ha confermato l'esistenza di una categoria di leggi aventi rango costituzionale.

<sup>378</sup> Così, G. COFFEY, *The constitutional status of the double jeopardy principle*, in *Dublin University Law Journal*, 2008, p. 138; cfr. anche S. PASETTO, *op. cit.*, p. 56 che rileva l'introduzione, già nel 1066, di una norma che impediva di instaurare un processo a carico di una persona già prosciolta o già dichiarata colpevole in esito a processo per il medesimo reato, specificando che in caso di precedente proscioglimento, l'imputato poteva avvalersi di un *plea* di *autrefois acquit*, mentre di sentenza di condanna, il *plea* era di *autrefois convict*: "La preclusione nei confronti di un secondo processo era funzionale a tutelare il suddito, altrimenti potenzialmente assoggettabile più volte a processo, ma anche a garantire l'equità e la corretta amministrazione della giustizia". La regola dell'*autrefois* è ampiamente descritta in LAW COMMISSION, *Double jeopardy: a consultation paper*, Consultation Paper n. 156, 1999, p.7, consultabile in <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/04/CP156.pdf>. Per un ampio approfondimento sull'evoluzione storica del principio del *double jeopardy*, v. J.A. SIGLER, *A history of double jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963, p. 283, che osserva come ripercorrere la storia del principio sia fondamentale per comprenderne la portata e la rilevanza all'interno degli ordinamenti anglo-americani: "That concept which is directed towards the protection of the criminal defendant and against the state's power is the product of innumerable cases and writings. But history alone cannot determine the content of the double jeopardy ideal. The conflicting needs of society and the individual which are inherent in double jeopardy must be resolved by each generation."

<sup>379</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 56, sulla nozione di "Identity in law and fact" e "Need for a valid acquittal or conviction" v. LAW COMMISSION, *Double jeopardy: a consultation paper*, cit., p. 7 ss.

colpevole nel giudizio precedente, mentre il secondo elemento sta a significare che un proscioglimento o una dichiarazione di colpevolezza validi- in quanto emessi da una corte avente la giurisdizione necessaria, tramite un procedimento che non ecceda i poteri dell'organo giudiziale- sono presupposto evidente per l'invocazione della tutela contro il *double jeopardy*<sup>380</sup>.

Prima di analizzare lo sviluppo anche legislativo che ha avuto luogo in Inghilterra in merito al principio in esame, sembra idoneo soffermarsi, dunque, sul concetto di "identità" del fatto adottato dall'ordinamento inglese, rilevante ai fini dell'operatività della preclusione processuale.

A tale riguardo, gran parte della dottrina ha rilevato la possibilità di operare una distinzione tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*: infatti, mentre la maggioranza dei Paesi continentali di *civil law* tende ad adottare un'interpretazione della nozione che può dirsi "*in concreto*", ossia focalizzata sull'identità della condotta e sulla comparazione del fatto analizzato dal punto di vista storico, nella tradizione anglosassone si osserva un'applicazione del concetto di *idem factum* da definire "*in abstracto*", vale a dire incentrata sull'identità dell'offesa<sup>381</sup>.

Per ricondurre tale differenziazione a quella operata nel corso del primo capitolo, si può affermare che, da una parte, gli ordinamenti caratterizzati dal cosiddetto "diritto codificato" tendono a far propria una concezione "naturalistica" di

---

<sup>380</sup> Così, S. PASETTO, *op. cit.*, pp. 56-57: ad esempio, per ciò che concerne il primo elemento, "se un imputato si sia dichiarato colpevole, in sede di giudizio sommario (*summary trial*) per illeciti compiuti ai sensi della normativa sulla sicurezza nel luogo di lavoro, per mancata manutenzione di una stufa a gas in un edificio residenziale, l'imputato non può invocare la tutela contro il *double jeopardy* nel processo per l'omicidio involontario di un residente morto per intossicazione da monossido di carbonio risultata dalla cattiva manutenzione" (il riferimento è alla pronuncia *Beedle* [1998] QB 356). Sulla base del secondo elemento, invece, si deduce che "non è precluso un secondo procedimento se il primo era affetto da irregolarità tali da dover essere annullato": l'Autrice in questo caso fa riferimento alla pronuncia *R v Dorking JJ, ex parte Harrington* [1984] 1 AC 743, in cui l'instaurazione di un secondo processo non fu vietata poiché, nel corso del primo procedimento, non si era concessa alla procura la possibilità di presentare delle prove.

<sup>381</sup> Così osserva G. CONWAY, *op. cit.*, p. 227: "*A primary issue in the jurisprudence and literature on double jeopardy is whether the principle operates to preclude further prosecution on the same "facts" as were the basis of an existing conviction or acquittal (i.e., an in concreto application, focused on the identity of the conduct) or if only further prosecution for the same "offence" or legal head of liability is precluded (i.e. an in abstracto application, focused on the identity of the offences). (...) The Anglo-Saxon tradition has been to apply ne bis in idem in its in abstracto sense, whereas many continental or civil law countries apply the principle in concreto*".

“medesimezza” del fatto- comportante un’applicazione più ampia del contenuto di garanzia del *ne bis in idem*- dall’altra, i sistemi giuridici contraddistinti dal “precedente giurisprudenziale” prediligono, al contrario, un’interpretazione più restrittiva della preclusione processuale, la quale opera solo se i due fatti sono identici in ogni loro elemento giuridico-normativo<sup>382</sup>. In quest’ultimo caso, pertanto, sarà sufficiente il mutamento della qualificazione giuridica del fatto da parte dell’accusa per consentire l’instaurazione di un nuovo procedimento avente ad oggetto la medesima situazione<sup>383</sup>.

Vale la pena evidenziare, in ogni caso, che tale dicotomia non dev’essere intesa in senso eccessivamente rigido: il principio del *ne bis in idem*, tanto nei sistemi di *civil law* quanto in quelli di *common law*, è denso di eccezioni e richiede un approccio variabile a seconda della situazione concreta<sup>384</sup>.

Le eccezioni sono state, appunto, ritenute necessarie anche dal legislatore e dai giudici inglesi, sulla base dell’idea che un’applicazione automatica e rigida della norma potesse conferire l’immunità nei confronti di qualunque tipo di nuovo procedimento, anche in favore di imputati che fossero effettivamente colpevoli: pertanto, ad esempio, è stato previsto che la *Court of Appeal* possa disporre lo

---

<sup>382</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No.267), 2001, p. 8 e G. CONWAY, *op. cit.*, p. 227, che specifica come tra la concezione *in concreto* e la concezione *in abstracto* della nozione di *idem factum*, la seconda sia più restrittiva: “*The latter is more restrictive of the principle in that the same set of facts could ground a further prosecution so long as the subsequent prosecution charges the accused with a different offence*”.

<sup>383</sup> Così, G. CONWAY, *op. cit.*, p. 227, che propone l’esempio di un soggetto sottoposto a processo in quanto accusato di aggressione: non vi sarà alcuna preclusione a che lo stesso soggetto possa essere nuovamente processato per lo stesso fatto qualora l’accusa muti la qualificazione giuridica in “lesioni personali gravi”. Occorre osservare, però, che un tale meccanismo è compensato dalla circostanza per cui l’accusa, per poter instaurare un nuovo procedimento, deve mutare la qualificazione giuridica del fatto in un reato per il quale il giudice del precedente giudizio non avrebbe comunque potuto condannare l’imputato, come si deduce dalla LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (LAW COM No.267), *cit.*, p. 8: “*Accordingly, where a person has previously been acquitted or convicted (or could, by an alternative verdict, have been convicted) of an offence and is later charged on indictment with the same offence, a plea of autrefois will bar the prosecution*”.

<sup>384</sup> Ciò emerge dalle osservazioni effettuate in *Twice in jeopardy*, in *75 Yale Law Journal*, 1965, p.263: “*Two features complicate our law of double jeopardy. The prohibition is not a rule but several, each applying to a different situation; and each rule is marooned in a sea of exceptions*”, e specifica che la natura variabile del principio in esame è data dalla sua “senilità dottrinale” (“*These fictions and rationalizations are the characteristic signs of doctrinal senility*”).

svolgimento di un nuovo processo ogniqualvolta accolga un ricorso in appello contro una condanna, a patto che ciò sia svolto negli interessi della giustizia<sup>385</sup>.

L'insofferenza nei confronti di una portata fin troppo garantista del divieto di *double jeopardy*, acuita soprattutto dopo gli scandali del 1993 connessi al caso Stephen Lawrence<sup>386</sup>, ha reso necessaria l'introduzione, inoltre, di ulteriori e consolidate eccezioni alla tutela del principio stesso, nonostante quest'ultimo continuasse ad essere ritenuto un diritto essenziale degno di protezione<sup>387</sup>: queste sono infatti confluite nel *Criminal Justice Act 2003*, contenente previsioni in base alle quali, per determinati reati gravi- tra cui omicidio, sequestro di persona e

---

<sup>385</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, pp. 58-59, che si riferisce in tal caso alla facoltà introdotta dalle *sections 55-57* del *Criminal procedure and Investigations Act 1996*. Tra gli altri esempi di eccezione alla preclusione processuale, riportati dall'Autrice, si può richiamare quella per cui un individuo prosciolto per un reato ma dichiarato poi colpevole per un altro reato, relativo all'indebita influenza o nell'intimidazione di un giurato o di un potenziale testimone nel primo procedimento (in esito al quale lo stesso soggetto era stato prosciolto), possa essere sottoposto nuovamente a processo. Inoltre, si richiama l'intervento di Lord Devlin nella sentenza *Connelly v DPP* [1964] AC 1254: "un secondo processo sugli stessi fatti o su fatti simili non è sempre e necessariamente oppressivo, e potrebbero esservi in un determinato caso circostanze speciali che lo rendono giusto e possibile in quello stesso caso". Infine, l'Autrice fa riferimento al principio elaborato dalla giurisprudenza nella sentenza *Elrington* (1861) 1 B & S 688, sulla base del quale un imputato dichiarato colpevole di un reato non può essere sottoposto ad un secondo giudizio per la forma aggravata di quello stesso reato: si ha un'eccezione, però, qualora i fatti a fondamento dell'elemento aggravante sono emersi solo dopo l'emanazione della prima dichiarazione di colpevolezza (e ciò è stabilito nella sentenza *De Salvi* (1857) 10 Cox CCC 481).

<sup>386</sup> Si tratta di un caso che suscitò grandi polemiche nell'Inghilterra degli anni '90, concernente l'omicidio di un giovane ragazzo di colore, Stephen Lawrence appunto: le polemiche furono dovute alle motivazioni razziste poste alla base dell'omicidio, nonché alle gravi lacune riscontrate nei rapporti investigativi e nelle procedure seguite dalla polizia e dalla procura. Un riferimento a riguardo è riscontrabile in S. PASETTO, *op. cit.*, p. 60, che richiama il c.d. rapporto Macpherson (W. MACPHERSON, *The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny*, 1999, Cm 4262-I, consultabile in [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/277111/4262.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277111/4262.pdf)), in cui si legge: "anche se dovessero emergere prove nuove ed affidabili contro qualsiasi imputato prosciolto, questi non potrebbe essere processato di nuovo, anche se le prove dovessero essere schiaccianti".

<sup>387</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 60 ss., in cui si spiegano dettagliatamente le motivazioni a sostegno dell'introduzione, nell'ordinamento inglese, di determinate eccezioni al divieto di *double jeopardy*: inizialmente furono inserite delle raccomandazioni all'interno della relazione sul tema del *double jeopardy* pubblicata dalla *Law Commission* nel 1999, fondate in gran misura sulla CEDU e sullo stesso art. 4 del Protocollo n. 7 (mai ratificato dal governo inglese). L'intenzione era quella di abrogare la tutela contro il *double jeopardy* nei casi di omicidio, nel caso in cui fossero emerse, successivamente, prove "nuove ed utilizzabili".

violenza sessuale- può essere instaurato un secondo processo dopo il proscioglimento, qualora siano emerse prove nuove e decisive<sup>388</sup>.

Tralasciando le eccezioni sussistenti nell'ordinamento inglese al divieto di *double jeopardy*, e giungendo all'argomento concernente il cumulo di procedimenti e in particolare di sanzioni amministrative e penali, occorre sottolineare anzitutto come in Inghilterra non sia prevista una chiara demarcazione tra reati e illeciti passibili di sanzioni amministrative (i cosiddetti *administrative offences*), e in secondo luogo come il Regno Unito non abbia ancora ratificato il Protocollo n.7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>389</sup>.

In merito alla prima osservazione, un ruolo importante nella definizione dei rapporti tra illecito penale e amministrativo è svolto dalle autorità amministrative di vigilanza, organi assai numerosi in Inghilterra e perseguitanti l'obiettivo di assicurare l'adesione agli *standards* comportamentali- dagli stessi individuati- nelle materie di loro competenza<sup>390</sup>. La tematica del cumulo sanzionatorio è ricollegabile, infatti, proprio all'elevato numero di suddette autorità e soprattutto alla vasta gamma di reati introdotti dalle stesse per contrastare gli illeciti minori: la produzione di un consistente volume di norme- considerate perlopiù inutili vista la preesistenza di altre norme penali volte alla punizione delle stesse condotte- ha reso necessaria

---

<sup>388</sup> Per un'ampia analisi sul tema, e in generale sulle disposizioni previste dal *Criminal Justice Act 2003*, cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, pp. 61-62: in ogni caso, si specifica, "i reati per i quali è prevista la possibilità di superare la tutela contro il *double jeopardy* sono quelli "gravi", ovvero quelli per cui la pena può raggiungere nel massimo l'ergastolo e relativamente ai quali le conseguenze per le vittime o per la società in generale sono particolarmente gravi".

<sup>389</sup> Così, S. PASETTO, *op. cit.*, p. 55.

<sup>390</sup> Sul punto, S. PASETTO, *op. cit.*, p. 63: alcuni esempi di autorità amministrative di vigilanza sono la *Civil Aviation Authority*, la *Consumers and Markets Authority* e la *Financial Conduct Authority*. Esse sopperiscono all'uso molto modesto della normativa penale nei relativi ambiti di competenza e sono volte a regolamentare determinati settori per mezzo di varie combinazioni di soggetti pubblici e privati. L'Autrice specifica che "le principali motivazioni che hanno portato all'attuale configurazione del modello sono due: per un verso, una esigenza di risparmio, che ha trasferito a soggetti del settore privato determinate attività già svolte da soggetti pubblici; per altro verso, il riconoscimento dell'efficacia dei controlli svolti da soggetti non necessariamente espressione del Governo". L'elenco completo di tali organi può essere consultato al sito <https://www.gov.uk/government/organisations>.

l'abrogazione dei previgenti reati in favore dell'introduzione, per mezzo del *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*, delle cosiddette *civil sanctions*<sup>391</sup>.

Queste ultime sanzioni hanno finito per rappresentare un vero e proprio secondo "binario" sanzionatorio, incidente sulla procedibilità dell'azione penale e, di conseguenza, costituente motivo di questioni relative all'applicabilità concreta della tutela contro il *double jeopardy*<sup>392</sup>.

Il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* è fondato infatti sulla necessità di adeguare il sistema sanzionatorio previsto dalle autorità di vigilanza britanniche ad un'analisi fondata sul rischio (in particolare quello di recidiva da parte del soggetto agente) e sugli effetti del reato: esigenze già contenute nel cosiddetto "rapporto Macrory" e nella "*Hampton Review*" sulle sanzioni regolamentari<sup>393</sup>. Il rapporto menzionato richiama espressamente la tutela del *ne bis in idem*, raccomandando al Governo inglese di fare in modo che i meccanismi esistenti impediscano il prodursi di un *double jeopardy* tra sanzioni amministrative e penali, o comunque di prevedere delle modalità idonee per farvi eventualmente fronte<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 64: il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* venne introdotto proprio per conseguire obiettivi di risparmio di risorse, nonché per evitare di rendere la minaccia dell'azione penale completamente priva di significato. Sul modesto uso della normazione penale inerente agli ambiti disciplinati dalle autorità di vigilanza e sull'utilizzo delle *civil sanctions*, v. LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Context: A consultation paper*, Consultation paper n. 195, 2010, consultabile in [http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/cp195\\_Criminal\\_Liability\\_consultation.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/cp195_Criminal_Liability_consultation.pdf)

<sup>392</sup> Così, S. PASETTO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>393</sup> S. PASETTO, *op. cit.*, p. 64: l'Autrice richiama a tal proposito il rapporto redatto dal professor Macrory, incaricato dal governo britannico di effettuare un esame sulle sanzioni previste dalle autorità di vigilanza. Tale rapporto è famoso per aver individuato i sei c.d. *Penalty principles*, i "principi della pena" da applicare ogniqualvolta vi fosse l'intenzione di far rispettare gli *standards* di comportamento (v. R.B. MACRORY, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report*, 2006, consultabile in <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205164501/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>). Si richiama anche P. HAMPTON, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, 2005, consultabile in [http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton\\_150305\\_640.pdf](http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf).

<sup>394</sup> S. PASETTO, *op. cit.*, p. 65, che richiama in tal senso R.B. MACRORY, *Regulatory justice*, cit.: quest'ultimo si riferisce al rischio di *double jeopardy* tra le "*administrative penalties*" (o meglio, le *Variable Monetary Administrative Penalties*, dette anche VMAP) e i cosiddetti "*private prosecutions*", che possono concludersi con l'irrogazione di una sanzione penale ("*I recognize that where a VMAP has been imposed on a business, it needs to be insulated from the risk of double jeopardy which a private prosecution might impose, and additional procedural checks (...) may be required. But I recommend that when designing the legislative scheme of VMAPs, the Government needs to consider whether existing*

La citata legge del 2008, sulla base di tali raccomandazioni, ha dunque introdotto delle specifiche categorie di sanzioni di natura civile per illeciti posti in essere negli ambiti coperti da autorità amministrative di vigilanza, sanzioni volte ad integrare le previsioni penali esistenti: allo stesso tempo la legge prevede, per ciascuna categoria di sanzioni civili, determinati meccanismi finalizzati ad evitare che queste ultime possano cumularsi con sanzioni di natura penale (ad esempio stabilendo che nei confronti del soggetto colpito da una *civil sanction* pecuniaria non possa essere instaurato alcun procedimento penale relativo allo stesso fatto)<sup>395</sup>.

Vale la pena sottolineare, tuttavia, che l'adesione al *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* non è stata posta come obbligatoria per tutte le autorità amministrative di vigilanza, e che dunque- in linea teorica- le autorità che non vi hanno aderito potrebbero in ogni momento avviare un procedimento penale per le violazioni degli *standards* di comportamento di loro competenza, generando un cumulo sanzionatorio nei confronti dello stesso soggetto<sup>396</sup>.

Per citare un esempio, la *Financial Conduct Authority* rientra tra le autorità di vigilanza che hanno deciso di non adottare il sistema sanzionatorio previsto dalla legge del 2008, optando per un sistema differente: ebbene, nell'ambito degli abusi di mercato l'autorità può scegliere se agire in via penale oppure imporre una sanzione,

---

*mechanisms are sufficient to prevent this form of double jeopardy, and if not, what would be the best way of handling the issue*"

<sup>395</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 65 ss.: l'Autrice specifica che tali *civil sanctions* (che si dividono in *fixed monetary penalties*, *discretionary requirements*, *stop notices* e *enforcement undertakings*), volte a "colmare il divario esistente tra l'azione penale e le attività di semplice persuasione", sono sanzioni di natura "civile" finalizzate a colpire un illecito che resta comunque di natura "penale". Proprio per questo motivo, la legge si preoccupa di definire i rapporti tra tali tipi di sanzioni e le eventuali sanzioni penali che possono essere irrogate per lo stesso reato: è previsto, ad esempio, che se viene imposta una *fixed monetary penalty*, "non si può istituire alcun procedimento penale per il reato in questione nei confronti del soggetto relativamente all'atto o all'omissione a cui l'avviso si collega" (*section 41* della legge del 2008). Meccanismi simili sono previsti per ognuna delle quattro categorie di sanzioni civili (per le *enforcement undertakings*, ad esempio, la *section 50* della legge stabilisce che il soggetto, cui venga irrogata tale tipo di sanzione, non possa in alcun momento essere perseguito per il reato relativo all'atto od omissione sul quale la stessa si fonda).

<sup>396</sup> Così, S. PASETTO, *op. cit.*, p. 64 e p. 68: la possibilità d'intraprendere sanzioni penali è infatti inclusa nei poteri conferiti agli organi di vigilanza inglesi. Queste sono libere di scegliere per l'imposizione di una sanzione civile piuttosto che intentare un'azione penale, a seconda della gravità dell'illecito e non a caratteristiche intrinseche dello stesso: ciò è possibile anche perché nel sistema di giustizia penale inglese non è prevista, differentemente da ciò che accade nel nostro ordinamento, l'obbligatorietà dell'azione penale.

ma la *policy* della stessa autorità è comunque quella di non imporre sanzioni civili per abusi di mercato nei confronti di soggetti sottoposti a sanzioni penali, oppure dichiarati colpevoli o prosciolti per fatti identici<sup>397</sup>.

Da un punto di vista generale, prendendo in considerazione anche i sistemi sanzionatori di altre autorità di vigilanza britanniche, si può comunque affermare che, anche nei casi in cui non sia stato adottato il sistema predisposto dalla legge del 2008, il cumulo delle sanzioni penali ed alternative tende ad essere scoraggiato ed escluso<sup>398</sup>.

Tornando, dunque, all'osservazione per cui l'Inghilterra non ha ancora ratificato il Protocollo n.7 CEDU, contenente la disposizione inerente al divieto di *bis in idem*, giova evidenziare come ciò non costituisca un ostacolo all'operatività del principio stesso nel tessuto ordinamentale britannico: il cumulo sanzionatorio viene, di fatto, scongiurato e la tutela, sia dal punto di vista processuale che da quello sostanziale, sembra essere garantita<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 70 ss. in cui viene citato l'esempio della *Financial Conduct Authority*, la quale ha adottato un sistema sanzionatorio autonomo: in proposito, v. la parte EG 12.1- *The FCA's general approach*, in *FCA Handbook*, 2016, consultabile come da ultimo aggiornamento in <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/EG/12/1.html>. In tale documento, si legge che l'autorità, operante nel contesto degli illeciti finanziari, ha il potere di scegliere di avviare l'azione penale là dove lo ritenga opportuno ("*The FCA's general policy is to pursue through the criminal justice system all those cases where criminal prosecution is appropriate*"), oppure applicare sanzioni civili, ad esempio qualora ciò sia necessario per tutelare i consumatori: la *policy* dell'*authority* è comunque quella di scongiurare il cumulo sanzionatorio, sia evitando di imporre sanzioni civili nei confronti di soggetti sottoposti ad azioni penali, sia non intentando azioni penali per comportamenti illeciti sul mercato qualora abbia già avviato un procedimento disciplinare per gli stessi fatti.

<sup>398</sup> Così, S. PASETTO, *op. cit.*, p. 64 e p. 69: viene riportato anche l'esempio della *Competition and Markets Authority*, che può scegliere di ricorrere all'azione penale nel caso in cui il reato in questione sia quello della formazione di un cartello, in violazione della disciplina sull'antitrust, così come predisposto nel *Cartel Offence Prosecution Guidance* del 2014 (v. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Cartel Offence Prosecution Guidance*, 2014, consultabile in <https://www.gov.uk/government/publications/cartel-offence-prosecution-guidance>). L'Autorità dovrà operare una serie di analisi prima di scegliere se procedere all'azione penale, che in ogni caso non sarà cumulabile con le sanzioni di natura civile.

<sup>399</sup> Cfr. S. PASETTO, *op. cit.*, p. 55, in cui si osserva come la mancata demarcazione chiara tra reati e illeciti amministrativi abbia agevolato un'applicazione di gran lunga estesa del divieto di cumulo tra i due tipi di procedimenti. Inoltre, alla nota 2 si rileva che la mancata ratifica del Protocollo n. 7 CEDU era stata inizialmente motivata dalle autorità britanniche mediante l'osservazione per cui il diritto interno non era compatibile con l'art. 5 del Protocollo stesso, concernente la parità tra coniugi. Tale ostacolo è stato, in realtà, rimosso con l'*Equality Act 2010*, ma il Protocollo resta ancora non ratificato: "ciò si deve,

Non può concludersi l'analisi relativa alla rilevanza del *ne bis in idem* nei Paesi di *common law*, senza un riferimento all'ordinamento statunitense.

Come già anticipato, negli Stati Uniti il principio in esame assume rilevanza costituzionale: il quinto emendamento della Costituzione americana consacra infatti il divieto di *double jeopardy*, inteso come diritto, per il soggetto, di non trovarsi costretto a subire per due volte le conseguenze negative connesse ad un procedimento penale per uno stesso reato<sup>400</sup>.

Tuttavia, occorre effettuare determinate precisazioni in relazione alle peculiarità dell'ordinamento in questione: anzitutto, è d'uopo sottolineare come la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sia ben lontana dall'applicazione dei criteri "Engel"- relativi all'individuazione della natura sostanziale del procedimento o della sanzione- optando, dunque, per l'operatività del divieto di *double jeopardy* nei soli procedimenti strettamente penali, senza che il principio possa ritenersi invocabile qualora uno dei due giudizi appaia di natura differente<sup>401</sup>.

Inoltre, nonostante il principio sia approdato nell'ordinamento costituzionale americano, la struttura federale tipica dello Stato in questione, nonché il concetto di sovranità nazionale, hanno fatto sì che il divieto di *bis in idem* (o di *double jeopardy* che dir si voglia) subisse delle inevitabili limitazioni<sup>402</sup>.

L'applicabilità del principio alle sole Corti federali rende, invero, possibile che uno stesso individuo sia assoggettato a due distinti processi, uno statale e l'altro federale, qualora il reato in questione sia considerato tale dalla legge federale e da

---

probabilmente, al fatto che non si ritiene sussista alcuna incoerenza tra il diritto interno e quello sancito dal protocollo n. 7".

<sup>400</sup> Per tutti, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 103.

<sup>401</sup> Cfr. N. NEAGU, *op. cit.*, p. 957, in cui si sottolinea, ad esempio, come nell'ordinamento statunitense un'assoluzione in un procedimento penale non precluda all'imputato di essere sottoposto ad un procedimento civile relativo allo stesso fatto, nonostante la *res iudicata* operi nel sistema civilistico. Infatti "*Double Jeopardy does not apply if the latter charge is civil rather than criminal in nature, which involves a different legal standard. Acquittal in a criminal case does not prevent the defendant from being tried in a civil suit relating to the same incident (though res iudicata operates within the civil court system).*"

<sup>402</sup> Così, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 103 e N. NEAGU, *op. cit.*, p. 959 che evidenzia a tal proposito la tematica della "*dual sovereignty*": "*The "separate sovereigns" exception to double jeopardy arises from the unique nature of the American federal system, in which states are sovereign with plenary powers who have relinquished certain powers to the federal government*".

quella statale, proprio perché tanto il *federal government* quanto lo *state government* hanno la facoltà d'instaurare procedimenti penali separatamente e in ordine allo stesso fatto<sup>403</sup>.

Tale rigido atteggiamento giurisprudenziale, confermato da numerose pronunce<sup>404</sup>, ha in seguito iniziato a mostrare una linea più morbida, mediante sentenza che hanno tentato di estendere, in maniera comunque moderata, l'applicabilità del divieto di *double jeopardy*<sup>405</sup>: qualora s'intenda porre un limite alla

---

<sup>403</sup> Cfr. N. NEAGU, *op. cit.*, p. 959 in cui si specifica che “*the doctrine of dual sovereignty in federal states denies double-jeopardy protection in federal trials to a defendant when a previous trial has been conducted at state level (and vice versa)*”; cfr. anche N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 103 ss. che osserva come alla base di tale fenomeno vi sia la teoria riconducibile al concetto di sovranità nazionale, e come siffatto approccio abbia trovato sostegno in numerose pronunce giurisprudenziali “che solo in tempi più recenti hanno ammorbidito la rigida linea interpretativa”. Sul punto, v. anche C. HERMAN PRITCHETT, *American constitutional issues*, 1962, p. 392, in cui si ribadisce che quando un atto sia considerato reato tanto a livello federale quanto a livello statale, l'instaurazione di un procedimento da parte di entrambi i governi non è considerato una violazione del divieto di *double jeopardy*, ma anzi è eccezione al divieto stesso (“*Where both federal and state government make the same act an offense, the Supreme Court has held that it is not double jeopardy for each government to prosecute and punish*”). L'autore specifica che tale meccanismo è stato giustificato e sostenuto in una famosa sentenza, *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922), in cui si spiega: “*two sovereignties, deriving power from different sources, capable of dealing with the same subject-matter within the same territory (...) It follows that an act denounced as a crime by both national and state sovereignties is an offense against the peace and dignity of both (...)*”.

<sup>404</sup> Oltre alla sentenza *United States v. Lanza*, citata anche da N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 104 che specifica come l'esito della stessa fu “che la persona condannata per violazione di una legge proibizionista locale può anche essere processata da un tribunale federale in base alla legge federale, che punisca lo stesso reato”, la stessa Autrice cita anche la pronuncia *Barktus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), nella quale la Corte Suprema decise che l'autore del furto in una banca assicurata federalmente, assolto in sede di procedimento federale, potrebbe essere condannato da un tribunale statale per lo stesso fatto.

<sup>405</sup> A tal proposito, v. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, p. 104, che in merito al ripensamento della giurisprudenza statunitense richiama la sentenza *Waller v. Florida*, 397 U.S. 121 (1970), in cui la regola della doppia incriminabilità è stata ritenuta non estensibile al fatto previsto come reato sia da una disposizione statale che da un'ordinanza comunale, sulla base del principio che “il rapporto fra uno stato e una sua suddivisione amministrativa non ha carattere federale”. L'Autrice cita anche una circolare dell'*Attorney General* degli Stati Uniti del 1959, la quale sancisce che la violazione del divieto di *double jeopardy* da parte dei giudici federali e statali dovrebbe essere consentita solo per improrogabili necessità. Sul punto, cfr. anche N. NEAGU, *op. cit.*, p. 959, che richiama una sentenza di un altro Paese di *common law*, in favore di un'applicazione più estesa del *ne bis in idem*: si tratta della pronuncia della Corte Suprema canadese *R v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, in cui si sostiene che il principio debba trovare applicazione anche “*in cases between sovereign states where the offences are the same*”.

teoria della “doppia sovranità” federale e statale, al fine di rendere uniforme l’operatività del principio, siffatto limite è da individuare nella nozione di “*same offense*”, così come interpretato dalla giurisprudenza statunitense.

In relazione al concetto di “medesimezza” del fatto, si osserva infatti come la Corte Suprema degli Stati Uniti abbia utilizzato criteri differenti, mutevoli a seconda dei casi: da una parte, si riscontra l’adozione di un’analisi basata sull’identità degli elementi che debbano, in ciascuno dei due procedimenti, essere provati (il cosiddetto “*same elements*” test), dall’altra, una comparazione dei fatti fondata sull’identità della condotta (il “*same conduct*” test)<sup>406</sup>.

La diversità degli approcci giurisprudenziali e delle interpretazioni di nozioni basilari quali, appunto, quello di “*idem factum*” è conseguenza, ancora una volta, della peculiare struttura ordinamentale statunitense: oltre alle due teorie appena menzionate, infatti, si può osservare come, mentre le Corti federali subordinano l’operatività del divieto di doppio giudizio all’individuazione di un fatto “sostanzialmente uguale”, i giudici di molti stati richiedano invece l’identità assoluta affinché il secondo procedimento possa considerarsi precluso<sup>407</sup>.

Inoltre, nella giurisprudenza americana, i casi di progressione criminosa vengono perlopiù considerati irrilevanti ai fini dell’operatività del *ne bis in idem*-

---

<sup>406</sup> Così, N. NEAGU, *op. cit.*, p. 961, che specifica come nel caso *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932), in cui la Corte ha applicato il “*same elements*” test, sostenendo che ogni reato richiede prove di elementi diversi, per cui la regola da applicare è: quando la stessa azione comporta la violazione di due disposizioni diverse, per valutare se il reato sia uno solo o siano distinti occorre stabilire se una delle disposizioni richieda la prova di un elemento aggiuntivo rispetto all’altro. L’Autore rileva poi come nel caso *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508 (1990), la Corte Suprema abbia invece adottato un approccio differente: considerando che una comparazione tecnica degli elementi non protegge in realtà l’imputato dal peso e dal rischio di molteplici procedimenti, ciò su cui occorre incentrare l’analisi è la condotta: lo Stato deve dunque provare che la condotta sia la stessa, altrimenti potrebbe evitare il divieto di *double jeopardy* semplicemente mutando le prove in un successivo procedimento concernente la stessa condotta. Nella sentenza *United States v. Dixon*, 509 U.S. 688 (1993), la Corte Suprema è tornata all’approccio utilizzato in *Blockburger*.

Sulla nozione di “*same offense*”, v. anche *Twice in jeopardy*, cit., p.269 ss., in cui si evidenzia un’analoga distinzione tra gli approcci: il c.d. *evidentiary offense-defining test*, basato sull’identità degli elementi oggetto di prova, e il c.d. *behavioral offense-defining test*, basato invece sulla medesimezza della condotta posta in essere dall’imputato. Si sottolinea, comunque, come l’*evidentiary test* trovi maggiore applicazione.

<sup>407</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 105, che evidenzia tale distinzione rilevando che i singoli stati americani “prevedono nei loro singoli ordinamenti l’attuazione rigorosa dell’istituto, anche se è da sottolineare la non uniformità di interpretazione tra la giurisprudenza statale e quella federale”.

rendendo possibile, dunque, l'instaurazione di un secondo procedimento in relazione al fatto progressivamente più grave e collegato al precedente- e, allo stesso modo, in alcuni stati il principio non sembra operare nemmeno in caso di concorso formale di reati<sup>408</sup>.

Alla luce di siffatte osservazioni, non si può dunque non considerare come, all'interno dell'ordinamento statunitense, il principio del *ne bis in idem*, nonostante riceva copertura e consacrazione costituzionale, sia costretto a subire forti limitazioni.

L'analisi comparatistica appena effettuata dimostra come, nonostante il principio del *ne bis in idem* rientri pacificamente e a tutti gli effetti tra i diritti fondamentali dell'individuo- ciò anche e soprattutto in ragione del riconoscimento e della consacrazione a livello sovranazionale del principio stesso- questo assuma vesti differenti e assuma diversa copertura e tutela a seconda dell'ordinamento nazionale in cui si trovi ad operare.

Prendendo in considerazione i Paesi, tra quelli passati in rassegna, che hanno provveduto alla ratifica del Protocollo n.7 CEDU- impegnandosi dunque a mantenere un confronto costante con la giurisprudenza sovranazionale (e in particolare quella di Strasburgo) sul tema in esame- si può notare come l'approccio e l'integrazione del *ne bis in idem* convenzionale non abbia comunque seguito percorsi analoghi: così, in Francia e in Spagna, nonostante sia possibile riscontrare una omogeneità di fondo nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale (rivolta, in entrambi i Paesi, nel senso

---

<sup>408</sup> Così, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 105, che rileva: "Inoltre, la violazione di diverse disposizioni di legge mediante un'unica azione, è considerata, solo in alcuni stati, ininfluyente ai fini della forza operativa del divieto, cosicché non impossibile si profila l'ipotesi del rinvio a giudizio e della successiva condanna del soggetto per ogni singola violazione", richiamando a tal proposito la sentenza *Ciucci v. Illinois*, 356 U.S. 571, 78 S. Ct. 839 (1958). La stessa sentenza è richiamata anche in *Twice in jeopardy*, cit., p.281 ss.: nel caso di specie, l'imputato, che avevo ucciso la moglie e i tre figli, era stato processato e condannato inizialmente per il solo omicidio della moglie, in seguito sottoposto nuovamente a processo e condannato per l'omicidio della figlia, e infine nuovamente condannato per l'omicidio di uno dei figli. Si osserva che, in tal caso, è come se l'accusa abbia potuto scegliere tra tre sentenze, concernenti lo stesso fatto, quella ritenuta più appropriata: in realtà, non fu riscontrata una violazione del divieto di *double jeopardy* in quanto nessuna delle sentenze era stata influenzata dagli elementi provati negli altri procedimenti collegati ("*But Ciucci violated the double jeopardy policy against retrial after conviction if only one of the penalties was affected by evidence of the related crimes*").

di un allineamento con le posizioni sovranazionali), differenti sono state le modalità e le tempistiche con cui i relativi ordinamenti hanno accolto le istanze della Corte EDU<sup>409</sup>.

Allo stesso modo, tra i Paesi che non hanno invece ratificato il Protocollo, soluzioni differenti possono cogliersi in Germania- Paese europeo dalla tradizione di *civil law*- e in Inghilterra- importante esponente della famiglia giuridica di *common law*.

Nel primo caso, la mancata ratifica, nonostante abbia fatto sì che giurisprudenza tedesca restasse piuttosto indifferente rispetto agli approdi e agli importanti esiti raggiunti dalla Corte di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, non ha comunque costituito un *vulnus* alla protezione e alla tutela che il principio stesso riceve all'interno dell'ordinamento nazionale: la portata della garanzia è stata infatti complessivamente equiparata a quella offerta a livello comunitario (*in primis* dall'art. 50 CDFUE), considerata l'importanza e il valore normativo che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE assume nel diritto interno<sup>410</sup>.

Discorso a parte va fatto per l'Inghilterra, dove le istanze di tutela del *ne bis in idem* (o, per meglio dire, del divieto di *double jeopardy*), considerato principio dall'importanza storica ed insito nel diritto britannico fin dalle origini dello stesso<sup>411</sup>, sono state affrontate mediante un sistema più legato alla tradizione dell'ordinamento nazionale, con tutte le sue peculiarità (tra cui spicca, ai fini della nostra analisi, il caratteristico apparato di organi dotati del potere di irrogare sanzioni): la protezione offerta al principio non ha dunque seguito le logiche sovranazionali, nonostante si

---

<sup>409</sup> Cfr. P. PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, cit., p. 10: l'Autore evidenzia infatti come per la Spagna la tendenza all'allineamento dei confronti delle posizioni sovranazionali abbia addirittura preceduto la ratifica del Protocollo, mentre in Francia tale tendenza sia indubbiamente più lenta, tanto da non essere ancora giunta a conclusione.

<sup>410</sup> Così, P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 10: l'Autore specifica come sia da tenere presente il fatto che, come sottolineato più volte, l'art. 50 CDFUE si pone in linea con l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU e "pertanto, a rilevare è, oltre all'influenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, altresì l'eventualità che, per il tramite del primo, finisca per imporsi, quale parametro per i giudici tedeschi, anche il Protocollo n. 7". Questo nonostante la circostanza per cui la Germania, non avendo ratificato il menzionato Protocollo, tenda ad assumere quali parametri di riferimento la Legge fondamentale tedesca (per quanto riguarda la materia penale) e la legislazione ordinaria, sempre basata su principi costituzionali (per quanto riguarda i residui ambiti di disciplina).

<sup>411</sup> Per tutti, v. J.A. SIGLER, *op. cit.*, p. 283.

riscontri nei fatti una tutela del divieto di *double jeopardy* particolarmente significativa<sup>412</sup>.

Abbiamo poi rivolto lo sguardo alla realtà statunitense, rilevando come il principio del *ne bis in idem* assuma, all'interno di tale altro importante ordinamento di *common law*, espresso valore costituzionale (essendo consacrato dal quinto emendamento della Costituzione americana) e sia strettamente collegato alla regola del *due process of law*, d'importanza cardinale per la struttura processuale degli Stati Uniti: nonostante ciò, la distanza dalle altre realtà europee e in particolare dalla giurisprudenza comunitaria ha fatto sì che il divieto di *bis in idem* si adattasse e si conformasse alle peculiarità nazionali, finendo per subire restrizioni derivanti dalla stessa struttura federale<sup>413</sup>.

Alla luce di quanto osservato, appare evidente che la strada da percorrere per giungere ad un'applicazione uniforme del principio- che abbia le medesime caratteristiche, la stessa rilevanza e che produca analoghi effetti nei confronti degli ordinamenti e dei sistemi sanzionatori nazionali- perlomeno all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea, sembra ancora molto lunga.

Come già anticipato, gran parte della dottrina ha sostenuto, quale miglior percorso possibile, la diretta applicazione della Carta da parte dei giudici penali nazionali: qualora si scegliesse di mettere effettivamente in pratica l'assunto per cui l'art. 50 CDFUE è norma di diritto primario dell'Unione, come tale idonea a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri e ad assumere carattere di primazia rispetto ad eventuali norme nazionali che risultino contrastanti, ciò consentirebbe ai giudici penali di assicurare direttamente l'adeguamento dei sistemi

---

<sup>412</sup> Cfr. P. PASSAGLIA, *op. cit.*, pp. 9-10: l'Autore specifica infatti che la proposta di ratificare il Protocollo n. 7 (proposta poi abbandonata), era stata avanzata non con la finalità di rafforzare il principio del *ne bis in idem*, "ma semmai di affievolirlo rispetto allo statuto, ritenuto troppo garantista, emergente dalla storia costituzionale inglese".

<sup>413</sup> In tal senso, per tutti, v. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, pp. 102-103, che osserva: "Come è noto, a differenza di quanto avviene nei paesi di *civil law*, è infatti principalmente attraverso lo svolgimento di una rispettosa procedura che si realizza quel fine di giustizia che costituisce lo scopo primario del processo; la frequenza con cui numerose disposizioni procedurali sono state elevate al grado di norma costituzionale, non può quindi certo costituire motivo di meraviglia soprattutto in considerazione del fatto che nella Costituzione degli Stati Uniti, che rappresenta l'atto stesso di fondazione del Paese, il limite dell'organizzazione delle istituzioni politiche, tipico delle carte costituzionali europee, è valicato in favore della fissazione rigorosa delle delimitazioni di potere riconosciuto alle autorità federali nei rapporti con i cittadini e con gli altri stati".

processuali/sanzionatori alle istanze sovranazionali e- in via consequenziale- di garantire il diritto fondamentale al *ne bis in idem* così come enunciato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>414</sup>.

D'altra parte, occorre anche rilevare come la stessa Corte di Giustizia, differentemente dalla Corte EDU, non abbia ancora elaborato una giurisprudenza consolidata sul tema che consenta di pervenire ad una conclusione certa circa la compatibilità o meno di determinati sistemi sanzionatori all'art.50 CDFUE<sup>415</sup>.

Tornando dunque ad una prospettiva interna, andremo ad analizzare, nel prossimo capitolo, il complesso e lungo dialogo giurisprudenziale, ancora in corso, tra i giudici italiani e quelli sovranazionali in materia di *ne bis in idem*, costantemente teso alla ricerca di un punto di equilibrio.

---

<sup>414</sup> Cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., pp. 232-233 in cui tale soluzione viene avanzata con riferimento all'ordinamento italiano ma è compatibile in generale con gli ordinamenti penali degli Stati membri.

<sup>415</sup> Così, P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 11; occorre però in tale sede anticipare come la Corte di Giustizia abbia recentemente depositato tre attese sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio, di cui parleremo, confermando la tenuta di tale sistema: v. L. ROCCATAGLIATA, *La Corte di Giustizia UE deposita tre sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio. L'approdo definitivo del Giudice europeo?*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 21.03.2018.

## CAPITOLO III

### IL DIALOGO TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E CORTI EUROPEE IN MATERIA DI *NE BIS IN IDEM*.

SOMMARIO: 1. La nozione di “*idem factum*” e la ricerca di un equilibrio tra Corti italiane ed europee: la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016. 2. La Corte europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte di Giustizia dell’Unione europea sul sistema sanzionatorio in materia di abusi di mercato e illeciti tributari: la crisi del doppio binario. La sentenza “Grande Stevens”. La sentenza “Fransson”. 3. Segue: i giudici nazionali alle prese con la sentenza “Grande Stevens”. 4. La sentenza A e B contro Norvegia: un *revirement* giurisprudenziale della Corte EDU?

#### **1. La nozione di “*idem factum*” e la ricerca di un equilibrio tra Corti italiane ed europee: la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016.**

Per porre nuovamente l’attenzione sul concetto di “*idem factum*”, di cui si è discusso precedentemente<sup>416</sup>, occorre tornare ad una prospettiva interna del principio del *ne bis in idem*, così come interpretato dai nostri giudici nazionali. Nel fare ciò, tuttavia, non può essere tralasciata l’analisi di elementi fondamentali, che hanno contribuito a rendere il principio in esame uno degli argomenti più dibattuti e discussi da dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni<sup>417</sup>: l’inevitabile influenza che i giudici sovranazionali hanno operato nella definizione della già menzionata nozione di “identità” dei fatti, le conseguenze interpretative delle differenti posizioni assunte dalle Corti, nonché gli esiti- o quantomeno gli attuali approdi- del dialogo giurisprudenziale attuatosi tra Corti italiane e europee in tale materia.

---

<sup>416</sup> V. retro, cap. I, par. 3.

<sup>417</sup> Sul punto, v. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3809 che specifica come, nonostante il principio del *ne bis in idem* sia considerato da sempre 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”; analogamente, v. R. CALÒ, *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2240: “Il divieto di doppio processo è oggi un tema *à la page*. Complici le sempre più numerose pronunce delle Corti sovranazionali in materia (...), si è assistito infatti negli ultimi due lustri ad un fiorire di incontri di studio e contributi della dottrina italiana sul tema”.

Come evidenziato in precedenza, la nozione di “*idem factum*” si pone quale concetto centrale per l’individuazione e la delimitazione dei confini relativi all’ambito di applicazione del divieto di *bis in idem*, essendo diretta a chiarire l’estensione della portata garantistica dell’art. 649 c.p.p.<sup>418</sup>.

Ricapitolando, due sono state le interpretazioni di siffatta nozione che si sono fatte strada nel diritto interno: da una parte la dottrina che, volta ad accogliere l’interpretazione maggiormente tesa alla tutela dell’individuo, ha sostenuto che per accertare il significato di “fatto” occorra prendere in considerazione la sola condotta<sup>419</sup>; dall’altra la giurisprudenza la quale, al contrario, privilegiando esigenze di giustizia sostanziale e per evitare che in nome del *ne bis in idem* si venissero a creare delle insostenibili sacche di impunità<sup>420</sup>, ha individuato l’identità del fatto solo

---

<sup>418</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1411 in cui l’Autore, richiamando le parole di E.M. MANCUSO, osserva come l’analisi in merito a ciò che deve intendersi per *idem factum* ai sensi dell’art. 649 c.p.p. “costituisce il cuore dell’esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia”; sull’essenzialità della nozione, v. anche N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1211 in cui evidenzia come dottrina e giurisprudenza abbiano adottato due approcci differenti in relazione ai criteri d’individuazione della identità del fatto.

<sup>419</sup> Così, P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto”*, cit., p. 1413 ss.: proprio perché, come sottolinea l’Autore, “la portata del *ne bis in idem* non consiste dunque nel tutelare il valore e la coerenza logica dell’accertamento ma nel costituire un presidio a garanzia dell’individuo”, la dottrina ha inteso fare propria quell’interpretazione di “fatto” che facesse in modo di “non depotenziare l’ambito garantistico che il legislatore ha inteso riconoscere all’art. 649 c.p.p.”. Lo stesso Autore, alla nota 17, richiama, tra gli esponenti della dottrina più autorevoli, F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d’identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 943, il quale sosteneva appunto che il “fatto” rilevante ai fini del *ne bis in idem* si sostanziava “in un *quid* che rappresenta ad un tempo il nocciolo della figura criminosa e l’oggetto del giudizio d’illiceità: nella condotta, intendiamo, con esclusione di ogni altro elemento di fattispecie (...)”.

<sup>420</sup> Cfr. P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto”*, cit., pp. 1415-1416 in cui si osserva come la giurisprudenza abbia voluto scongiurare gli esiti giudiziari paradossali che sarebbero scaturiti dalla nozione di “fatto” come interpretata dalla dottrina (“precludendo ad esempio la possibilità di instaurare un procedimento in ordine al reato di lesioni colpose o di omicidio colposo qualora la condotta che ha dato origine a tale episodio criminoso sia già stata esaminata in precedenza”), sostenendo che “l’instaurazione dell’azione penale appare necessaria in ordine a tutte le eventuali violazioni di legge derivanti da una condotta illecita, al fine di poter valutare, nel suo contenuto complessivo, l’intera area di disvalore inerente ad un determinato fatto, laddove da esso derivi la lesione o la messa in pericolo di differenti beni giuridici”; cfr. anche N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1210, che sottolinea come nel quadro della casistica giurisprudenziale emerga la volontà di perseguire esigenze di giustizia sostanziale, prevalenti rispetto all’osservanza del *ne bis in idem*.

“quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi”<sup>421</sup>, stabilendo dunque che a dover corrispondere non è solo la condotta, bensì anche l’evento, il nesso causale, le circostanze di tempo, di luogo e di persona nella loro dimensione giuridica oltre che storica<sup>422</sup>.

Pertanto, la medesimezza del nucleo storico del fatto- individuata mediante una comparazione effettuata sulla base dei dati empirici a disposizione- si scontra tradizionalmente con l’identità della tipizzazione legale, strettamente connessa alla qualificazione giuridica e comportante la non operatività del divieto di *bis in idem* ogniqualvolta il reato non sia lo stesso<sup>423</sup>: l’*idem factum*, inteso in una prospettiva naturalistica e incentrato sulla pura condotta, contro l’*idem* legale, collegato alle qualificazioni operate dal legislatore<sup>424</sup>. Contrapposizione ricollegabile alla perenne tensione, sottesa al principio in esame, tra libertà individuale ed autorità statale: da una parte il diritto a non essere sottoposto a una serie indeterminata di processi per il medesimo fatto, dall’altra le pretese punitive dell’ordinamento, volte ad una repressione dei reati che sia quanto più efficace possibile<sup>425</sup>.

Ebbene, premettendo che, se ci soffermassimo sul tenore letterale dell’art. 649 c.p.p., l’alternativa tra le due soluzioni appena evidenziate non avrebbe ragione di sussistere in quanto è l’articolo stesso ad affermare che la preclusione processuale

---

<sup>421</sup> Così si è espressa la Cassazione in Cass., Sez. V, 07-03-2014, n.32352, Tanzi, in *CED* 261937, pronuncia richiamata da N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1211.

<sup>422</sup> La pronuncia più significativa sul tema, già citata, è quella delle Sezioni Unite, n. 34655 del 28/06/2005, Donati, Rv. 231799 e 231800: v., sul punto, M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (relaz. orientativa del Massimario Penale n. 26/17), cit., p. 19; per altra giurisprudenza analoga sul tema, v. N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1211.

<sup>423</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3811, che rileva come le due “differenti e antitetiche interpretazioni” rendano la definizione del concetto di “medesimo fatto” un *punctum dolens* del *ne bis in idem*, in quanto non destinato ancora a trovare una vera e propria composizione condivisa.

<sup>424</sup> In tal senso, D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 70-71.

<sup>425</sup> R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2242: “Così, mentre una lettura ampia del divieto di doppio processo, incentrata sul “medesimo fatto” in senso storico-naturalistico, è funzionale alla tutela del bisogno di certezza soggettiva sulla stabilità e incontestabilità delle situazioni giuridiche (...), la lettura in senso restrittivo della disposizione, incentrata sulla qualificazione giuridica del fatto, garantisce che tutti i possibili profili di rilevanza penale di un accadimento storico siano presi in considerazione, *ne maleficia maneat impunita*”.

opera anche qualora il medesimo fatto sia diversamente qualificato<sup>426</sup>, occorre in tale sede ribadire come- sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente- il *ne bis in idem* sia stato ritenuto non operante nei confronti di istituti quali il reato permanente, il reato continuato, il reato progressivo e, soprattutto, il concorso formale di reati<sup>427</sup>.

Senonché, è proprio in relazione a tale ultima figura giuridica che la Corte costituzionale è intervenuta recentemente, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. limitatamente alla 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”<sup>428</sup>. Quest'ultima pronuncia ha segnato una vera e propria svolta nell'interpretazione del concetto di “*idem factum*” e in generale in tema di *ne bis in idem*, grazie ai principi enunciati e al percorso ermeneutico seguito<sup>429</sup>.

Ma procediamo con ordine.

---

<sup>426</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3811 che evidenzia la situazione paradossale per cui, nella prospettiva nazionale, nonostante l'art. 649 c.p.p. affermi espressamente l'irrelevanza della mutazione del titolo, del grado o delle circostanze ai fini dell'operatività del *ne bis in idem*, l'orientamento giurisprudenziale ha negato la rilevanza dell'*idem* fattuale in favore dell'*idem* legale; al contrario, nella prospettiva convenzionale e in quella eurounitaria, nonostante le norme che disciplinano il *ne bis in idem* non impieghino il termine “fatto” ma quello di “*infractio*” o di “*offence*” (rendendo dunque più plausibile il ricorso alla nozione di *idem* legale), è stata privilegiata, come vedremo, un'interpretazione di “medesimezza” del fatto che guardasse al nucleo storico dello stesso.

<sup>427</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., pp. 1210-1211, che richiama alcune sentenze esemplificative a proposito della mancata operatività della preclusione processuale nei confronti di determinate figure giuridiche: la sentenza Cass., Sez. II, 12-07-2011, n. 33838, Blandina, in *CED* 250592, in tema di abuso edilizio, ha ritenuto inapplicabile il principio in esame in relazione al reato permanente; in Sez. Un., 27-01-2011, n. 21039, Loy, in *CED* 249668 si è giunti al medesimo esito in merito al reato continuato; mentre la sentenza Cass., Sez. V, 01-07-2010, n. 28548, Carbognani, in *CED* 24795 ha ritenuto inapplicabile il *ne bis in idem* alle ipotesi di reato progressivo. In merito al concorso formale di reati, la stessa Autrice richiama la Cass., Sez. III, 18-09-2014, n. 50310, Starnai, in *CED* 26156, in cui si è ritenuto che la preclusione processuale di cui al *ne bis in idem* non operi “potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa disposizione di legge”.

<sup>428</sup> C. cost., 21-07-2016, n. 200, analizzata in maniera approfondita, tra gli altri, da B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, p. 60.

<sup>429</sup> Così, D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 70 e R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3811, in cui si afferma che la Corte costituzionale è intervenuta “con una decisione che appare al tempo stesso innovativa e conservatrice e che, come vedremo, offre all'interprete più di qualche spunto”.

Nonostante la dottrina prevalente abbia sempre ritenuto operante il principio di cui all'art. 649 c.p.p. rispetto al concorso formale di reati- proprio in considerazione del tenore letterale della disposizione, che considera irrilevante il mutamento del *nomen iuris*- la giurisprudenza è sempre stata ferma nel sostenere l'orientamento contrario: nessun effetto preclusivo a meno che il primo giudizio, concernente uno dei reati in concorso formale, non si fosse concluso con una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto o per mancata commissione di esso da parte dell'imputato<sup>430</sup>.

Siffatta posizione giurisprudenziale è stata per certi versi superata, come detto, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016: prima di giungere all'analisi di suddetta pronuncia, però, è necessario ripercorrere gli orientamenti che sono stati adottati a livello sovranazionale, dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, nell'interpretazione del concetto di "stesso fatto", passaggio fondamentale per comprendere le conclusioni dei Giudice costituzionale.

Indubbiamente, il principale termine di paragone utilizzato dalla Consulta per giungere alla parziale declaratoria di incostituzionalità è stata la giurisprudenza di Strasburgo, per via della quale è stata resa sempre più evidente la divergenza ermeneutica tra la disposizione interna, così come interpretata dai giudici nazionali, e la norma convenzionale con la sua esegesi<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 3812-3813: infatti, nell'opinione della giurisprudenza- almeno quella precedente alla sentenza della Corte costituzionale che esamineremo- la funzione dell'art.649 c.p.p. sarebbe sempre stata solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati. Si specifica, inoltre, che rispetto al concorso formale di reati non sussiste un problema di lesione *dell'idem* sostanziale ma solo processuale, "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". Per quanto riguarda l'opinione contraria della dottrina maggioritaria, l'Autrice richiama F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit..

Sul punto, v. anche R. CALÒ, *op. cit.*, p. 24443, che specifica come, nel progetto di codice licenziato dal Guardiasigilli, la versione precedente dell'articolo in esame (l'art. 90 c.p.p. abr.) stabiliva che "la preclusione non vale quando l'imputato abbia violato con il medesimo fatto più disposizioni di legge e si debbano applicare le norme sul concorso di reati e di pene": tale parte della disposizione fu soppressa nella versione definitiva del codice. Fu dunque il legislatore stesso a voler eliminare siffatta deroga al principio del *ne bis in idem*, eppure, come osserva l'Autrice, "la storia sa prendersi le sue rivincite, e ciò che è uscito dalla porta è rientrato, senza troppo clamore, dalla finestra."

<sup>431</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1212.

Gli stessi orientamenti della Corte EDU, tuttavia, sono stati per un lungo periodo fortemente altalenanti, tanto che risulta possibile registrare tre indirizzi principali inerenti al tema in esame: il primo è rappresentato dalla pronuncia “Gradinger c. Austria”- risalente al 1995 e relativa ad un caso di guida in stato d’ebbrezza da cui era poi derivata la morte di un uomo- in cui la Corte ha identificato una violazione del divieto di *bis in idem* di cui all’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU in quanto la decisione dell’autorità amministrativa e quella dei giudici penali avevano avuto ad oggetto un’identica condotta (*le même comportement*)<sup>432</sup>. In tale pronuncia, dunque, il Giudice di Strasburgo ha adottato un’interpretazione di “*idem factum*” basata sulla pura identità della condotta, senza che a nulla rilevasse la circostanza per cui le norme in questione fossero differenti nella natura e nello scopo<sup>433</sup>.

La non linearità del percorso interpretativo della Corte di Strasburgo è confermata dal secondo indirizzo sostenuto dalla stessa, di cui il *leading case* è costituito dalla sentenza “Oliveira c. Svizzera” del 1998, concernente nuovamente la violazione di norme sulla circolazione stradale produttiva di un danno alla salute nei confronti di un utente della strada: in tal sede, la Corte europea ha- contrariamente a quanto sostenuto in precedenza- ritenuto insussistente la violazione dell’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU nonostante, come nel caso “Gradinger”, l’imputato fosse stato colpito dapprima da una sanzione amministrativa e successivamente da una condanna da parte del giudice penale, relativa alla stessa condotta<sup>434</sup>. La mancata operatività del divieto di *bis in idem* era dovuta, secondo i giudici di Strasburgo, al fatto che nel caso di specie si trattava di più illeciti realizzati per mezzo di un unico

---

<sup>432</sup> Corte EDU, Gradinger c. Austria, 23-10-1995, serie A n. 328-C, così richiamata da R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2244.

<sup>433</sup> Cfr. R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2244, che sottolinea come, nell’interpretazione della Corte EDU emergente dalla sentenza “Gradinger”, a violare la garanzia del *ne bis in idem* fosse sufficiente che “*le deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement*” (punto 55 della sentenza).

<sup>434</sup> Così, R. CALÒ, *op. cit.*, p. 24445 riferendosi alla sentenza della Corte EDU, Oliveira c. Svizzera, 30-07-1998, ricorso n. 25711/94: nel caso di specie, l’imputato era stato condannato ad una sanzione amministrativa per mezzo di una pronuncia da parte del *Polizeirichteramt* di Zurigo per non aver adeguato la velocità del veicolo alle condizioni della strada innevata, e successivamente condannato dal giudice penale per lesioni colpose. Sul punto, v. N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1213, che specifica come l’indirizzo ermeneutico seguito nella sentenza “Oliveira”, completamente opposto dal quello precedente, renda difficile comprendere le ragioni alla base della decisione.

atto, vale a dire di un *concoures idéal d'infractions*, e pertanto l'instaurazione di un procedimento nei confronti di uno dei due atti- nonostante sull'atto concorrente fosse già intervenuta una condanna amministrativa- non doveva considerarsi preclusa<sup>435</sup>. Un vero e proprio cambio di rotta rispetto all'indirizzo precedente: non più la rilevanza del comportamento storico ai fini dell'identificazione della medesimezza del fatto, bensì quella della formale qualificazione giuridica del fatto stesso.

Il terzo indirizzo ermeneutico seguito dalla Corte EDU e costituente un ulteriore mutamento di prospettiva è rappresentato dalla sentenza “Franz Fischer c. Austria” del 2001, in cui i giudici di Strasburgo hanno sì confermato la conclusione per cui l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU- riferendosi espressamente all'identità dell'“*infraction*” e non del “fatto”- non intende precludere l'instaurazione di una pluralità di processi in caso di concorso formale di reati, ma hanno allo stesso tempo esplicitato la necessità di stabilire caso per caso se si tratti di concorso vero e proprio, oppure di un reato che sia diversamente nominato ma sostanzialmente lo stesso, in quanto caratterizzato dai medesimi elementi essenziali<sup>436</sup>. Sulla base di tale approccio, dunque, per stabilire l'identità o la diversità del fatto oggetto di doppio procedimento non basta valutare se i reati per cui il soggetto è stato processato siano nominalmente diversi, ma ciò che occorre è verificare se i due reati in questione abbiano *the same essential elements*<sup>437</sup>.

La necessità di un intervento chiarificatore era evidente ed è stato infatti percepito dalla Grande Camera, che ha deciso nel 2009 di intervenire con la sentenza “Sergei Zolotukhin c. Russia”, mettendo a confronto le varie pronunce precedenti ed

---

<sup>435</sup> Cfr. R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2445: nel paragrafo 26 della sentenza in commento (richiamato alla nota 30) si legge “*Article 4 of Protocol No. 7 (...) prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (concoures idéal d'infractions) one criminal act constitutes two separate offences*”. Inoltre, l'Autrice richiama il paragrafo 27 della sentenza, in cui la Corte aggiunge che nel caso in esame le sanzioni non erano neppure cumulative, avendo trovato applicazione il principio di compensazione.

<sup>436</sup> Corte EDU, Franz Fischer c. Austria, 29-05-2001, ricorso n. 37950/97 richiamata da R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2445: in tal caso la Corte, come evidenzia l'Autrice, trovandosi nuovamente a decidere un caso di omicidio stradale, “ha ritenuto che la sottoposizione di una persona a due processi, il primo per l'omicidio commesso al volante della sua autovettura, il secondo per la guida in stato di ebbrezza costituente autonoma violazione del codice della strada, costituissero una violazione del divieto di cui all'art. 4 cit., avendo ad oggetto i due processi il medesimo fatto perché caratterizzato dai medesimi elementi essenziali”.

<sup>437</sup> Così, R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2445, che richiama in particolare il paragrafo 25 della sentenza “Franz Fischer”.

individuando le basi per il consolidamento dell'interpretazione convenzionale della nozione di *idem factum*<sup>438</sup>. In suddetta sentenza la Corte, escludendo la percorribilità dell'approccio normativo seguito nel caso "Oliveira"- posto che quest'ultimo orientamento avrebbe determinato un indebolimento eccessivo della garanzia apprestata dal divieto di *bis in idem*- ha affermato che il concetto di "*idem factum*", nonostante il tenore letterale della disposizione convenzionale, non vada riferito al reato inteso nella sua prospettiva giuridica, occorrendo al contrario prendere in considerazione una concezione naturalistica di "fatto", che faccia scattare la preclusione processuale quando le imputazioni "scaturiscano dalle medesime circostanze concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio"<sup>439</sup>.

Con quest'ultima sentenza, la Grande Camera di Strasburgo si è dunque preoccupata di chiarire in via definitiva la portata e lo scopo della garanzia esplicitata dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, enucleando una nozione autonoma di "*idem factum*" che potesse fungere da guida per i giudici nazionali nello stabilire l'identità o meno del fatto oggetto di duplice procedimento, allontanandosi sia dall'approccio utilizzato in "Oliveira" sia dall'idea della rilevanza della mera condotta- così come affermato in "Gradinger"- e optando per una sostanziale continuità con l'indirizzo ermeneutico seguito in "Franz Fischer", espressivo di un approccio liberale e garantista<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> Cfr. N. GALANTINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1213, che richiama la sentenza della Corte EDU, Gr. C., Zolotukhin c. Russia, 10-02-2009, già precedentemente citata, sottolineando come l'orientamento seguito dalla Grande Camera in tale pronuncia sia stato seguito quasi costantemente dalle seguenti decisioni.

<sup>439</sup> Cfr. Corte EDU, Zolotukhin c. Russia, cit., paragrafi 80-84, richiamati da B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 61 (nota 8). In tali paragrafi si legge testualmente: "*article 4 Protocol No.7 must be understood as prohibiting the prosecution of trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same (...) the Court inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*". Sul punto, v. anche R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2445: " "fatto", ai fini del divieto di doppio processo, è dunque l'insieme di circostanze fattuali concrete relative al medesimo contravventore e inscindibilmente collegate nel tempo e nello spazio".

<sup>440</sup> Cfr. R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2445 in cui sottolinea come la Corte di Strasburgo abbia voluto, con la sentenza "Zolotukhin", risolvere il contrasto interno alla sua giurisprudenza e definire il concetto di "*idem factum*".

La Corte EDU non si è più discostata dall'approccio ermeneutico adottato con la sentenza "Zolotukhin", la quale pertanto è da considerare a tutti gli effetti un *leading case* in materia per ciò che concerne l'essenziale nozione di "stesso fatto" ai sensi del *ne bis in idem* convenzionale<sup>441</sup>. Così, negli anni successivi gli stessi giudici si sono solo preoccupati di definire ulteriormente il concetto in questione, precisando che la sovrapponibilità tra i fatti sussiste allorché questi siano riconducibili alla medesima condotta, ed evidenziando altresì l'importanza della "inestricabilità nel tempo e nello spazio" e delle "concrete circostanze", palesando- tramite quest'ultima locuzione- la necessità di tener conto anche di elementi quali il materiale probatorio a disposizione dell'accusa, le indagini effettivamente svolte ed altri criteri che possono affiorare a seconda dei casi<sup>442</sup>.

La nozione storico-naturalistica di *idem*, adottata dai giudici di Strasburgo, si ricollega e si allinea inoltre all'opinione espressa dalla Corte di Giustizia in merito al discusso concetto di identità del fatto: è bene sottolineare, infatti, come anche secondo quest'ultimo organo l'unico criterio rilevante ai fini dell'individuazione di una violazione del principio del *ne bis in idem* sia quello della medesimezza dei fatti materiali, vale a dire la sovrapponibilità delle circostanze e delle condotte inscindibilmente legate tra loro, a nulla rilevando la loro formale qualificazione giuridica<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> Cfr. I. 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.11.2015, p. 2.

<sup>442</sup> Così, P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 79-80, che rileva: "mentre i parametri della valutazione che si effettua ai sensi dell'art. 649 c.p.p. sono rigidi, categorici, quelli che la Corte europea adotta per il giudizio ai sensi dell'art.4 cit. sono flessibili, mutevoli in funzione del contesto di riferimento". Sul punto, cfr. anche I. GITTARDI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>443</sup> Così, P. PIANTAVIGNA, *Il divieto di "cumulo" dei procedimenti tributario e penale*, in *Rivista di Diritto finanziario e Scienza delle finanze*, 2015, p. 45 che richiama in tal senso la sentenza della CGUE, C-436/04, Van Esbroeck, 09-03-2006: l'Autore evidenzia come, nell'opinione della Corte di Giustizia, si possa parlare di violazione del *ne bis in idem* quando i fatti siano sostanzialmente identici. Inoltre, v. R. CALÒ, *op. cit.*, che osserva in modo interessante come l'approccio seguito dalla Corte EDU con la sentenza "Zolotukhin" abbia il merito di "determinare un parallelismo tra il *ne bis in idem* nazionale e quello internazionale sancito dall'art. 54 CAAS, superando così l'aporia venutasi a creare per effetto delle pronunce della Corte di Lussemburgo, per cui alla *res judicata* estera era attribuita un'efficacia preclusiva maggiore di quella riconosciuta alla sentenza nazionale": in tal modo è stata anche rafforzata la valenza garantista e sovranazionale della preclusione processuale.

Ecco che, dopo siffatta disamina, appare ancora più lampante come la giurisprudenza nazionale, e in particolare quella di legittimità, risultasse del tutto incompatibile con le conclusioni raggiunte a livello sovranazionale nell'ambito della definizione dei criteri ai quali ancorare la nozione di *idem factum*<sup>444</sup>: è sulla base di tale evidenza che sorge la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art.649 c.p.p., poc'anzi anticipata, sollevata con ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte del Tribunale di Torino, nel corso dell'udienza preliminare del processo cosiddetto "Eternit bis"<sup>445</sup>.

Vale la pena specificare che nel giudizio *a quo* l'imputato, responsabile della gestione di alcuni stabilimenti della società Eternit, era stato chiamato a rispondere dell'omicidio di 258 persone, tra lavoratori e operanti presso gli stabilimenti, in conseguenza delle medesime condotte- vale a dire l'omissione dell'adozione di cautele contro i danni da esposizione all'amianto- per le quali era già stato giudicato in via irrevocabile e prosciolto per prescrizione, a titolo di disastro aggravato (art. 434 comma 2 c.p.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 comma 2 c.p.)<sup>446</sup>. Stessa condotta e duplice giudizio, dunque (così si spiega la denominazione "Eternit bis"): da tale asserita duplicazione di procedimenti, avallata anche in considerazione della parziale coincidenza delle persone offese, derivava la violazione- secondo la prospettazione del giudice *a quo*- del divieto di *bis in idem* per come interpretato in ambito convenzionale (ossia effettuando una comparazione storico-naturalistica del fatto oggetto di doppio processo), nonché la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto

---

<sup>444</sup> In merito, v. M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (relaz. orientativa n. 26/17), cit., in cui viene passata in rassegna una lunga serie di pronunce della Corte di Cassazione relative alla nozione di *idem factum*: oltre alla sentenza "Donati", già citata, vale la pena richiamare Cass., Sez. 5, 30-10-2014, n. 52215, Carbognani, in cui non è stata ravvisata l'identità del fatto qualora l'evento del reato sia differente e costituisca l'evoluzione di quello già giudicato e Cass., Sez. 6, 08-01-2016, n. 11441, Bedino che ha escluso l'identità del fatto tra il reato di truffa e l'illecito amministrativo di cui all'art.5 d.l. n. 49/2003 sostenendo la diversità del fatto sulla base della presenza, nel solo reato di truffa, dell'elemento dell'artificio o del raggirò, assente invece nell'illecito amministrativo.

<sup>445</sup> Trattasi dell'ordinanza G.u.p. Trib. Torino, 24-07-2015, in G.U., 1 serie spec., 2015, n. 48, imp. Schmidheiny, commentata in maniera completa ed esauriente da I. GITTARDI, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>446</sup> Cfr. B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 60 e R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2240; per un ampio commento sull'ordinanza in questione, v. N. GALANTINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1211 ss..

vivente italiano, che esclude la garanzia processuale in presenza di un concorso formale di reati<sup>447</sup>.

Avvalendosi dello schema della norma interposta *ex art.* 117 Cost, secondo il meccanismo delineato dalle sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007<sup>448</sup>, il G.u.p. torinese ha preso atto della totale incompatibilità sussistente non tra la formulazione letterale dell’art. 649 c.p.p. e l’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, bensì tra la nozione di “identità” del fatto ricorrente al criterio dell’*idem* legale- nell’interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza nazionale di legittimità- e il concetto naturalistico di *idem factum* fatto proprio dai giudici di Strasburgo: ciò che rende infatti peculiare tale ordinanza è proprio la problematica posta al centro della stessa, vale a dire un problema di diritto vivente, o meglio di diritti viventi a confronto, in una prospettiva multilivello<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Cos’, R. CALÒ, *op. cit.*, pp. 2240-2241; v. anche S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24.07.2016, pp. 1-2 che specifica: “L’inizio di un processo Eternit bis (...) ha fatto immediatamente sorgere la questione di una possibile violazione del divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto (...). Tale violazione sarebbe stata da escludere seguendo l’interpretazione dell’art. 649 c.p.p. fatta propria dal “diritto vivente” italiano, secondo la quale per “medesimo fatto” occorre avere riguardo al “fatto giuridico”, e dunque risulta possibile celebrare un nuovo giudizio nei confronti dello stesso imputato allorché le norme incriminatrici siano diverse e suscettibili di concorso formale. (...) La questione appare tuttavia assai più problematica adottando l’interpretazione del concetto di “medesimo fatto” offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con riferimento all’art.4 Prot.7 della Convenzione, giacché in tal caso occorre avere riguardo al “fatto storico”, ossia alla dimensione squisitamente naturalistica e materiale della fattispecie concreta (...)”. Sul rapporto tra *ne bis in idem* e concorso formale, inoltre, v. N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., p. 1214, la quale aggiunge che l’ordinanza di rimessione alla consulta pone in evidenza “l’anacronismo dell’indirizzo giurisprudenziale nazionale alla luce delle non più eludibili direttive contenute nella giurisprudenza europea dei diritti” e sottolinea, inoltre, le incongruenze e le contraddizioni in cui talvolta è caduta la giurisprudenza nazionale: “da un lato nega la preclusione in caso di concorso formale, mentre d’altro lato la ammette se il secondo giudizio si pone in una situazione di incompatibilità logica con il primo, conclusosi con una pronuncia assolutoria perché il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso. E’ stata infatti posta in dubbio la linearità di queste conclusioni che, mentre postulano la diversità dei fatti in concorso, conferiscono rilevanza alla accertata insussistenza del primo di essi coperto dal giudicato, così da far emergere che in realtà ci si trova di fronte allo stesso fatto”.

<sup>448</sup> C. Cost., 24-10-2007, n.348 e Corte Cost., 24-10-2007, n. 349, entrambe in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e richiamate da B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 61 (nota 12); cfr. anche S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>449</sup> Cfr. A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.01.2016, p. 5 ss. in cui viene dettagliatamente approfondita tale peculiare questione

La Corte costituzionale, ritenendo ammissibile la questione<sup>450</sup> e chiarendo, in via preliminare, che l'ammissibilità della stessa non è da ritenersi influenzata dal fatto che i precedenti procedimenti erano stati definiti con sentenze applicative della prescrizione- posto che, nella giurisprudenza della Corte EDU, anche provvedimenti di tale natura sono idonei a fungere da presupposto del divieto di un secondo giudizio<sup>451</sup>- ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disposizione codicistica seguendo una serie di argomentazioni di notevole interesse ai fini della ridefinizione del concetto di "medesimezza" del fatto, che andremo adesso a ricostruire.

---

inerente alla vicenda *Eternit bis*: l'Autrice infatti spiega che al centro della questione di legittimità non vi è la norma codicistica per come formulata letteralmente (infatti la lettera dell'art. 649 c.p.p. non osta ad un'interpretazione convenzionalmente orientata del divieto di *bis in idem*), bensì l'interpretazione che della stessa è stata fornita dalla Corte di Cassazione e che si è consolidata "al punto da assumere valenza di "significato obiettivo della disposizione" e da concretizzare la nozione di diritto vivente". La stessa Autrice infatti riassume in maniera molto efficace l'operazione compiuta dal giudice *a quo*: egli "ritiene che sulla base di un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte Edu (...) la prosecuzione del processo a carico dell'imputato già giudicato e prosciolto integri una violazione dell'art. 4 prot.7 Cedu; vorrebbe applicare l'art. 649 c.p.p., che sulla base della sua formulazione letterale consente una interpretazione orientata, in modo da pronunciare sentenza di proscioglimento; osserva che l'interpretazione convenzionalmente orientata sarebbe del tutto in linea con i principi costituzionali, anzi ne implementerebbe l'efficacia; ritiene tuttavia di non potervi procedere, poiché la norma in questione è costantemente interpretata in senso difforme dalla giurisprudenza di legittimità: una interpretazione diversa rispetto a quella che ormai costituisce diritto vivente nazionale, infatti, sarebbe da considerarsi eccentrica rispetto al sistema e pertanto preclusa al giudice comune; per questi motivi solleva questione di legittimità costituzionale".

<sup>450</sup> Sul punto, R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2241 che specifica infatti come la Corte costituzionale stessa abbia chiarito che "la possibilità per il giudice *a quo* di adottare un'interpretazione della disposizione conforme alla CEDU e dunque alla Costituzione non determina per ciò solo la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale", in quanto "l'esistenza di una consolidata interpretazione della disposizione (il c.d. diritto vivente) consente infatti di derogare alla regola generale secondo cui la questione di costituzionalità può essere sollevata solo laddove non è possibile interpretare la disposizione in senso costituzionalmente e convenzionalmente conforme".

<sup>451</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3814; critica in tal senso, è B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 62, che sostiene come in realtà non sia assolutamente pacifico, all'interno della stessa giurisprudenza di Strasburgo, che una sentenza di proscioglimento per prescrizione possa fungere da presupposto per l'operatività del divieto di *bis in idem*. Infatti, una parte privata aveva, sulla base della versione originale francese dell'art.4 Prot. 7 CEDU- secondo cui il *ne bis in idem* scatta quando l'imputato sia stato definitivamente "*acquitté ou condamné*"- aveva rilevato che la garanzia postula una vera e proprio "assoluzione", mentre nel caso di specie l'imputato era stato prosciolto per prescrizione: l'Autrice appoggia tale rilievo, specificando anzi come il giudice europeo non abbia ritenuto di risolvere il problema, e come una parola definitiva non sia arrivata nemmeno dalla Grande Camera.

Anzitutto, occorre ribadire come, con la sentenza n. 200 del 2016, la Consulta abbia dichiarato l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. “nella parte in cui esclude il fatto per la sola circostanza che sussiste un concorso formale (...)”, intendendosi, con l'espressione “per la sola circostanza”, il fatto che la sentenza irrevocabile pronunciata per uno solo dei reati in concorso formale di per sé non consente né preclude l'instaurazione di un procedimento per il reato concorrente: è necessario infatti accertare in concreto se il fatto sia o meno il “medesimo”, analizzandolo nella sua dimensione non giuridica ma storico-naturalistica, in quanto considerata l'unica in linea con il tenore letterale dell'articolo stesso nonché con la giurisprudenza convenzionale<sup>452</sup>.

Adottando dunque un'interpretazione convenzionalmente conforme della nozione di “stesso fatto”, fondata sulla dimensione naturale ed empirica dello stesso, la Corte Costituzionale ha deciso di specificare ulteriormente il concetto in questione: l'analisi relativa al “fatto”, inteso quale accadimento storico avente rilevanza penale, non può concentrarsi esclusivamente- nell'opinione della Consulta- sulla condotta del soggetto agente, ma deve estendersi fino a ricomprendere l'oggetto fisico su cui ricade il comportamento, l'evento naturalistico conseguente a quest'ultimo nonché la modificazione della realtà posta in essere tramite la condotta stessa<sup>453</sup>. Sotto quest'aspetto, infatti, un'accezione di *idem factum* che comprenda

---

<sup>452</sup> Cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, p. 80. L'Autore spiega anche la scelta d'intervento della Consulta in questo modo: “la Corte costituzionale avrebbe potuto limitarsi ad una semplice interpretativa di rigetto, volta a ribadire quanto già emergeva dalla lettera dell'art. 649 c.p.p. ossia la nozione “materiale” e non “giuridica” del fatto (...). Se ha scelto la via della dichiarazione di illegittimità, è evidentemente per il timore che, non essendo vincolanti le interpretative di rigetto, la giurisprudenza della Cassazione potesse perseverare in un indirizzo contrastante sia con il tenore della legge ordinaria sia con la fonte sovraordinata dell'art.4 cit., come interpretato dalla Corte europea”.

<sup>453</sup> Così, R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2246; critico sul punto, P. FERRUA, *op. cit.*, p. 81 che osserva come, a stretto rigore, la Corte avrebbe dovuto fermarsi nel sostenere la natura storico-naturalistica del concetto di “stesso fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p., senza andare a specificare quali siano gli elementi del “fatto” che rilevano per il giudizio circa la sua “medesimezza”: “E' la Corte stessa, infatti, a precisare che non le spetta di pronunciarsi sulla correttezza ermeneutica di un determinato criterio interpretativo del *ne bis in idem*, essendo oggetto del giudizio incidentale solo «la conformità di esso, e dunque dell'art. 649 c.p.p.» (...) I giudici costituzionali, invece- sicuramente in considerazione della gravità dei reati e del numero di vittime coinvolte nel processo Eternit- hanno ritenuto di dare qualche indicazione sul criterio da seguire per la valutazione del *ne bis in idem* nel processo *a quo* instaurato per omicidio doloso dopo la sentenza irrevocabile che dichiarava prescritto il reato di disastro (art. 434 c.p.)”.

anche tali elementi di carattere normativo non incontrerebbe ostacoli nella giurisprudenza di Strasburgo, a nulla rilevando che talvolta gli stessi giudici europei hanno fondato la loro analisi sulla sola identità della condotta: la stessa Corte EDU ha spesso attribuito importanza anche ad ulteriori elementi<sup>454</sup>.

La Corte costituzionale ha così evidenziato come il fatto debba considerarsi il medesimo quando coincida nei suoi tre elementi costitutivi- vale a dire la condotta, il nesso causale e l'evento- ricollegandosi in tal modo alla giurisprudenza maggioritaria sul tema, ma distanziandosene allo stesso tempo nello specificare come questi elementi rilevino solo se valutati empiricamente<sup>455</sup>. Siffatto ragionamento vale in particolare per l'elemento costituito dall'evento, sempre da intendere in senso naturalistico<sup>456</sup>: da ciò deriva la totale mancanza di dubbio circa la diversità del fatto qualora, in caso di concorso formale di reati, dalla stessa condotta sia scaturita una pluralità di eventi, uno dei quali non sia stato considerato nel precedente giudizio relativo ad uno dei reati concorrenti<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 63: "Sarebbe poi significativo che il giudice di Strasburgo abbia talora attribuito importanza, nel valutare l'*idem factum*, alla riferibilità della condotta alla medesima vittima, così fornendo quantomeno degli «indizi» sul possibile rilievo, a segnare il mutamento del fatto, del diverso «oggetto fisico» attinto dall'azione. Ancora, la giurisprudenza europea non offrirebbe alcuno spunto che impedisca di trarre l'alterità del fatto dal mutamento dell'evento naturalistico". L'Autrice rileva anche che la Corte costituzionale fa leva su "un certo grado di relatività" nella tutela convenzionale del *ne bis in idem*: adottare quella incentrata esclusivamente sulla stessa condotta, significherebbe preservare l'imputato da un nuovo procedimento anche quando sia stata aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona, oppure con una sola condotta egli abbia leso una pluralità di vittime.

<sup>455</sup> P. FERRUA, *op. cit.*, p. 81: la Corte specifica espressamente che l'identità del "fatto" va intesa "come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi". Cfr. anche R. CALÒ, *op. cit.*, p. 2247, che evidenzia come la Consulta abbia escluso il criterio dell'*idem* legale perché "troppo debole" per essere considerato compatibile con il fondamento costituzionale del divieto di *bis in idem*, rinvenibile- come già detto- negli artt. 24 e 111 Cost.: "Per tale via la Corte non solo compie un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, ma decide nel senso della netta prevalenza della libertà individuale rispetto alle contrapposte esigenze che premerebbero per la repressione dei reati (...)".

<sup>456</sup> In tal senso, B. LAVARINI, *op. cit.*, pp. 63-64 in cui l'Autrice sottolinea come l'evento vada inteso, secondo la Consulta, solo in senso naturalistico e non giuridico: in tal modo si esclude che il fatto "possa dirsi il medesimo anche solo per il motivo che tra la *res iudicata*, e quella oggetto della nuova imputazione, sia configurabile il concorso formale di reati".

<sup>457</sup> P. FERRUA, *op. cit.*, p. 81. Sulla rilevanza dell'evento, sottolineato anche- secondo il giudice delle leggi- da alcune pronunce della Corte EDU, v. M. CASTELLANETA, *Concorso formale di reati e principio del ne bis in idem tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 165 che richiama, tra le sentenze in cui la Corte europea ha dato rilievo all'evento nel valutare l'unicità del fatto, le sentenze del 14 gennaio 2014, Muslija c. Bosnia-Erzegovina (ricorso n.32042/11) e

Tale approccio ha condotto la Consulta a sconfessare il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità- che riteneva sempre non operante il *ne bis in idem* nei confronti del concorso formale di reati- e alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p., nei termini già menzionati, con la precisazione per cui il divieto di *bis in idem* non debba però considerarsi automaticamente applicabile ogni volta che il reato oggetto di nuovo procedimento concorra formalmente con quello già giudicato, essendo al contrario ben possibile che, nonostante l'identità dell'azione od omissione, questo possa mutare in virtù di altri elementi, quali l'evento naturalistico<sup>458</sup>.

Applicando, pertanto, siffatto approdo interpretativo al caso di specie, la Corte costituzionale, nonostante l'accoglimento della questione di legittimità, ha concluso per la perseguibilità del processo *Eternit bis*, quantomeno in rapporto alle vittime le cui lesioni o morti non avevano formato oggetto di contestazione nel precedente processo<sup>459</sup>: sebbene sia configurabile, senz'altro, un concorso formale tra i reati giudicati e quello *sub iudice* e, come detto, quest'ultimo istituto non escluda di per sé una violazione del *ne bis in idem*, non può dubitarsi della diversità dei fatti “qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio”<sup>460</sup>. Per quanto riguarda, invece, le vittime già coinvolte nel primo processo, la Corte ha operato un'ulteriore specificazione: il nuovo giudice dovrà accertare se nel processo già conclusosi con sentenza irrevocabile “la morte o la lesione siano state già specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato”<sup>461</sup>.

---

del 12 dicembre 2013, Khmel c. Russia (ricorso n. 20383/14): “alla luce delle indicate pronunce, quindi, poiché in alcune occasioni non è stata considerata unicamente l'azione o l'omissione dell'agente, ma anche l'oggetto fisico (la vittima) o l'evento naturalistico, la Consulta ritiene che non si può concludere nel senso che il fatto di cui all'art. 4 del Protocollo n.7 sia «da circoscrivere alla sola condotta dell'agente»(...)”

<sup>458</sup> Cfr. B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 64, che riporta le parole della stessa sentenza della Corte Costituzionale, la quale sostiene il mutamento del fatto in virtù “di elementi ulteriori (...) siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento”.

<sup>459</sup> Cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, p. 82: “qui il fatto deve considerarsi senz'altro diverso sia per l'evento sia per il nesso di causalità, restando medesima solo la condotta”.

<sup>460</sup> Queste le parole della Corte Costituzionale riportate da B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 64.

<sup>461</sup> Cfr. P. FERRUA, *op. cit.*, p. 82: l'Autore specifica che nel caso di specie la contestazione degli eventi letali o lesivi era sì stata effettuata, ma col solo scopo di documentare le aggravanti relative ai reati contestati nel giudizio precedente, senza attribuire rilievo ai singoli eventi né ai nessi di causalità individuali rispetto alle vittime.

Dunque, la Consulta ha dichiarato certamente insussistente la violazione del divieto di *bis in idem* con riferimento alle 72 persone offese che non comparivano tra le vittime del primo procedimento, lasciando aperto, allo stesso tempo, uno spiraglio per quanto riguarda la prosecuzione del processo anche rispetto alle 186 persone che già figuravano tra le persone offese nel procedimento per i reati *ex art.434 c.p. e 437 c.p.*<sup>462</sup>.

Ma il percorso ermeneutico seguito dalla Corte Costituzionale e i criteri, dalla stessa individuati, ai fini dell'individuazione della medesimezza del fatto possono davvero considerarsi i migliori e più efficaci possibili?

A ben vedere, sono non poche le perplessità che il percorso suggerito per valutare l'identità del fatto suscita, sia per i risvolti in tema di garanzia dell'imputato, sia per la sussistenza di altre soluzioni che potrebbero sembrare preferibili<sup>463</sup>.

Anzitutto, alcune considerazioni meritano di essere svolte in merito all'assunto principale adottato dalla Consulta, vale a dire la circostanza per cui la diversità degli eventi vale ad escludere l'identità del fatto: parte della dottrina ha infatti evidenziato come sia l'identità naturalistica della condotta, insieme all'oggetto fisico che ne è parte integrante e non elemento differente, a definire compiutamente e ragionevolmente l'*idem*<sup>464</sup>. Nel caso in cui gli eventi siano diversi, sempre secondo tale dottrina, sicuramente sussistono ragioni apprezzabili per ritenere inoperante il *ne bis in idem*- posto che, in linea di principio, l'esercizio di una nuova azione penale sembra essere giustificata in relazione alla realizzazione di un evento differente, pur originato dalla medesima condotta- eppure a tale inoperatività conseguirebbe

---

<sup>462</sup> Cfr. S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 1.

<sup>463</sup> In particolare, sul punto, v. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 3815-3816 che sottolinea proprio come la sentenza in esame possa dirsi al tempo stesso "innovativa e conservatrice": da una parte, costituisce una svolta epocale nello stabilire che non si possa escludere una violazione del *ne bis in idem* per il solo fatto che sussista un concorso formale di reati (e dunque la Corte di Cassazione ha dovuto allinearsi a questa nuova prospettiva), dall'altra però resta ancorata alle tradizioni nell'affermare, in merito alla valutazione dell'identità del fatto, la necessità di accertare la triade condotta-evento-nesso di causalità. Non convinto del ragionamento effettuato dalla Consulta è anche D. PULITANÒ, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>464</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 72: "Una volta identificata naturalisticamente la condotta oggetto dei procedimenti, eventuali diversità di qualificazione giuridica, derivanti da modalità di tipizzazione della condotta, vanno valutate nel modo in cui la sentenza n. 200 ha valutato l'ipotesi del concorso formale. L'*oggetto fisico* della condotta, che la sentenza menziona accanto all'evento come cosa diversa dalla condotta, in realtà ne è parte integrante. Se non c'è questione di eventi diversi, l'*idem* è compiutamente definito dall'identità naturalistica della condotta".

necessariamente la reiterazione del giudizio sulla condotta e la sottoposizione dell'imputato ad un nuovo processo avente ad oggetto la medesima attività: ciò risulterebbe evidentemente contrastante con le ragioni sottese al *ne bis in idem* stesso, in termini di costi che l'imputato si troverebbe a dover sopportare<sup>465</sup>.

Inoltre, non è mancato chi abbia avanzato dubbi in merito alla scelta della Corte Costituzionale di fare riferimento, nella determinazione dei criteri identificativi dell'*idem*, alla triade composta da condotta, nesso di causalità ed evento, sebbene non nella loro dimensione giuridica ma nella loro traduzione empirica: posto che il fatto risentirebbe sempre e inevitabilmente della categoria criminosa in cui viene fatto rientrare, riferirsi a tale triade significherebbe comunque effettuare un raffronto basato sulla cosiddetta "fattispecie giudiziale", ossia un confronto delle imputazioni e degli elementi costitutivi del fatto oggetto di doppio giudizio<sup>466</sup>. Ecco che, in tal senso, è come se la Corte smentisse se stessa, in quanto è lo stesso *idem* legale- che gli stessi giudici intendevano escludere- che torna a rilevare per la verifica dell'identità del fatto, e che di certo renderà molto difficile- se non, in alcuni casi, impossibile- il riconoscimento di un *bis* e l'applicabilità della preclusione processuale<sup>467</sup>.

Nonostante, pertanto, siano comprensibili e plausibili le ragioni per cui la giurisprudenza maggioritaria e la stessa Corte Costituzionale non intendano circoscrivere la valutazione dell'identità del fatto alla sola condotta- approccio,

---

<sup>465</sup> Così, D. PULITANÒ, *op. cit.*, pp. 72-73 in cui l'Autore sottolinea come, in caso di eventi coevi o comunque contigui, sarebbe sicuramente più giusto un processo unitario in relazione ai diversi eventi, in quanto "la pluralità di eventi non basta a giustificare una pluralità di processi a carico della stessa persona, relativi al medesimo contesto causale". Nel caso del processo Eternit, però, i diversi eventi si erano verificati in tempi diversi, via via più lontani anche di molti decenni dalla condotta incriminata: ebbene, nonostante- dal punto di vista dell'interesse offeso dal reato- vadano senza dubbio salvaguardati i diritti delle persone offese, l'Autore si domanda fino a che punto sia ragionevole ritornare sulle responsabilità per gli effetti della gestione di tanti anni addietro.

<sup>466</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3815 che richiama, in merito al riferimento alla "fattispecie giudiziale", G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 40.

<sup>467</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 3815-3816: "(...) 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 della 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 della fattispecie astratta di riferimento. (...) E allora, sarà assai improbabile che una comparazione, compiuta in questi termini, possa condurre al riconoscimento di un *bis*".

questo, di maggior favore per l'imputato e che andrebbe a creare delle sacche di impunità- considerare necessaria la comparazione di suddetta triade limiterebbe il *ne bis in idem* ad un'applicazione assai marginale: l'ipotesi più convincente, nonché più in linea anche con il tenore letterale dell'art. 649 c.p.p., sembrerebbe quindi essere quella per cui il raffronto debba essere fatto sulla condotta, cui deve aggiungersi l'oggetto materiale su cui questa ricada<sup>468</sup>. Siffatta soluzione, accompagnata sempre dal buon senso<sup>469</sup>, consentirebbe di raggiungere quel giusto bilanciamento tra il dovere di fare giustizia, la necessità di garantire la certezza delle situazioni giuridiche e la volontà di evitare costi aggiuntivi ed eccessivi per l'imputato<sup>470</sup>.

Tuttavia, malgrado la presenza di osservazioni critiche in merito alle conclusioni e soprattutto al percorso argomentativo seguito dal Giudice delle leggi, non si può negare che, con la sentenza n. 200 del 2016, la Consulta ha finalmente chiarito la nozione di *idem factum* alla luce della Convenzione europea, aprendo la

---

<sup>468</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3816, in cui si osserva che se si seguisse l'orientamento per cui è necessario, ai fini dell'analisi dell'*idem factum*, effettuare la comparazione, oltre che della condotta, anche dell'evento e del nesso di causalità, l'applicabilità dell'art. 649 c.p.p. risulterebbe di gran lunga limitata: non potrebbe infatti nemmeno operare in caso di passaggio dal tentativo alla consumazione perché, anche in questo caso, non vi sarebbe coincidenza di evento, e ciò sarebbe contrario al tenore letterale dell'articolo stesso nel momento in cui prevede che il divieto di secondo giudizio scatti quando il fatto è il medesimo, "anche se diversamente considerato per grado".

<sup>469</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3816 che a riguardo richiama l'esempio di Tizio che con una fucilata uccida due persone: qualora venga processato e condannato con sentenza irrevocabile solo per l'omicidio della prima persona, il secondo giudizio relativo alla morte della seconda persona dovrebbe considerarsi precluso, sulla base del fatto che la condotta è la stessa? Naturalmente, come sostiene l'Autrice, in tal caso "il buon senso impone altro tipo di risposta: non è difatti sostenibile che ci si trovi in questo caso di fronte al medesimo fatto".

<sup>470</sup> L'esigenza di non sovraccaricare l'imputato di costi inaccettabili è fatta presente in particolare da D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 73; cfr. anche R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3816 in cui l'Autrice rileva come, sulla base di tale prospettata soluzione, avrebbe potuto concludersi la decisione della Corte Costituzionale in merito alla vicenda Eternit *bis*: per quanto riguarda le vittime non contemplate nel primo processo, non vi sarebbe stata alcuna preclusione processuale, mentre rispetto a quelle già apparse nel primo procedimento si sarebbe dovuto applicare il *ne bis in idem* ("Questa conclusione (...) 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 dimostrato e un nuovo accertamento era pertanto precluso").

strada all'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei casi di concorso formale di reati<sup>471</sup>.

## **2. La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione europea sul sistema sanzionatorio in materia di abusi di mercato e illeciti tributari: la crisi del doppio binario. La sentenza "Grande Stevens". La sentenza "Fransson".**

Dopo aver delineato la nozione di "*idem factum*" per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è giunto adesso il momento di osservare come la stessa nozione, insieme a quella, ugualmente essenziale, di "materia penale"- che abbiamo in precedenza analizzato- ha costituito una delle motivazioni centrali poste alla base della censura, da parte della stessa Corte EDU, del sistema sanzionatorio italiano in materia di abusi di mercato.

Allo stesso tempo, vedremo come anche la materia degli illeciti tributari è stata al centro della critica giurisprudenziale sovranazionale: il doppio binario sanzionatorio, finanziario e tributario, è stato infatti protagonista di due importanti sentenze pronunciate dalle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, le quali hanno rappresentato un approdo significativo e hanno prodotto effetti notevoli nella dottrina e nella giurisprudenza nazionali.

Nonostante l'approccio non giuridico della Corte EDU in relazione al concetto di *idem factum* e il ripudio, da parte degli stessi giudici, di una nozione formalistica di "materia penale" fossero piuttosto risalenti e ormai costituissero argomenti consolidati, il doppio binario sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia di abuso d'informazioni privilegiate e manipolazione del mercato- che

---

<sup>471</sup> Cfr. M. CASTELLANETA, *op. cit.*, p. 164, che rileva come la Corte costituzionale abbia ritenuto operante il *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati "soprattutto nell'ipotesi di vittime differenti colpite da una stessa condotta illecita imputabile a un individuo già condannato o, come nel caso di specie, già prosciolto per prescrizione in via definitiva".

abbiamo avuto modo di analizzare- ha cominciato a fare seriamente i conti con siffatte tematiche solo dopo la condanna nel famoso caso “Grande Stevens”<sup>472</sup>.

La premessa dell’intervento della Corte di Strasburgo in materia di *market abuse* è rappresentata dalla previsione, all’interno di suddetto sistema sanzionatorio, di sanzioni amministrative dal contenuto fortemente afflittivo e repressivo, tale da renderle sostanzialmente equiparabili- in base ai criteri “Engel” esaminati nel corso del precedente capitolo- alle sanzioni penali<sup>473</sup>. Per comprendere a fondo le critiche mosse all’ordinamento italiano nel caso di specie occorre, però, effettuare qualche rapido riferimento alla vicenda processuale: quest’ultima ha avuto origine nel 2002, data in cui la Fiat s.p.a. ha stipulato un prestito “convertendo” con alcune banche che prevedeva, in caso di mancata restituzione dello stesso, la sottoscrizione di un aumento di capitale della società torinese da parte delle banche, le quali sarebbero divenute proprietarie del 28% di Fiat, con conseguente riduzione della quota di partecipazione della IFIL Investments s.p.a. (società di cui Franco Grande Stevens- consulente legale di Fiat- era membro del CdA)<sup>474</sup>.

L’oggetto della pronuncia della Corte EDU è la responsabilità, a titolo di manipolazione del mercato (ai sensi degli artt. 185 e 187-ter del d.lgs. n. 58 del 1998, come modificato dalla legge n. 62 del 2005) per la diffusione al pubblico di comunicati provenienti da IFIL Investments s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a. in cui IFIL confermava l’intenzione di rimanere azionista di riferimento della Fiat: il carattere falso è in particolare contestato ad uno dei comunicati, a causa

---

<sup>472</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3817: si tratta della famosa sentenza della Corte EDU, Sezione II, Grande Stevens e altri c. Italia, 04-03-2014, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2304.

<sup>473</sup> Così, D. LABIANCA, *La nuova dimensione del ne bis in idem: dal caso Grande Stevens a C. Cost n.102/2016*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell’economia*, Tomo I, Torino, 2016, p. 119 che richiama, in merito alla nozione di “materia penale” e ai criteri elaborati a livello convenzionale per l’individuazione di un procedimento/sanzione sostanzialmente penali, C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 894 ss.; sul punto, v. anche M.T. STURLA, *Il ne bis in idem tra Corte Edu e Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2010.

<sup>474</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 122, che analizza la vicenda processuale nei dettagli. Per una ricostruzione analitica della complessa vicenda finanziaria dei suoi complicati passaggi, v. anche A. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.03.2014 che richiama, per un’analisi ancora più completa, T. TRINCHERA, G. SASSAROLI, F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso Fiat*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24.09.2013.

della mancata menzione- all'interno dello stesso- dell'imminente negoziazione di un contratto di *equity swap* stipulato tra la stessa IFIL e la banca d'affari statunitense Merrill Lynch, operazione che avrebbe consentito alla IFIL di mantenere la quota del 30,06% del capitale sociale di Fiat<sup>475</sup>. Tale negoziazione sarebbe stata, secondo l'accusa, già conclusa al momento della comunicazione e ne sarebbe stata omessa la notizia al fine di evitare i possibili effetti che la diffusione della stessa avrebbe avuto sul prezzo delle azioni Fiat<sup>476</sup>.

Per tale vicenda, presero avvio i procedimenti per la violazione delle disposizioni inerenti alla manipolazione del mercato, nei confronti sia delle persone fisiche, che avevano concorso alla diffusione del comunicato (Grande Stevens e altri), sia delle persone giuridiche coinvolte : nel procedimento amministrativo, avente ad oggetto l'illecito di cui all'art. 187-ter t.u.f., la Consob ritenne integrata la violazione e irrogò ai soggetti interessati pesanti sanzioni amministrative (accompagnate, per le sole persone fisiche, anche da sanzioni interdittive) confermate in Appello e in Cassazione<sup>477</sup>. La vicenda penale, d'altro lato, si concludeva in primo grado con l'assoluzione degli imputati per il reato di manipolazione del mercato, e con la successiva sentenza della Suprema Corte- a seguito del ricorso *per saltum* in Cassazione proposto dalla Procura della Repubblica di Torino- che annullava parzialmente la sentenza assolutoria, dichiarando la soluzione di primo grado "non giuridicamente corretta" e rinviando, di conseguenza, gli atti al giudice competente per il rinvio al fine di un nuovo esame nel merito<sup>478</sup>.

---

<sup>475</sup> Sul punto, v. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (relaz. orientativa dell'Ufficio del Massimario Penale n.35/2014), cit., pp. 9-10 e D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>476</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 10.

<sup>477</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 123 che richiama, in tal senso, la delibera CONSOB, 09-02-2007, n.15760, in [www.Consob.it](http://www.Consob.it); alla sentenza della Corte d'Appello di Torino, 23-01-2008, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013 e alla sentenza della Cassazione, sez.un., 30-09-2009, nn. 20935, 20936 e 20939, in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

<sup>478</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 123: la sentenza di primo grado è quella del Trib. Torino, 18-03-2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2010, in cui il giudice di primo grado ha ritenuto insussistente, ai fini dell'integrazione del reato *ex art.185 t.u.f.*, il pericolo concreto di alterazione degli strumenti finanziari ("per la sussistenza del reato contestato (...) non è richiesto che si accerti l'avvenuta alterazione di strumenti finanziari (...) perché occorre invece verificare se, in concreto, a seguito di tale comunicato, il pericolo per l'alterazione di strumenti finanziari si sia effettivamente prodotto"). Per quanto riguarda la sentenza della Cassazione, invece, si veda Cass., 15-10-2012, n. 40393, in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it): l'Autore sottolinea (alla nota 20) come, secondo le Sezioni Unite, il

Infine, la Corte d'Appello di Torino- in funzione di giudice del rinvio- concludeva individuando l'idoneità della diffusione del comunicato falso a impedire la flessione del prezzo del titolo, condannando gli imputati alla reclusione e alla multa: la Corte di Cassazione, investita della questione in merito alla correttezza giuridica della qualificazione operata dalla Corte d'Appello, dichiarava estinti i reati per prescrizione, ponendo così fine all'intricata vicenda processuale penale<sup>479</sup>.

Prima di analizzare nel merito il ragionamento e le motivazioni poste alla base della sentenza di condanna della Corte EDU, vale la pena sottolineare come, nel corso dei procedimenti svoltisi davanti alla Consob e al giudice penale, i ricorrenti avessero già sollevato quelle stesse critiche che successivamente li avrebbe portati a ricorrere alla Corte di Strasburgo: da una parte, la lesione dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.) e del contraddittorio (sancito dallo stesso t.u.f. all'art. 187-septies) nel procedimento amministrativo instaurato dalla Consob, dall'altra, la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione al principio del *ne bis in idem* (sancito dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU), nella parte in cui permette l'instaurazione e la prosecuzione di un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa<sup>480</sup>. Entrambe le questioni erano, però, state risolte velocemente sia

---

contenuto della notizia vera costituisca presupposto indispensabile per formulare il giudizio sulla falsità della notizia stessa e verificare le conseguenze che avrebbe prodotto sul mercato la diffusione della notizia vera.

<sup>479</sup> Così, D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 123-124: la sentenza della Corte d'Appello di Torino, che ha condannato gli imputati a un anno e quattro mesi di reclusione e al pagamento di 400.000 euro di multa, è quella del 28-02-2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, commentata da T. TRINCHERA, G. SASSAROLI, F. MODUGNO, *op. cit.*; la sentenza finale della Cassazione è invece quella del 17-12-2013, n. 19515, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it). Cfr. anche A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p.2 che sottolinea come il procedimento penale abbia conosciuto un *iter* decisamente più tortuoso rispetto a quello amministrativo- relativo alla vicenda in esame- e come abbia sollevato interessanti questioni in merito al metodo di accertamento del pericolo concreto e della cd. *price sensitivity*. Per ulteriori approfondimenti in merito alla vicenda IFIL-Exor, v. F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. Proc.*, 2014, p. 616.

<sup>480</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 124; sulle critiche mosse già in sede processuale, prima del ricorso alla Corte EDU, v. anche F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 618 che segnala come già la Corte d'appello civile, chiamata a pronunciarsi a seguito della condanna inflitta dalla Consob per l'illecito amministrativo ex art. 197-ter t.u.f., "era stata sollecitata a pronunciarsi sulla complessiva illegittimità del processo sanzionatorio svolto davanti alla Commissione, in quanto non rispettoso sia del principio del giusto processo (...), sia del principio del contraddittorio (...)".

dalla Corte d'Appello civile torinese- che ritenne insussistente la violazione lamentata in merito al giusto processo in quanto “le disposizioni costituzionali in materia di processo equo (...) si applica[no] soltanto ai procedimenti giudiziari e non al procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative”, nonché quella relativa al contraddittorio, in virtù del fatto che gli incolpati erano stati informati circa le accuse mosse a loro carico<sup>481</sup>- sia dal Tribunale di Torino, il quale aveva sentenziato il rigetto della sollevata eccezione d'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., motivandolo in primo luogo con la diversità strutturale tra l'illecito penale e quello amministrativo di manipolazione del mercato, e in secondo con il riferimento alla direttiva 2003/6/CE (contenente, secondo il Giudice torinese, l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la coesistenza di sanzioni penali ed amministrative per i fatti di *market abuse*)<sup>482</sup>.

Le stesse questioni, sollevate dalle difese e risolte- a parere di gran parte della dottrina- con estrema superficialità nel corso dei procedimenti<sup>483</sup>, hanno costituito il

---

<sup>481</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 124: sul punto, v. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 10, in cui si evidenzia come le Sezioni Unite civili, nel 2009 (sent. n. 20935) abbiano rigettato il ricorso inerente alla violazione del contraddittorio rilevando che “il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative (...) postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale sede, i principi del diritto di difesa e del giusto processo (...)”.

<sup>482</sup> V. D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 124-125 che richiama, alla nota 24, per quanto riguarda le motivazioni addotte dal Tribunale di Torino in merito al rigetto dell'eccezione d'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., la sentenza del 18-03-2011, in cui lo stesso tribunale effettua un riferimento al precedente giurisprudenziale costituito da Cass. pen., 03-05-2006, n.15199, Labella, in *Cass. pen.*, 2007, p. 56: in quest'ultima sentenza, i giudici della Suprema Corte, l'illecito penale di manipolazione del mercato si differenzia dall'analogo illecito amministrativo in quanto il primo è reato di pericolo concreto, punibile solo a titolo di dolo, mentre il secondo è strutturato nella forma di pericolo astratto e punibile anche a titolo di colpa.

<sup>483</sup> In tal senso, cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 125 che sottolinea come siano state sottovalutate le possibili violazioni del giusto processo e del *ne bis in idem* da parte della legislazione italiana in tema di abusi di mercato, “legislazione che, come si constaterà, ha creato un sistema caratterizzato da un evidente eccesso repressivo, soprattutto a seguito dell'indiscriminata moltiplicazione dei livelli sanzionatori realizzatasi con il duplice intervento sanzionatorio del 2005”; cfr. anche F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 619, il quale osserva che “(...) oggi è possibile ritenere che entrambe le questioni siano state liquidate con eccessiva superficialità da parte dei giudici nazionali: come nel racconto brechtiano del mugnaio di Potsdam, che dovette arrivare fino a Berlino per ottenere giustizia, è toccato infatti alla Corte EDU di Strasburgo (...) riconoscere l'illegittimità della disciplina italiana in

baricentro, come detto, della sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo.

I ricorrenti si sono rivolti alla Corte EDU nel corso del processo penale di primo grado, sollevando in particolare tre doglianze nei confronti sia del procedimento in corso, sia del procedimento amministrativo già conclusosi con sentenza passata in giudicato: il primo motivo di ricorso accolto, in particolare, inerisce alla violazione- già lamentata in corso di svolgimento del procedimento amministrativo- dell'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo) posta in essere, secondo gli interessati, dalla Consob nel procedimento d'irrogazione delle sanzioni amministrative e dalla Corte d'Appello nel successivo giudizio di opposizione<sup>484</sup>.

Nell'accogliere tale doglianza, e dunque nello stabilire l'applicabilità al caso di specie delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno anzitutto esaminato la possibilità di ritenere integrato, nella disciplina prevista dall'ordinamento italiano in merito alle fattispecie di *market abuse*, quello che costituisce il "presupposto logico-giuridico indefettibile" per l'operatività di suddette garanzie<sup>485</sup>, vale a dire la riconducibilità della procedura svolta davanti la Consob- avente ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo- alla nozione di "accusa avente natura penale"<sup>486</sup>. La Corte ha così riconosciuto, in via preliminare, il

---

tema di *market abuse* ritenendo che essa, nella vicenda che ci occupa, abbia determinato una violazione tanto del diritto a un equo processo, contemplato nell'art. 6 CEDU, quanto del principio del *ne bis in idem* fissato dall'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU".

<sup>484</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 125-126; sul punto, v. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., pp. 10-11; A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 e F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 619.

<sup>485</sup> Così è definito da F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 619.

<sup>486</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 che sottolinea come il massimo della sanzione amministrativa pecuniaria sia di cinque milioni di euro, e F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 619; cfr. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 11: "La Corte, ritenendo, dunque, che la procedura CONSOB, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, si sostanziasse in un'accusa di natura penale, ha conseguentemente affermato che avrebbero dovuto essere osservate le garanzie che l'art.6 della Convenzione riserva ai processi penali". Vale la pena richiamare in tale sede P. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 389-390 il quale rileva come, nonostante nell'ordinamento penale interno prevalga una concezione formalistica del reato- per il quale è solo il legislatore, sulla base del principio di legalità formale, a stabilire il comportamento da ricondurre alla materia penale- i giudici di Strasburgo abbiano adottato tutt'altro orientamento; sul punto, v. anche D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 130-131 in cui rileva che "il principio nominalistico non trova applicazione, viceversa, nel sistema CEDU, nella cui prospettiva assume importanza decisiva (...) il contenuto sostanzialmente afflittivo delle misure sanzionatorie previste dal diritto nazionale" proprio perché, come abbiamo osservato nel corso del precedente capitolo,

carattere penale delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob in esito al procedimento amministrativo, sulla base dei tre criteri (peraltro- come già detto- alternativi) elaborati nella sentenza “Engel”, che vale la pena richiamare in tale sede: la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale, la natura stessa di quest’ultima e il grado di severità della sanzione<sup>487</sup>.

Nel caso in esame, la ragione principale della riconducibilità alla *matière pénale* risiede nel grado di severità dell’impianto sanzionatorio previsto per l’illecito di manipolazione del mercato, un sistema che si caratterizza, come abbiamo avuto modo di osservare, per la sua “ipermuscolarità”<sup>488</sup> e per il rigore proprio sia delle sanzioni pecuniarie sia di quelle accessorie collegate<sup>489</sup>. Inoltre, la Corte si è soffermata anche sul profilo dello scopo perseguito dalle sanzioni in questione, individuando una natura chiaramente repressiva: infatti, se da un lato queste sono volte a garantire interessi generali della società (quale, ad esempio, l’integrità dei mercati finanziari), dall’altro le stesse sanzioni rendono evidente come, al loro scopo preventivo e riparatorio dei pregiudizi finanziari cagionati dalla condotta, uniscano quello preventivo-repressivo, tipico delle sanzioni penali<sup>490</sup>. Difatti, nella giurisprudenza consolidata di Strasburgo, è pacifico che determinate sanzioni possano ritenersi penali ai fini CEDU anche se, in realtà, non perseguono una finalità

---

“l’accoglimento di una nozione formalistica di reato e di sanzione penale faciliterebbe, infatti, una truffa delle etichette da parte dei legislatori nazionali, ai quali basterebbe qualificare una sanzione come amministrativa o come civile per sottrarla all’insieme delle garanzie penalistiche”.

<sup>487</sup> Cfr., tra gli altri, E. BINDI, *Corte Costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 2016, pp. 1134-1135.

<sup>488</sup> Tale termine è utilizzato da D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 129 che cita, in tal modo, G. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative, doppio binario o binario morto?*, cit..

<sup>489</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 e M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2010: l’Autrice infatti, alla nota 6, osserva come le sanzioni amministrative accessorie di cui all’art. 187-quater vadano “dalla perdita temporanea dei requisiti di onorabilità all’incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell’ambito di società quotate in borse. Inoltre la CONSOB tenuto conto della gravità delle violazioni e del grado della colpa può richiedere ai competenti ordini professionali la temporanea sospensione del soggetto iscritto all’ordine dell’esercizio dell’attività professionale. Completa il rigore sanzionatorio la confisca obbligatoria del prodotto o il profitto dell’illecito, nonché i beni utilizzati per commetterlo”.

<sup>490</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 e M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2010.

esclusivamente punitiva, bensì mirino allo stesso tempo alla cura in concreto dell'interesse pubblico<sup>491</sup>.

Svolte tali premesse, e dopo aver stabilito che il procedimento svolto dinnanzi alla Consob per l'accertamento dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato è afferente alla "materia penale" e, pertanto, soggetto a tutte le garanzie penalistiche sancite dalla Convenzione e dai suoi Protocolli<sup>492</sup>, la Corte di Strasburgo si è soffermata sui vizi del procedimento davanti alla Consob riferendosi, soprattutto, alla parità delle armi tra accusa e difesa e al mancato svolgimento di una udienza pubblica che consentisse un confronto orale tra le parti<sup>493</sup>: censure blande, queste ultime, rispetto ai tre specifici profili della disciplina italiana che la Corte EDU era stata chiamata nello specifico a valutare, vale a dire la "non equità" del procedimento sanzionatorio della Consob, l'assenza- in tale procedimento- dei requisiti di "imparzialità" e "indipendenza" dell'organo giudicante e la mancata possibilità, per ultimo, di adire un "tribunale di piena giurisdizione" ai fini della valutazione dell'operato della Commissione<sup>494</sup>.

Nell'esplicitare le ragioni di incompatibilità tra la procedura amministrativa svoltasi ai sensi dell'art.187-ter t.u.f. e i principi previsti dall'art.6 CEDU, la Corte si è infatti limitata a individuare in particolare - come primo elemento lesivo del giusto processo- l'assenza di contraddittorio, in quanto la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti<sup>495</sup>. In aggiunta, la Corte ha rilevato

---

<sup>491</sup> In tal senso, v. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 135 che effettua siffatta riflessione dopo aver passato in rassegna determinate pronunce in cui la Corte EDU ha fatto propria tale conclusione: ad esempio, nella sentenza "Welch c. regno Unito" la Corte EDU ha affermato che "gli obiettivi di prevenzione e riparazione ben si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione di pena".

<sup>492</sup> Cfr. M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2010.

<sup>493</sup> M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 11.

<sup>494</sup> Cfr. F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 622 in cui si osserva criticamente che "i giudici di Strasburgo hanno offerto, sul punto, una lettura che desta più di una perplessità all'interprete, in quanto potrebbe paradossalmente contribuire a perpetuare i profili meno rispettosi delle garanzie difensive del cittadino accusato, invece che determinarne, una volta per tutte, la rimozione".

<sup>495</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 e M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 11 che specifica come la Corte abbia osservato che, a causa della mancata comunicazione del rapporto ai ricorrenti, questi ultimi non avevano avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento che alla fine era stato sottoposto da parte degli organi investigativi della Consob all'organo incaricato di decidere in merito alla fondatezza delle accuse. In aggiunta, la Corte ha rilevato anche che i ricorrenti non avevano

l'assenza di un'udienza pubblica conseguente alla natura cartolare del procedimento-udienza ritenuta necessaria nel caso in questione<sup>496</sup> - e l'affidamento dei poteri di indagine e giudizio a organi che, sebbene diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (vale a dire il Presidente della Consob)<sup>497</sup>: in base a tali elementi, ma soffermandosi soprattutto sulla mancata celebrazione pubblica delle udienze, la Corte EDU ha affermato l'avvenuta violazione delle garanzie processuali sancite dalla Convenzione<sup>498</sup>.

Il secondo motivo di ricorso presentato concerneva, invece, la violazione dell'art. 1 CEDU, relativo al diritto di proprietà, in ragione delle sanzioni amministrative divenute definitive a seguito della sentenza della Suprema Corte<sup>499</sup>: tale doglianza, però, non è stata accolta dai giudici di Strasburgo.

---

avuto la possibilità di interrogare o far interrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio investigativo della Consob.

<sup>496</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 2 in cui si rileva che la Corte EDU ha sostenuta la necessità, nel caso di specie, dell'udienza pubblica "in ragione dell'esistenza di una controversia circa la ricostruzione del fatto (ossia lo "stato di avanzamento" della negoziazione con Merryll Lynch) e dal rischio di vedersi applicate sanzioni particolarmente severe". Cfr. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 11: la Corte EDU ha specificato che davanti alla Corte d'Appello di Torino le udienze sono state tenute secondo la modalità della camera di consiglio, come tale non assimilabile alla pubblica udienza, aggiungendo che l'udienza pubblica svoltasi davanti alla Corte di cassazione non può considerarsi sufficiente a sanare il vizio rilevato, posta l'incompetenza del giudice delle leggi ad esaminare il merito della causa e ad accertare i fatti.

<sup>497</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 12: secondo la Corte EDU, infatti, affidando siffatti poteri ad organi che dipendono dallo stesso soggetto "si realizza il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione, circostanza che, in materia penale non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'art. 6 CEDU".

<sup>498</sup> Critico sul punto è F. D'ALESSANDRO, *op cit.*, p. 623 che rileva come, in realtà, la Corte di Strasburgo non abbia ritenuto la dipendenza degli organi da uno stesso soggetto un elemento decisivo per addivenire a una condanna dell'Italia, ritenendo necessario a tal fine un ulteriore supplemento d'analisi: per quanto riguarda la questione relativa alla possibilità di adire un tribunale di piena giurisdizione, ritenuta dirimente, la Corte ha poi finito col far dipendere l'intera decisione dal solo giudizio di secondo grado, quello svolto innanzi alla Corte d'Appello di Torino. L'Autore osserva che "l'intero giudizio sull'avvenuta frustrazione del diritto a un equo processo è rimasto dunque appeso all'esile filo della questione relativa alla celebrazione pubblica delle udienze", risolto dalla Corte nel senso della violazione delle garanzie processuali, dovuta al fatto che la celebrazione dell'appello si era svolta con il rito della camera di consiglio: "Si tratta, tuttavia, di una conclusione assai poco soddisfacente, giacché lascia nell'interprete il dubbio (...) che, ragionando *a contrariis*, la Corte di Strasburgo avrebbe facilmente potuto evitare la condanna dell'Italia, qualora fosse stata celebrata un'udienza pubblica in grado d'appello".

<sup>499</sup> Sul punto, v. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 126.

La terza motivazione alla base del ricorso proposto dai protagonisti della vicenda processuale, costituente il secondo motivo accolto dalla Corte EDU, riguardava la compatibilità e la coerenza della vicenda stessa con il principio del *ne bis in idem*, così come sancito dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU: in particolare, il punto nevralgico della questione era rappresentato dal sistema del doppio binario sanzionatorio dato dall'illecito amministrativo di manipolazione del mercato previsto dall'art. 187-ter t.u.f. e dall'analogo illecito penale di cui all'art. 185 del medesimo Testo Unico<sup>500</sup>. I ricorrenti lamentavano, infatti, la violazione del divieto di *bis in idem* realizzata tramite il diniego, opposto dal Tribunale di Torino, di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per essere stati gli imputati già definitivamente giudicati alla Consob in merito ai medesimi fatti<sup>501</sup>.

Anche siffatto riscontro di compatibilità è stato affrontato, dai giudici di Strasburgo, partendo dalla riconduzione dell'illecito (formalmente) amministrativo alla *matière pénale* e, conseguentemente, dall'assimilazione del relativo procedimento ad una "*accusation en matière pénale*"<sup>502</sup>. Ponendosi come assunto di partenza la natura intrinsecamente penale di quest'ultimo procedimento, nonché delle sanzioni previste dall'art.185-ter t.u.f., è stato, dunque, agevole per la Corte affermare la violazione del *ne bis in idem*, a nulla valendo la considerazione per cui, al momento della pronuncia della stessa Corte EDU, il procedimento penale per il reato di cui all'art. 185 t.u.f. non si fosse ancora concluso in via definitiva: la garanzia convenzionale vieta invero non solo di condannare, ma anche di perseguire due volte lo stesso soggetto per il medesimo fatto<sup>503</sup>.

La contestazione è stata, pertanto, quella dell'instaurazione e della pendenza di un altro procedimento formalmente e sostanzialmente "penale-criminale", successivamente alla definizione di quello formalmente amministrativo ma a

---

<sup>500</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p.12 e A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3.

<sup>501</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 126.

<sup>502</sup> Così, A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3 e M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 12.

<sup>503</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 137, che ribadisce a tale proposito la differenza tra la garanzia convenzionale in esame e la disposizione del diritto nazionale relativa allo stesso principio (l'art. 649 c.p.p.): infatti, mentre "la disposizione del diritto nazionale opera esclusivamente in presenza di una pluralità di giudizi penali, vietandone la duplicazione; non così quella convenzionale, la quale non richiede la formale qualificazione come sentenza penale del primo provvedimento definitivo (...)".

carattere sostanzialmente penale, avente ad oggetto il delitto omologo all'illecito amministrativo oggetto del primo procedimento, come tale concernente la stessa condotta<sup>504</sup>.

E' proprio la medesimezza del fatto, appunto, un altro elemento indispensabile affinché possa ritenersi operante la preclusione processuale di cui al principio in esame: la Corte EDU, a tal proposito, ha richiamato la propria giurisprudenza sull'interpretazione del concetto di *idem factum*, a partire dalla pronuncia "Zolotukhin c. Russia" in cui- come osservato nel precedente paragrafo- i giudici di Strasburgo hanno affermato con chiarezza la necessità d'individuare il concetto di *idem* non nell'*idem* legale, bensì nell'*idem factum*<sup>505</sup>. Ebbene, sulla base di tale presupposto, la pronuncia in esame si è proposta di stabilire non se gli elementi costitutivi degli illeciti di cui agli artt. 187-ter e 185 t.u.f. fossero o meno identici- effettuando dunque una comparazione tra le due fattispecie legali- bensì se i fatti descritti dalle norme e giudicati nei due procedimenti fossero o meno i medesimi<sup>506</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha così concluso nel senso della sovrapponibilità delle condotte oggetto dei due procedimenti ed ha in tal modo riconosciuto la medesimezza dei fatti- entrambi consistenti nell'aver diffuso al mercato la falsa comunicazione- accertando la violazione del *ne bis in idem*<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> Così, M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p.12 e A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3.

<sup>505</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 137-138; sul punto, v. anche F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p.624 che richiama, in proposito, il paragrafo 224 della sentenza in commento. Sul punto, v. anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 832 ss. in cui l'Autore ricostruisce la vicenda e sottolinea "l'originalità della ricostruzione «convenzionale» del divieto di *bis in idem* (...) non soltanto nell'autonoma interpretazione di «procedimento penale» (...) ma altresì nell'adozione di prospettiva esclusivamente fattuale attraverso la quale apprezzare un ulteriore elemento: la medesimezza del fatto oggetto di duplice accertamento".

<sup>506</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p.13 in cui si sottolinea come "tale approdo giurisprudenziale (...) potrebbe essere letto nel senso che, al di là della qualificazione giuridica utilizzata nei procedimenti dei quali uno chiuso con il passaggio in giudicato e l'altro pendente, ciò che conta è confrontare le condotte specificatamente poste in essere dai medesimi soggetti per verificarne la sovrapponibilità"; cfr. anche A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3.

<sup>507</sup> V. A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3 e M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p.14 in cui si osserva come la Corte EDU abbia rilevato che ai ricorrenti era stata contestata una "unica e medesima condotta commessa da parte delle stesse persone nella stessa data" e come, di conseguenza, "la (nuova) azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva". Per un'ulteriore ricostruzione del percorso argomentativo

Vale la pena ricordare, inoltre, che- come già anticipato- non è servito al Governo italiano rivangare la differenza strutturale tra l'illecito amministrativo e quello penale di manipolazione del mercato, come a nulla è valso il tentativo di appellarsi al fatto che la direttiva comunitaria di *market abuse* (la cosiddetta MAD) riconoscesse agli Stati membri la possibilità di dotarsi di un sistema repressivo basato sul doppio binario<sup>508</sup>: è stato infatti osservato che, nonostante le sollecitazioni europee, il legislatore avrebbe dovuto prestare più attenzione alla tipizzazione delle fattispecie, al fine di evitare un'evidente duplicazione di procedimenti e sanzioni per lo stesso fatto, seppure in sedi formalmente diverse<sup>509</sup>.

La Corte ha così condannato l'Italia a versare a ciascun ricorrente diecimila euro per il danno morale e quarantamila euro per le spese, spronando lo Stato convenuto a fare in modo che il procedimento penale contro i ricorrenti- ancora in corso al momento della pronuncia- fosse chiuso nel più breve tempo possibile<sup>510</sup>, senza tuttavia indicare, allo Stato stesso, misure di carattere generale che consentissero di assicurare il rispetto dei principi fissati nella sentenza<sup>511</sup>. E'

---

seguito dalla Corte EDU, v. M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in [www.dirittopenaleeuropeo.it](http://www.dirittopenaleeuropeo.it), 09.04.2014, pp. 2-3 la quale osserva che "i giudici di Strasburgo hanno ritenuto non sufficiente la garanzia costituita dal c.d. principio di specialità previsto dalla legge 689/1981 al fine di evitare che un medesimo fatto sia punito due volte (*bis in idem*). Infatti, come il presente caso dimostra, il sistema italiano non proibisce l'apertura di una procedura penale *in idem* dopo l'adozione di una decisione definitiva di condanna per infrazioni "amministrative"- ma di fatto penali (...)"

<sup>508</sup> Cfr. F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 620 nonché M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., pp. 14-15 ("l'articolo 14 della direttiva (...) si limita a enunciare che tali Stati sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva").

<sup>509</sup> In tal senso, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3818, la quale aggiunge anche che "(...) a detta di tutti, la soluzione sarebbe dovuta passare per l'intervento del legislatore. (...) 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.

<sup>510</sup> Sul punto, A. TRIPODI, *Uno più uno*, cit., p. 3.

<sup>511</sup> Critico in tal senso è F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 624 che osserva come "l'atteggiamento sostanzialmente pilatesco assunto dalla Corte EDU" (che si è limitata a imporre che i procedimenti penali ancora in corso fossero chiusi in breve tempo, senza indicare delle misure generali ai fini del rispetto del *ne bis in idem*) non abbia convinto appieno l'interprete, anche se "la lettura dei giudici di Strasburgo, paradossalmente, non incide direttamente sul caso Ifil-Exor e attribuisce, di fatto, all'interprete il difficile compito di valutare quali conseguenze derivino, nell'ordinamento nazionale, dai principi in essa sanciti".

evidente, in ogni caso, come tale condanna abbia evidenziato la necessità- nei casi in cui si prospetta la possibilità di un concorso di due tipi di sanzione- che il legislatore nazionale non si preoccupi solo di evitare un nuovo processo penale per lo stesso fatto già definitivamente giudicato, bensì badi anche a verificare che il medesimo fatto non sia stato già accertato in sedi diverse da quella tipicamente penale, ma sostanzialmente assimilabili a quest'ultima<sup>512</sup>.

Vedremo, nel corso del prossimo paragrafo, quali sono stati gli effetti che tale storica pronuncia ha prodotto all'interno della giurisprudenza nazionale e come i giudici hanno affrontato la condanna di un sistema sanzionatorio articolato ed efficiente come quello previsto in ambito finanziario.

La sentenza “Grande Stevens”, come appena visto, non rappresenta una novità assoluta nella giurisprudenza di Strasburgo, in quanto in essa sono stati declinati principi già consolidati in ambito convenzionale, adattati alla particolare materia sottoposta allo scrutinio della Corte europea, ossia quella del doppio binario sanzionatorio: la stessa pronuncia ha però contribuito a sottolineare l'urgenza di definire un accettabile equilibrio nei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, all'interno dell'ordinamento nazionale<sup>513</sup>.

Infatti, la consacrazione dell'approccio sostanzialistico adottato dalla Corte EDU nella definizione della “materia penale” e nella riconduzione a quest'ultima di sanzioni formalmente amministrative- avvenuta tramite la pronuncia appena esaminata- ha costituito un importante arresto per l'ordinamento italiano, e non soltanto in relazione alla singola vicenda: gli effetti della decisione erano potenzialmente in grado di ripercuotersi in tutti i settori caratterizzati da un sistema sanzionatorio a doppio binario, amministrativo e penale, in cui sussistesse il rischio

---

<sup>512</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3817, che specifica come non sempre sia possibile risolvere il concorso di sanzioni applicando il principio di specialità: in questi casi occorre prestare attenzione a non porre in essere una violazione del divieto di *bis in idem*.

<sup>513</sup> Cfr. E.M. MANCUSO, *op. cit.*, pp. 536-537 in cui l'Autore ribadisce gli argomenti utilizzati dai giudici di Strasburgo per evidenziare la necessità di adottare una soluzione in ambito interno “allo scopo di definire una regola aurea che possa governare l'intricato quadro di sospetta sovrapposizione tra fattispecie sanzionatorie, anche in chiave ricostruttiva di un sistema ipertrofico, spesso cresciuto secondo la logica emergenziale o in chiave correttiva di scelte di fondo non sempre soddisfacenti”.

di una convergenza e un accavallamento delle rispettive sfere di applicazione<sup>514</sup>. Ciò che era stato riscontrato dai giudici di Strasburgo era da considerare, a tutti gli effetti, una violazione “sistemica” del diritto individuale al *ne bis in idem* posta in essere da quella particolare tipologia di sistema sanzionatorio<sup>515</sup>.

Di conseguenza, mentre la sovrapposizione di sanzioni formalmente diverse non era mai stato considerato come un problema dal legislatore italiano, quest’ultimo si è trovato in qualche modo obbligato a dover ripensare quegli stessi sistemi sanzionatori, facendo i conti con gli obblighi imposti dalla giurisprudenza convenzionale<sup>516</sup>.

Il rischio di frizione con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem* è stato invero rintracciato anche nel sistema penal-tributario, dove- come osservato in precedenza- gli illeciti in materia di dichiarazione e versamento delle principali imposte erariali sono sottoposti al regime del doppio binario, in quanto astrattamente sanzionabili tanto sul piano amministrativo (per mezzo di sanzioni pecuniarie e sanzioni accessorie) ai sensi del d.lgs. n. 471 del 1997, quanto su quello penale *ex* d.lgs. n. 74 del 2000<sup>517</sup>. A ben vedere, in realtà, la materia tributaria presenta, da questo punto di vista, meno problematiche rispetto alla disciplina del *market abuse*: quando abbiamo analizzato il meccanismo sanzionatorio vigente in tale ambito

---

<sup>514</sup> Cfr. A. CARERI, *L’influenza del ne bis in idem europeo sui criteri in materia di concorso apparente di norme*, in *Gruppo di Pisa- Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2017, p. 3, che sottolinea quanto sia stato dirompente l’orientamento della Corte di Strasburgo per cui “la natura sostanzialmente penale di una sanzione formalmente amministrativa, divenuta irrevocabile, comporta in ogni caso il divieto di doppia sanzione e di iniziare un secondo procedimento sullo stesso fatto”, richiamando in tal senso P. SORBELLO, *Il bis in idem nell’ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv.Trim)*, 2015, n. 3, p. 190.

<sup>515</sup> Così osserva F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art.50 della Carta?*, cit., p. 220: “le implicazioni della sentenza (...) sembrano trascendere, e di molto, la materia degli abusi di mercato, giungendo a porre in discussione la compatibilità con il sistema convenzionale di tutti i settori ordinamentali (quello penale tributario *in primis*) analogamente strutturati attorno a un doppio, e parallelo, binario di tutela, i quali si espongono anch’essi a una delle critiche capitali formulate dalla Corte europea: quella cioè, di creare le condizioni per una violazione “sistemica” del diritto individuale *al ne bis in idem*, riconosciuto all’art. 4 Prot. 7 CEDU”-

<sup>516</sup> Sul punto, e sul tentativo del legislatore italiano- che in seguito affronteremo- di porre l’ordinamento nazionale in linea con gli obblighi convenzionali, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2016, n. 1, p. 191.

<sup>517</sup> Così, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 677.

abbiamo, infatti, osservato come la materia degli illeciti tributari sia regolata dal principio di specialità- sancito dall'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000- secondo il quale le ipotesi di concorso tra sanzione penale e amministrativa dev'essere risolto nel senso dell'applicazione della norma speciale (dunque, di regola, quella penale)<sup>518</sup>.

Nonostante l'astratta operatività del principio di specialità prevista in ambito fiscale si proponga, pertanto, di scongiurare possibili violazioni del *ne bis in idem*, si sostiene tuttavia che nelle applicazioni pratiche ciò non accada, a causa dell'esistenza di ulteriori disposizioni che ne limitano l'efficacia: la prima di queste è rinvenibile nell'art. 20 dello stesso decreto legislativo che, disponendo il principio di autonomia e separatezza dei processi tributario e penale, statuisce un divieto reciproco di sospensione degli stessi in attesa della definizione del primo procedimento<sup>519</sup>. La seconda- e indubbiamente più controversa- disposizione è contenuta nell'art. 21, il quale impone all'Ufficio dell'amministrazione finanziaria competente d'irrogare sempre e comunque la sanzione amministrativa in esito all'accertamento dell'illecito: tale sanzione resterà comunque non eseguibile, salvo che il procedimento penale si definisca con archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3819; sul principio di specialità di cui all'art. 19 del decreto legislativo in materia, cfr. anche, tra gli altri, L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 3000 che specifica come l'articolo citato costituisca una vera e propria chiave di volta, in quanto "venne introdotto proprio con la finalità di impedire la duplicazione di sanzioni amministrative e penali, secondo una regola di alternatività fondata su un giudizio astrattamente compiuto dal legislatore sui tratti di specialità normativi". Per un ampio approfondimento sul tema, v. F. FONTANA, *Il principio di specialità nel D.Lgs. n.74/2000*, in *Corriere tributario*, 2000, p. 2330.

<sup>519</sup> E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 540 che richiama, sul punto, G. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., p. 111.

<sup>520</sup> Cfr. L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 3000: l'Autore specifica, in relazione a tali disposizioni- di cui avevamo già parlato in precedenza- che mentre l'art. 20, di per sé, non viola il *ne bis in idem* "a patto però che si preveda un dispositivo di interruzione del secondo processo ancora aperto, nell'ipotesi in cui il primo sia giunto a conclusione con decisione di carattere definitivo, compatibilmente con quanto suggerito dai giudici della Corte EDU", è l'art. 21 ad essere difficilmente conciliabile con i principi interpretativi promossi dalla CEDU. Sul punto, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista delle Società*, 2015, pp. 878-879 in cui viene evidenziata la *ratio* sottesa all'art. 21 citato: "in questo modo, l'amministrazione finanziaria si "precostituisce" un titolo che potrà essere messo prontamente in esecuzione qualora nel processo penale si accerti che il fatto non integra alcun reato; con conseguente insussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di specialità".

E' evidente, pertanto, come siffatto meccanismo, prevedendo la non eseguibilità della sanzione amministrativa almeno fino al momento della definizione del procedimento penale con provvedimento che escluda la rilevanza penale del fatto, non vada ad arrecare alcun *vulnus* al *ne bis in idem* sostanziale (impedendo, di fatto, l'applicazione congiunta delle due sanzioni): tuttavia, è dubbio che possa dirsi ugualmente rispettato il *ne bis in idem* processuale<sup>521</sup>, per come parimenti tutelato- come già detto- in ambito sovranazionale<sup>522</sup>.

Quest'ultima osservazione può essere motivata e compresa in ragione dell'avvenuta riconduzione alla materia penale, per opera della Corte di Strasburgo, anche degli stessi illeciti amministrativi di ambito fiscale, nonché delle relative sanzioni<sup>523</sup>.

Oltre alla già citata sentenza "Zolotukhin", in base alla quale occorre prescindere dal tipo legale ai fini del giudizio di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU- e dunque anche dalla tipizzazione amministrativa-tributaria delle norme- una portata decisiva in tal senso è stata assunta dalla sentenza "Nykänen c. Finlandia" del 2014<sup>524</sup>: con quest'ultima pronuncia la Corte di Strasburgo, adita da un contribuente che lamentava la violazione del *ne bis in idem* convenzionale per essere stato sottoposto ad un procedimento per frode fiscale a seguito dell'irrogazione di una sovrattassa in ragione di alcune somme non pagate al Fisco, ha verificato la sussistenza dei requisiti per la riconduzione delle sanzioni amministrative alla

---

<sup>521</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 879 e A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., pp. 684-685 il quale rileva che "in altri termini, l'ineseguibilità del provvedimento sanzionatorio, vale a dire della sanzione già irrogata in via definitiva, non preclude il rilievo del *bis in idem*, atteso che ciò che conta è la presenza di un giudizio definitivo e non la concreta esecuzione della sanzione da esso scaturente".

<sup>522</sup> In tal senso, E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 538, in cui l'Autore sottolinea, come abbiamo già in precedenza osservato, che l'art.4 Protocollo n.7 CEDU tutela il *ne bis in idem* inteso sia nella sua accezione processuale, sia nella sua più ampia vocazione sostanziale, come divieto di doppia punizione per il medesimo fatto.

<sup>523</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., pp. 677-678, che spiega come particolarmente rilevante, in relazione alla materia tributaria, sia stata "la tendenza della Corte EDU a ricondurre le sanzioni amministrative alla materia penale in virtù della loro natura punitiva, sul presupposto (...) della priorità accordata all'analisi delle funzioni delle sanzioni rispetto al parametro rappresentato dalla loro severità".

<sup>524</sup> Cfr. Corte EDU, Sez. IV, *Nykänen c. Finlandia*, 20-05-2014, citata da P. PIANTAVIGNA, *op. cit.*, p.46; v. anche A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 678 e G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 878.

materia penale<sup>525</sup> e ha concluso rilevando come entrambe le sanzioni fossero volte a punire la medesima condotta posta in essere dalla stessa persona, condannando conseguentemente lo Stato convenuto per violazione del divieto di *bis in idem*<sup>526</sup>. In particolare, l'individuazione della natura penale delle sanzioni fiscali si è basata sulla verifica della reale funzione delle stesse, vale a dire sulla negazione di una funzione ripristinatoria: è stata così riconosciuta, nelle maggiorazioni d'imposta, la funzione repressiva tipica della sanzione penale, prevalente rispetto alla funzione di riparazione di un pregiudizio economico<sup>527</sup>. Infatti, nel caso di specie la Corte ha confermato l'irrelevanza dell'esiguità della sovrattassa (nello specifico, 1.700 euro) ai fini dell'individuazione della natura sostanziale della stessa, ritenendola idonea a precludere l'avvio o la prosecuzione di un procedimento penale per la medesima violazione<sup>528</sup>.

Occorre mettere in evidenza un aspetto ulteriore di quest'ultima sentenza, che la rende interessante: nel delineare i confini del diritto a non subire un doppio processo o una doppia sanzione per la stessa violazione, la Corte ha chiarito che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione a

---

<sup>525</sup> Per un'ampia analisi della sentenza in questione, v. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 05.06.2014, p. 2 in cui si specifica che, per risolvere il quesito circa la riconducibilità della sanzione tributaria alla materia penale, nel caso di specie, la Corte ha richiamato un proprio precedente (GC, Jussila c. Finlandia, 23-11-2006) nel quale aveva riconosciuto la natura penale della sovrattassa, sia pure in relazione all'art. 6 della Convenzione.

<sup>526</sup> Cfr. P. PIANTAVIGNA, *op. cit.*, p. 46 che specifica: "(...) fermo restando che spetta alle corti domestiche determinare l'eventuale violazione del principio del *ne bis in idem*, il criterio di verifica indicato dalle Corti sovranazionali è chiaro: rileva la nozione sostanzialistica del concetto di «stesso fatto», da intendersi come sinonimo di «medesima condotta» e non come «*idem legale*»".

<sup>527</sup> Così, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 678 che fa riferimento, a proposito dell'individuazione della reale funzione delle sanzioni fiscali, oltre alla sentenza citata, anche alle pronunce della Corte EDU, GC, Jussila c. Finlandia, 23-11-2006 e Corte EDU, Paycar YevHaghtanakld c. Armenia, 20-12-2007. Cfr. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 878, in cui si rileva che "i giudici europei hanno riconosciuto che l'irrogazione in sedi separate di sanzioni amministrative e penali per la medesima infrazione tributaria contrasta con la garanzia accordata dall'art.4 Prot. n. 7, quante volte alle sanzioni del primo tipo debba riconoscersi una finalità deterrente e punitiva, e non meramente risarcitoria".

<sup>528</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 878.

condizione, però, che il secondo venga interrotto al momento della definizione del primo, condizione non sussistente nel caso di specie<sup>529</sup>.

L'inconciliabilità tra il doppio binario penal-tributario e il divieto di *bis in idem* è stata confermata dai giudici di Strasburgo con la successiva sentenza "Lucky Dev c. Svezia", in cui la ricorrente- a seguito della presentazione di dichiarazioni d'imposta infedeli- aveva subito due procedimenti relativi alla sanzione amministrativa e a quella penale, aventi ad oggetto la medesima condotta illecita: la Corte EDU ha, anche in tal caso, condannato l'ordinamento svedese per la violazione del diritto al *ne bis in idem*, in quanto era stata consentita la duplicazione dell'imputazione, del procedimento e del titolo per fatti sostanzialmente identici compiuti dallo stesso contribuente<sup>530</sup>.

Vale la pena richiamare, sul tema, anche una terza pronuncia in cui la Corte EDU ha condannato uno Stato (nella specie, nuovamente la Finlandia) per la violazione del *ne bis in idem* così come garantito dalla Convenzione: in "Kiiveri c. Finlandia" un contribuente finlandese era stato, in relazione a diversi illeciti tributari, sia destinatario di una sanzione amministrativa, sia imputato in un processo penale ad esito del quale era stato condannato<sup>531</sup>. La Corte europea, assumendo che la sanzione pecuniaria in questione avesse natura sostanzialmente penale ai fini dell'applicazione delle norme convenzionali, nonché accertando che i due procedimenti avessero ad oggetto il medesimo fatto concreto, ha riscontrato anche in tal caso la violazione del divieto di doppio giudizio<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria*, cit., p. 2 che specifica come, nel caso di specie, le sanzioni erano state inflitte da due autorità finlandesi differenti "nell'ambito di procedimenti che, in mancanza di qualsiasi meccanismo di coordinamento, sono del tutto indipendenti l'uno dall'altro".

<sup>530</sup> Cfr. Corte EDU, *Lucky Dev c. Svezia*, 27-11-2014, n. 7356/10 commentata da G. D'ANGELO, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: precisazioni della Corte EDU*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, p. 253 e A. GIOVANNINI, *La Corte EDU ribadisce il divieto di doppia sanzione e la Cassazione rinvia alla Consulta*, in *Corriere Tributario*, 2015, p. 905. Per un ampio approfondimento sulla vicenda e sulle questioni interpretative affrontate dalla Corte EDU, v. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.12.2014.

<sup>531</sup> Si veda Corte EDU, Sez. IV, *Kiiveri c. Finlandia*, 10-02-2015, commentata da P. PIANTAVIGNA, *op. cit.*, p. 44 e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.03.2015.

<sup>532</sup> Così, P. PIANTAVIGNA, *op. cit.*, p. 44 e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 1 che sottolinea come tale pronuncia sia l'espressione di un

Occorre, per di più, evidenziare come sullo sfondo di siffatta giurisprudenza convenzionale, relativa al settore degli illeciti fiscali e al relativo meccanismo sanzionatorio, si collochi anche l'arresto della Corte di Giustizia UE del 2013, posto che tale materia rientra espressamente nelle competenze dell'Unione: si tratta della famosa pronuncia- già in precedenza menzionata- "Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson", conseguente ad un rinvio pregiudiziale operato dall'autorità giudiziaria svedese con riferimento all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE- disciplinante il divieto di *bis in idem*- in merito ad un procedimento penale per frode fiscale aggravata, instaurato nei confronti di un soggetto già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa per lo stesso fatto (nella specie, inadempimento degli obblighi dichiarativi e contributivi in materia di IVA)<sup>533</sup>.

La Corte di Lussemburgo, confermando la propria competenza a pronunciarsi sul caso in commento e discostandosi pertanto dall'opinione divergente dell'Avvocato Generale<sup>534</sup>, si è concentrata sulla verifica circa la compatibilità del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria con l'art. 50 della Carta, enucleando un quadro di principi di notevole importanza che sembrano discostarsi in qualche modo, come già anticipato, dall'interpretazione fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione<sup>535</sup>.

In primo luogo, infatti, la Corte ha affermato che l'art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sanzioni amministrative (sovrattasse) e

---

orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, relativo all'incompatibilità tra il doppio binario penale-amministrativo previsto in materia tributaria e il principio del *ne bis in idem* sancito dalla Convenzione.

<sup>533</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 678 che richiama (in particolare alla nota 30) la sentenza della CGUE, C-617/10, Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson, 26-02-2013.

<sup>534</sup> Cfr. D. VOZZA, *op. cit.*, pp. 3-4 in cui specifica (alla nota 7) che nelle *Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 giugno 2012*, cit., l'AG aveva considerato "sproporzionato" un intervento della Corte di Giustizia in merito ad una fattispecie interna collegata solo "occasionalmente" al diritto dell'Unione, intervento che avrebbe avuto un impatto sull'architettura generale del sistema sanzionatorio interno svedese. La Corte di Giustizia ha invece al contrario affermato la propria competenza, ritenendo che "le fattispecie sostanziali di diritto interno, che hanno rappresentato le basi normative, da un canto, per l'applicazione delle sovrattasse e, d'altro canto, per l'instaurazione di un procedimento penale per frode fiscale (non ancora definito) nei confronti della stessa persona, sono entrambe attuative del diritto dell'Unione, pur non essendo il frutto di una "trasposizione".

<sup>535</sup> Così, D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5 ss. e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 8.

sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall’IVA e tutelare allo stesso tempo gli interessi finanziari dell’Unione<sup>536</sup>. Allo stesso tempo, però, i giudici di Lussemburgo hanno precisato e completato tale affermazione sostenendo che “qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell’articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona”<sup>537</sup>, specificando che i tre criteri rilevanti per la valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie sono la qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, la natura dell’illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione<sup>538</sup>: in tal senso, la Corte di Giustizia ha richiamato i criteri delineati nella sentenza “Bonda”- in precedenza citata- che a loro volta si riferiscono ai criteri Engel elaborati dalla Corte EDU, ai fini dell’accertamento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni fiscali<sup>539</sup>.

Pertanto, è riscontrabile un allineamento tra i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo per ciò che concerne l’individuazione della sostanziale natura dei procedimenti e delle sanzioni: la stessa armonia, però, sembra venire meno in relazione alla terza importante statuizione contenuta nella pronuncia in questione, mediante la quale la Corte di Giustizia ha affermato che “spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorre procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale” sulla base dei propri standard di tutela, cumulo che il giudice nazionale potrà decidere di escludere “a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive”<sup>540</sup>.

Quest’ultima affermazione, infatti, che rimette nelle mani del giudice interno il compito di sciogliere il nodo interpretativo circa la reale natura delle sanzioni

---

<sup>536</sup> Questo il principio elaborato dalla Corte di Giustizia al paragrafo 34 della sentenza in commento, richiamato da G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9 e D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>537</sup> Così ha affermato la Corte sempre al paragrafo 34 della sentenza, come richiamato da G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9 e D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>538</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9 che richiama in tal senso il paragrafo 35 della sentenza.

<sup>539</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 10.

<sup>540</sup> Così statuisce la Corte di Lussemburgo al paragrafo 36 della sentenza, in cui stabilisce nello specifico che il giudice nazionale dovrà valutare l’opportunità di prevedere il cumulo di sanzioni “(...) previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive”: tale paragrafo è citato da D. VOZZA, *op. cit.*, p. 5 e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 9.

amministrative, si discosta dagli orientamenti della Corte EDU proprio perché sancisce la rilevanza- nello stabilire l'operatività o meno del diritto fondamentale al *ne bis in idem*- anche di diverse esigenze attinente ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione, non rendendo neanche chiaro il tipo di valutazione che il giudice comune stesso dovrà compiere<sup>541</sup>.

L'ulteriore parametro valutativo, estraneo alla lettura della Corte di Strasburgo, che la Corte di Giustizia ha aggiunto mediante la pronuncia "Fransson"- in base al quale il giudice comunitario consente l'esclusione del cumulo di sanzioni (formalmente) amministrative e sanzioni penali a condizione che quelle restanti siano "effettive, proporzionate e dissuasive"- rimette al giudice nazionale un complesso giudizio di bilanciamento tra un diritto fondamentale (quale il divieto di doppio giudizio/sanzione per lo stesso fatto) e un obiettivo di diritto eurounitario (ossia l'esigenza di adeguate sanzioni residuali)<sup>542</sup>.

In ogni caso, al di là delle divergenze interpretative tra i giudici di Lussemburgo e quelli di Strasburgo in merito alla lettura (più o meno estensiva) del diritto fondamentale al *ne bis in idem*<sup>543</sup>, resta il fatto che la previsione di un doppio binario sanzionatorio in materia fiscale, pur potendo costituire una scelta

---

<sup>541</sup> Cfr. D. VOZZA, *op. cit.*, p. 6 ss., in cui si rileva la problematicità del "programma applicativo" delineato dalla Corte di Giustizia al paragrafo 36, in quanto "in primo luogo, l'oggetto della valutazione sembra mutare rispetto a quanto affermato in principio dalla Corte di Giustizia e in genere dalla Corte europea (...) non concernendo più la sola natura penale delle sanzioni (illeciti, procedure) fiscali (da cui scatterebbe, in caso di esito positivo, la preclusione processuale ex art. 50 CDFUE come accade, di regola, per l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU), ma il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (di natura penale) per lo stesso fatto. In secondo luogo, rimane ben più di qualche dubbio interpretativo in ordine al tipo e alla misura dello standard di protezione (interno o eurounitario) di cui dovrà tener conto il giudice nazionale nella sua valutazione".

<sup>542</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 679; sul punto, v. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 11 che specifica: "Infatti, la "non compromissione del livello di tutela previsto dalla Carta" (come interpretata dalla Corte di Giustizia) e, soprattutto, il principio della "non compromissione del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione" (...), stanno a significare che la Corte di Lussemburgo intende applicare esclusivamente, "senza cedevolezza", il suo diritto (art. 50), con la conseguenza che l'eventuale contrasto della norma interna con i diritti fondamentali (ossia, con la loro attuazione in via interpretativa da parte della Corte di Strasburgo) non può comportare comunque la "compromissione del primato o l'effettività" del diritto dell'UE".

<sup>543</sup> Così, D. VOZZA, *op. cit.*, p. 8 che evidenzia come l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE da parte della Corte di Giustizia si concretizzi in una lettura tendenzialmente restrittiva del divieto di secondo giudizio, proprio a causa dell'espressa previsione circa la necessità di bilanciamento con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali.

“comunitariamente” legittima, non può dirsi compatibile con i principi convenzionali<sup>544</sup>.

Risulta, così, quasi automatico ricondurre le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU nelle sentenze prima citate al sistema sanzionatorio previsto dall’ordinamento italiano in ambito tributario. Basti pensare al delitto di cui all’art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento di IVA), sanzionato- come già visto- in via amministrativa oltre che penale: la circostanza per cui il debito tributario oggetto delle due sanzioni sia esattamente il medesimo potrebbe verosimilmente condurre i giudici di Strasburgo a riconoscere la violazione dell’art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione nel momento in cui uno dei due procedimenti sia divenuto definitivo, condannando di conseguenza l’Italia proprio come ha già fatto in relazione al sistema sanzionatorio degli abusi di mercato<sup>545</sup>. E’ infatti evidente come lo stesso apparato normativo proprio del d.lgs. n. 74/2000, nonché il relativo meccanismo di coordinamento procedurale, rechino al proprio interno il rischio di frizione con il principio convenzionale<sup>546</sup>.

Vedremo dunque<sup>547</sup>, come le reazioni dei giudici nazionali alla sentenza “Grande Stevens” hanno coinvolto anche la materia tributaria e in che modo l’ordinamento italiano ha tentato di adeguarsi alle censure mosse dalla Corte di Strasburgo, proseguendo nell’analisi di un vivo dialogo giurisprudenziale che tutt’oggi non sembra ancora essersi concluso.

---

<sup>544</sup> In tal senso, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 679: l’Autore sottolinea come, in base alla lettura offerta dai giudici di Lussemburgo, può accadere che il diritto fondamentale al *ne bis in idem* resti asservito agli obiettivi di natura comunitaria. Ciò però non rende di per sé accettabile il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, in quanto “non risolve il problema della sua legittimità convenzionale”.

<sup>545</sup> Così, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, cit., p. 237 in cui si specifica che la violazione del *ne bis in idem* potrebbe essere riscontrata dai giudici di Strasburgo sempre sulla base della qualificazione del procedimento tributario e delle relative sanzioni come sostanzialmente penali, qualificazione già affermata in precedenti sentenze (tra cui “Nikänen c. Finlandia”).

<sup>546</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 685.

<sup>547</sup> V. infra cap. III, par. 3.

### 3. Segue: i giudici nazionali alle prese con gli effetti della sentenza “Grande Stevens”.

All’indomani della sentenza “Grande Stevens”, la quale- come osservato- ha posto in evidenza una problematica di carattere strutturale inerente alla materia degli abusi di mercato ma potenzialmente riscontrabile in tutti i settori ordinamentali in cui trovasse applicazione il meccanismo del doppio binario sanzionatorio, l’obbligo per i giudici nazionali di conformarsi alle norme convenzionali si presentava ostico, per una serie diversificata di ragioni<sup>548</sup>.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo, limitandosi a prescrivere allo Stato italiano misure riparatorie di carattere individuale senza spingersi ad indicare delle misure di carattere generale da seguire per evitare di incorrere in ulteriori violazioni<sup>549</sup>, non ha concesso all’ordinamento stesso gli strumenti per individuare una soluzione che fosse compatibile con la Convenzione senza intaccare, allo stesso tempo, i principi costituzionali<sup>550</sup>; in secondo luogo, l’assenza di un immediato intervento legislativo volto a ridisegnare i rapporti tra illeciti penali e amministrativi sulla base dei principi enunciati dalla Corte EDU, ha fatto sì che i giudici si trovassero a ricercare rimedi interpretativi volti a fronteggiare le questioni di non agevole risoluzione emerse dalla pronuncia della Corte europea<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> Cfr. M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2011, che sottolinea come per i giudici nazionali si presentasse particolarmente problematico sciogliere il nodo interpretativo riscontrato dalla Corte di Strasburgo tra i principi convenzionali e la normativa interna.

<sup>549</sup> Così, G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 872 e F. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 624.

<sup>550</sup> In tal senso, M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2011: l’Autrice si riferisce, in particolare, alla suggerita possibilità (sulla base della linea seguita dalla Cassazione, Sez. IV, nella sentenza del 16 marzo 2006, n. 15199, Labella), di ricorrere ad un’applicazione estesa del principio di specialità di cui all’art. 9 della l. n.689/1981 in riferimento alla materia di manipolazione del mercato, pervenendo alla conclusione di applicare in via esclusiva la norma penale in quanto speciale rispetto a quella amministrativa. Tale soluzione però, era contraria alla giurisprudenza avallata anche dalla Corte Costituzionale, per cui l’art. 9 citato torva applicazione sulla base del confronto tra elementi costitutivi di fattispecie considerate in astratto e non tra fattispecie concrete.

<sup>551</sup> Così, G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 872 che evidenziano come la disciplina italiana degli abusi di mercato sia “ispirata ad una versione “estrema” (se non “esasperata”) del “doppio binario”, che rende possibile- e, anzi, nella generalità dei casi impone- l’avvio di due procedimenti sanzionatori paralleli, penale e amministrativo, in rapporto al medesimo fatto” e come, per tale ragione, i problemi sul tappeto che i giudici si sono trovati a fronteggiare dopo la pronuncia della Corte EDU

Molteplici sono state pertanto le iniziative e le prese di posizione-giurisprudenziali quanto dottrinali- cui i principi elaborati dai giudici di Strasburgo hanno dato causa, sia in merito alla prima violazione accertata dalla sentenza “Grande Stevens” (vale a dire quella dell’art. 6 CEDU), sia in merito alla seconda violazione riscontrata, più interessante ai fini della nostra analisi: quella del principio del *ne bis in idem*, così come elaborato dalla Convenzione<sup>552</sup>.

E’ in relazione a quest’ultima censura, infatti, che si sono destate le preoccupazioni più marcate e si sono riscontrati gli effetti potenzialmente più deflagranti, in ragione dell’evidenziato vizio strutturale della normativa interna: le

---

fossero “molteplici e di non (sempre) agevole soluzione”; cfr. anche M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2011.

<sup>552</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 868, in cui si specifica in tal senso come, in relazione alle reazioni giurisprudenziali inerenti alla riscontrata violazione dell’art. 6 CEDU, si possa parlare di “allarmi in eccesso”: gli Autori si riferiscono a due ricorsi gemellari, con cui alcuni operatori bancari e finanziari-sottoposti a procedimento per presunte condotte di manipolazione del mercato- hanno impugnato davanti al giudice amministrativo il regolamento Consob in materia di applicazione delle sanzioni del 2005, sostenendone l’incompatibilità, appunto con l’art. 6 CEDU. L’allarme è stato appunto definito “in eccesso”, e i ricorsi dichiarati inammissibili per difetto di interesse, in quanto “nessun adeguamento ai dettami di Strasburgo è in effetti necessario, perché nulla ha chiesto la sentenza Grande Stevens su questo versante. In essa si ribadisce a chiare lettere un indirizzo consolidato della giurisprudenza europea. Secondo tale indirizzo la carenza dei requisiti del “giusto processo” nella fase del procedimento che si svolge davanti alla Consob (...) non determina, *eo ipso*, la violazione dell’art. 6 CEDU, malgrado la natura “convenzionalmente penale” delle sanzioni inflitte. Occorre invece che “a valle” del procedimento sanzionatorio della Commissione (...) vi sia la possibilità di attivare un controllo giurisdizionale pieno (...) sull’oggetto della contestazione”. Il Consiglio di Stato ha infatti rilevato che la fase di controllo giurisdizionale non può essere concepita come un anomalo meccanismo di sanatoria dei vizi di un procedimento illegittimo: il legislatore nazionale può infatti scegliere dove dislocare le garanzie procedurali che la Convenzione vuole annesse alla “materia penale”. Per un ampio approfondimento su tali ordinanze, si rimanda al testo citato. Sul punto, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., pp. 3-4 in cui si evidenzia che l’unico “deficit convenzionale” riscontrato dalla Corte EDU in merito alle garanzie del giusto processo è la mancanza di udienza pubblica innanzi alla corte territoriale, ma se “era già dubbio, in punto di fatto, che la violazione si fosse verificata nel caso di specie (...) Ancor più dubbio, poi, è che il vizio sussista su un piano normativo (...). Su questo versante, dunque, sembrerebbe che la sentenza Grande Stevens non solo non giustifichi “allarmismi”, ma possa risultare addirittura “rassicurante” (...). Per i Giudici di Strasburgo il sistema sanzionatorio amministrativo degli abusi di mercato “tiene”, sul piano procedimentale”.

reazioni giurisprudenziali in merito all'idoneità del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato non si sono fatte attendere<sup>553</sup>.

Il problema più immediato con cui la giurisprudenza ha dovuto confrontarsi è dunque stato rappresentato dalla rimozione delle violazioni in atto della norma convenzionale in casi analoghi a quello oggetto della pronuncia "Grande Stevens", ossia in quelle situazioni caratterizzate dall'instaurazione di due procedimenti paralleli per il medesimo fatto di abuso di mercato e dall'intervenuta pronuncia definitiva in merito ad uno dei due procedimenti, restando invece l'altro pendente<sup>554</sup>.

Proprio in relazione a siffatta situazione, verificatasi nell'ambito di un processo penale per il delitto di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.), la Corte di Cassazione ha scelto di agire, nel novembre 2014 (e pertanto pochi mesi dopo la pronuncia della Corte di Strasburgo), tramite la via dell'incidente di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU: nello specifico, le ordinanze di rimessione sono state due, l'una sollevata dalla quinta sezione penale della Suprema Corte, l'altra dalla sezione tributaria della stessa Cassazione, entrambe concernenti la normativa degli abusi di mercato contenuta nel Testo Unico della finanza<sup>555</sup>.

Indipendentemente dalla circostanza per cui oggetto del giudizio penale *a quo* fosse il delitto di abuso di informazioni privilegiate e non- come in "Grande

---

<sup>553</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Il doppio binario all'esame del Giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. Cost.*, 2016 p. 1498. V. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 872.

<sup>554</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 872 in cui si specifica che, in linea generale, il procedimento già definito è di norma quello amministrativo, in quanto caratterizzato da scadenze più serrate.

<sup>555</sup> V. Cass. Pen, Sez. V, 10-11-2014, n. 1782, ord., dep. Il 15-01-2015 (reg. ord. n. 38 del 2015) e Cass., Sez. trib., 06-11-2014, n. 950, ord., dep. Il 21-01-2015 (reg. ord. n. 52 del 2015) richiamate e commentate da E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent.102 del 2016)*, in *Le Società*, 2016, p. 1131 ss.; cfr. anche A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle Leggi*, cit., p. 1498 ss.; G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 872 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, cit.; M. 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](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.11.2014. Entrambe le ordinanze avevano ad oggetto il d.lgs. 28 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico in materia d'intermediazione finanziaria- t.u.f.), come modificato con l. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004).

Stevens”- quello di manipolazione del mercato<sup>556</sup>, con la prima ordinanza la Quinta Sezione penale della Cassazione ha sollevato la sospetta illegittimità costituzionale del corrispondente illecito amministrativo contemplato dall’art. 187-*bis* t.u.f. nella sua clausola iniziale, in cui dispone “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”, consentendo in tal modo l’applicazione cumulativa dei due illeciti<sup>557</sup>. Ciò che la Corte richiedeva era pertanto una pronuncia manipolativa da parte dei giudici della Consulta- in parte di accoglimento e in parte sostitutiva<sup>558</sup>- che determinasse la sostituzione di tale clausola, in modo tale da raggiungere l’effetto opposto rispetto a quello voluto dal legislatore, rendendo così possibile l’esclusione dell’applicabilità delle sanzioni amministrative (e, conseguentemente, del relativo procedimento) allorché il fatto costituisse anche un illecito penale, ai sensi della parallela disposizione di cui all’art. 184 t.u.f.<sup>559</sup>.

La violazione della norma convenzionale relativa al principio del *ne bis in idem* sarebbe derivata, secondo i giudici della Suprema Corte, proprio dalla pressoché totale sovrapposizione tra la fattispecie penale e quella amministrativa, che rendeva agevole riscontrare l’identità tra il fatto contestato in sede penale e quello definitivamente accertato in sede amministrativa: inoltre, il trattamento sanzionatorio previsto per l’illecito amministrativo, valutato unitamente alle sanzioni accessorie,

---

<sup>556</sup> In tal senso, M. SCOLETTA, *op. ult. cit.*, p. 1, in cui si osserva che la differenza di fattispecie rispetto a quella sulla quale si è specificatamente pronunciata la Corte EDU “non dovrebbe tuttavia avere ricadute problematiche quanto al pacifico riconoscimento della violazione del principio di *ne bis in idem* ivi enunciato: anche in questo caso, infatti, si tratta di una duplicazione punitiva di fatti tipici strutturalmente del tutto sovrapponibili, rispetto ai quali non appare revocabile in dubbio il requisito della “identità del fatto” (...).”

<sup>557</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all’esame del Giudice delle Leggi*, cit., p. 1498 e E. BINDI, *op. cit.*, pp. 1131-1132.

<sup>558</sup> Sul punto, D. LABIANCA, *op. cit.*, p.p. 139-140 che specifica (alla nota 67) come l’operazione sostitutiva ad opera della Consulta, rendendo residuale anziché aggiuntivo l’illecito amministrativo rispetto all’omologa fattispecie delittuosa, avrebbe fatto sì che lo stesso illecito amministrativo non trovasse praticamente mai applicazione, in conseguenza della pressoché perfetta sovrapponibilità con l’illecito penale.

<sup>559</sup> Così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 2.

rendeva evidente quel carattere di severità e quel grado di afflittività tipici, nella giurisprudenza di Strasburgo, della connotazione penale della sanzione<sup>560</sup>.

In via subordinata, la Quinta Sezione penale ha sollevato, con la stessa ordinanza, questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.- anche in tal caso per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU- nella parte in cui la disposizione oggetto di impugnazione non prevede l'applicabilità del divieto di secondo giudizio nel caso in cui l'imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile, relativo al medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU<sup>561</sup>. In altre parole, la seconda richiesta della Corte consisteva in una rimodulazione della norma codicistica, che potesse rendere la stessa conforme e compatibile con i principi convenzionali: l'accoglimento di tale richiesta subordinata avrebbe prodotto, quale conseguenza, non una generalizzata applicazione della norma che prevede l'illecito penale (effetto che sarebbe derivato, invece, dall'accoglimento della questione principale sollevata dalla Corte), bensì- al contrario- un'operatività diffusa dell'illecito amministrativo *ex art. 187-bis t.u.f.*, a causa della maggiore celerità del procedimento amministrativo stesso che lo porta quasi sempre ad essere il primo a concludersi<sup>562</sup>.

Entrambe le richieste, in ogni caso, erano finalizzate all'esclusione del meccanismo del doppio binario sanzionatorio, in modo da evitare quella duplicità di

---

<sup>560</sup> Cfr. M.T. STURLA, *op. cit.*, pp. 2012-2013 che aggiunge come la Quinta Sezione penale della Cassazione abbia deciso di censurare la clausola di apertura dell'art. 187-bis t.u.f. in quanto chiaro indice di cumulo sanzionatorio.

<sup>561</sup> Sul punto, v. E. BINDI, *op. cit.*, p. 1132 e F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 2.

<sup>562</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 140; sul punto, v. M. SCOLETTA, *op. ult. cit.*, che osserva come l'eventuale accoglimento della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. avrebbe potuto comportare "una serie di problemi di coordinamento sistematico del "nuovo" art. 649 c.p.p. rispetto alle norme del t.u.f. (artt. 187-*decies* ss.) relative, parimenti, ai rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo, che muovono proprio dal presupposto del doppio binario processuale e punitivo" riferendosi, in particolare, all'art. 187-*duodecies*, in base al quale il procedimento amministrativo e quello di opposizione di cui all'art. 187-*septies* non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale, prevedendo dunque che i due procedimenti debbano procedere in contemporanea.

procedimenti e di sanzioni- relative alla stessa condotta- che era appena stata oggetto di censura da parte dei Giudici di Strasburgo.

Alla stessa Corte di Cassazione, però, non sfuggiva il problema di ammissibilità dovuto alla verifica circa la rilevanza della questione: il giudizio *a quo* aveva infatti ad oggetto il delitto di cui all'art. 184 t.u.f. e non l'illecito amministrativo previsto dalla norma censurata (art. 187-*bis* t.u.f.), di conseguenza la questione sembrava *prima facie* ininfluyente ai fini del giudizio principale, soprattutto in riferimento alla finalità che l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU è volto a soddisfare (vale a dire evitare un secondo giudizio e una seconda condanna nei confronti di un soggetto già giudicato- e già condannato in via definitiva- per lo stesso fatto)<sup>563</sup>. Il Collegio rimettente ha così cercato di superare l'*impasse* motivando la rilevanza della questione con la considerazione per cui, in caso di accoglimento della stessa, l'art. 30, quarto comma, l. 11 marzo 1953, n. 87 avrebbe imposto alla Consob di adottare le “necessarie considerazioni”, le quali avrebbero condotto alla revoca della sanzione amministrativa pecuniaria: siffatta cancellazione avrebbe, di conseguenza, reso inoperante il meccanismo di detrazione della sanzione amministrativa stessa dalla pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 187-*terdecies*, consentendo l'esazione per intero di quest'ultima<sup>564</sup>. In pratica, data la natura sostanzialmente penale della

---

<sup>563</sup> G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 873 nonché, tra gli altri, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 2 e E. BINDI, *op. cit.*, p. 1132 che sottolineano come l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza era prevedibile ed era stata annunciata anche in dottrina già all'indomani della sentenza di rimessione. Critico sul punto è anche M. SCOLETTA, *op. ult. cit.*, p. 2 che osserva: “L'art. 187- *bis* t.u.f., infatti, è stato già applicato una volta per tutte nel procedimento amministrativo, e resta pertanto estraneo al giudizio penale, nel quale invece l'imputato rischia di dover rispondere- in violazione del *ne bis in idem* convenzionale- soltanto ai sensi dell'art. 184 t.u.f., che resterebbe però immutato dall'intervento sollecitato ora alla Corte Costituzionale”.

<sup>564</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 873; sul punto, v. anche A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle Leggi*, cit., p. 1499 che specifica e spiega il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione per valorizzare il collegamento tra la norma impugnata e gli esiti del procedimento penale, con riferimento in particolare al meccanismo di compensazione delle sanzioni pecuniarie previsto dall'art. 187-*terdecies* t.u.f.: “La declaratoria di illegittimità costituzionale della base legale della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata all'imputato *ex art.* 187-*bis* t.u.f., si sarebbe riflessa sul processo penale in ragione dell'operatività dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, imposta- ad avviso del Collegio- dal carattere “sostanzialmente” penale dell'illecito amministrativo. Con l'effetto di determinare la possibile esazione *in toto* della multa, attesa la revoca ovvero la restituzione della sanzione amministrativa pecuniaria “sostanzialmente” penale”.

sanzione irrogata dalla Consob- secondo l'orientamento consolidato di Strasburgo- la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 187- *bis* t.u.f. avrebbe fatto venire meno il fondamento giuridico della sanzione amministrativa (ma sostanzialmente penale) irrogata definitivamente, con conseguente cessazione degli effetti penali e ripercussioni sul giudizio penale *a quo*, nel quale sarebbe venuto meno il presupposto del *ne bis in idem*<sup>565</sup>.

La seconda ordinanza- proposta dalla sezione tributaria-civile della stessa Corte di Cassazione- riguardava una vicenda speculare alla prima con una sequenza procedimentale, però, invertita: tale sezione era stata investita di un ricorso contro l'ordinanza della corte d'appello che aveva confermato le sanzioni irrogate dalla Consob per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato *ex art. 187-ter* t.u.f., avente ad oggetto una condotta rilevante anche in sede penale ai sensi dell'art. 185 t.u.f., rispetto al quale gli stessi ricorrenti avevano- nel parallelo procedimento penale- patteggiato una pena già divenuta definitiva<sup>566</sup>.

Pertanto, i giudici della Suprema Corte chiedevano in quest'ultimo caso alla Consulta di pronunciare l'incostituzionalità dell'art. 187-*ter* t.u.f. per violazione, ancora una volta, dell'art. 117 Cost. (sempre in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU) nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale di cui all'art. 185 dello stesso Testo Unico e di quella amministrativa prevista proprio dalla disposizione impugnata<sup>567</sup>: anche in merito a siffatta ordinanza, in realtà, i primi commentatori avevano rilevato dei punti di criticità, tra cui l'assenza- nel testo dell'ordinanza di rimessione- del parametro ritenuto violato, nonché la formulazione di un *petitum* di non agevole decifrazione, che rendeva incerta e incomprensibile la

---

<sup>565</sup> Così, E. BINDI, *op. cit.*, p. 1132 che spiega (alla nota 7) il ragionamento seguito dalla Cassazione nel motivare la rilevanza della questione sollevata alla Corte Costituzionale.

<sup>566</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle Leggi*, cit., pp. 1499-1500. Sul punto, v. anche D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 140-141 che specifica come nel caso relativo alla seconda ordinanza- promossa dalla sezione tributaria della Cassazione- la situazione dei procedimenti fosse "rovesciata" rispetto a quanto verificatosi innanzi alla Quinta sezione penale: il procedimento ancora pendente era infatti quello finalizzato all'irrogazione delle sanzioni amministrative, mentre quello già conclusosi con sentenza definitiva era proprio il procedimento penale, definito mediante patteggiamento.

<sup>567</sup> E. BINDI, *op. cit.*, p. 1132 in cui si specifica che la Corte, in questo caso, ha invocato anche il parametro di cui all'art. 2 del medesimo Protocollo n. 7 CEDU, non invocato invece nell'altra ordinanza: la *ratio* tale riferimento non sembra comprensibile, in quanto il citato art. 2 attiene al diritto del doppio grado di giudizio penale e non al principio del *ne bis in idem*.

richiesta della Corte e, di conseguenza, apriva la strada ad una pronuncia di inammissibilità<sup>568</sup>.

Tale lunga e complessa vicenda giurisprudenziale è culminata con la sentenza n. 102 del 2016 della Corte Costituzionale<sup>569</sup>, la quale ha anzitutto ritenuto di dover riunire i due procedimenti in quanto entrambi avevano posto questioni relative al principio del *ne bis in idem* per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, in relazione a casi di doppio binario sanzionatorio penale e amministrativo per un medesimo fatto<sup>570</sup>.

Entrando nel merito della pronuncia della Consulta, occorre evidenziare come, nonostante i tentativi della Corte Suprema, tutte le questioni prospettate nelle due ordinanze siano state decise nel senso dell'inammissibilità: per prima cosa è stata giudicata inammissibile la questione formulata in via principale dalla Quinta sezione penale- relativa alla sostituzione della peculiare clausola di apertura dell'art. 187-*bis* t.u.f.- per difetto di rilevanza, avendo questa ad oggetto una disposizione che era già stata applicata nell'ambito del procedimento amministrativo e che non spiegava più alcun ruolo nel procedimento penale pendente davanti al giudice *a quo*<sup>571</sup>. Sul punto,

---

<sup>568</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 141 in cui si evidenzia come, in base all'ordinanza di rimessione in questione, non si comprendesse se la Corte avesse richiesto una sentenza di accoglimento secca (che avrebbe dunque portato all'elisione della fattispecie d'illecito amministrativo) oppure una pronuncia additivo-sostitutiva, simile a quella richiesta dalla Quinta sezione penale (con conseguente applicazione del principio di specialità tra illecito penale e amministrativo); cfr. anche E. BINDI, *op. cit.*, p. 1133 che osserva come la pronuncia di inammissibilità nei confronti della questione rinviata dalla sezione tributaria della Cassazione fosse prevedibile. Sul punto, inoltre, v. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 873 in cui, in merito all'ordinanza di rimessione in esame, si rileva che "al lume della motivazione, le richieste del Collegio sembrerebbero oscillare tra una "ablattiva secca" della norma e una non meglio precisata pronuncia «additiva» ispirata al «principio del doppio binario attenuato». Nella stessa motivazione si evidenzia, d'altra parte, la scarsa afflittività concreta della sanzione applicata in sede penale nel caso di specie, in quanto "azzerata" dall'indulto".

<sup>569</sup> Si tratta della pronuncia C. cost., 15-05-2016, n. 102, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) richiamata da D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 141 ss. e commentata da E. BINDI, *op. cit.*; F. VIGANÒ, *ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit..

<sup>570</sup> Cfr. F. POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem tra sanzioni amministrative e sanzioni penali. In principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione persa*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1714.

<sup>571</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 2. A proposito dell'inammissibilità di tale questione, v. anche F. POLEGRI, *op. cit.*, p. 1714 ("Secondo la Corte, infatti, la questione concerneva una disposizione, quella che prevedeva l'illecito amministrativo, che non aveva più rilevanza nel caso concreto, dal

la Corte Costituzionale ha anche aggiunto la considerazione per cui, anche se avesse ipoteticamente accolto suddetta questione, ciò non sarebbe stato sufficiente ad impedire una violazione del diritto convenzionale, posto che- qualora la sanzione amministrativa fosse anche stata revocata ai sensi dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953 richiamato dalla Cassazione- l'instaurazione del procedimento penale nei confronti dell'imputato non sarebbe stata preclusa, ma anzi quest'ultimo si sarebbe dovuto celebrare e concludere, in violazione proprio dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU<sup>572</sup>.

La stessa Corte Costituzionale, tuttavia, ha pronunciato l'inammissibilità di tale questione ben consapevole del fatto che il sistema sanzionatorio italiano inerente agli abusi di mercato contrasti con l'ordinamento della Convenzione, e pertanto non ha mancato di ricordare che "spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio" a tale incompatibilità<sup>573</sup>.

Anche la seconda questione- proposta in via subordinata dalla stessa Quinta sezione penale della Corte Suprema e relativa all'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.- è stata dichiarata inammissibile dalla Consulta, a causa del carattere perplessivo della motivazione in ordine al requisito della non manifesta infondatezza: l'intervento additivo richiesto, infatti, non costituirebbe- a detta della Corte

---

momento che il procedimento amministrativo si era chiuso con un provvedimento irrevocabile") e E. BINDI, *op. cit.*, p. 1132-1133.

<sup>572</sup> Così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 2 che sottolinea a tal proposito come, infatti, la disposizione convenzionale non vieti già l'irrogazione di una doppia sanzione, bensì la celebrazione di un secondo processo per il medesimo fatto. Analogamente, v. F. POLEGRI, *op. cit.*, p. 1714.

<sup>573</sup> Così, E. BINDI, *op. cit.*, p. 1133 che riporta il paragrafo 6.1 della sentenza della Corte costituzionale in esame; sul punto, cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2915 ss. che pone in evidenza i rischi che la manipolazione della disposizione di cui all'art. 187-*ter* t.u.f. può comportare, in quanto l'esito ermeneutico si porrebbe in contrasto con l'ordinamento nel suo complesso (e, dunque, anche con il principio di legalità), e in particolare con il complesso delle disposizioni del t.u.f. finalizzate a garantire il coordinamento tra i due procedimenti (ad esempio, come già detto in precedenza, l'art. 187-*duodecies* e l'art. 187-*terdecies*," disposizioni che depongono nel senso di un- voluto, ancorché attenuato negli effetti- *bis in idem*). La stessa Autrice, però, sottolinea anche come gli ostacoli che la Corte Costituzionale si è posta davanti ai fini della dichiarazione d'inammissibilità della questione siano più apparenti che reali, in quanto "i problemi teorici che tale opzione pure pone rispetto al principio di legalità paiono parzialmente mitigati dal fatto che la sostituzione dell'inciso posto in apertura dell'art. 187-*bis* avverrebbe sostanzialmente "a rime obbligate", ovvero sia dando un'applicazione della norma coerente con le indicazioni della Corte EDU. Né pare di ostacolo all'accoglimento dell'eccezione la circostanza che alla Corte costituzionale sia stata devoluta la sola questione relativa all'art. 187-*bis*, laddove l'ostacolo maggiore (...) è rappresentato (...) in particolare [dal]l'art. 187-*terdecies* (...). La Corte, infatti, (...) ben potrebbe fare ricorso ad una decisione di illegittimità costituzionale "conseguenziale" (...)".

costituzionale e dello stesso giudice *a quo*- un rimedio alla carenza strutturale del sistema sanzionatorio in questione, in quanto risulterebbe incompatibile con svariati principi costituzionali, tra cui quello di determinatezza e di legalità della sanzione penale, di ragionevolezza e di parità di trattamento, nonché con gli stessi principi eurounitari di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni<sup>574</sup>.

L'ipotetico accoglimento della questione, secondo la Consulta, avrebbe inoltre potuto porre rimedio "ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*"<sup>575</sup>: soltanto un intervento legislativo di riforma del sistema sanzionatorio relativo agli abusi di mercato potrebbe assicurare un rimedio effettivo contro la prospettiva di un doppio procedimento per lo stesso fatto<sup>576</sup>.

Inammissibile è stata giudicata, infine, anche la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione tributaria della Cassazione, sulla base degli stessi argomenti già utilizzati dalla dottrina, relativi al carattere fortemente dubitativo e perplesso dell'ordinanza: la Corte, infatti, nel motivare il rinvio della questione stessa, non aveva sciolto i dubbi in merito alla compatibilità tra la giurisprudenza

---

<sup>574</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., pp. 2-3 in cui si sottolinea come la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della seconda questione proposta dalla Quinta sezione penale della Cassazione, abbia rilevato che lo stesso giudice remittente aveva già considerato l'eventuale accoglimento della questione come una soluzione "di ripiego" per il mancato accoglimento della questione principale. Inoltre, si rileva che l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p. avrebbe avuto "unicamente l'effetto di impedire la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento o processo per il medesimo fatto, senza però determinare alcun ordine di priorità tra sanzione penale e amministrativa: affidando così la determinazione della concreta risposta sanzionatoria alla circostanza aleatoria di quale dei due procedimenti sanzionatori venga definito più celermente". Sul punto, v. anche E. BINDI, *op. cit.*, p. 1133 e F. POLEGRI, *op. cit.*, p. 1715 che osserva come la stessa Corte rimettente avesse ravvisato la possibilità che l'incertezza e la casualità delle sanzioni fossero contrarie ad altri principi costituzionali, ritenendo però "necessario questo sacrificio a favore della prioritaria tutela del diritto a non essere perseguiti o puniti due volte per un medesimo fatto". La Consulta, però, ha ritenuto tale ragionamento altamente dubitativo e non idoneo a sostenere adeguatamente la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

<sup>575</sup> Così ha sostenuto la Consulta nel paragrafo 6.2 della sentenza in esame, richiamato da E. BINDI, *op. cit.*, p. 1134: l'Autrice rileva infatti come l'intervento additivo richiesto non avrebbe potuto porre rimedio in alcuni casi, quali ad esempio i procedimenti ancora in corso, quelli ancora da iniziare e quelli già definiti (sia amministrativi sia penali), applicandosi invece soltanto ai casi in cui uno dei due procedimenti fosse già esaurito.

<sup>576</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 3.

della Corte EDU e gli obblighi di repressione degli abusi di mercato imposti dal diritto dell'Unione europea<sup>577</sup>.

Pertanto, alla luce delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nel dichiarare l'inammissibilità di tutte le questioni sottoposte alla sua attenzione, si può affermare che la stessa Corte abbia evidentemente “deciso di non decidere”, scegliendo di non entrare nel merito di un tema più che cruciale, oggetto da tempo di lunghe diatribe che coinvolgono i giudici nazionali come le Corti europee<sup>578</sup>. Invero, non è mancato in dottrina chi abbia fortemente criticato l'atteggiamento assunto dalla Consulta, sostenendo che, se anche le ragioni di inammissibilità della questione principale sollevata dalla quinta sezione penale- nonché di quella proposta dalla sezione tributaria- fossero effettivamente evidenti, la questione inerente all'art. 649 c.p.p. avrebbe invece probabilmente meritato una decisione nel merito, in quanto precisa nel *petitum* e, soprattutto, di notevole importanza ai fini della garanzia di un diritto fondamentale quale quello del *ne bis in idem*<sup>579</sup>: il Giudice delle leggi, optando invece per un *non liquet* e distaccandosi dal merito della vicenda in esame in attesa di un intervento legislativo (che regoli i rapporti tra le due tipologie di illecito e i due procedimenti al fine di evitare d'incorrere in duplicazioni), ha rimesso la delicata responsabilità di scongiurare ulteriori violazioni convenzionali nelle mani del giudice comune<sup>580</sup>.

---

<sup>577</sup> Così, E. BINDI, *op. cit.*, p. 1133 che richiama il paragrafo 6.3 della sentenza del 2016 in commento, in cui la Corte costituzionale ha evidenziato che siffatti dubbi “dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata”. V. anche F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 3.

<sup>578</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 3 e E. BINDI, *op. cit.*, p. 1131.

<sup>579</sup> Tale opinione è fortemente sostenuta da F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., p. 3 ss. nonché da A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi*, cit., pp. 1500-1501 il quale rileva come la Corte costituzionale abbia, in quest'ottica, evocato “una sorta di subordinazione dell'esigenza di tutela attuale di un diritto fondamentale alla preoccupazione di generare “incongruenze” risolvibili solo attraverso un intervento legislativo”. Inoltre, v. E. BINDI, *op. cit.*, p. 1134 che rileva come, in merito all'obiezione per cui l'intervento modificativo dell'art. 649 c.p.p. non avrebbe potuto risolvere tutte le soluzioni concrete, anche solo “il porre rimedio ai casi in cui uno dei due procedimenti fosse già esaurito sarebbe stato un risultato non di poco conto, precludendo, per i singoli, l'infrazione di una doppia sanzione”.

<sup>580</sup> Così, A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi*, cit., p. 1501 e F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit., pp. 4-5 che sul punto è altamente critico: l'Autore sostiene infatti che la Corte

Quel che è certo, è che la Corte costituzionale ha perso un'occasione per apportare un'opinione autorevole ad una controversa diatriba inerente ad un diritto fondamentale: vedremo in seguito quali sono state le strade potenzialmente percorribili individuate dai giudici nazionali per pervenire ad una soluzione.

Vale la pena richiamare, nel frattempo, un altro approccio singolare- e rimasto, tra l'altro, isolato- adottato dalla giurisprudenza immediatamente successiva alla pronuncia "Grande Stevens", che ha deciso di percorrere una diversa via finalizzata, anch'essa, al raggiungimento di un risultato conforme ai principi della menzionata sentenza di Strasburgo.

Si tratta, nello specifico, dell'ipotesi relativa all'interpretazione "convenzionalmente conforme" dell'art. 649 c.p.p., riscontrata in un ambito diverso da quello degli abusi di mercato: con una sentenza dell'ottobre 2014<sup>581</sup>, infatti, il Tribunale di Brindisi ha riconosciuto l'efficacia preclusiva del giudizio penale all'irrogazione di una sanzione disciplinare per il medesimo fatto nei confronti di un soggetto detenuto, tentando, così, un'inedita quanto ardita sperimentazione dei principi affermati in "Grande Stevens" sul campo del rapporto tra reato e illecito disciplinare<sup>582</sup>.

Nel caso di specie, il soggetto era stato sottoposto a procedimento disciplinare ai sensi della legge di ordinamento penitenziario per aver danneggiato determinati suppellettili collocati all'interno della sua cella, procedimento conclusosi con l'irrogazione di una sanzione disciplinare di quindici giorni di esclusione dalle attività in comune, in aggiunta ad una sanzione patrimoniale a carattere risarcitorio:

---

costituzionale, nonostante abbia giustamente auspicato un intervento legislativo sul tema, avrebbe comunque dovuto assicurare, a chi sia stato sottoposto a duplice procedimento in ordine al medesimo fatto, il diritto fondamentale a non essere sottoposto a un nuovo procedimento sanzionatorio, o comunque ad essere prosciolto da un procedimento ancora pendente nei suoi confronti. Infatti, secondo l'Autore, "il dovere della giurisdizione è, nell'immediato, evitare che si producano, o continuino a prodursi, lesioni di tale diritto ad opera dell'azione dei pubblici poteri; lasciando poi che sia il legislatore a intervenire per correggere eventuali ripercussioni sistematiche create da questo intervento, necessitato, di tutela di un diritto fondamentale in gioco".

<sup>581</sup> Trib. Brindisi, 17-10-2014, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 438 commentata da M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 441 e N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, p. 216.

<sup>582</sup> Cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911; in proposito, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, p. 874.

per la stessa condotta era stato, successivamente, citato anche a giudizio penale con l'imputazione di danneggiamento aggravato<sup>583</sup>. Il giudice di merito, verificata la medesimezza del fatto oggetto del procedimento amministrativo e di quello penale, ha ritenuto di pronunciare sentenza di non doversi procedere proprio in considerazione dei principi enunciati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza "Grande Stevens", ovvero sia riconoscendo natura "convenzionalmente penale" alla sanzione disciplinare già subita dall'imputato<sup>584</sup>: il Tribunale pugliese, così facendo, ha scelto di ricorrere autonomamente- come detto- all'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. in tema di *bis in idem* processuale, estendendo l'ambito di operatività della disposizione codicistica (nonostante la *littera legis*) anche al caso in cui il medesimo fatto oggetto di procedimento penale sia già stato sanzionato in via amministrativa con decisione divenuta definitiva, così come stabilito dalla Corte EDU<sup>585</sup>.

Nonostante la soluzione proposta dal Tribunale di Brindisi sembri lineare e a tratti apparentemente scontata, in quanto ineccepibilmente in armonia con i principi

---

<sup>583</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 442 e G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 in cui si specifica che il soggetto in questione era stato sottoposto a procedimento disciplinare ai sensi degli artt. 33, n. 2, 39, n. 5, 40, secondo comma, l. 26 luglio 1975, n. 345 e artt. 77, n. 13, e 81 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

<sup>584</sup> Sul punto, M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 442 che riporta il testo della sentenza del Tribunale pugliese, nel punto in cui ha ritenuto improcedibile l'azione penale "per *bis in idem*, avendo subito l'imputato, all'esito di un procedimento definitivo, condanna per il medesimo fatto ad una sanzione, qualificata come disciplinare nel nostro ordinamento, ma da ritenersi "penale" ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u. e 4 prot. n. 7 C.e.d.u."; a tale proposito, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 in cui si precisa come la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare sia stata riconosciuta in virtù della sua incidenza sulla "libertà di movimento e di relazione" del soggetto colpito. Per un ampio approfondimento circa il ragionamento seguito dal Tribunale brindisino, nonché per una precisa ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali di Strasburgo sul tema, v. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., p. 217 ss..

<sup>585</sup> Cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911 che evidenzia in particolare un passaggio della sentenza "in cui il tribunale rileva che l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. accolta non si pone in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. che d'altronde non potrebbe mai- «pena una sorta di applicazione *in malam partem*»- essere inteso in modo che ne derivi una compressione del diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto più volte a procedimento penale per lo stesso fatto".

convenzionali<sup>586</sup>, non sembra che la strada della “malleabilità ermeneutica” dell’art. 649 c.p.p. sia stata ulteriormente seguita da parte della giurisprudenza<sup>587</sup>: infatti, l’avvedutezza dei giudici pugliesi si scontra con una realtà interpretativa meno lungimirante, fortemente focalizzata sul dato letterale, storico e sistematico della norma codicistica, costituente- quest’ultimo- un insormontabile ostacolo ad una lettura più ampia ed un adeguamento interpretativo della stessa<sup>588</sup>. In effetti, come vedremo, non sono pochi gli argomenti relativi all’impraticabilità di siffatta interpretazione convenzionalmente conforme: per tale motivo i giudici nazionali hanno ricercato altre soluzioni, in modo da individuare quella che fosse conciliabile, oltre che con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo, anche con le disposizioni dell’ordinamento interno<sup>589</sup>.

Occorre, in tutto ciò, fare un cenno ai mutamenti normativi che si sono verificati sullo sfondo- ad opera del legislatore europeo- nei mesi immediatamente

---

<sup>586</sup> Così, N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., p. 218 che osserva e sottolinea la linearità del ragionamento seguito dai giudici pugliesi nel pronunciare sentenza di non doversi procedere: “Se il procedimento disciplinare si è svolto con forme in qualche modo assimilabili a quelle del giudizio penale e se la sanzione applicata è tale da rivestire la natura di pena ai sensi dei criteri *Engel*, l’effetto che ne deriva è dato dal fatto che un duplice processo è stato avviato in violazione del divieto di fonte convenzionale e che è d’obbligo la sua definizione con la formula di rito”.

<sup>587</sup> Sul punto, v. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 874: in particolare, come specificano gli Autori, non hanno seguito l’orientamento del Tribunale di brindisi né la Cassazione (il riferimento è a Cass., sez. V, 10-11-2014, n. 1782, né altra parte della giurisprudenza di merito (Trib. Bologna, 21-04-2015) e nemmeno dalle prevalenti voci di dottrina espresse sul punto: in particolare, critica sull’interpretazione convenzionalmente conforme dell’art. 649 c.p.p. è M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell’art. 649 c.p.p.*, cit., p.445 ss..

<sup>588</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 e N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., p. 218, la quale osserva come gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia siano in balia delle incertezze “determinate dall’attuale quadro “normativo” e giurisprudenziale convenzionale ed eurounitario che talvolta, come accade per il divieto in oggetto, si sovrappone ponendo il quesito su come recepire in ambito processuale interno le pronunce e le interpretazioni europee”.

<sup>589</sup> Sul punto, v. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911: l’Autrice rileva che la strada dell’interpretazione convenzionalmente conforme non sembra essere praticabile, in quanto ne difetta il principale presupposto (vale a dire la natura penale di uno dei due termini del presunto *bis in idem*). Allo stesso tempo specifica, in relazione al caso di specie, che “per scongiurare il rischio di una duplicazione di giudizi basterebbe già l’art. 79 del d.P.R. n. 230/2000 ove si prevede la possibilità di sospendere il giudizio disciplinare in attesa della definizione di quello penale quando la violazione integri anche un reato di talché, in caso di condanna per quest’ultimo, l’amministrazione penitenziaria ben potrebbe considerarsi soddisfatta del solo risarcimento del danno”.

successivi alla sentenza “Grande Stevens”: nonostante quest’ultimo, in via decisamente contraddittoria con le conclusioni della Corte EDU, avesse continuato ad incentivare il ricorso a forme di doppio binario sanzionatorio, con la direttiva 2014/57/UE e il regolamento UE n. 596/2014 ha delineato un nuovo quadro normativo per prevenire e reprimere le violazioni relative agli abusi di mercato<sup>590</sup>. Ciò che con la nuova normativa veniva richiesto, infatti, a livello comunitario era la previsione di sanzioni più efficaci, o meglio di una vera e propria penalizzazione di tali abusi, mediante dunque il ricorso obbligato a sanzioni penali in modo da relegare a mera facoltà la predisposizione di sanzioni amministrative<sup>591</sup>: tale obiettivo non escludeva la combinazione tra le due prospettive sanzionatorie- che continuava ad essere ritenuta possibile dalle istituzioni europee<sup>592</sup>- ma consentiva in ogni caso d’individuare una tendenziale linea di demarcazione tra le due tipologie di illecito e di sanzioni, tale da evitare possibili violazioni del principio del *ne bis in idem* all’interno dei diversi Stati membri dell’Unione<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 19 ss. che specifica come il nuovo impianto sanzionatorio sia stato messo in campo dal legislatore europeo in quanto dal rapporto della Commissione europea era emerso che la direttiva precedente (2003/6/CE) non era stata attuata in modo adeguato in tutti gli Stati membri, i quali avevano predisposto unicamente delle misure amministrative che si erano poi dimostrate inadeguate.

<sup>591</sup> Così, M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2013.

<sup>592</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 21 che fa riferimento, a tal proposito, al *considerandum* 22 della citata direttiva del 2014, in cui si specifica che gli obblighi di prevedere sanzioni penali per le persone fisiche e giuridiche “non esonerano gli Stati membri dall’obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale”.

<sup>593</sup> Ciò è reso evidente dal *considerandum* 23, citato nuovamente da G. DE AMICIS, *op. cit.*, pp. 21-22, in cui viene precisato- al fine di scongiurare possibili violazioni del divieto di *bis in idem*- l’ambito di applicazione della direttiva, in quanto mentre “le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla presente direttiva, almeno nei casi gravi, le sanzioni per le violazioni del regolamento (UE) n. 596/2014 non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi”. Inoltre, nella medesima prospettiva e per lo stesso obiettivo, il legislatore europeo specifica- in altre disposizioni della citata direttiva- tutta una serie di criteri volti a qualificare come “gravi” gli illeciti di manipolazione del mercato e di abuso di informazioni privilegiate, in quanto “è essenziale rafforzare il rispetto delle norme sugli abusi di mercato istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative. Introducendo sanzioni penali (...) si stabiliscono confini chiari per i tipi di comportamenti che sono ritenuti particolarmente inaccettabili”.

Sul punto, v. anche M.T. STURLA, *op. cit.*, p. 2013 che evidenzia come vi sia un forte nesso di consequenzialità tra siffatta direttiva europea del 2014 e l’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte della Quinta sezione penale della Cassazione, poc’anzi

Pertanto, tra gli effetti della pronuncia “Grande Stevens” è d’uopo registrare anche siffatto (seppur piccolo) mutamento di prospettiva da parte del legislatore comunitario, operato mediante la nuova direttiva europea del 2014, la quale ha inteso prendere espressamente in considerazione una delle questioni più spinose in materia di abusi di mercato, ossia la violazione del divieto di *bis in idem* derivante dalla vigente disciplina nazionale prevista dal t.u.f.: nondimeno, il Parlamento europeo pur mostrandosi consapevole del problema e auspicandone il superamento- non ha individuato alcun criterio risolutivo lasciando, sotto quest’ulteriore aspetto, un arbitrio potenzialmente sconfinato al legislatore nazionale<sup>594</sup>.

Tornando, adesso, a porre l’attenzione sulle reazioni giurisprudenziali interne seguite alla condanna del doppio binario sanzionatorio in ambito finanziario da parte della Corte di Strasburgo, occorre evidenziare come anche la materia tributaria sia stata inevitabilmente influenzata e attraversata da consistenti dubbi di compatibilità con il principio del *ne bis in idem*<sup>595</sup>.

I primi riflessi si sono verificati già nell’aprile 2014, quando la Cassazione- con una sentenza pronunciata con qualche giorno d’anticipo rispetto ai giudici di Strasburgo, ma depositata successivamente- è intervenuta sulla questione: nel caso di specie, l’imputato era stato assolto in primo grado dal reato di omesso versamento delle ritenute (art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000) e davanti alla Suprema Corte- cui il procedimento era giunto mediante impugnazione *per saltum*- la difesa aveva

---

esaminata: in particolare ciò varrebbe per la prima questione sollevata dalla Suprema Corte- relativa alla sostituzione della clausola di apertura dell’art. 187- *bis* t.u.f.- in quanto lo stesso Giudice *a quo* ha ritenuto che la pronuncia manipolativa invocata avrebbe assicurato l’immediato adeguamento della disciplina interna alla Direttiva 2014/57/UE “e, nel contempo, attraverso la previsione in via esclusiva per le principali figure di abuso di mercato (...) della sanzione penale, [avrebbe escluso] in radice la possibilità di interferenze con il principio del *ne bis in idem*”.

<sup>594</sup> In tal senso, E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 273.

<sup>595</sup> Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 1; sul punto, v. anche M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.05.2015, p. 2 che specifica come l’ambito tributario, all’indomani della sentenza “Grande Stevens”, sia stato individuato dalla dottrina come “uno dei campi in cui le decisioni della Corte EDU si sarebbero prestate a provocare i maggiori cambiamenti”; cfr. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 23 ss. e M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 351 ss. che sottolinea come fosse “agevolmente prevedibile che la recente presa di posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo sul principio del *ne bis in idem* (...), si riproducesse presto sul terreno degli illeciti tributari”.

sostenuto che, essendo il proprio assistito già stato sanzionato per la medesima violazione della disciplina fiscale ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997, un'eventuale condanna anche per l'analogo reato avrebbe comportato una violazione del principio del *ne bis in idem*, per come declinato proprio dalla Corte EDU nella sentenza "Grande Stevens"<sup>596</sup>. La Cassazione ha però, in tal caso, escluso qualsiasi dubbio di legittimità convenzionale del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, sulla base, in particolare, di due argomenti: da una parte ha rifiutato di qualificare come sostanzialmente penale la sanzione amministrativa in questione, dall'altra ha ribadito l'orientamento secondo cui l'illecito amministrativo e quello penale- entrambi inerenti alla condotta di omesso versamento- non sarebbero in rapporto di specialità ma di progressione illecita, con la conseguenza che al soggetto trasgressore dovrebbero essere applicate entrambe le sanzioni<sup>597</sup>.

Mentre il primo argomento utilizzato dalla Corte fa riferimento ai criteri "Engel"- sulla base dei quali non sarebbe da riscontrare, nell'opinione della Cassazione, la natura penale delle sanzioni tributarie previste per l'omesso versamento di ritenute- il secondo, che si focalizza sulle divergenze tra gli elementi costitutivi delle fattispecie in questione, trae origine dalla già menzionata sentenza "Favellato", in cui le Sezioni Unite hanno individuato appunto, tra la fattispecie amministrativa e quella penale di omesso versamento, un rapporto di progressione illecita (sulla base del fatto che l'illecito penale costituisce una violazione molto più grave rispetto a quello amministrativo)<sup>598</sup>: non è mancato chi, in dottrina, abbia

---

<sup>596</sup> Si tratta della pronuncia della Cassazione dell'8 aprile 2014, n. 20226, commentata da M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria; prove tecniche di dialogo*, cit., p. 3 nonché da G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>597</sup> Cfr., M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo*, cit., p. 3; in merito a tale sentenza, v. anche A. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 677 che precisa, in relazione al secondo argomento utilizzato dalla Suprema Corte, come quest'ultima si basi sulla stessa disciplina normativa di cui al d.lgs. n. 74/2000.

<sup>598</sup> Così, M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo*, cit., p. 3 il quale, in merito al primo argomento, specifica che la Corte di Cassazione si è rifatta alla sentenza "Fransson" che, come visto, a sua volta richiama i criteri "Engel" elaborati dalla Corte di Strasburgo. Per quanto riguarda il secondo argomento, invece, l'Autore riporta un passaggio essenziale della sentenza "Favellato" (Cass., Sez. Un., 28-03-2013, n. 37425) in cui si legge: "pur nella comunanza di una parte dei presupposti (...) e della condotta (...), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali (...). Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione"". Sul punto, v. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 26.

fortemente criticato il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte nel caso in esame, soprattutto alla luce delle censure mosse da parte della Corte EDU al doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, sebbene quest'ultime non fossero rivolte direttamente all'ordinamento italiano<sup>599</sup>.

Nonostante, dunque, l'atteggiamento negativo della Corte di Cassazione sia stato piuttosto granitico sull'argomento, i tribunali di merito non hanno smesso di ravvisare la violazione dei principi convenzionali anche in ambito tributario e di ricercare delle possibili soluzioni, optando, talvolta, anche per la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

E' il caso, ad esempio, del Tribunale di Torino, che nell'ottobre 2014 ha inteso rivolgersi ai giudici di Lussemburgo nel corso di un procedimento avente ad oggetto l'illecito di omesso versamento delle ritenute d'imposta, sanzionato sia in via amministrativa dall'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997, sia penalmente ai sensi dell'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74/2000: il giudice torinese ha così sollevato il dubbio relativo alla conformità tra l'assetto previsto dall'ordinamento nazionale e il divieto di *bis in*

---

<sup>599</sup> A tale proposito, v. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: prove tecniche di dialogo*, cit., p. 4, che si riferisce in particolare alle conclusioni raggiunte dai giudici di Strasburgo nella menzionata sentenza "Nykänen c. Finlandia": l'Autore infatti rileva come sia difficile escludere che la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 13 d.lgs. 471/1997, abbia natura penale, tenendo in considerazione la chiara componente repressiva para-penalistica di quest'ultima. Inoltre, osserva: "se la tenue risposta sanzionatoria prevista, in via amministrativa, dall'ordinamento finlandese non è valsa ad escludere la garanzia di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione, quest'ultima sembra dover, a maggior ragione, operare in relazione ad una ben più grave sanzione amministrativa pari al trenta per cento dell'importo non versato". In merito al secondo argomento, invece, l'Autore sostiene che "mentre la Cassazione opera un confronto, in astratto, tra fattispecie tipiche, la Corte EDU opera (...) una verifica in concreto tra i fatti che stanno alla base del procedimento amministrativo e di quello penale", e che se anche s'intendesse seguire la linea argomentativa seguita dalla Suprema Corte e ravvisare una progressione illecita tra le fattispecie, occorrerebbe comunque soddisfare quell'esigenza di giustizia che trova risposta nel principio del *ne bis in idem*, specialmente "in un caso, come quello di specie, in cui l'intero contenuto di disvalore è esaurito dall'applicazione di una sola delle fattispecie che condividono sia i presupposti, sia la condotta, sia la tutela dei medesimi interessi (*i.e.* la corretta e puntuale percezione dei tributi). Sulla perplessità degli argomenti, utilizzati dalla Cassazione nel caso di specie, per escludere la violazione del *ne bis in idem*, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 880, in cui si rileva che "un comportamento punibile in base agli artt. 10-*bis* o 10-*ter* d.lgs. 74/2000 passa necessariamente attraverso la realizzazione del corrispondente illecito amministrativo: con la conseguenza che l'applicazione della norma penale assorbe l'intero disvalore del fatto".

*idem*, sancito tanto dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU quanto dall'art. 50 CDFUE<sup>600</sup>. Tuttavia, se anche i dubbi sulla compatibilità tra il cumulo di sanzioni tributarie e penali e la dimensione europea del *ne bis in idem* sembrano più che ragionevoli, il giudice rimettente ha scelto in questo caso il bersaglio sbagliato: avendo l'illecito, oggetto del procedimento in questione, una dimensione esclusivamente domestica, la Corte di Giustizia ha concluso rapidamente la vicenda dichiarandosi "manifestamente incompetente" a rispondere al quesito rivolto<sup>601</sup>.

Ancora una diversa e ulteriore via è stata seguita dal Tribunale di Bologna pochi mesi dopo: con un'ordinanza dell'aprile 2015, infatti, i giudici bolognesi evitando di sollevare questione interpretativa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, considerata la risposta negativa presentata dal Giudice comunitario al Tribunale di Torino- hanno scelto di sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 649 c.p.p., in relazione a un fatto di omesso versamento dell'Iva dal quale erano originati due procedimenti, l'uno in ambito tributario (art. 13 d.lgs. n. 471/1997) e l'altro di carattere penale (art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000)<sup>602</sup>. Il soggetto interessato, avendo già versato la sanzione amministrativa ed essendo stato rinviato a

---

<sup>600</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Torino del 27 ottobre 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014 commentata da M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.11.2014; su tale ordinanza, v. anche G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., pp. 880-881.

<sup>601</sup> Cfr. G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 880-881 e M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute*, cit., p. 2 che rileva come ciò che desta più perplessità, nella vicenda in esame, sia la scelta del Tribunale di Torino di chiamare in causa la Corte di Giustizia: infatti, posto che per operare il rinvio pregiudiziale la fattispecie oggetto del giudizio deve rientrare nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, non può non notarsi come, mentre la normativa in materia di Iva rientri nel campo attuativo del diritto UE, la materia erariale abbia invece una dimensione esclusivamente nazionale, "che la sottrae all'applicazione del sistema "eurounitario" di tutela dei diritti fondamentali". L'Autore aggiunge, infine, che la strada che il giudice torinese avrebbe dovuto percorrere nel caso di specie era quella che passa attraverso una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., proprio come ha fatto la Corte di Cassazione in relazione al sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, nelle ordinanze del 2014 poc'anzi citate. Sulla risposta della Corte di Giustizia relativa alla vicenda in questione (CGUE, C-497/14, Burzio, ord. 15-04-2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015), v. M. SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 08.05.2015.

<sup>602</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 21 aprile 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015 commentata da M. CAIANIELLO, *op cit.*, p. 1 ss..

giudizio per la violazione della fattispecie penale, aveva eccepito il divieto di proseguire l'azione penale: il giudice, prendendo atto dell'impossibilità d'interpretare in maniera convenzionalmente conforme l'art. 649 c.p.p. (a causa degli ostacoli rappresentati dalla *littera legis*), e riconoscendo la natura sostanzialmente penale delle sanzioni tributarie previste nel caso di specie, ha così deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., allo scopo di estenderne l'ambito operativo e farvi rientrare anche la preclusione di un secondo giudizio *ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74/2000 ove l'imputato sia già stato condannato in sede tributaria ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997<sup>603</sup>.

Anche tale vicenda non ha però raggiunto i risultati sperati: la Consulta ha, infatti, deciso di restituire gli atti al Tribunale di Bologna per una nuova valutazione circa la rilevanza della questione sollevata, alla luce delle modifiche normative nel frattempo intervenute con la riforma dei reati tributari, ad opera del d.lgs. n. 158/2015<sup>604</sup>.

Insomma, l'adeguamento della normativa interna di ambito tributario (ma lo stesso discorso può valere per l'ambito finanziario) ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo- finalizzato all'esclusione di ogni possibile violazione del divieto di doppio processo/sanzione aventi ad oggetto il medesimo fatto concreto realizzato dal medesimo soggetto- ha costituito fin da subito un obiettivo decisamente complicato

---

<sup>603</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *op. cit.*, pp. 1-2 che opera un'ampia ricostruzione sul tema; Sull'ordinanza in questione, v. anche E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 547.

<sup>604</sup> La Consulta ha risposto con ordinanza del 20 maggio 2016, n. 112, su cui si veda *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.05.2016: il riferimento è in particolare all'art. 13-*bis* d.lgs. 74/2000, introdotto con la riforma del 2015 citata, in base al quale le pene di tutti i reati previsti dallo stesso decreto legislativo sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie, qualora siano soddisfatte le condizioni descritte dall'art. 13 del medesimo decreto legislativo, ossia l'integrale pagamento del debito tributario (compresi sanzioni amministrative e interessi) prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Per un ampio approfondimento circa la disposizione appena menzionata, v. A. CALZOLARI, *L'insostenibile incompatibilità dell'ordinamento nazionale con il principio del ne bis in idem*, in *Corriere Tributario*, 2017, p. 315 ss.; sul punto, v. anche R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3819 la quale osserva, proprio in relazione agli artt. 13 e 13-*bis* del d.lgs. n. 74/2000, che questi ultimi costituiscono 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 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".

da raggiungere. Ciononostante, i giudici nazionali di primo grado non hanno smesso di confrontarsi con siffatta problematica: nel settembre 2015- mentre erano ancora pendenti le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Bologna (in relazione al doppio binario penal-tributario in materia di Iva) e dalla Cassazione (nel caso avente ad oggetto il delitto di abuso di informazioni privilegiate)- il Tribunale di Bergamo ha infatti scelto d'intraprendere nuovamente la via del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE* nel corso di un procedimento in merito, ancora una volta, al delitto di omesso versamento dell'Iva ai sensi dell'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000<sup>605</sup>.

I giudici bergamaschi, individuando l'identità dei fatti oggetto dei due procedimenti in aggiunta alla natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa, nonché deducendo che il contenuto di garanzia dell'art. 50 CDFUE vada ricostruito alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 4 Protocollo n. 7 CEDU (in particolare riferendosi alle citate pronunce "Nykänen c. Finlandia" e "Lucky Dev. c. Svezia"), hanno richiesto al supremo organo giurisdizionale dell'Unione "se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile"<sup>606</sup>.

---

<sup>605</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Bergamo del 16 settembre 2015, consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015 e commentata da F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva: la parola alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.09.2015: il caso concerneva nuovamente un soggetto tratto a giudizio per il delitto di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000, il quale era già stato in precedenza destinatario di una cartella esattoriale ai sensi dell'art. 13 d.lgs n. 471/1997 (illecito amministrativo di omesso versamento dell'Iva) relativa alla stessa condotta (stesso importo non versato). L'imputato aveva già chiuso il proprio contenzioso amministrativo presentando istanza di rateizzazione all'amministrazione tributaria, da questa regolarmente accolta: il Tribunale di Bergamo ha così sospettato che la perdurante pendenza del processo penale per l'analogo delitto costituisse una violazione del diritto al *ne bis in idem* sancito, a livello eurounitario, dall'art. 50 CDFUE.

<sup>606</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva*, cit., p. 1 in cui viene riportato lo stralcio dell'ordinanza citato. L'Autore approfondisce ampiamente gli argomenti utilizzati dal Tribunale di Bergamo ai fini della dimostrazione della violazione del divieto di *bis in idem* convenzionale, sottolineando come lo stesso Tribunale abbia precisamente ricostruito, nell'ordinanza, i principi fondamentali e ormai consolidati desumibili dalla giurisprudenza della Corte EDU, adattandoli alla vicenda in questione. Lo stesso Autore, inoltre, evidenzia quale profilo interessante la stessa scelta del Tribunale di Bergamo di

Vedremo come tale questione è stata risolta dalla Corte di Lussemburgo, in considerazione del mutamento giurisprudenziale che- nella pendenza di siffatto rinvio- è stato operato dai giudici di Strasburgo per mezzo di un'importante quanto innovativa (e controversa) sentenza, oggetto del prossimo paragrafo.

Un ultimo cenno merita di essere fatto in merito ad un'ulteriore sentenza, che dimostra la riluttanza della Corte di Cassazione ad accettare la soluzione dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p.: in tal caso la Suprema Corte ha deciso di annullare con rinvio una sentenza del Tribunale di Asti, che aveva disposto di non doversi procedere per *bis in idem*- ai sensi dell'art. 649 c.p.p.- nuovamente in relazione a un fatto di omesso versamento di Iva per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative dall'amministrazione tributaria, nei confronti dello stesso soggetto<sup>607</sup>. La Cassazione ha ribadito, infatti, che la strada dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. è da ritenersi impraticabile in ragione- come già detto- del dato letterale di quest'ultima disposizione, la quale sancisce il divieto di secondo giudizio alla presenza di una "sentenza o di un decreto penale" divenuti irrevocabili: espressioni che non possono, evidentemente, ricomprendere anche i provvedimenti sanzionatori irrogati da

---

rivolgersi alla Corte di Giustizia, in relazione ad un argomento in cui a fare da protagonisti vi sono il diritto interno, il diritto CEDU e il diritto UE: "Interloquendo direttamente con la Corte di Giustizia, il giudice di Bergamo "bypassa" così *d'emblée* tanto la Corte costituzionale, che resta fuori gioco quando si discute di antinomie tra diritto nazionale e diritto UE (...); quanto la stessa Corte di Cassazione, sinora riluttante anche solo ad affrontare seriamente il problema del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria dopo *Grande Stevens* e il profluvio di sentenze recenti di Strasburgo (...). Un bell'esempio, ancora una volta, dello straordinario *empowerment* del giudice di merito rispetto alle stesse supreme giurisdizioni nazionali, reso possibile dall'impatto del diritto europeo (in senso lato) sull'ordinamento interno".

<sup>607</sup> Si tratta della sentenza Cass. Pen., Sez. III, 21-04-2016, n. 25815, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, commentata da F. VIGANÒ, *Omesso versamento di Iva e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.07.2016. La sentenza del Tribunale di Asti è invece quella del 7 maggio 2015, n. 717, richiamata anche da L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 1303: secondo il giudice di Asti la tutela del *ne bis in idem* doveva essere tale da consentire un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p., secondo una lettura convenzionalmente orientata della disposizione stessa, posto che "nulla osta ad una applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p. al di là dei limiti apparentemente segnati dal suo tenore letterale".

un'autorità amministrativa, per quanto "sostanzialmente punitivi" in base ai principi sanciti dai giudici di Strasburgo<sup>608</sup>.

Siffatta pronuncia costituisce l'ennesima dimostrazione di come le supreme giurisdizioni nazionali, in seguito alla condanna dell'ordinamento italiano da parte della Corte EDU e nonostante le pluralità di soluzioni prospettate in via interpretativa dai giudici di merito, abbiano deciso di mantenere una prospettiva formalistica, fortemente ancorata all'ostacolo testuale delle fonti, senza invece cercare di rendere più malleabile la rigida normativa interna al fine di garantire concretamente un diritto realmente fondamentale dell'individuo, quale il divieto di *bis in idem*<sup>609</sup>.

Alla luce delle reazioni giurisprudenziali ricostruite, infatti, può affermarsi che, in assenza di un intervento di riforma da parte del legislatore- tanto in ambito finanziario, quanto in quello tributario- sia quasi impossibile per i giudici trovare degli elementi di ricongiungimento con i principi elaborati a livello convenzionale ed affermati in maniera imponente nel caso "Grande Stevens", vera e propria sentenza di "rottura" nei confronti delle normative sanzionatorie interne: mentre in materia di reati tributari l'atteggiamento resta rigido<sup>610</sup>, l'unica vera apertura importante si è registrata da parte della Suprema Corte, nella duplice questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla fattispecie di abuso di informazioni

---

<sup>608</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Omesso versamento di Iva e diretta applicazione delle norme europee*, cit., p. 1: la Cassazione ha annullato la sentenza del Tribunale di Asti rammentando, per prima cosa, che in caso di contrasto tra una disposizione della CEDU o dei suoi protocolli e una norma nazionale, il giudice comune (secondo l'insegnamento delle "sentenze gemelle" della Corte costituzionale) deve preventivamente sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme alla CEDU stessa. Ove ciò non sia possibile, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna ex art. 117 co.1 Cost., assumendo la disposizione convenzionale come parametro interposto della questione, e rimettendo così la questione alla Consulta.

<sup>609</sup> In tal senso, G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 884 in cui viene evidenziato proprio il contrasto, ancora più lampante in relazione alla disputa inerente al *ne bis in idem*, tra legalità nazionale ed europea, "tra il formalismo della prima e l'antiformalismo della seconda; tra il riferimento della prima più al problema delle fonti e quello della seconda più al problema di accessibilità della norma e di prevedibilità dell'esito applicativo; tra il rispetto delle garanzie e della democrazia in astratto nel primo caso e in concreto nel secondo (...)".

<sup>610</sup> Cfr. S. GOLINO, A. GOLINO, *Ne bis in idem: rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte Edu in materia di abusi di mercato*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, P. 147; sul punto, v. anche L. TYSSERAND, *op. cit.*, p. 1302 che evidenzia come "il doppio binario sanzionatorio penal-tributario, nonostante i continui e imperterriti attacchi provenienti da ogni dove (in particolare dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo), rimane in piedi".

privilegiate, questione peraltro conclusasi con un nulla di fatto ad opera della Consulta<sup>611</sup>.

Come è stato sottolineato in dottrina, ciò che sarebbe realmente necessario al fine di sanare siffatta problematica sarebbe puntare ad una sinergia tra le due prospettive confliggenti in materia di *ne bis in idem* (quella nazionale e quella europea)<sup>612</sup>: andremo adesso ad analizzare quali sono stati gli ulteriori sviluppi del dialogo giurisprudenziale in esame e le ulteriori tappe di questo percorso volto all'affermazione di una garanzia individuale, partendo da una pronuncia che ha segnato un radicale cambiamento di prospettiva da parte dei giudici di Strasburgo.

#### **4. La sentenza A e B contro Norvegia: un *revirement* giurisprudenziale della Corte EDU?**

Abbiamo appena osservato come, sin dalla pronuncia “Grande Stevens” e nel corso dei mesi successivi, i sistemi sanzionatori nazionali costruiti sul meccanismo del doppio binario (in particolare, l’ambito del *market abuse* e quello di alcuni reati tributari) costituissero ormai un elemento di forte e decisa incompatibilità con il principio del *ne bis in idem* per come sancito dalla CEDU ed interpretato dalla Corte di Strasburgo: ebbene, proprio perché in diritto occorre non dare mai nulla per scontato, nel novembre 2016 gli stessi giudici della Corte europea hanno rovesciato nuovamente le carte in tavola pronunciandosi nel caso “A e B c. Norvegia”, ed elaborando un assetto innovativo di principi destinati a ripercuotersi sull’ordinamento italiano, nonché ad aprire una serie indefinita di interrogativi<sup>613</sup>.

Prima di passare all’analisi di quest’ultima importante sentenza, però, occorre fare un passo indietro, in modo da osservare anche come il mutamento interpretativo

---

<sup>611</sup> Così, S. GOLINO, A. GOLINO, *op. cit.*, pp. 146-147.

<sup>612</sup> Siffatta opinione è espressa da G. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 884: gli Autori specificano infatti come tale sinergia debba ispirarsi “alla semplicità, al buon senso, al dialogo fra le Corti, come è evidente nel caso di specie: una situazione in cui, al di là delle qualificazioni e delle acrobazie formali (...), resta il fatto che si è sottoposti a un duplice giudizio per il medesimo fatto”.

<sup>613</sup> Si tratta della sentenza della Corte EDU (GC), 15-11-2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, commentata da F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.11.2016.

della Corte EDU abbia avuto riflessi decisivi soprattutto sui procedimenti in corso: in particolare, s'intende in tal caso porre nuovamente la mente alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione tributaria civile della Cassazione nel 2014, tramite l'ordinanza precedentemente citata, relativa all'art. 187-ter t.u.f..

La vicenda riguardava l'imprenditore Stefano Ricucci, condannato dalla Consob al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato (art. 187-ter t.u.f.), nonostante fosse già stato definito il parallelo procedimento penale *ex art. 185 t.u.f.* con sentenza di patteggiamento: la sezione tributaria civile della Cassazione, come visto, aveva dunque sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter t.u.f. per contrasto con l'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, questione restituita al mittente dalla Corte Costituzionale con l'analizzata sentenza n. 102 del 2016<sup>614</sup>.

La Sezione tributaria, pertanto, riassunto il giudizio, ha deciso di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, scegliendo così la strada già intrapresa in precedenza dal Tribunale di Torino e da quello di Bergamo: a differenza dei ricorsi presentati da questi ultimi, però, stavolta la contestazione riguardava la disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato- ambito senza dubbio rientrante nel campo di applicazione del diritto dell'Unione- e richiedeva ai giudici di Lussemburgo di stabilire se lo stesso art. 50 CDFUE osti alla vigente disciplina in materia di abusi di mercato e, in caso affermativo, se la stessa disposizione della Carta sia suscettibile di diretta applicazione da parte del giudice comune<sup>615</sup>. Essendo

---

<sup>614</sup> Cfr. F. 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.10.2016: l'Autore ribadisce come la Consulta abbia, con la menzionata sentenza, rigettato la questione di legittimità costituzionale sottolineando come la medesima fosse stata prospettata in termini "dubitativi" e "perplexi" dal giudice *a quo*, il quale non si era preoccupato di sciogliere il dubbio in merito alla compatibilità tra i principi imposti dalla Corte EDU in "Grande Stevens" e gli obblighi di repressione degli abusi di mercato imposti dal diritto dell'Unione europea.

<sup>615</sup> Si veda Cass., Sez. Trib. Civ., ord. 20-09-2016, n. 20675/16, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, commentata da F. VIGANÒ, A never-ending story?, cit., p. 2 in cui si specifica che "la prima questione (...) concerne, allora, il significato da attribuirsi all'art. 50 CDFUE. Più in particolare, il giudice del rinvio chiede anche in questo caso se la disposizione in parola debba essere interpretata alla luce della lettura che la Corte EDU ha fornito della parallela disposizione convenzionale di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, che pure proclama il diritto al *ne bis in idem* in una serie costante di pronunce, e in specie in

pacifica la risposta al secondo quesito (in quanto più volte è stato affermato il dovere del giudice di garantire l'efficacia delle norme comunitarie, disapplicando quelle interne che siano contrastanti), anche la risposta al primo quesito, sulla base della fino ad allora costante- giurisprudenza di Strasburgo, sembrava effettivamente semplice: infatti, come già evidenziato in precedenza, se ai sensi dell'art. 52 CDFUE i diritti della Carta corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU devono avere lo stesso significato e la medesima portata conferiti dalla Convenzione stessa, e se la disposizione corrispondente all'art. 50 CDFUE è proprio l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, allora il contenuto minimo essenziale di tutela del diritto al *ne bis in idem ex art. 50* dev'essere uguale a quello assicurato a livello convenzionale e, di conseguenza, lo stesso art. 50 della Carta osta effettivamente alla celebrazione o alla prosecuzione del secondo procedimento sanzionatorio<sup>616</sup>.

Ebbene, siffatta conclusione non è più da considerarsi scontata in seguito alla decisione presa dalla Grande Camera di Strasburgo nel caso "A e B c. Norvegia", procedimento pendente in via contemporanea a quello- appena esaminato- innanzi alla Corte di Giustizia<sup>617</sup> e che ha costituito un vero e proprio "spartiacque" nella giurisprudenza della Corte EDU sulla problematica del *ne bis in idem*<sup>618</sup>.

Ma procediamo con ordine, partendo dalla vicenda in questione.

La decisione della Corte di Strasburgo trae origine dai ricorsi presentati da due cittadini norvegesi, che contestavano la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU per essere stati giudicate due volte, in via penale e amministrativa, in merito ai

---

*Grande Stevens c. Italia*"; mentre "la seconda questione sottoposta alla Corte di giustizia è d'altra parte essenziale ai fini della determinazione delle conseguenze nel giudizio di rinvio di una ipotetica risposta affermativa al primo quesito".

<sup>616</sup> Tale è il ragionamento svolto da F. VIGANÒ, *A never-ending story?*, cit., p. 3 che evidenzia infatti come il dubbio interpretativo non riguardi affatto la seconda questione, alla quale la Corte di Giustizia ha già dato risposta nell'analizzata sentenza "Fransson", in cui ha sottolineato che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione contrastante "anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale".

<sup>617</sup> Nel commento relativo a tale ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia infatti, F. VIGANÒ, *A never-ending story?*, cit., p. 4 osservava come fosse necessario procedere con cautela da parte degli stessi giudici di Lussemburgo, in vista dell'imminente decisione della Corte EDU nel caso "A e B c. Norvegia": nonostante quest'ultimo fosse inerente al doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, la decisione- osserva l'Autore- avrebbe potuto ripercuotersi anche sulla materia degli abusi di mercato.

<sup>618</sup> Cfr. L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 173.

medesimi fatti di natura fiscale: in particolare, il primo ricorrente (il signor A), essendo stato arrestato per non avere dichiarato profitti derivatigli da complesse transazioni finanziarie compiute all'estero, era stato condannato dall'Autorità fiscale norvegese con sanzione amministrativa, poco dopo l'instaurazione- nei confronti dello stesso soggetto- del procedimento penale per il reato di frode fiscale, relativo alle medesime condotte illecite<sup>619</sup>. Nonostante la definitiva chiusura del procedimento amministrativo- mediante il versamento all'amministrazione dell'intero importo dovuto, prima della scadenza del termine- il signor A era stato successivamente condannato anche in sede penale: l'imputato aveva così proposto appello avverso quest'ultima sentenza, lamentando già di fronte alla giurisdizione nazionale la violazione del suo diritto al *ne bis in idem* per essere stato perseguito e punito due volte in merito allo stesso fatto, ma tanto la Corte d'appello quanto la Corte Suprema avevano respinto la doglianza, confermando la condanna<sup>620</sup>.

Il secondo ricorrente, il signor B, coinvolto nei medesimi fatti contestati al signor A, era stato ugualmente condannato sia in sede amministrativa sia in sede penale, con condanna- quest'ultima- nuovamente confermata dalla Corte d'appello: entrambi i ricorrenti, pertanto, avevano deciso di ricorrere alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU<sup>621</sup>.

Per un'analisi completa del caso, nonché per comprendere a pieno gli argomenti posti alla base della decisione finale operata dai giudici di Strasburgo, è bene soffermarsi qualche istante sullo stato del diritto norvegese in materia di doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*, dettagliatamente ricostruito nella stessa sentenza della Corte EDU: infatti, l'Alta Corte interna norvegese, in entrambi i casi, ha dimostrato di aver preso in forte considerazione i principi sanciti a livello convenzionale, riconoscendo l'identità del fatto materiale oggetto dei due procedimenti- in base alla nozione di *idem factum*, per come delineata nella sentenza

---

<sup>619</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, pp. 8-9 e F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., pp. 1-2: entrambi gli Autori descrivono dettagliatamente la vicenda dei due ricorrenti sottoposta all'attenzione della Corte di Strasburgo.

<sup>620</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 2.

<sup>621</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, pp. 9-10: si specifica come, nel caso del secondo ricorrente, la Corte Suprema si fosse addirittura rifiutata di esaminare il caso, rendendo definitiva la sentenza di condanna in sede penale (mentre quella amministrativa era già divenuta definitiva in seguito al pagamento degli importi dovuti, come nel caso del signor A).

“Zolotukhin”- nonché la natura sostanzialmente penale della sovrattassa irrogata in via amministrativa, in base ai criteri “Engel”<sup>622</sup>. Tuttavia, il diritto fondamentale al *ne bis in idem* è stato ritenuto non violato nei confronti di entrambi i ricorrenti, in ragione del fatto che i due diversi procedimenti erano stati condotti in parallelo e in modo tale che s’integrassero vicendevolmente, tanto che da un lato la pena inflitta in esito al procedimento penale era stata graduata tenendo conto della sanzione tributaria già inflitta agli imputati, dall’altro l’amministrazione finanziaria aveva conferito rilevanza alle prove assunte nel corso del procedimento penale<sup>623</sup>.

Sulla base di tali argomentazioni, i giudici supremi norvegesi hanno pertanto evidenziato come tra i due procedimenti sussistesse una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, tale da poter considerare le due reazioni irrogate come parti di un’unica reazione sanzionatoria apprestata dall’ordinamento contro la condotta antiggiuridica dei ricorrenti: l’una era da considerarsi il completamento dell’altra, alla stregua di due facce di una stessa medaglia<sup>624</sup>.

---

<sup>622</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., pp. 2-3, in cui si specifica come il sistema normativo norvegese nella materia in questione sia caratterizzato dal doppio binario sanzionatorio composto da un procedimento amministrativo- funzionale all’accertamento di eventuali evasioni d’imposta e all’irrogazione di sanzioni pecuniarie- e da un processo penale funzionale- per i casi più gravi- all’irrogazione di sanzioni privative della libertà personale: è importante rilevare che, in una pronuncia della Corte Suprema norvegese del 2006, era stata esclusa la sussistenza di un *idem* tra la condotta di evasione fiscale rilevante ai fini dell’irrogazione della sanzione amministrativa e la condotta penalmente rilevante a titolo di frode fiscale, sulla base della diversità degli elementi costitutivi delle due fattispecie legali (stessa argomentazione che, come osserva l’Autore, era stata utilizzata dalla Corte di Cassazione in relazione al rapporto tra gli illeciti penali *ex artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. 74/2000* e l’illecito amministrativo di cui all’art. 13 d.lgs. 471/1997). L’opinione della stessa Corte Suprema è però mutata con la sentenza del 2010, relativa al caso del signor A, in cui i giudici norvegesi- come visto- hanno preso atto dei principi espressi nella sentenza “Zolotukhin” per affermare la medesimezza del fatto oggetto dei due procedimenti.

<sup>623</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, pp. 9-10: la Corte Suprema norvegese aveva respinto la tesi difensiva relativa alla violazione del principio del *ne bis in idem* utilizzando argomentazioni pressoché identiche per entrambi i ricorrenti. In entrambi i casi il giudice penale aveva infatti tenuto conto, nella quantificazione della pena, della sanzione tributaria già inflitta e di quanto già versato dall’imputato al Fisco.

<sup>624</sup> In tal senso, C. FATTA, *op. cit.*, p. 10 e F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 2 il quale aggiunge inoltre che i supremi giudici norvegesi avevano stabilito, nella sentenza relativa al primo ricorrente, che la decisione amministrativa con la quale era stata inflitta la sovrattassa doveva essere considerata “definitiva” ai sensi della previsione convenzionale, ma che- nonostante ciò- il divieto di *bis in idem* andasse delineato in maniera meno stringente nell’ipotesi in cui i due procedimenti sono paralleli, come nel caso in esame.

In seguito al ricorso proposto dai due imputati, dunque, alla Grande Camera- cui il ricorso era stato devoluto per via della particolare rilevanza delle questioni sollevate dalle parti<sup>625</sup>- è stato demandato il compito di esaminare due diverse quanto rilevanti questioni giuridiche: la prima riguardante la possibilità di qualificare come “sostanzialmente penale” la sanzione tributaria irrogata ai ricorrenti, la seconda relativa invece all’applicabilità o meno della garanzia convenzionale ai procedimenti celebrati in parallelo e aventi ad oggetto il medesimo fatto<sup>626</sup>.

Prima di passare all’analisi della sentenza della Corte EDU, è bene evidenziare che, sebbene la vicenda non presentasse profili innovativi rispetto ai casi analoghi precedenti, a costituirsi in giudizio sono stati ben sei Paesi UE (oltre alla direttamente coinvolta Norvegia, anche Bulgaria, Repubblica Ceca, Francia, Grecia, Moldavia e Svizzera), a dimostrazione del fatto che i tempi erano ormai maturi perché si facesse sentire l’esigenza di maggior tutela degli interessi- in particolare finanziari- dell’Unione, protetti negli Stati membri attraverso sistemi di doppio binario sanzionatorio, nonché la necessità d’individuare un bilanciamento tra siffatti interessi e le ragioni di garanzia individuale, bilanciamento possibile solo tramite l’abbandono, da parte dei giudici di Strasburgo, delle intransigenti posizioni che avevano fino ad allora assunto<sup>627</sup>.

Ciò detto, la prima questione- di carattere evidentemente centrale- è stata risolta semplicemente da parte della Grande Camera: questa ha sostenuto infatti che, se è vero che i criteri “Engel” sono stati elaborati con riferimento all’art. 6 della Convenzione (relativo al diritto ad un equo processo in materia penale) e non all’art.

---

<sup>625</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 2: l’Autore specifica infatti che la camera della prima sezione della Corte EDU ha valutato la necessità di rimettere il caso alla Grande Camera.

<sup>626</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 11: è importante sottolineare, inoltre, che tutte le parti intervenute hanno condiviso le argomentazioni sviluppate dalla Suprema Corte norvegese sulla nozione di *idem*. L’approccio sostanzialistico consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo non è infatti stato messo in discussione.

<sup>627</sup> Così, M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (relaz. orientativa n. 26/17), cit., pp. 13-14; v. anche L. TRUCCO, *op. cit.*, che rileva in tal senso come la scelta di numerosi Stati terzi di intervenire, nonché quella della Prima Sezione di riunire i ricorsi e deferire la questione alla Corte in composizione allargata, non possa considerarsi casuale “dati gli «interessi» (anche) dell’Unione toccati, per i peculiari rapporti che la Norvegia intrattiene con l’ordinamento eurounitario, con la conseguente possibilità di vedersi una sorta di «zona franca» rispetto a cui testare determinate soluzioni da estendere poi, se del caso, a situazioni analoghe concernenti gli Stati membri dell’UE”.

4 Protocollo n. 7 CEDU, è altrettanto vero che il divieto di un doppio giudizio per lo stesso fatto è strettamente connesso alla garanzia dell'equo processo, derivandone di conseguenza l'applicabilità dei suddetti criteri al caso concreto, ai fini dell'operatività del *ne bis in idem*<sup>628</sup>. La sanzione amministrativa, consistente in una sovrattassa del 30% sull'imposta evasa, aveva dunque- nell'opinione dei giudici di Strasburgo, analoga a quella che era stata adottata dalla Corte Suprema norvegese- un'indubbia natura sostanzialmente penale<sup>629</sup>.

Più complesso, sicuramente, il percorso argomentativo seguito dai giudici di Strasburgo per giungere alla decisione in merito alla seconda questione, relativa all'operatività del divieto di doppio giudizio nei confronti di procedimenti paralleli: decisione che gran parte della dottrina ha letto come un passo indietro rispetto agli approdi raggiunti dalla stessa Corte EDU in materia di *ne bis in idem*, o comunque come un netto superamento, qualificandola talvolta come un *revirement*, talvolta come un'evoluzione nell'interpretazione di tale controversa garanzia convenzionale<sup>630</sup>.

Con un inedito colpo di coda, infatti, la Corte europea, premettendo che la garanzia convenzionale è, in linea di principio, applicabile anche ai casi di procedimenti paralleli per il medesimo fatto (una volta che uno di essi si sia concluso con un provvedimento divenuto definitivo), ha nondimeno 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, qualora tra i due procedimenti sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta (in tal senso utilizzando le parole della stessa Corte Suprema

---

<sup>628</sup> Per un ampio approfondimento sul punto, v. C. FATTA, *op. cit.*, pp. 12-13 che specifica, nella prospettiva del governo convenuto, l'ambito di applicazione previsto dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU sarebbe più circoscritto rispetto all'art. 6 della stessa Convenzione: il governo norvegese sosteneva pertanto che il diritto a non essere giudicato o condannato due volte dovesse essere limitato ai procedimenti penali *stricto sensu* intesi, e non al caso in questione. A sostegno di tale interpretazione è intervenuto anche il governo francese, sostenendo che i criteri applicabili al caso concreto sarebbero dovuti essere quelli elaborati dalla giurisprudenza in relazione al diverso art. 7 CEDU, che sancisce il principio *nulla poena sine lege*.

<sup>629</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>630</sup> Così, M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 14.

norvegese)<sup>631</sup>. Occorre mettere in chiaro, in merito a quest'ultima affermazione della Corte EDU- la quale appare rovesciare i principi affermati nelle precedenti sentenze (una su tutte, "Grande Stevens") e rinnegare quell'approccio intransigente da sempre caratteristico degli stessi giudici di Strasburgo- che non si tratta di parole completamente nuove nella giurisprudenza della Corte europea: lo stesso criterio era stato utilizzato, infatti, in due non recenti decisioni di inammissibilità ("R.T c. Svizzera", del 2000, e "Nilsson c. Svezia", del 2005), nonché in una sentenza più recente ("Boman c. Finlandia", del 2015), tutte caratterizzate dal fatto di aver escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale proprio in ragione di una riscontrata connessione tra le due procedure instaurate nei confronti di uno stesso soggetto e per un medesimo fatto<sup>632</sup>.

La circostanza per cui il criterio della "*close connection*" non costituisca un'assoluta novità all'interno della *case law* convenzionale- ma che anzi, in alcuni casi, fosse stato tenuto in considerazione nonostante la mancata espressa menzione

---

<sup>631</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3826 la quale commenta con grande stupore la decisione presa dalla Corte EDU nel caso di specie: "Ciò non di meno, la Corte ha osservato come la duplicazione delle risposte sanzionatorie non sia di per sé 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 «*sufficient connection in substance and time*»; v. anche F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 3, che specifica come la Corte EDU abbia fatto riferimento alla mancanza di una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" quale requisito ulteriore ai fini dell'accertamento della violazione della garanzia convenzionale.

<sup>632</sup> Così, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 3 in cui si opera il riferimento alle citate pronunce: queste ultime avevano escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale in relazione ad un provvedimento di revoca della patente per uno stesso fatto che era stato sanzionato anche in sede penale, sottolineando (e ciò, in particolare, nella sentenza "Boman") come l'autorità amministrativa non avesse compiuto alcun accertamento ulteriore, una volta preso atto della condanna penale dell'interessato per il reato di guida senza patente. L'Autore rileva poi che lo stesso criterio era stato evocato anche in alcuni casi svedesi e finlandesi che si erano occupati di *ne bis in idem* e sovrattasse in materie tributaria (nei quali però la Corte EDU aveva negato la sussistenza di una particolare connessione tra i due procedimenti paralleli), mentre non era stato neanche menzionato in "Grande Stevens", in cui la violazione della garanzia in esame era stata ritenuta discendere dalla sola circostanza della perdurante pendenza del processo penale una volta definitosi quello amministrativo. Sul punto, v. anche L. TRUCCO, *op. cit.*, p. 174 che evidenzia come nella stessa sentenza "A e B c. Norvegia" la corte EDU abbia passato in rassegna una particolare serie di precedenti giurisprudenziali concernente la legislazione stradale in cui, avendo riscontrato una «*sufficiently close connection (...), in substance and time*», non aveva ravvisato la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU (paragrafo 113 ss. della sentenza).

del “Nilsson” test<sup>633</sup>- non riduce di certo la portata innovativa della pronuncia in esame, e ciò tanto più se si pone l’attenzione sugli ulteriori parametri individuati dalla Corte al fine di valutare la sussistenza o meno della suddetta connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti.

Per prima cosa, la sentenza ha inteso sottolineare l’esigenza di lasciare agli Stati una certa discrezionalità nel decidere come garantire nei rispettivi ordinamenti il diritto al *ne bis in idem*: posto che il Protocollo n. 7 della Convenzione non è stato ancora ratificato da ben quattro Stati membri, nonché tenendo in considerazione le riflessioni svolte dall’Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia nel caso “Fransson” in merito all’esistenza- all’interno dei vari ordinamenti- di molteplici sistemi sanzionatori a doppio binario, la Corte ha affermato che il divieto di *bis in idem* convenzionale non preclude agli Stati di apprestare legittimamente un sistema sanzionatorio che si articoli attraverso procedimenti distinti nei confronti di condotte socialmente offensive, purché le sanzioni così accumulate non determinino un sacrificio eccessivo per l’interessato<sup>634</sup>.

Pertanto, sulla base del presupposto per cui non è possibile individuare nell’art. 4 Protocollo n. 7 un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa- ancorché sostanzialmente penale- per quei fatti di evasione fiscale

---

<sup>633</sup> In tal senso, C. FATTA, *op. cit.*, pp. 2-3 che fa riferimento al caso “Kapetanios c. Grecia”, del 2015: nel caso di specie ai ricorrenti, prima assolti in sede penale, era stata comminata una severa sanzione amministrativa (di natura sostanzialmente penale) per gli stessi fatti. Il principio del *ne bis in idem* era stato ritenuto violato dalla Corte EDU per la carenza di una sufficiente connessione tra procedimenti, senza menzionare espressamente il “Nilsson” test.

<sup>634</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 4 in cui vengono specificate le premesse svolte dalla Corte EDU: oltre alla mancata ratifica del Protocollo n. 7 da parte di quattro Stati membri, altri quattro Stati- tra cui l’Italia- lo hanno ratificato esprimendo però riserve “con lo specifico fine di contenere l’ambito di applicazione alle sole decisioni qualificate anche formalmente come “penali” nei rispettivi ordinamenti”. Siffatta riserva, però, era stata ritenuta invalida dalla stessa Corte in relazione alla sua eccessiva genericità (ciò era accaduto in “Grande Stevens” quando l’Italia aveva tentato di utilizzarla quale argomento a proprio favore). Per quanto riguarda la seconda premessa invece- inerente alle perplessità espresse dall’AG nella sentenza “Fransson”, il quale aveva sottolineato come molti ordinamenti europei conoscano un sistema di “doppio binario” di procedimenti e sanzioni penali- questa spiega, secondo l’Autore, il motivo per cui ben sei Stati siano intervenuti a sostegno del governo resistente. Sul punto, v. anche C. FATTA, *op. cit.*, p. 15: “Il compito della Corte quindi dovrebbe essere solo quello di evitare che un individuo sia ingiustamente perseguito e punito due volte per la stessa condotta, ma non di impedire allo Stato di elaborare una complessiva e calibrata risposta sanzionatoria diretta a colpire diversi aspetti della condotta illecita a fini diversi, senza ingiustificate duplicazioni”.

perseguibili anche penalmente<sup>635</sup>, un accettabile equilibrio tra le esigenze dell'individuo e gli interessi della collettività- le prime volte ad evitare un'ingiusta duplicazione di giudizi, i secondi finalizzati a che lo Stato intervenga a sanzionare le condotte antidoverose in maniera calibrata ed effettiva<sup>636</sup>- può essere garantito, secondo i giudici di Strasburgo, solo valorizzando il test della “sufficiente connessione sostanziale e temporale”<sup>637</sup>. Invero, sebbene il modo più sicuro per evitare una violazione del divieto di *bis in idem* sia la previsione di un meccanismo in grado di unificare i due procedimenti sanzionatori, la Corte ha sostenuto che i procedimenti di doppio binario possono anche correre paralleli, a patto che esistano delle modalità procedurali in grado di assicurare risposte sanzionatorie che, nel loro complesso, risultino proporzionate e prevedibili: per la valutazione in merito alla sussistenza di tali requisiti, si dovrà tener conto di determinati fattori concreti, elaborati dalla Corte EDU alla stregua di indici empirici, indicatori di insussistenza della violazione convenzionale<sup>638</sup>.

Il primo di tali fattori, alla presenza dei quali può dirsi esclusa una violazione del *ne bis in idem*, è il differente scopo al quale siano rivolti i due procedimenti inerenti alla stessa condotta e il fatto che questi ultimi siano diretti a reprimere o

---

<sup>635</sup> Così, F. VIGANÒ, *La Grande camera di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit. p. 4: la Corte ammette invero che sussistono dei fatti di evasione fiscale “in cui è possibile, altresì, perseguire e condannare penalmente il soggetto, in relazione a un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura amministrativa” (paragrafo 123 della sentenza in esame).

<sup>636</sup> Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>637</sup> Per una precisa ricostruzione del percorso argomentativo seguito dalla Corte EDU nella sentenza in commento, v. M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., pp. 15-16: la Corte, stabilendo che la strategia adottata da ogni singolo Stato non viola il principio di *ne bis in idem* qualora risulti il “prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria” (paragrafo 122), sceglie il criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*” quale canone di valutazione primario per la verifica circa la sussistenza o meno del *bis in idem* (paragrafo 125).

<sup>638</sup> Così, M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., pp. 15-16, in cui si specifica che al paragrafo 130 della sentenza, la Corte ha aggiunto che non è necessario che i procedimenti debbano essere compiuti “simultaneamente” dall'inizio alla fine, ma è possibile che essi siano condotti “progressivamente”, quando ciò ad esempio sia motivato da ragioni di efficienza dell'amministrazione giudiziaria e non consegua, per il soggetto coinvolto, un perdurante stato di incertezza processuale. V. anche F. VIGANÒ, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 4.

prevenire diversi aspetti della medesima condotta antisociale<sup>639</sup>. Il secondo è costituito invece dalla prevedibilità- per l'autore della condotta stessa- circa la duplicità dei procedimenti, mentre il terzo è l'aver evitato- "per quanto possibile", come dice la Corte- ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, tramite un'adeguata interazione tra le diverse autorità procedenti<sup>640</sup>.

E' essenziale infine, nell'opinione dei giudici di Strasburgo, che la sanzione irrogata nel corso del procedimento giunto a termine per primo sia presa in considerazione dall'autorità giudiziaria che dovrà irrogare la sanzione successiva, in modo da garantire all'interessato di non essere destinatario di una pena esageratamente gravosa<sup>641</sup>: oltre a tutto ciò, occorre anche che tra i due procedimenti sussista un collegamento di natura cronologica, non nel senso che essi debbano necessariamente essere condotti in via strettamente parallela, ma tale da far sì che l'individuo non sia esposto a una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte<sup>642</sup>. Solo verificata la sussistenza di tali elementi potrà dirsi accertata la presenza di una vera connessione tra i due procedimenti e, di conseguenza, potrà ritenersi

---

<sup>639</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, Ne bis in idem: *percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 16 che specifica come nel caso di specie, infatti, tale primo requisito era stato ritenuto soddisfatto in quanto la sanzione amministrativa aveva funzione compensatoria fiscale, mentre quella penale aveva funzione punitiva della parte fraudolenta della condotta; cfr. anche C. FATTA, *op. cit.*, p. 16: il primo requisito affinché il test della connessione sostanziale e temporale sia soddisfatto è la circostanza per cui i procedimenti perseguono obiettivi complementari, non solo in astratto ma anche in concreto, e che siano finalizzati a prevenire diversi aspetti della stessa condotta.

<sup>640</sup> M. BRANCACCIO, Ne bis in idem: *percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 16 nonché C. FATTA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>641</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, p. 16 che precisa come i quattro fattori citati costituiscano i limiti cui soggiace la piena ammissibilità del doppio binario sanzionatorio. V. anche F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5 il quale, a tal proposito, aggiunge che la Corte ha inteso precisare "che il rischio di un *bis* contrario alla garanzia convenzionale sarà tanto meno rilevante in quanto il procedimento amministrativo concerna illeciti estranei al "nucleo duro" del diritto penale, e pertanto non associati ad alcun particolarmente significativo stigma sociale; mentre sarà destinata ad accentuarsi laddove il procedimento amministrativo assuma in concreto cadenze stigmatizzanti simili a quelle del processo penale" (paragrafo 133 della sentenza).

<sup>642</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5 che richiama, in tal senso, il paragrafo 134 della sentenza in esame. A tal proposito, v. anche C. FATTA, *op. cit.*, p. 14 in cui si specifica- alla nota 19- come la stessa Corte abbia chiarito, allo stesso paragrafo 134 della sentenza, che la connessione sostanziale ha un rilievo maggiore di quella temporale: tuttavia, entrambe sono necessarie e la connessione temporale deve comunque essere garantita, nel senso che il secondo procedimento non può essere troppo distante cronologicamente dal primo.

rispettato il principio del *ne bis in idem*, nonostante l'avvenuta duplicazione di giudizi e di sanzioni in merito allo stesso fatto illecito.

Pertanto, sulla base dei principi così ricostruiti- e nonostante il riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sovrattasse, nonché dell'identità dei fatti oggetto dei due procedimenti- la Corte ha concluso per la non violazione della garanzia convenzionale nei casi dei ricorrenti A e B, in quanto: le sanzioni amministrativo-tributarie e quelle penali perseguivano scopi differenti (finalità deterrenti le prime, scopi schiettamente punitivi le seconde), il doppio sistema di sanzioni era di agevole prevedibilità da parte degli individui e di conseguenza non illegittimo dal punto di vista convenzionale, e i rispettivi procedimenti- svoltisi in parallelo- erano nel concreto strettamente interconnessi, tali da non produrre un pregiudizio sproporzionato e ingiusto per i ricorrenti<sup>643</sup>. In buona sostanza, i due procedimenti in questione non costituivano un'illegittima duplicazione della reazione sanzionatoria dell'ordinamento norvegese rispetto ai medesimi fatti storici: l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU era stato pienamente rispettato<sup>644</sup>.

Con la sentenza "A e B c. Norvegia", dunque, la Corte EDU ha per la prima volta enunciato chiaramente una "terza via" per valutare la violazione del divieto di *bis in idem*, allontanandosi dalle obiezioni sino a quel momento quasi sempre ritenute idonee e sufficienti a censurare le previsioni normative interne (vale a dire la natura sostanzialmente penale della sanzione applicata nel procedimento amministrativo e la sua duplicazione nel successivo procedimento penale), e sovrapponendo a queste il requisito della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due giudizi<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 5 che richiama, sul punto, i paragrafi 144, 146, 147 e 153 della sentenza in commento. In particolare, la Corte ribadisce il fatto che, nel caso di specie, l'amministrazione tributaria aveva basato la sanzione sulle dichiarazioni rese dagli interessati nel procedimento penale e, per converso, i giudici penali avevano tenuto conto nella commisurazione della pena- delle sanzioni già irrogate dall'amministrazione tributaria.

<sup>644</sup> C. FATTA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>645</sup> In tal senso, M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 16; v. anche L. TRUCCO, *op. cit.*, p. 175 la quale evidenzia che "la decisione «A e B» parrebbe sancire il ridimensionamento del versante dell'«*idem factum*», a motivo della pressoché totale neutralizzazione, a differenza del «*bis*», all'interno della cornice di condizioni che si son dette".

Tuttavia, i fattori individuati dai giudici di Strasburgo hanno destato non poche perplessità, specialmente in dottrina: da una parte è stata infatti evidenziata la vaghezza dei criteri delineati, tali da non consentire di desumere con ragionevolezza quando la connessione sia sussistente e quando no<sup>646</sup>; dall'altra, si è rilevata l'irragionevolezza del criterio relativo allo scopo della sanzione, nonché la superfluità di quello consistente nella prevedibilità del duplice procedimento<sup>647</sup>.

Non sembra convincere, inoltre, la circostanza in base alla quale, per i giudici europei, il fatto che una prova circoli da un procedimento all'altro è sintomo della stretta connessione sussistente tra i due procedimenti e pertanto indice di mancata violazione del *ne bis in idem*: infatti, si è osservato in dottrina che una tale evenienza funzionerebbe semmai proprio come spia di un *bis in idem*, in quanto si andrebbe a compiere un nuovo accertamento sullo stesso fatto, per applicare una sanzione ulteriore, sulla base dei medesimi presupposti probatori<sup>648</sup>.

D'altra parte, analoghe riserve diffuse in dottrina in merito agli argomenti utilizzati dalla Corte EDU per affermare il rispetto della garanzia convenzionale erano già state avanzate, in sede di redazione della sentenza, con l'unica opinione dissenziente firmata dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque: in tale ampia dissertazione il giudice ha ricostruito le origini storiche del principio del *ne bis in idem*, le sue possibili *rationes* nonché il fondamento dello stesso quale principio

---

<sup>646</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3826 in cui si sottolinea come il fattore temporale, in particolare, riconosca un'ampia discrezionalità a chi dovrebbe valutarlo, considerato che in astratto non è possibile individuare un termine preciso entro cui il secondo procedimento dovrebbe svolgersi; v. anche F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 352.

<sup>647</sup> In tal senso, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3826 la quale, in merito al criterio dello scopo della sanzione, osserva: "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?"; mentre in relazione al criterio della prevedibilità rileva che "non è seriamente sostenibile che possa discriminare: le sanzioni, per essere applicate, devono essere predeterminate dalla legge, e dunque sono per definizione prevedibili".

<sup>648</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.* p. 3826 la quale aggiunge inoltre che "sovente l'accertamento amministrativo parte e si conclude prima e (...) le regole che lo governano sono tendenzialmente meno garantiste rispetto a quelle del codice di rito penale" e pertanto "si finirebbe per condizionare il procedimento penale con un materiale per così dire "pregiudicato"". L'Autrice richiama, sul punto, F. VIGANÒ, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit..

fondamentale del diritto penale e internazionale consuetudinario, avanzando una durissima critica nei confronti delle incongruenze argomentative della Corte stessa<sup>649</sup>.

Infatti, nell'opinione del giudice portoghese, il criterio della "connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta", affermato nella sentenza in esame, finiva per stravolgere completamente l'eredità garantistica di "Zolotukhin": oltre ad essere un criterio vago e arbitrario, individuato sulla base di fattori decisamente manipolabili dall'interprete, quest'ultimo si poneva in aperto contrasto con le decisioni assunte dalla Corte di Strasburgo nei casi precedenti e in particolare nel caso "Grande Stevens" (nel quale lo stesso argomento della connessione tra i procedimenti- e in particolare dei meccanismi di compensazione della pena- era stato utilizzato quale difesa dal governo convenuto, ma ritenuto irrilevante dalla Corte EDU ai fini della violazione convenzionale)<sup>650</sup>.

La critica di Pinto ha demolito, inoltre, le principali argomentazioni su cui si articola l'opinione della maggioranza, tra cui l'asserita funzionalità delle due tipologie di sanzioni a scopi differenti, nonché gli altri indicatori menzionati dalla

---

<sup>649</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit. p. 6 e C. FATTA, *op. cit.*, p. 18. L'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque è consultabile al sito <http://www.atidu.com/wp-content/uploads/2017/10/TRADUZIONE-CASE-OF-A-AND-B-v.-NORWAY.pdf>, p. 58.

<sup>650</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 6: il giudice dissenziente rileva infatti che in "Grande Stevens" il governo italiano aveva invitato la Corte a considerare l'esistenza di meccanismi che consentono in ciascun procedimento di tener conto- nella commisurazione della sanzione- della sanzione eventualmente già inflitta nel parallelo procedimento (riferendosi, in particolare, all'art. 187-terdecies t.u.f. operante nell'ambito degli abusi di mercato). Tale argomento non era stato ritenuto rilevante dalla stessa Corte, la quale aveva- in quella occasione- insistito sulla *ratio* di tutela dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, la quale mira a garantire non tanto la proporzionalità della sanzione bensì il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio procedimento per lo stesso fatto (paragrafi 65-66 dell'opinione dissenziente). Sul punto, v. anche C. FATTA, *op. cit.*, p. 18 che rileva come, a parere del giudice dissenziente, il ragionamento della maggioranza dei giudici si è posto in aperto contrasto con la decisione assunta nel caso "Grande Stevens": "In altre parole, il giudice Pinto de Albuquerque ha evidenziato come nella sentenza in commento la Grande camera abbia posto al centro della sua decisione proprio quell'argomento che la Corte, non molto tempo prima, aveva ritenuto del tutto privo di pregio, e ciò senza neppure preoccuparsi di fornire un'adeguata giustificazione".

Corte quali indici di valutazione della connessione sostanziale e temporale, caratterizzati- secondo il giudice dissenziente- da intrinseca pericolosità<sup>651</sup>.

Pertanto, lo stesso giudice ha concluso la sua critica osservando come la maggioranza di Strasburgo, aprendo la strada “a una politica punitiva del moderno Leviatano”, ha limitato fortemente e indebitamente la portata garantistica del divieto di *bis in idem*, fino ad allora legato alla concreta verifica dell’*idem factum*, e da quel momento recessivo di fronte a “procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile”<sup>652</sup>. “La Grande Camera che ha esaminato *Sergej Zolotukhin* non avrebbe mai acconsentito”- ha sostenuto Pinto- “a degradare il diritto individuale inalienabile del *ne bis in idem* a un diritto così fluido, rigidamente strutturato, in una parola illusorio. Io neanche”<sup>653</sup>.

Se l’opinione del giudice portoghese è indubbiamente piuttosto feroce, quel che è certo è che la Grande Camera, tramite la sentenza in esame- in cui ha recuperato un criterio utilizzato solo in via sporadica in alcune pronunce precedenti- ha posto un forte limite alla portata della garanzia convenzionale, limite che non ha mancato di ripercuotersi sui procedimenti in quel momento pendenti avanti alla

---

<sup>651</sup> Così, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 6: per quanto riguarda lo scopo delle sanzioni, il giudice portoghese ha criticato fortemente l’argomento secondo cui la sovrattassa amministrativa avrebbe funzione meramente compensatoria (al paragrafo 53 della *dissenting opinion*, si sostiene infatti che “la posizione della maggioranza trascura il fatto che la sanzione fiscale in argomento non può in alcun modo essere considerata veramente compensatoria. Le sanzioni fiscali che superano il 30%, o anche il 60%, sono così severe che indubbiamente includono un elemento di punizione”). Inoltre, il giudice rileva come gli altri indicatori siano non solo vaghi, ma intrinsecamente pericolosi in ragione della possibilità di manipolazione dei procedimenti amministrativi (in cui il contribuente ha un dovere di cooperare con l’amministrazione) in funzione di una semplificazione probatoria nell’ambito del processo penale, aggiunta al rischio di pronunce opposte sulla responsabilità dell’individuo (dovuto alla vigenza di distinti standard probatori nei due procedimenti).

<sup>652</sup> Queste le parole del giudice dissenziente rinvenibili al paragrafo 79 dell’opinione in esame, richiamate da F. VIGANÒ, *la Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 6. L’Autore rileva come, secondo Pinto, dopo che con Grande Stevens la Corte di Strasburgo aveva “certificato la morte” del doppio binario sanzionatorio, la maggioranza aveva, con la sentenza “A e B c. Norvegia”, resuscitato tale tecnica normativa.

<sup>653</sup> Paragrafo 79 dell’opinione dissenziente, in <http://www.atidu.com/wp-content/uploads/2017/10/TRADUZIONE-CASE-OF-A-AND-B-v.-NORWAY.pdf>, cit., p. 102.

Corte di Giustizia, nonché su quelli successivi instaurati innanzi a quest'ultima e alle Corti nazionali<sup>654</sup>.

Ed è proprio in merito alla Corte di Lussemburgo e alle sue conclusioni relative alla portata del principio del *ne bis in idem* che occorre effettuare qualche riflessione, alla luce dei principi espressi dalla Corte EDU in “A e B c. Norvegia”.

Infatti, come parte della dottrina ha rilevato, mentre la sentenza in commento può aver effettivamente stupito quanti avevano ritenuto che tra Strasburgo e Lussemburgo il dialogo in materia di *ne bis in idem* fosse assolutamente armonioso e convergente, frutto di un pensiero perfettamente coincidente, la realtà è ben diversa se si pone mente invece alle differenti visioni inerenti all'operatività del principio in esame, emergenti- in particolar modo- da due tra le sentenze più importanti in materia pronunciate dalle due Corti europee: la sentenza “Fransson” e la sentenza “Grande Stevens”<sup>655</sup>.

Come già osservato in precedenza, sono evidenti gli aspetti dissonanti, sia formali sia sostanziali, della sentenza “Fransson” rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU- affermata in maniera evidente in “Grande Stevens”- sul divieto di *bis in idem*: oltre al fatto che la pronuncia della Corte di Giustizia appare del tutto autoreferenziale- vale a dire priva di riferimenti relativi alla garanzia convenzionale, alla CEDU o alla giurisprudenza di Strasburgo e incentrata esclusivamente sull'applicazione del *proprio* diritto, ossia dell'art. 50 CDFUE<sup>656</sup>- il

---

<sup>654</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., p. 7, che rileva come, successivamente alla sentenza “A e B c. Norvegia”, “la posizione degli avversari del doppio binario sanzionatorio è (...) divenuta più difficile”.

<sup>655</sup> Così, G. DE AMICIS- P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 473 che smentiscono in tal senso quanti abbiano qualificato la sentenza “A e B c. Norvegia” quale *revirement* della Corte EDU: infatti, nonostante sia indubbia l'esistenza di un radicale mutamento da parte dei giudici di Strasburgo, gli Autori rilevano che “occorre andare oltre, per investigarne la possibile causa”. Sul punto, v. anche R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3827.

<sup>656</sup> Cfr. G. DE AMICIS- P. GAETA, *op. cit.*, p. 473: gli Autori rilevano, a tal proposito, che la mancata menzione da parte della Corte di Giustizia dei principi elaborati dalla Corte EDU e della garanzia convenzionale non può essere considerata una “sciatta dimenticanza”, bensì un silenzio assai eloquente. Con un'ampia e interessante osservazione, infatti, essi evidenziano come già le conclusioni dell'Avvocato Generale Villalòn, nell'ambito della stessa causa “Fransson”, avevano sollecitato la Corte a decidere la controversia ricorrendo al solo disposto dell'art. 50 CDFUE, relativo al divieto di *bis in idem* (sulla base del fatto che l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU “non è stato pienamente incorporato dagli Stati membri”). Nonostante la Corte di Giustizia non abbia formalmente preso in esame la tesi dell'AG, nella

punto della sentenza in cui si registra il pieno contrasto è proprio quello relativo all'esegesi dell'art. 50 della Carta, in cui la Corte di Lussemburgo ha affermato come- ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*- i provvedimenti già adottati nei confronti dell'imputato a seguito di una decisione divenuta definitiva debbano essere di natura penale<sup>657</sup>. Nessuna considerazione in merito alla nozione di "sostanza penale" per come elaborata dalla Corte EDU: i giudici di Lussemburgo hanno enunciato, quello sì, i tre criteri rilevanti ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie (peraltro continuando a riferirsi soltanto alla propria giurisprudenza), ma successivamente hanno demandato- come visto- al giudice nazionale il compito di valutare l'idoneità del cumulo sanzionatorio, aprendo un vero e proprio baratro rispetto alla tradizionale giurisprudenza di Strasburgo, la quale si era sempre mostrata intransigente nell'affermare il principio opposto (ossia l'irrelevanza della qualificazione formale dell'infrazione e della valutazione dei giudici nazionali)<sup>658</sup>.

---

pratica ha effettivamente compiuto la propria decisione facendo quanto auspicato da Villalòn, ossia prescindendo dai contenuti della CEDU e basandosi sulla sola disposizione comunitaria, contenuta nella Carta. Invero, nella premessa fondante (contenuta al paragrafo 29 della sentenza) la Corte di Lussemburgo afferma che il giudice nazionale è abilitato alla verifica circa la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione interna e che "resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali", ma che tale verifica trova un duplice principio di bilanciamento nella "non compromissione del livello di tutela previsto dalla Carta" e soprattutto nella "non compromissione del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione": pertanto, per la Corte di Giustizia, l'eventuale contrasto della disposizione nazionale con i diritti fondamentali non può comunque comportare la compromissione del diritto dell'Unione, che resta l'unico diritto da applicare in via automatica.

<sup>657</sup> Così afferma la Corte di Giustizia al paragrafo 33 della sentenza "Fransson", richiamato da G. DE AMICIS- P. GAETA, *op. cit.*, pp. 473-474.

<sup>658</sup> Cfr. G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, p. 474: La Corte di Lussemburgo infatti, nella sentenza "Fransson", non parla di sanzione "sostanzialmente" penale bensì di "provvedimenti di natura penale": al paragrafo 35 enuncia poi i tre criteri relativi all'individuazione della natura penale delle sanzioni tributarie rifacendosi alla precedente sentenza "Bonda", ma diverge dai principi della Corte EDU proprio sul punto fondamentale contenuto al paragrafo 36, in cui viene rimandato al giudice nazionale il compito di procedere alla valutazione circa la necessità e l'idoneità del cumulo di sanzioni tributarie e penali. Niente di più diverso da quanto era stato sempre enunciato dalla Corte di Strasburgo: questa infatti era stata sempre ferma nell'affermare che non spetta in nessun caso al giudice nazionale valutare la "natura penale" della prima sanzione, spettando soltanto alla stessa Corte EDU effettuare tale accertamento sulla base dei propri principi. "Rimettere al giudice nazionale tale decisivo accertamento preliminare (...) è, per Strasburgo, un metodo di sostanziale elusione della garanzia del *bis in idem*, mentre, per Lussemburgo, il punto di possibile emersione della stessa garanzia. La Corte edu estromette il giudice nazionale da

Pertanto, due posizioni contrapposte si erano delineate con la sentenza “Fransson” e con “Grande Stevens”: da una parte, il primato del diritto dell’Unione e un giudice nazionale potenzialmente in grado di sacrificare, in favore di questo, anche alcuni diritti fondamentali (quale quello al *ne bis in idem*); dall’altra, la primazia indiscussa delle garanzie convenzionali e una rigida negazione, per i giudici nazionali, della possibilità di prevedere meccanismi sanzionatori confliggenti con le suddette garanzie.

Ebbene, la sentenza “A e B c. Norvegia” appare rovesciare questa contrapposizione e avvicinare la posizione delle due Corti: con l’enunciazione dei criteri appena esaminati, i giudici di Strasburgo hanno infatti operato un *dietrofront* rispetto alle posizioni in precedenza adottate, quasi una sorta di “resa” alla giurisprudenza di Lussemburgo<sup>659</sup>.

Distaccandosi così dalle dure censure mosse ai sistemi sanzionatori a doppio binario nella sentenza “Grande Stevens”, la Corte EDU ha deposto le armi e accettato, in qualche modo, la possibilità di un cumulo di sanzioni, calibrando tale possibilità con l’elaborazione di criteri controversi quali la proporzionalità tra le sanzioni stesse, la connessione oggettiva tra i procedimenti, la loro connessione temporale e la prevedibilità della doppia reazione sanzionatoria<sup>660</sup>.

Pertanto, che lo si voglia qualificare quale *revirement* giurisprudenziale, o che lo si consideri un “riallineamento” con i postulati della Corte di Giustizia- volto a scongiurare il pericolo di una diversità tra *bis in idem* “convenzionalmente conforme” e “comunitariamente conforme”<sup>661</sup>- quel che è indubbio è che con “A e B

---

ogni potere qualificatorio ben sapendo che, se riconosciuto, esso sarebbe una pietra tombale della salvaguardia”.

<sup>659</sup> In tal senso, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3827, che ravvisa nella sentenza “A e B c. Norvegia” “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”.

<sup>660</sup> Cfr. G. DE AMICIS- P. GAETA, *op. cit.*, p. 475, in cui si sottolinea come la Corte EDU, mediante l’elaborazione del principio della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” abbia mascherato un enorme “*break in the wall*” rispetto a quelle che erano stati i principi consolidati della propria giurisprudenza precedente, facendo quello che “somiglia tanto ad una resa a Lussemburgo edulcorata con parole alate”.

<sup>661</sup> In tal senso, G. DE AMICIS-P. GAETA, *op. cit.*, p. 474 in cui si rileva come la Corte di Strasburgo abbia dapprima fornito alla Corte di Giustizia la risposta “pungente e senza condono” della sentenza Grande Stevens “e poi provato, per necessità, a ricucire (provvisoriamente?) con un onorevole armistizio, rappresentato appunto dalla decisione *A e B c. Norvegia*”.

c. Norvegia” le carte in tavola si sono nuovamente mischiate e la portata di quello che costituisce a tutti gli effetti un diritto fondamentale (il divieto di doppio processo o sanzione per lo stesso fatto), è andata nuovamente- e non senza criticità e ripercussioni- modificandosi.

## CAPITOLO IV

### OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO*.

SOMMARIO: 1. Gli effetti della sentenza “A e B c. Norvegia” e i successivi interventi delle Corti nazionali ed europee. 2. *Ne bis in idem*: un diritto della persona realmente garantito? Possibili soluzioni percorribili per una tutela effettiva. 3. *Ne bis in idem* e concorso apparente di norme: riflessioni sul rapporto tra la nozione convenzionale di *idem factum* e il principio di specialità a margine dei recenti approdi delle Sezioni Unite. 4. Osservazioni conclusive.

#### **1. Gli effetti della sentenza “A e B c. Norvegia” e i successivi interventi delle Corti nazionali ed europee.**

Com'era prevedibile, la decisione della Corte di Strasburgo in “A e B c. Norvegia” e l'elaborazione- per mezzo della stessa- dei nuovi principi inerenti alla violazione del *ne bis in idem* hanno avuto un forte impatto, sia sui procedimenti al momento pendenti (in particolare quelli innanzi alla Corte di Giustizia), sia sui giudizi instaurati successivamente di fronte alle Corti nazionali.

Anzitutto, occorre evidenziare il ruolo essenziale che la sentenza citata ha rivestito nell'ambito del doppio binario penal-tributario: si può sostenere, infatti, che la delineazione del nuovo volto del *ne bis in idem* convenzionale abbia fatto emergere una sostanziale tenuta della disciplina italiana di doppio binario sanzionatorio e processuale in materia tributaria, da una parte perché gli stessi giudici di Strasburgo hanno legittimato l'instaurazione e la celebrazione parallela dei procedimenti in sede amministrativa e penale proprio in suddetta materia, dall'altra in quanto ad essere legittimata dalla giurisprudenza CEDU è stata- allo stesso tempo- anche l'irrogazione di una doppia sanzione per lo stesso illecito tributario, al ricorrere di determinate condizioni<sup>662</sup>. Tali condizioni sembrano essere soddisfatte

---

<sup>662</sup> Sul punto, v. M. BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rassegna Tributaria*, 2017, p. 566 in cui si sottolinea come, con la sentenza “A e B c. Norvegia”, possa considerarsi sancita la conformità convenzionale del regime di doppio binario processuale di cui all'art. 20 del

dal sistema italiano previsto per gli illeciti tributari oggetto del doppio binario procedimentale e sanzionatorio, ed anzi la tutela apprestata appare anche più avanzata per via degli istituti che- come abbiamo già avuto modo di osservare- operano sul versante del *ne bis in idem* sostanziale: in particolare il riferimento è non tanto all'art. 19 d.lgs. n. 74/2000- il quale, sancendo la regola della specialità, sebbene sia improntato ad escludere l'applicazione congiunta delle sanzioni amministrative e penali per lo stesso illecito, è norma pressoché elusa nella prassi giudiziaria- quanto all'art. 21 dello stesso decreto legislativo il quale, oltre ad evidenziare una connessione tra i due procedimenti, scongiura la violazione del divieto di doppia sanzione, e dunque del divieto di *bis in idem* sostanziale<sup>663</sup>.

Vi è, inoltre, ancora un'altra prospettiva dalla quale la sentenza "A e B c. Norvegia" conferma la validità e in qualche modo corrobora l'idea del funzionamento della disciplina sanzionatoria in materia di reati tributari: posto che uno dei fattori individuati dalla Corte di Strasburgo, per verificare la sussistenza di una "connessione sufficientemente stretta" tra i procedimenti, è la circostanza per cui la sanzione irrogata nel procedimento concluso per primo sia tenuta in considerazione in quello che viene definito successivamente, tale fattore può dirsi riscontrato nell'ordinamento interno grazie all'art. 13-bis d. lgs. n. 74/2000, il quale prevede una diminuzione fino alla metà delle pene nonché la non applicazione delle pene accessorie- oltre alla caduta del divieto di patteggiamento- per tutti i delitti

---

d.lgs. n. 74/2000: tale meccanismo previsto dal legislatore è infatti ispirato, come rileva l'Autore, al principio della separazione delle giurisdizioni che informa il sistema processuale italiano. Quest'ultimo principio poggia, a sua volta, sull'autonomia del regime probatorio e decisorio del processo penale rispetto all'accertamento amministrativo: siffatto aspetto, come visto, è da tenere in massima considerazione nel momento in cui si analizzano i fattori individuati nella sentenza "A e B c. Norvegia" per verificare la connessione dei procedimenti, in assenza della quale scatterebbe il divieto del secondo procedimento.

<sup>663</sup> Cfr. M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 567 che ribadisce come, ai sensi dell'art. 21 citato, la sanzione tributaria non possa essere eseguita prima della conclusione del processo penale con l'affermazione dell'irrelevanza penale del fatto: tale norma sembra eccentrica rispetto al principio di specialità *ex art.* 19 d.lgs. 74/2000, "ma si spiega alla luce degli interessi tutelati dall'Amministrazione finanziaria". L'Autore rileva pertanto come, in materia finanziaria, "anche senza ricorrere al divieto di secondo giudizio il *ne bis in idem* sostanziale resta adeguatamente tutelato dagli artt. 19 e 21, D. Lgs. n. 74/2000. Solo nel caso di assenza di strumenti di tutela del *ne bis in idem* sostanziale, sarebbe findato ravvisare possibili violazioni del *ne bis in idem* europeo inteso come divieto di doppia punizione, oltre che di doppio processo".

disciplinati dallo stesso decreto legislativo in caso di tempestiva estinzione del debito tributario<sup>664</sup>.

Pertanto, se il doppio binario penal-tributario era entrato nell'occhio del ciclone dopo la sentenza "Grande Stevens", per via dei dubbi sorti circa la compatibilità dello stesso con la garanzia convenzionale, tra i primi effetti della pronuncia "A e B c. Norvegia" può essere ricompresa l'indiretta convalida di siffatto meccanismo sanzionatorio a causa dell'evidente cambio di rotta dei giudici di Strasburgo, caratterizzata dalla rinnovata rilevanza dell'elemento della connessione tra i procedimenti, il più delle volte accertabile in tale ambito.

Tuttavia, non può non menzionarsi quella parte della dottrina che non concorda con tale assunto, e che- al contrario- sostiene che i criteri individuati dai giudici di Strasburgo, sebbene valevoli per quanto riguarda la materia tributaria norvegese, non possano ritenersi riscontrabili nel sistema italiano concernente lo stesso ambito: oltre al fatto che le sanzioni amministrative irrogate in caso di infedele od omessa dichiarazione dimostrano un'evidente finalità punitiva- e, di conseguenza, fanno venir meno il requisito della diversità degli scopi perseguiti dai procedimenti sanzionatori- è soprattutto la condizione dello "svolgimento coordinato dei due procedimenti", finalizzato ad evitare "*as far as possible*"- così come richiesto dalla Corte EDU- la duplicazione dell'attività istruttoria e di raccolta delle prove, che non può dirsi soddisfatta dal regime italiano del doppio binario penal-tributario (caratterizzato piuttosto dal principio di autonomia del procedimento amministrativo e di quello penale)<sup>665</sup>.

---

<sup>664</sup> Cfr. M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, pp. 569-570 in cui si spiega come il citato art. 13-bis preveda, proprio come richiesto dalla Corte di Strasburgo, un meccanismo che tenga in considerazione la sanzione già irrogata nel precedente giudizio: in tal caso, infatti, nel procedimento penale è prevista la possibilità di una diminuzione delle pene (e la non applicazione delle pene accessorie) in caso di estinzione del debito tributario, comprensivo di sanzioni amministrative e interessi, anche attraverso la conciliazione o l'accertamento con adesione, e sempre che non sia applicabile la causa di non punibilità di cui all'art. 13 del medesimo decreto legislativo

<sup>665</sup> Su tutti, v. F. GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017, pp. 926-927 il quale, in relazione al requisito della diversità di scopi delle sanzioni, rileva come "una sanzione pari al 90-180%, nel caso di infedele dichiarazione, o al 120-240% nel caso di omessa dichiarazione e la fattispecie sanzionata in via amministrativa sia costruita in modo molto simile, da un punto di vista soggettivo e oggettivo a quella penale". Inoltre, per ciò che concerne il requisito della coordinazione dei procedimenti finalizzata ad evitare la duplicazione delle prove, lo stesso Autore osserva che, sebbene il doppio binario penal-tributario italiano sia

In ogni caso, i primi effetti pratici riscontrabili nella giurisprudenza interna hanno coinvolto, in prima battuta, la materia finanziaria, ritenuta fin da subito perfettamente compatibile con i nuovi criteri delineati a livello convenzionale<sup>666</sup>.

Il mutamento giurisprudenziale di Strasburgo non ha infatti tardato a farsi risentire anche sulle Corti interne, le quali non hanno esitato ad applicare gli innovativi principi elaborati a livello convenzionale: il primo esempio è costituito da un'ordinanza del Tribunale di Milano, relativa ad un caso di *market abuse*<sup>667</sup>.

Se, infatti, il doppio binario amministrativo e penale previsto dall'ordinamento interno nell'ambito degli abusi di mercato aveva costituito oggetto di durissima

---

caratterizzato da una sostanziale condivisione dell'attività di raccolta delle prove- tanto che le risultanze derivanti dalle verifiche amministrative sono tenute presenti nel procedimento penale- non può negarsi che “tale connessione cessa qui, perché dopo questa fase sussiste il limite del dibattimento penale, nel quale le regole poste a garanzia dell'imputato impongono la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti. Non si evita, perciò, una duplice valutazione della prova, conoscendo il giudice penale e l'autorità amministrativa separatamente della causa”. Verificandosi dunque, nell'ordinamento italiano, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, non può che risultare evidente- secondo l'Autore- l'inconciliabilità tra il principio di autonomia dei procedimenti amministrativo e penale e la condizione dello “svolgimenti coordinato” dei due processi. L'Autore, infine, rileva anche che, nonostante l'esistenza dell'art. 13-*bis* citato, manchino dei veri e propri meccanismi di coordinamento tra sanzione amministrativa e penale (come richiesti dalla Corte EDU): infatti, il coordinamento manca in tutti i casi in cui il procedimento penale si conclude anteriormente a quello amministrativo e in cui il pagamento della sanzione amministrativa non avviene.

<sup>666</sup> A tal proposito, v. P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, pp. 11-12 in cui si specifica come la vaghezza dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo in “A e B” “può indubbiamente creare problemi di operatività del criterio formulato nei casi concreti nei quali è incerta la ridetta connessione, ma non sembra che, ricorrendo le condizioni di seguito specificate, sia questo il caso del doppio binario sanzionatorio per l'abuso di informazioni privilegiate”: infatti, se la connessione temporale sembra sussistere in tale tipologia di doppio binario prevista dall'ordinamento italiano, anche gli elementi della connessione sostanziale possono ritenersi riscontrati (nello specifico, sussisterebbe la differenziazione degli scopi delle risposte sanzionatorie, la prevedibilità delle prospettive sanzionatorie nonché la connessione degli elementi di prova, quest'ultima assicurata anche dagli artt. 187-*octies* e 187-*decies* t.u.f.- che disciplina i rapporti collaborativi tra Consob e magistratura). Infine, per quanto riguarda la proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria, questa sarebbe garantita anche dall'art. 187-*terdecies* t.u.f., che prevede un rigido automatismo compensativo in punto di quantitativo esigibile.

<sup>667</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Milano, I sez. Pen., del 6 dicembre 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016 commentata da E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.12.2016 nonché da S. MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 515.

censura da parte della Corte EDU, con l'ordinanza in questione i giudici milanesi hanno rivendicato il *revirement* della stessa Corte escludendo la violazione del *ne bis in idem* in ragione del nesso sostanziale e temporale sufficientemente stretto riscontrato tra i due procedimenti. La vicenda in questione originava da un procedimento penale, che a sua volta si innestava su una precedente vicenda amministrativa relativa all'illecito di cui all'art. 187-ter t.u.f.: sulla base del doppio binario era stato disposto il rinvio a giudizio degli imputati e, pertanto, le difese avevano dedotto la violazione del principio del *ne bis in idem*, invocando sia il parametro convenzionale (art. 4 Protocollo n. 7 CEDU), sia quello comunitario (art. 50 CDFUE) essendo la materia rientrante a tutti gli effetti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione<sup>668</sup>.

Il Tribunale di Milano, oltre a negare la possibilità di promuovere una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia<sup>669</sup>, ha respinto le eccezioni di incompatibilità convenzionale sollevate dalla difesa rilevando, in generale, che il quadro normativo europeo di riferimento appariva in quel momento decisamente favorevole ad un maggior ricorso alla tutela penale nei confronti degli abusi di mercato- si ricordi la Direttiva 2014/57/UE e il rispettivo Regolamento- e, in particolare, utilizzando proprio la pronuncia "A e B c. Norvegia" per affermare l'ormai avvenuta "virata" giurisprudenziale di Strasburgo- comportante una considerevole modifica della portata applicativa del principio del *ne bis in idem*- e applicare i parametri ad essa riferibili, concludendo per l'insussistenza di una violazione della garanzia convenzionale nel caso di specie<sup>670</sup>. E' evidente, dunque,

---

<sup>668</sup> Cfr. S. MANACORDA, *op. cit.*, pp. 515-516 in cui si osserva che, nel caso di specie, "la prospettazione di un duplice parametro normativo ad opera delle difese preludeva, come si avrà modo di cogliere nel successivo commento, ad una sorta di "rafforzamento" della garanzia per effetto della convergenza intraeuropea delle fonti, sia per la possibilità di esperire una gamma più articolata di rimedi giurisdizionali (in particolare, in via mediata, il rinvio pregiudiziale), sia per il carattere prevalente del diritto eurounitario su quello convenzionale *ex art. 117 Cost.*, con potenziali ricadute in diritto interno in termini di disapplicazione".

<sup>669</sup> Così, S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 516 in cui si rileva, però, che un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia si sarebbe rivelato invece più che opportuno nel caso in questione, in quanto "avrebbe consentito una interpretazione del dato normativo eurounitario ad opera del suo giudice naturale, la Corte di Giustizia, in una materia dai contorni molto problematici, oggetto di decisioni di segno discorde".

<sup>670</sup> Cfr. M. BRANCACCIO, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (relaz. n. 26/17), cit., pp. 18-19 nonché C. FATTA, *op. cit.*, pp. 19-20 che osserva come, nel caso di specie, il Tribunale abbia rilevato con fermezza

che, mediante l'accertamento di una connessione sostanziale tra i due procedimenti, lo stesso doppio binario sanzionatorio a suo tempo censurato dalla Corte europea è stato "salvato" e convalidato proprio in virtù dell'applicazione del percorso argomentativo offerto dalla Grande Camera, con il raggiungimento di una conclusione che per gran parte della dottrina non è da ritenersi convincente<sup>671</sup>.

Nonostante le critiche e i dubbi che l'immediata applicazione interna dei nuovi criteri di compatibilità convenzionale ha scatenato in dottrina, occorre osservare come la stessa Corte di Strasburgo non si sia preoccupata di smentirsi e di ritornare sui propri passi, bensì abbia- anche successivamente- corroborato il nuovo volto del *ne bis in idem* convenzionale mediante una nuova pronuncia, relativa ancora una volta al doppio binario sanzionatorio in materia di violazioni tributarie.

Si tratta della pronuncia "Johannesson e A. c. Islanda" del maggio 2017, in cui la Corte è giunta a conclusioni diverse da quelle raggiunte in "A e B c. Norvegia", ma seguendo il medesimo percorso logico-interpretativo: nel caso di specie i ricorrenti, essendo stati sanzionati in via amministrativa con sovrattasse pari al 25% dei tributi evasi nonché condannati anche in sede penale con decisione confermata dalla Corte Suprema islandese, si erano rivolti ai giudici di Strasburgo lamentando, come da prassi, la violazione del loro diritto al *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4

---

"la sussistenza di una connessione sostanziale e temporale molto stretta tra il processo in corso ed i procedimenti amministrativi già istruiti e decisi da Consob nei confronti degli odierni imputati", argomentando il rispetto del "Nilsson" test facendo riferimento al rapporto collaborativo sussistente tra la Consob e l'ufficio del pubblico ministero, nonché all'art. 187-terdecies t.u.f., il quale prevede l'esazione della pena pecuniaria limitatamente alla parte eccedente quella già riscossa in sede amministrativa: questi possono essere, secondo i giudici milanesi, valorizzati quali indici sintomatici di una connessione tra i procedimenti, in base ai principi elaborati dalla Corte EDU in "A e B c. Norvegia". Secondo l'Autrice, quello del Tribunale di Milano è un esempio evidente di ciò che aveva sostenuto il giudice Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion*, ossia di come il criterio della connessione sostanziale sia "talmente vago da atteggiarsi come una sorta di assegno in bianco nelle mani dell'interprete, che si trova così nella condizione di poter applicare gli indicatori della "connessione" a proprio piacimento".

<sup>671</sup> C. FATTA, *op. cit.*, p. 20, la quale rileva come, sulla base della conclusione raggiunta nel caso di specie, non possa passare inosservato il pericolo di pronunce opposte sul medesimo fatto, causato da procedure e standard probatori diversi, oppure il rischio di un'indebita semplificazione probatoria nel processo penale per via di una valorizzazione eccessiva dell'accertamento amministrativo: occorre evidenziare infatti che in quest'ultimo ambito, però, l'individuo ha il dovere di cooperare con l'amministrazione e non gode di tutte le garanzie che sono riconosciute al soggetto che riveste la qualifica di imputato nel processo penale.

Protocollo n. 7 CEDU<sup>672</sup>. La Corte europea si è allineata, anzitutto, alla Grande Camera di “A e B” riconoscendo la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative irrogate, nonché la sussistenza del requisito dell’*idem factum*, dopodiché è passata all’analisi della questione problematica principale, vale a dire l’accertamento di una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti, in modo da poterli considerare come parte di un unico procedimento sanzionatorio integrato<sup>673</sup>: avallando la necessità, sostenuta dalla Grande Camera, che vi sia uno svolgimento coordinato dei due procedimenti, la Corte EDU ha ritenuto in tal caso violato il principio del *ne bis in idem*, in ragione della limitata sovrapposizione nel tempo dei procedimenti stessi (che si erano dispiegati in un arco temporale di oltre nove anni, durante i quali le attività compiute in parallelo erano state estremamente ristrette) aggiunta alla circostanza per cui l’acquisizione e la valutazione delle prove nei due gruppi di giudizi era stata condotta in via autonoma e indipendente<sup>674</sup>.

Decisione, quest’ultima, che- come osservato da parte della dottrina- rende ancora più incerto il requisito della connessione sostanziale e temporale agli occhi

---

<sup>672</sup> Si tratta della sentenza della Corte EDU, I sez., 18-05-2017, Johannesson e A. c. Islanda, ric.n. 22007/11, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, commentata da F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 5, pp. 392-393 in cui l’Autore specifica che, nel caso di specie, inizialmente la Corte distrettuale di Reykjavik aveva dichiarato di non doversi procedere penalmente nei confronti dei ricorrenti proprio in applicazione dell’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, ritenendo che i fatti dei quali erano accusati fossero sostanzialmente i medesimi per i quali erano già stati sanzionati in via definitiva dall’amministrazione tributaria, in esito ad un procedimento che aveva natura sostanzialmente penale. Siffatta decisione era però stata impugnata avanti alla Corte Suprema dalla pubblica accusa: i giudici supremi islandesi avevano così osservato che la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* e sovrattasse non fosse ancora ben chiara, e che l’eventuale contrasto tra il diritto convenzionale e quello nazionale doveva essere risolto dal legislatore islandese. Pertanto, la Corte distrettuale aveva in seguito riconosciuto la penale responsabilità dei due imputati, e per ultima la Corte Suprema aveva confermato le condanne e determinato le pene a carico degli stessi.

<sup>673</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit., p. 393.

<sup>674</sup> Così, F. GALLO, *op. cit.*, p. 10 e F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit., p. 393 in cui si specifica come la Corte europea abbia in tal caso ritenuto insussistente sia la connessione sostanziale (poiché, nonostante i procedimenti e le sanzioni applicate perseguissero scopi effettivamente complementari, e l’imposizione delle sovrattasse amministrative fosse in concreto prevedibile per i ricorrenti, tuttavia l’indagine compiuta dalla polizia era stata condotta in modo indipendente dalla verifica fiscale, ed era sfociata nella condanna dei ricorrenti a distanza di più di otto anni dal momento in cui l’amministrazione aveva denunciato i fatti alla polizia per la prima volta) sia quella temporale, per il lungo lasso temporale trascorso. Pertanto, la situazione era molto diversa da quella esaminata in “A e B c. Norvegia”.

dell'interprete, sempre più disorientato per via dei differenti approcci adottati dal Giudice europeo: questa volta, infatti, la Corte di Strasburgo ha valutato siffatta connessione (concludendo nel senso della sua insussistenza) sull'esclusiva base dello svolgersi concreto dei due procedimenti- e in particolar modo delle scansioni temporali- senza prendere in considerazione il quadro normativo dello Stato di riferimento, seguendo così un *iter* argomentativo che rende complicata, per i giudici nazionali, la concreta comprensione della compatibilità tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem* convenzionale<sup>675</sup>.

Tornando ad esaminare la giurisprudenza delle Corti interne, successiva alla sentenza "A e B c. Norvegia", un riferimento merita di essere effettuato anche in relazione ad una pronuncia della Corte di Cassazione del dicembre 2016, avente ad oggetto la questione del doppio binario composta da sanzione penale e sanzione disciplinare-penitenziaria. Il caso che ha dato origine alla sentenza in questione è del tutto analogo a quello, in precedenza richiamato<sup>676</sup>, del Tribunale di Brindisi: anche stavolta, protagonista della vicenda era un detenuto il quale, avendo provocato il danneggiamento di una finestra della casa circondariale, aveva immediatamente subito un procedimento disciplinare conclusosi con l'irrogazione di una sanzione e, contemporaneamente, era stato destinatario dell'esercizio dell'azione penale<sup>677</sup>.

Proprio come nel caso richiamato, anche il Tribunale in questione aveva dichiarato il non doversi procedere per il reato contestato in quanto l'imputato aveva già subito, per lo stesso fatto, una sanzione da ritenersi- in base ai criteri "Engel"- sostanzialmente penale: natura, quest'ultima, non condivisa dalla Procura generale,

---

<sup>675</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit., p. 394 il quale osserva, sul punto, che "il dato che determina la decisione della Corte pare essere qui esclusivamente il fatto che i due procedimenti abbiano avuto in concreto uno svolgimento parallelo per un lasso di tempo molto limitato, e che il processo penale si sia protratto per circa cinque anni dopo la conclusione del procedimento amministrativo", circostanza che spinge i giudici nazionali a ritenere che la soluzione circa la compatibilità tra le situazioni di doppio binario- presenti un po' in tutti gli ordinamenti- e il diritto al *ne bis in idem* debba risultare volta a volta diversa in relazione alla maggiore o minore celerità dei procedimenti: ciò "trasformerebbe però la garanzia del *ne bis in idem* in un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che "sopravvive" alla definizione del primo".

<sup>676</sup> V. retro, cap. III par. 3

<sup>677</sup> Sul punto, v. E. 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)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 4, pp. 295-296 che specifica come, nel caso di specie, la sanzione- di cui all'art. 39 ord. penit.- consistesse nell'esclusione dalle attività in comune per la durata di cinque giorni.

che aveva deciso, a quel punto, di proporre ricorso per Cassazione<sup>678</sup>. La Suprema Corte ha così colto l'occasione per applicare i recenti principi elaborati da Strasburgo, sostenendo che oramai il diritto convenzionale in tema di *ne bis in idem*-dopo “notevoli fibrillazioni”- fosse giunto ad un'interpretazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU da ritenersi “consolidata”: pertanto, sebbene abbia riconosciuto la natura effettivamente penale della sanzione disciplinare, la Cassazione ha reputato sussistente l'ormai famosa “connessione sufficientemente stretta” sia dal punto di vista sostanziale sia da quello temporale, negando che l'avvio del procedimento penale per il reato di danneggiamento costituisse una violazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. e accogliendo, di conseguenza, il ricorso del procuratore generale, con rinvio alla Corte d'appello competente per un nuovo giudizio penale<sup>679</sup>.

Anche in occasione di siffatta pronuncia, non sono mancate critiche e rilievi problematici, evidenziati specialmente da parte di chi, in dottrina, ha riscontrato la vaghezza di una tale interpretazione “di comodo” della Suprema Corte, la quale si sarebbe fatta portatrice dei criteri forniti dalla Grande Camera al solo fine di adattarli alle specificità dell'ordinamento interno, giustificando così un sistema sanzionatorio

---

<sup>678</sup> Cfr. E. ZUFFADA, *op. cit.*, p. 295: la Procura aveva proposto ricorso per Cassazione sostenendo la natura “non penale” della sanzione disciplinare già irrogata dal momento che la suddetta sanzione non avrebbe rappresentato, a suo avviso, altro che una mera modalità di restrizione carceraria derivata da un'infrazione non costituente necessariamente una condotta penalmente rilevante.

<sup>679</sup> Si tratta della sentenza della Cass., Sez. II, 15-12-2016, n. 9184, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), commentata da E. ZUFFADA, *op. cit.*, p. 296-297 in cui si osserva come la Cassazione abbia richiamato la sentenza n. 49 del 2015 della Corte Costituzionale per affermare che la decisione dei giudici europei in “A e B c. Norvegia” è da considerare “diritto consolidato”, capace di vincolare il giudice interno. Dopodiché, si specifica che la stessa Corte ha ritenuto sussistente la “*sufficiently close connection in substance*” richiesta da “A e B c. Norvegia”, riscontrando le diverse finalità della sanzione penale e di quella disciplinare (la prima avente funzione generalpreventiva, ossia di dissuasione della commissione di identiche condotte da parte di altri soggetti, e specialpreventiva, ossia di rieducazione del condannato; la seconda avente invece la funzione di garantire e ripristinare l'ordine interno dell'istituto penitenziario), la prevedibilità della pluralità di procedimenti da parte dell'agente nonché la sussistenza di adeguate interazioni tra il procedimento disciplinare e quello penale (in quanto il Consiglio di disciplina dell'istituto penitenziario può sospendere il giudizio davanti a sé quando un'informativa di reato è trasmessa all'autorità giudiziaria, ex art. 79 d.p.r. n. 230/2000). Inoltre, la Suprema Corte ha accertato anche la sussistenza della connessione temporale, in ragione del fatto che i due procedimenti erano “temporalmente contigui”.

che nella realtà appare- agli occhi dei più- poco compatibile con il principio del *ne bis in idem*<sup>680</sup>.

Le pronunce appena esaminate dimostrano come la limitazione del campo applicativo della garanzia costituita dal *ne bis in idem*- ad opera degli stessi giudici che, solo pochi anni prima, ne avevano evidenziato l'importanza e sancito l'automatica operatività ogniqualvolta ci si trovasse di fronte alla sottoposizione di uno stesso individuo a due procedimenti comportanti l'irrogazione di due sanzioni sostanzialmente penali per un medesimo fatto- sia stata ben accolta dalle Corti nazionali, le quali non hanno esitato ad utilizzare siffatto mutamento giurisprudenziale per convalidare e sostenere l'idoneità dei sistemi sanzionatori a doppio binario, in ambito finanziario così come in quello fiscale: con riferimento a quest'ultimo ambito, in particolare, abbiamo osservato una significativa tendenza dell'ordinamento a ritenere che la Corte di Strasburgo avesse inteso in qualche modo sancirne la compatibilità convenzionale, nonostante la vera convalida fosse stata operata nei confronti del sistema sanzionatorio norvegese.

Ebbene, la Corte che, in seguito al *revirement* costituito da “A e B c. Norvegia”, per prima si è confrontata con il doppio binario italiano di ambito penal-tributario, ponendo così un punto fermo in merito alla legittimità dell'articolazione normativa di siffatto sistema punitivo, è stata proprio la Corte di Giustizia: oggetto della decisione, in realtà, era in questo caso un profilo non particolarmente problematico, un cosiddetto *easy case*<sup>681</sup>. Infatti, a ricorrere erano stati i

---

<sup>680</sup> Cfr. E. ZUFFADA, *op. cit.*, pp. 298-299, che rileva criticamente come risulti poco convincente sia “la statuizione dei giudici di legittimità secondo cui la sanzione penale e quella disciplinare si distinguerebbero per le diverse finalità cui mirano: in realtà, dopo aver affermato la natura “sostanzialmente penale” della sanzione *ex art. 39 ord. penit.*, riesce difficile sostenere che la sanzione *de qua* non assuma anche una funzione generalpreventiva e specialpreventiva” sia la supposta integrazione del criterio cronologico, in quanto la Corte di Cassazione sembra essersi contentata della sola circostanza per cui i due procedimenti sono “temporalmente contigui”, senza considerare che in realtà, il procedimento disciplinare si è concluso nel 2014 mentre quello penale era- al tempo della pronuncia della Suprema Corte- ancora in corso.

<sup>681</sup> Trattasi della pronuncia della CGUE, IV sezione, 05-04-2017, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, commentata da M. 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 4, p. 333. Per un commento su tale sentenza, v. anche M. FERRARA, *La Corte di Giustizia sulla carenza del requisito di eadem persona nell'applicazione del ne bis in idem in materia tributaria. I casi Orsi e Baldetti*, in *DPCE Online*, 2017, p. 697 e S. DORIGO, *Ne bis in*

rappresentanti legali di due società, dapprima condannati definitivamente in via amministrativa al pagamento del debito tributario maturato nei confronti dell'Erario ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 471/1997, e in seguito sottoposti a procedimento penale *ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74/2000, i quali, lamentando la violazione del proprio diritto al *ne bis in idem*, avevano condotto il Tribunale a sottoporre alla Corte di Lussemburgo la questione pregiudiziale finalizzata a stabilire la compatibilità di tale meccanismo sanzionatorio con l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, nonché con l'art. 50 della Carta<sup>682</sup>. Ciò che rendeva accomunabili le vicende era, però, la diversa imputazione soggettiva delle sanzioni, vale a dire il fatto che mentre l'accertamento tributario aveva investito in primo luogo le società inadempienti, l'addebito per il reato di omesso versamento era stato mosso direttamente nei confronti dei ricorrenti persone fisiche: non sorprende, dunque, che la Corte di Giustizia abbia trovato "gioco facile" nel dare risposta negativa al quesito rivolto, potendo fare leva sulla carenza- nel caso di specie- del fondamentale presupposto per l'applicazione del divieto di *bis in idem* costituito dalla necessità che debba essere proprio la "stessa persona" ad essere sottoposta ad una doppia sanzione per un medesimo fatto<sup>683</sup>.

Il rilievo per cui la prima sanzione era stata irrogata nei confronti della persona giuridica, mentre il procedimento penale era stato instaurato contro la persona fisica era, secondo i giudici di Lussemburgo, di per sé sufficiente ad escludere in radice la configurabilità di una violazione del principio del *ne bis in idem*, nonché idoneo a sancire il principio generale per cui siffatta situazione risulta del tutto compatibile con le disposizioni invocate<sup>684</sup>. Vien da sé osservare come siffatta decisione assunta

---

*idem e sanzioni tributarie: il regresso della giurisprudenza sovranazionale*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, p. 476.

<sup>682</sup> Cfr. M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit., p. 333 e M. FERRARA, *op. cit.*, p. 697.

<sup>683</sup> Sul punto, v. M. FERRARA, *op. cit.*, pp. 697-698 in cui si specifica che, stante l'identità dei *petita*, le due cause sono state riunite in virtù dell'art. 54 reg. proc. Corte, mentre la terza (la causa "L. Menci", si cui parleremo), vertente ugualmente sul cumulo sanzionatorio tributario, è stata separata prima della lettura delle conclusioni. V. anche M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit., pp. 333-334 che aggiunge, inoltre, come il requisito della *eadem persona* trovi conferma nelle Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali, "che a loro volta riposano su un assunto consolidato nella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, da ultimo ribadito anche nella sentenza *Fransson* del 2013, che costituisce il *leading case* della giurisprudenza comunitaria in tema di *ne bis in idem* ed illeciti tributari".

<sup>684</sup> In tal senso, M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit. p. 334 che evidenzia il principio generale sancito dalla Corte di Lussemburgo, secondo cui

dalla Corte di Giustizia risulti in linea con il *trend* generale elaborato dai giudici di Strasburgo e inaugurato con “A e B c. Norvegia”<sup>685</sup>: tuttavia, ciò che poco convince è la fretta con cui la Corte di Lussemburgo ha risolto la questione, senza approfondire la tematica e senza porsi il problema relativo a situazioni simili ma di non agevole soluzione, come il caso di imprese individuali (o con piccole compagini sociali) nel quale l’interpenetrazione tra ente, soci ed amministratori è talmente stretta da rendere oltremodo formalistica una distinzione tra di essi<sup>686</sup>.

Oltretutto, la questione inerente alla rilevanza del requisito dell’*eadem persona*- nonostante quest’ultimo fosse sostanzialmente pacifico e costituisse l’elemento meno problematico del *ne bis in idem*<sup>687</sup>- era comunque incerta al momento della decisione della Corte di Giustizia: invero, siffatta incertezza sussisteva anche nella stessa giurisprudenza di Strasburgo, considerato che- sebbene la Corte EDU avesse in qualche caso manifestato l’esigenza che l’invocazione dell’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU dovesse necessariamente avere riguardo a casi concernenti il “medesimo autore”- è stata anche resa evidente, talvolta, la tendenza a valorizzare unicamente l’identità dei fatti oggetto di duplice sanzione, trascurando invece ulteriori specificazioni tra cui, per l’appunto, l’identità del contravventore<sup>688</sup>.

---

“L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto dopo l’irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica”.

<sup>685</sup> Così, M. FERRARA, *op. cit.*, p. 698.

<sup>686</sup> Cfr. S. DORIGO, *op. cit.*, p. 479, che a riguardo osserva: “E’ possibile che su tali aspetti la Corte non si sia voluta esporre, essendo pendente una controversia sulla medesima questione concernente il cumulo di sanzioni tra persona fisica e ditta individuale: tuttavia, ciò che risulta evidente è la volontà di pervenire ad una ricostruzione restrittiva della portata del *ne bis in idem*, a tal fine anche forzando il significato ritraibile dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali”.

<sup>687</sup> In tal senso, M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria*, cit., p. 334 che specifica come, a tale proposito, l’Avvocato Generale abbia comunque ricordato- nelle conclusioni formulate a margine di questa vicenda- che “non vi sono pronunce specifiche della Corte e la giurisprudenza della Corte EDU è scarsa, giacchè si tratta dell’elemento meno problematico del *ne bis in idem*”.

<sup>688</sup> Così, S. DORIGO, *op. cit.*, p. 480 che si riferisce, in primo luogo, alla sentenza “Zolotukhin c. Russia” (che ha reso evidente la necessità della sussistenza del requisito dell’*eadem persona*), mentre rende evidente, allo stesso tempo, l’influenza della giurisprudenza della Corte EDU nel delineare la portata dell’*idem* come riferito solo all’*idem factum* (nota 19). Sul punto, v. anche M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari nella*

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha deciso di non approfondire oltre la vicenda, allineandosi- come detto- al nuovo filone interpretativo inaugurato da Strasburgo e consolidando la validità del meccanismo sanzionatorio a doppio binario in materia tributaria, mantenendo in tal modo il principio sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza entro confini piuttosto circoscritti<sup>689</sup>.

Sulla base dell'appena analizzata sentenza dei giudici di Lussemburgo si è pronunciata, ancora una volta, la Suprema Corte nel luglio 2017, in relazione ad un nuova vicenda inerente alla materia tributaria: nel caso di specie, la terza sezione penale della Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dall'imputato (presidente del Cda di una società cooperativa) avverso una sentenza della Corte d'appello di Milano che aveva rideterminato la pena inflitta dal Tribunale di Milano per i reati di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. n. 74/2000, il quale aveva sia condannato l'imputato alla pena detentiva, sia ordinato la confisca del profitto del reato per equivalente sui beni dello stesso in caso di impossibilità di esecuzione sui beni della società<sup>690</sup>.

Il protagonista della vicenda aveva lamentato, pertanto, la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, posta in essere dalla duplicità delle sanzioni- ossia quella detentiva e quella pecuniaria sotto forma di confisca per equivalente (di cui si era sostenuta la natura sostanzialmente penale)- allo stesso inflitte per il

---

*prospettiva europea*, cit., p. 360 che richiama una pronuncia del 2014 con cui i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione del divieto di *bis in idem* sul presupposto che il procedimento penale fosse stato aperto nei confronti della persona fisica, mentre quello amministrativo aveva riguardato la società, mancando dunque il requisito della coincidenza soggettiva tra i due soggetti sottoposti a duplice procedimento (Corte EDU, IV Sez., 20-05-2014, Pirttimäki c. Finlandia, ricorso n. 35232/11).

<sup>689</sup> Cfr. S. DORIGO, *op. cit.*, p. 481 che, criticamente, osserva come, se all'interno del nostro sistema la codificazione del principio di specialità sembra garantire l'esclusione della possibilità di realizzare un eccessivo cumulo sanzionatorio in relazione al medesimo fatto illecito, la Corte di Giustizia, con la decisione in esame, sembra aver inteso rafforzare l'eccezione alla specialità costituita dalla cumulatività tra sanzione penale (gravante sull'autore della condotta) e sanzione tributaria (che può essere applicata solo alla persona giuridica): "mantenere una duplicità di sanzione, penale ed amministrativa, in relazione al medesimo fatto- solo in ragione della differenza tra l'autore della violazione, da una parte, e l'ente a cui vantaggio tale violazione ridonda, dall'altra- realizza un eccesso sanzionatorio giustificato unicamente da ragioni di tipo formalistico ma assai poco rispettoso delle esigenze di equità complessiva del sistema".

<sup>690</sup> Si tratta della sentenza della Cass. Pen, Sez. III, 18-07-2017, n. 35156 commentata da S. TREGLIA, *Ne bis in idem e reati tributari: una recente applicazione del concetto della "sufficiently close connection in substance and time"*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 05.10.2017, p. 2.

medesimo fatto: ebbene, partendo dal presupposto che la confisca, conseguente alle violazioni tributarie, era stata disposta in via diretta nei confronti della persona giuridica e non dell'amministratore/persona fisica, la Suprema Corte ha adottato la linea interpretativa della Corte di Giustizia nel caso Orsi e Baldetti, affermando l'insussistenza dei presupposti per ravvisare una duplicazione di sanzioni nei confronti dello stesso soggetto e, di conseguenza, la mancanza di un *vulnus* al divieto di *bis in idem*<sup>691</sup>.

Ma la giurisprudenza di Lussemburgo non è stato l'unico riferimento operato dalla terza sezione penale della Cassazione, la quale ha inteso anche applicare il criterio della "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": quest'ultimo criterio è infatti stato ritenuto sussistente, sulla base del fatto che la finalità della confisca per equivalente è caratterizzata da un evidente carattere afflittivo nonché da un rapporto consequenziale alla condanna penale, ed è proprio siffatta diretta consequenzialità tra la confisca di valore e la condanna ad escludere la violazione del *ne bis in idem*, in quanto espressione della connessione tra i procedimenti<sup>692</sup>.

Ancor più peculiare risulta, dunque, quest'ulteriore percorso logico seguito dalla Cassazione per preservare la validità dell'imposizione di una doppia sanzione relativa allo stesso fatto: essa infatti è giunta, questa volta, ad utilizzare lo stesso riconoscimento della natura afflittiva della confisca- precedentemente sufficiente di per sé a rinvenire una violazione della garanzia in esame- per accertare proprio la

---

<sup>691</sup> Cfr. S. TREGLIA, *op. cit.*, p. 2, in cui viene riportata anche la massima della sentenza in questione della terza sezione penale della Cassazione, in cui si afferma che "Non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale nel caso in cui con la sentenza di condanna per reati tributari commessi dall'imputato in qualità di amministratore di una società sia disposta nei confronti dello stesso la confisca di somme di denaro per un valore equivalente al profitto diretto, derivante dagli stessi reati, conseguito dall'ente".

<sup>692</sup> Così, S. TREGLIA, *op. cit.*, pp. 2-3, in cui viene esplicitato il percorso logico seguito dalla Suprema Corte: posto che la finalità della confisca per equivalente è quella di ripristinare lo *status quo ante* (ossia la situazione economica modificata dalla commissione del reato)- a differenza invece della confisca diretta che ricade direttamente sul profitto del reato- ed ha pertanto un carattere afflittivo e sanzionatorio, questa è direttamente consequenziale alla condanna. Di conseguenza, nell'opinione della Cassazione i due procedimenti sono strettamente connessi. Inoltre, nel caso di specie la configurabilità della violazione del *ne bis in idem* è stata esclusa in quanto l'applicazione delle due sanzioni è avvenuta in un unico processo e contestualmente, con finalità differenti e avendo riguardo a differenti profili della condotta; attraverso strumenti la cui adozione era prevedibile *ex ante*, senza duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova e, soprattutto, dando vita ad un complesso sistema sanzionatorio che non poteva dirsi sproporzionato e irragionevole.

sussistenza di una connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti, considerata sintomatica della legittimità del meccanismo sanzionatorio.

Altre sono state le pronunce con cui, anche più recentemente, la Cassazione ha salutato positivamente la scelta normativa, operata dallo Stato in materia tributaria, di giudicare e sanzionare più volte il medesimo individuo per uno stesso fatto, escludendo la violazione del *ne bis in idem* sulla base dei criteri fissati dai giudici di Strasburgo in “A e B c. Norvegia”: in una sentenza del febbraio 2018<sup>693</sup>, infatti, la Suprema Corte ha nuovamente ritenuto compatibile con il divieto di *bis in idem* lo svolgimento di un processo penale per i reati *ex artt.* 2 e 8 del d.lgs. n. 74/2000, nonostante l'imputato fosse stato già destinatario di sanzioni amministrative per omessa contestazione in materia di Iva, ravvisando la sussistenza di quella connessione procedimentale che rende le due sanzioni irrogate considerabili quali parti di un unico sistema sanzionatorio<sup>694</sup>. E' da rilevare come, nel caso di specie, la Corte sia giunta a siffatta conclusione sull'esclusiva base del riscontro della “contemporaneità delle due sanzioni a pochi mesi di distanza”, senza invece motivare in ordine alla sussistenza del requisito della connessione sostanziale (ritenuto dai giudici in qualche modo implicito e naturale nell'ambito dei rapporti tra procedimento penale e tributario), parimenti necessario al fine di sostenere la legittimità del doppio binario sanzionatorio: tale scelta è stata fortemente criticata da quella stessa dottrina che - come osservato in precedenza - ritiene non applicabili i criteri di “A e B” all'ambito penal-tributario, in ragione del principio di autonomia dei procedimenti che domina tale ambito, principio che rende inevitabile il verificarsi di una duplicazione nella raccolta e nella valutazione del materiale istruttorio e che esclude, pertanto, la sussistenza di suddetta “connessione sostanziale”<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> Si veda Cass. Pen. Sez. III, 14-02-2018, n. 6993 commentata da REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *La Cassazione torna sul doppio binario sanzionatorio e ne riconosce la conformità alla Convenzione EDU*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 17.02.2018 e da G. CHIARIZIA, *Ne bis in idem europeo e autonomia del processo tributario: le contraddizioni della Cassazione*, in *Corriere Tributario*, 2018, p. 1098.

<sup>694</sup> Cfr. G. CHIARIZIA, *op. cit.*, p. 1102.

<sup>695</sup> Così osserva, criticamente, G. CHIARIZIA, *op. cit.*, pp. 1102-1103: “L'autonomia di giudizio del giudice penale rispetto a quello tributario, e viceversa, comporta che il giudicato formatosi in un procedimento non ha efficacia vincolante nell'altro, con l'ulteriore conseguenza che, secondo la giurisprudenza, sono del tutto fisiologiche eventuali decisioni contrapposte, in ragione della differente disciplina in tema di prove e relative valutazioni. Tale autonomia comporta, pertanto, una inevitabile duplicazione nella raccolta e valutazione

Non si può fare a meno di osservare, pertanto, come anche quest'ultima pronuncia dimostri la volontà, da parte della giurisprudenza interna, di applicare i nuovi criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo quasi acriticamente, senza approfondirne la concreta conformità ai sistemi sanzionatori nazionali e, in particolar modo, al doppio binario di ambito tributario: l'intenzione di salvaguardare la funzionalità dei meccanismi punitivi interni, limitando fortemente la portata di una garanzia fondamentale come quella del *ne bis in idem*, sembra aver costituito l'obiettivo prevalente, perseguito dalle diverse Corti nazionali, sin dalla menzionata e famosa pronuncia del 2016.

Invero, a dire la propria sulla compatibilità tra doppio binario penal-tributario e divieto di *bis in idem*, successivamente alla sentenza "A e B c. Norvegia", è stata anche la Corte Costituzionale, precedentemente investita dal Tribunale Ordinario di Monza della questione di legittimità (in riferimento all'art. 117 primo comma della Costituzione) dell'art. 649 c.p.p., in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui siffatta norma procedurale non prevede l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, per gli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, in un procedimento amministrativo, una sanzione "sostanzialmente" penale<sup>696</sup>. Ebbene, la questione sollevata nel caso di specie richiama evidentemente quella proposta in via subordinata dalla Sezione quinta della

---

del materiale istruttorio (...)"

Infatti, come rileva l'Autore, nel processo penale la prova si forma nel corso del dibattimento, sede in cui sono riconosciute tutte le ampie prerogative e garanzie difensive dell'imputato, mentre il processo tributario si caratterizza per una tutela minore dei diritti di difesa e un diffuso utilizzo di presunzioni legali: le prove raccolte nel processo penale, pertanto, possono confluire nel processo tributario ma devono essere oggetto di un distinto procedimento valutativo da parte del giudice tributario stesso. Di conseguenza, posto che il requisito della connessione sostanziale si fonda sulla circostanza per cui entrambi i giudizi siano fondati "su una valutazione comune e coerente del medesimo materiale istruttorio", siffatta connessione dovrebbe escludersi nel caso di specie, posto che nei due processi viene effettuata una diversa valutazione del medesimo materiale istruttorio: l'Autore sottolinea, d'altra parte, che il principio di autonomia tra i procedimenti penale e tributario è stato ribadito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 7020/2018.

<sup>696</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Monza in composizione monocratica del 30-06-2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, commentata da S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 05.12.2016. V. anche P. DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della "sufficiently close and connection in substance and time"*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 12.04.2018.

Corte di Cassazione e dichiarata inammissibile nel maggio 2016<sup>697</sup>, ma si relaziona, questa volta, alla materia tributaria: precisamente, il processo instaurato innanzi al giudice *a quo* riguardava il titolare di una ditta individuale, imputato del reato di omessa dichiarazione ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 74/2000, nei confronti del quale erano già state irrogate- per la medesima annualità e per le stesse imposte- sanzioni amministrative definitive pari al 120% dei tributi non corrisposti<sup>698</sup>.

Il giudice di Monza, a quel punto, richiamata la giurisprudenza delle Corti sovranazionali in materia di violazione del *ne bis in idem*, ha ravvisato nella vicenda in questione una lesione di siffatto diritto dell'imputato, rilevando la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative irrogate, l'identità del fatto storico alla base dei due procedimenti, nonché la circostanza per cui i rimedi offerti dall'ordinamento italiano (vale a dire gli artt. 19 e 20 d.lgs. n. 74/2000), pur consentendo di evitare il cumulo delle sanzioni, non tutelano del tutto il principio del *ne bis in idem* nell'ottica della giurisprudenza sovranazionale<sup>699</sup>. Sulla base, dunque, della rilevata inidoneità di suddette disposizioni nazionali, nonché passando in rassegna i possibili rimedi attivabili nel nostro ordinamento per evitare l'aggravamento di un pregiudizio già derivato all'imputato nel caso di specie, il Tribunale di Monza ha individuato nell'art. 649 c.p.p. l'unica norma interna volta ad

---

<sup>697</sup> V. retro, cap. III par. 3: si tratta della sentenza della Corte Cost, 12-05-2016, n. 102. Sul punto, v. N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 1, p. 165, che rileva come l'ordinanza in questione, sollevata dal Tribunale di Monza, dimostri che i quesiti non soddisfatti precedentemente in sede di giudizio di costituzionalità (in quanto dichiarati inammissibili) non si fossero sopiti.

<sup>698</sup> Cfr. S. CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 1: il protagonista della vicenda era stato imputato del reato di omessa dichiarazione per non aver presentato la dichiarazione annuale riguardante le imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

<sup>699</sup> Così, P. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, pp. 14-15, in cui si specifica che il Tribunale di Monza ha dapprima richiamato gli orientamenti espresse dalle pronunce più importanti e significative sul tema ad opera delle Corti sovranazionali (per la Corte EDU: "Nykanen c. Finlandia", "Luky Dev c. Svezia", "Grande Stevens c. Italia", "Zolotukhin c. Russia"; per la CGUE: "Åkerberg Fransson c. Svezia"), e in seguito sottolineato l'inadeguatezza delle disposizioni nazionali al fine di una piena tutela del *ne bis in idem*. L'Autrice riporta infatti (alla nota 48) le parole del Tribunale: "se (...) la duplicazione delle sanzioni è... scongiurata dall'operatività del principio di specialità, nulla vieta che dopo l'esaurimento di un procedimento amministrativo, si proceda penalmente nei confronti dello stesso soggetto in relazione ai medesimi fatti: risolvendosi anzi detta eventualità... in una fisiologica declinazione del principio di "doppio binario" di cui all'art. 20 d.lgs. 74/2000, cui il successivo art. 21 comma II si incarica di porre rimedio soltanto nel segmento finale di effettiva esecuzione delle sanzioni, onde evitarne il cumulo. (...) rimedio (...) che (...) non esclude affatto che- anteriormente o contemporaneamente al procedimento penale- una sanzione *lato sensu* penale sia formalmente irrogata ed acquisti il carattere della definitività".

assicurare il rispetto del diritto sovranazionale a non essere giudicati e puniti due volte per uno stesso fatto e, conseguentemente, ne ha devoluto la questione di legittimità costituzionale al fine di ampliarne l'operatività anche nei confronti delle situazioni come quella in esame: tale questione era infatti considerata necessaria, sebbene sussistessero alcune criticità sottese alla soluzione prospettata, sottolineate dallo stesso Tribunale<sup>700</sup>.

Tale ordinanza s'inseriva, però, in quel panorama di pronunce ed opinioni espresse all'indomani della sentenza "Grande Stevens", quando forte era il fervore causato dalla condanna- ad opera della Corte EDU- del doppio binario in materia di *market abuse* previsto dall'ordinamento italiano: prima ancora che la Consulta si esprimesse sulla questione sollevata dal giudice di Monza, infatti, è giunta- come sappiamo- l'ultima "scossa di assestamento" provocata dalla pronuncia "A e B c. Norvegia", la quale ha fatto sì che le prospettabili risposte da parte della Corte Costituzionale mutassero decisamente fisionomia<sup>701</sup>.

---

<sup>700</sup> Cfr. S. CONFALONIERI, *op. cit.*, pp. 2-3: il Tribunale di Monza ha infatti ritenuto di non poter procedere all'applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p., interpretandolo in maniera convenzionalmente conforme, in quanto ciò risultava precluso dal tenore letterale della stessa disposizione che, considerando espressamente la decisione penale, non avrebbe potuto riferirsi anche al precedente giudizio amministrativo, neanche se intesa estensivamente. Pertanto ha deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale, pur sottolineandone le criticità ed evidenziando che "mentre sul piano sostanziale l'ordinamento assegna precedenza all'applicazione della fattispecie delittuosa, sul versante processuale si anteporrebbe di fatto il procedimento sfociante nella applicazione della sanzione amministrativa, che finirebbe per impedire l'operatività della prima, ovvero comunque si genererebbe una incertezza sul tipo di risposta sanzionatoria ricollegata al verificarsi di determinate condotte, sulla scorta della aleatoria circostanza del procedimento-amministrativo o penale- che per primo acquisti il crisma della definitività". Nondimeno, siffatta soluzione era considerata necessaria poiché, sebbene un tale "cortocircuito semantico" non potesse essere risolto in via amministrativa, questo non poteva neanche "tradursi in una violazione di un diritto fondamentale dell'imputato".

<sup>701</sup> A tale proposito, v. S. CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 4 che osserva come le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU nel caso "A e B c. Norvegia" potessero influenzare la decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie: infatti, dal punto di vista del merito della questione, l'Autrice rileva che l'incompatibilità del doppio binario previsto in ambito penal-tributario con il principio sovranazionale del *ne bis in idem* non fosse più così certa, o quantomeno fosse altamente controversa, posto che da una parte era ravvisabile una sufficiente connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo-tributario, dall'altra era però evidente che il procedimento amministrativo fosse animato soprattutto da una finalità punitiva (facendo venir meno il requisito della diversità di scopo delle sanzioni), considerato che le sanzioni amministrative raggiungevano in quel caso il 120% dell'imposta evasa (e potendo toccare, in astratto, addirittura il 240% della stessa).

La Consulta ha infatti continuato a seguire il *trend* giurisprudenziale *post* “A e B” pronunciandosi con la sentenza n. 43 del 2018, mediante la quale ha innanzitutto riconosciuto il carattere tendenzialmente inderogabile del *ne bis in idem* convenzionale- ribadendo che l’efficacia di quest’ultimo principio non può essere mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice- e, in seguito, ha preso atto del mutamento di prospettiva operato dalla Corte di Strasburgo: se infatti, prima del novembre 2016, il criterio del legame materiale e temporale sufficientemente stretto non poteva assurgere a principio generale d’interpretazione della norma interposta (in quanto aveva trovato applicazione sporadica e solo nei casi in cui la seconda sanzione era conseguenza automatica e necessitata della prima), con “A e B c. Norvegia” i giudici di Strasburgo- venendo incontro alle difficoltà interpretative insorte in quegli Stati in cui il legislatore aveva previsto una duplice reazione sanzionatoria per determinate condotte antisociali- hanno riconosciuto che il *ne bis in idem* cessa di agire quale regola inderogabile ogniqualvolta un primo procedimento sia divenuto definitivo, essendo subordinato alla valutazione, da parte del giudice, circa la sussistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i procedimenti<sup>702</sup>.

Sulla base di tali premesse, la Consulta ha concluso sottolineando l’intervenuto passaggio dal divieto- imposto agli Stati aderenti alla Convenzione- di configurare due procedimenti per lo stesso fatto illecito, alla facoltà di coordinare i procedimenti stessi nel tempo e nella materia, in modo tale da poterli considerare preordinati ad un’unica, prevedibile e proporzionata reazione sanzionatoria: rimettendo pertanto al singolo Giudice la valutazione, nella fattispecie concreta, circa l’esistenza di siffatta connessione, la Corte Costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo* al fine di un

---

<sup>702</sup> Cfr. P. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, pp. 15-16 in cui viene sviluppato ampiamente il percorso logico seguito dalla Consulta: mentre prima della pronuncia “A e B c. Norvegia” il criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*” non costituiva un criterio consolidato, ma era stato applicato solo in specifici casi (come nel caso tipico di ritiro in via amministrativa della patente di guida a seguito della condanna per un reato inerente alla circolazione stradale)- e pertanto “non sarebbe stato conforme alla giurisprudenza europea valorizzare il legame sostanziale e temporale tra i procedimenti al fine di escludere il *ne bis in idem*”- con la suddetta pronuncia la Grande Camera ha valorizzato tale criterio, subordinando dunque il riconoscimento di una violazione del divieto di *bis in idem* alla verifica dello stesso.

nuovo esame della questione di legittimità, alla luce degli sviluppi verificatisi in materia di *ne bis in idem*<sup>703</sup>.

Ecco che risulta evidente come anche la Consulta abbia scelto di aderire all'indirizzo di Strasburgo che, più di ogni altro e in modo decisamente difforme dagli orientamenti precedenti, è volto alla protezione e alla tutela dei severi meccanismi sanzionatori predisposti da numerosi ordinamenti statuali.

Per una completa e concreta comprensione degli effetti che la sentenza “A e B c. Norvegia” ha prodotto sugli orientamenti e le decisioni delle Corti, e in particolar modo delle ripercussioni verificatesi sui procedimenti che risultavano pendenti al momento della pronuncia, occorre tornare nuovamente su una prospettiva sovranazionale e porre mente alle cause che erano state instaurate- successivamente alla sentenza “Grande Stevens” ma prima del mutamento di rotta apportato nel 2016- innanzi alla Corte di Giustizia: abbiamo infatti già osservato<sup>704</sup> come, nel fervore provocato dalla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo nel 2014, il Tribunale di Bergamo avesse sollevato una questione pregiudiziale davanti ai giudici di Lussemburgo, nell'ambito di un procedimento penale instaurato per il reato di omesso versamento dell'Iva (art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000)<sup>705</sup>.

---

<sup>703</sup> Così, P. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 16 che rileva come la Consulta abbia restituito gli atti al giudice *a quo* proprio in considerazione del fatto che, sebbene in termini astratti la configurazione normativa dei procedimenti evidenziasse una “*close connection*”, in ogni caso “vi sono aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedimentali si sono atteggiate nel caso concreto”. Pertanto, qualora il giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è strettamente connesso a quello tributario in via materiale e temporale, “non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento- incidendo sull'art. 649 c.p.p.- alcuna regola che imponga di procedere nuovamente per il medesimo fatto”. La soluzione adottata dalla Consulta era stata già prospettata quale altamente probabile da S. CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 4, in considerazione del fatto che già in passato la Corte Costituzionale aveva riconosciuto la capacità di una pronuncia della Grande Camera, intervenuta nelle more del giudizio costituzionale, ad incidere nel significato della norma convenzionale considerata e “costituire un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”.

<sup>704</sup> V. retro, cap. III, par. 3: si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Bergamo del 16-09-2015.

<sup>705</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 9, p. 206 e REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Market abuse e reati tributari: le conclusioni dell'Avvocato generale UE sul doppio binario sanzionatorio*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 17.09.2017 che richiamano siffatta ordinanza.

L'imputato in questione era il sig. Luca Menci, già sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997 per il medesimo importo Iva non pagato e invocante, di conseguenza, la violazione del suo diritto a non essere giudicato e condannato due volte per gli stessi fatti, circostanza che aveva condotto il Tribunale di Bergamo a sottoporre alla Corte di Giustizia il quesito concernente il potere preclusivo dell'art. 50 CDFUE<sup>706</sup>.

Pochissimi giorni dopo, la via del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia era stata seguita anche dalla Sezione tributaria della Cassazione civile, la quale come abbiamo già osservato in precedenza- dopo essersi rivolta infruttuosamente alla Corte costituzionale, aveva scelto di sottoporre la questione ai giudici di Lussemburgo<sup>707</sup>. A differenza della prima ordinanza però, quest'ultima era stata emessa nell'ambito di un procedimento di opposizione contro un provvedimento sanzionatorio della Consob relativo all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-ter t.u.f.: siffatta sanzione era stata irrogata nei confronti di due società e del noto immobiliare Stefano Ricucci, i quali avevano a loro volta già definito tramite sentenza di patteggiamento il procedimento penale che era stato instaurato contro di loro in merito al medesimo fatto, corrispondente in tal caso alla fattispecie penale *ex art. 185 t.u.f.* (delitto di manipolazione del mercato)<sup>708</sup>.

Nella pendenza delle due questioni pregiudiziali appena menzionate, due nuovi quesiti erano poi stati formulati alla stessa Corte di Giustizia dalla seconda Sezione civile della Cassazione nel novembre 2016, precisamente nello stesso giorno in cui la Grande Camera di Strasburgo ha pubblicato la propria sentenza nel caso "A e B c.

---

<sup>706</sup> Così, REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Market abuse e reati tributari*, cit., p. 2 in cui si riporta il quesito sottoposto dal Tribunale di Bergamo alla Corte di Lussemburgo: "se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 [del] protocollo n. 7 della [CEDU] e della relativa giurisprudenza della Corte [EDU], osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento Iva) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile". Cfr. anche F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 206.

<sup>707</sup> V. retro, cap. III par. 4: trattasi dell'ordinanza della Cass., Sez. Trib. civ., del 20-09-2015. Come abbiamo osservato in precedenza, la questione era stata dapprima sottoposta alla Corte costituzionale, ma dichiarata inammissibile da quest'ultima, la quale aveva pertanto restituito gli atti al mittente.

<sup>708</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 206, che specifica come, nel caso di specie, il procedimento penale instaurato nei confronti dei ricorrenti corrispondesse alla causa "Garlsson Real Estate e a.).

Norvegia”): oggetto delle questioni pregiudiziali era, anche questa volta, la compatibilità tra il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall’art. 50 della Carta e il regime del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato (nello specifico, di abuso di informazioni privilegiate)<sup>709</sup>. La peculiarità di tale ordinanza risiedeva nel fatto che, nel caso di specie, il ricorrente (tale sig. Di Puma) era stato già giudicato e assolto in via definitiva in sede penale per il delitto *ex art.* 184 t.u.f. e, successivamente, aveva subito dalla Consob le sanzioni amministrative relative all’illecito di cui all’art. 187-*bis* t.u.f., oggetto, queste ultime, del proprio ricorso per Cassazione: la Suprema Corte, rilevata la medesimezza della condotta materiale- per la quale il ricorrente era stato perseguito in sede sia penale sia amministrativa- e il carattere particolarmente afflittivo delle sanzioni irrogate dalla Consob- tale da renderle qualificabili come sostanzialmente penali- aveva individuato una potenziale violazione del diritto al *ne bis in idem* riconosciuto tanto in sede convenzionale quanto in quella eurounitaria, decidendo pertanto di devolvere la questione alla Corte di Giustizia, per stabilire se l’art. 50 CDFUE potesse fungere da ostacolo all’instaurazione o alla prosecuzione del procedimento volto all’irrogazione delle sanzioni amministrative<sup>710</sup>.

---

<sup>709</sup> Si tratta dell’ordinanza della Cass., Sez. civ., 15-11-2016, 23232/16, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, commentata da F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.11.2016.

<sup>710</sup> Per un ampio approfondimento del caso in esame, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione*, cit., pp. 1-2, in cui si specifica come il procedimento penale relativo al delitto di abuso di informazioni privilegiate fosse giunto a definizione in quanto la sentenza di assoluzione era stata impugnata unicamente dalla Consob ma non dal pubblico ministero, con conseguente formazione del giudicato sul capo relativo agli effetti penali. La Corte di cassazione, innanzi alla quale era giunto il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative, aveva dapprima valutato la possibilità di disapplicare automaticamente la norma statutale incompatibile con il diritto sancito dall’art. 50 CDFUE, ma in seguito ha rilevato che la giurisprudenza di Lussemburgo non aveva ancora avuto modo di chiarire concretamente se l’ambito applicativo della disposizione comunitaria offra il medesimo livello di tutela garantito a livello convenzionale dall’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, e nemmeno se la stessa norma eurounitaria escluda in maniera assoluta la duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni, qualora le une e le altre abbiano natura penale sulla base dei criteri “Engel”. Di conseguenza, la questione pregiudiziale sollevata innanzi alla Corte di Giustizia era volta a chiarire: “se l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell’insussistenza della condotta che ha integrato l’illecito penale, al giudice nazionale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore appressamento, l’avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all’irrogazione di sanzioni amministrative che

Ebbene, le tre ordinanze appena passate in rassegna sono state emesse prima che fosse noto il mutamento giurisprudenziale operato dalla Corte di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* con la sentenza “A e B c. Norvegia”: pertanto, successivamente all’emissione di quest’ultima pronuncia, e precisamente nel settembre 2017, l’Avvocato generale della Corte di Giustizia Campos Sánchez-Bordona ha presentato le proprie conclusioni relative alle tre cause pendenti, tutte aventi ad oggetto la compatibilità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio previsti dall’ordinamento italiano- in materia finanziaria come in quella tributaria- con il diritto al *ne bis in idem* sancito, a livello comunitario, dall’art. 50 CDFUE<sup>711</sup>.

Analizzando specificatamente ciascuna vicenda, ed analizzando ogni dettaglio delle specifiche questioni, l’Avvocato generale ha formulato le proprie conclusioni in modo tale da poterle prendere in considerazione in via unitaria, in ragione dei principi espressi e dei passaggi essenziali evidenziati, così sintetizzabili: anzitutto ha rilevato come la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia ancora lungi dall’essere uniforme, sebbene risulti sostanzialmente allineata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa al *ne bis in idem* specialmente in materia di illeciti tributari, in cui la sentenza “Fransson” ha escluso la possibilità di cumulo tra sanzione penale e amministrativa allorchè la seconda abbia natura penale secondo i criteri “Engel” (circostanza, quest’ultima, la cui verifica dev’essere demandata di volta in volta al giudice nazionale)<sup>712</sup>. Per questo motivo, l’AG ha ripercorso gli orientamenti fatti

---

per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali”. Inoltre, la Corte di Cassazione- rilevando che l’art. 184 t.u.f. prevede un limite massimo di pena superiore a quello imposto dalla disciplina erounitaria (in particolare dalla direttiva 2014/57/UE), e sulla base di quanto stabilito dalla sentenza “Fransson”- ha sollevato una seconda questione pregiudiziale con la stessa ordinanza, volta a chiarire “se il giudice nazionale, nel valutare l’efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, debba tener conto dei limiti posti dalla dir. 2014/57/UE”.

<sup>711</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 206: si tratta per tanto delle conclusioni presentate il 12 settembre 2017 nelle cause C-524/15, Menci, C-537/16, Garisson Real Estate Sa e A e C-596/16, Di Puma. Le conclusioni relative alla causa C-537/16 (Garlsson Real Estate) sono consultabili al sito <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194363&pageIndex=0&oclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=522535>, quelle relative alla causa C-524/15 (Menci) sono consultabili in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194362&pageIndex=0&oclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=521750>.

<sup>712</sup> Così, F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 207.

propri dalla Corte EDU nel delineare l'ambito di operatività dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU: mentre quest'ultimo aveva sempre gravitato intorno un concetto di "*idem*" riferito ai fatti storici e ad una valutazione inerente al "*bis*" fondata sulla natura sostanziale del procedimento e delle sanzioni, con la sentenza della Grande Camera "A e B" siffatto quadro giurisprudenziale ha subito delle parziali modifiche, per mezzo dell'introduzione dell'ormai famoso requisito della "*sufficiently close connection*" il quale, qualora riscontrato, è in grado di escludere la violazione della garanzia convenzionale<sup>713</sup>.

Nondimeno, sebbene la giurisprudenza della Corte EDU costituisca riferimento di immediata rilevanza ai fini dell'interpretazione del diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 CDFUE, in ragione dell'art. 52 CDFUE (il quale stabilisce- come già visto- la necessità per il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta di essere almeno pari a quelli conferiti dalle corrispondenti garanzie sancite dalla CEDU), ciò non significa- nell'opinione dell'Avvocato generale- che la Corte di Lussemburgo debba obbligatoriamente allinearsi alla soluzione adottata dalla Grande Camera di Strasburgo in "A e B c. Norvegia": anzi, proprio perché siffatta soluzione rappresenta il livello minimo di tutela che il diritto comunitario può garantire, resta intatta la possibilità di offrire un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'Unione, qualora se ne ravvisi l'opportunità<sup>714</sup>.

---

<sup>713</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 207: l'Autore delinea il percorso logico-argomentativo seguito dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, specificando anche che quest'ultimo, dopo aver richiamato la sentenza "A e B c. Norvegia", effettua anche un richiamo alla pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso "Johannesson e a. c. Islanda", in cui è stata nuovamente accertata la violazione convenzionale in un caso di doppio binario sanzionatorio penale e amministrativo in materia tributaria (sulla base dell'insussistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i procedimenti). Quest'ultima sentenza, nell'opinione dell'AG, ha generato "ostacoli quasi insormontabili che i giudici nazionali dovranno affrontare per chiarire a priori, con un minimo di certezza e prevedibilità, quando sussista tale nesso" (queste le parole dell'AG nelle conclusioni in causa "Menci", par. 56).

<sup>714</sup> Sul punto, F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 208. A tale riguardo, possono essere richiamati i paragrafi 76-77 delle conclusioni in causa "Menci", in cui si legge: "(...) la Corte di Giustizia potrebbe elaborare una propria interpretazione dell'art. 50 della Carta, improntata alla continuità, divergente dalla linea giurisprudenziale rappresentata dalla sentenza della Corte EDU A e B c. Norvegia. Sarebbe sufficiente verificare che tale interpretazione rispetti e oltrepassi il livello di tutela garantito dall'articolo 4 del protocollo n. 7, quale inteso dalla Corte EDU. Poiché la sentenza A e B c. Norvegia riduce le garanzie per gli amministrati derivanti dalla suddetta disposizione, consentendo il cumulo di procedimenti, pene e sanzioni

Sussistendo senza dubbio tale opportunità, e considerata l'incertezza e la complessità apportate dal criterio introdotto con "A e B", l'Avvocato generale ha fatto presente la necessità di elaborare una nozione autonoma di *ne bis in idem*, valevole a livello eurounitario, che non subisca alcuna limitazione rispetto al divieto di cumulo tra procedimento amministrativo (ma sostanzialmente penale) e procedimento penale per gli stessi fatti materiali: in conclusione, per ciò che concerne la materia tributaria (causa "Menci"), l'Avvocato generale ha affermato che il doppio binario di procedimenti avviati avrebbe potuto violare il diritto del ricorrente al *ne bis in idem*, mentre in tema di abusi di mercato ("Garlsson Estate" e "Di Puma"), lo stesso Avvocato ha sancito la contrarietà al divieto di *bis in idem* della celebrazione di un procedimento amministrativo avente ad oggetto le stesse condotte già dichiarate insussistenti da una sentenza penale definitiva<sup>715</sup>.

Appare evidente, dunque, come l'Avvocato generale della Corte di Lussemburgo avesse compreso a pieno le problematiche e le incertezze applicative derivanti da una forte limitazione del *ne bis in idem*- come quella posta in essere dai giudici di Strasburgo per mezzo del *revirement* giurisprudenziale in "A e B"- e come avesse consigliato, di conseguenza, alla stessa Corte di Giustizia di non avallare quest'ultimo indirizzo ma anzi di distaccarsene, evidenziando il carattere autoapplicativo e l'efficacia diretta dell'art. 50 CDFUE<sup>716</sup>.

---

amministrative dal contenuto materialmente penale, nelle circostanze sopra indicate, la Corte assicurerebbe un livello di tutela più elevato, nell'ambito dell'articolo 50 della Carta, mantenendo senza riserve la sua giurisprudenza pregressa, sulla scia della sentenza Åkerberg Fransson".

<sup>715</sup> Cfr. REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Market abuse e reati tributari*, cit., p. 2 e F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., pp. 207-208 in cui si esplicita in tal modo il punto di approdo delle argomentazioni dell'Avvocato generale: "quanto alla materia degli abusi di mercato, l'art. 50 CDFUE osta senz'altro a una normativa nazionale che, come quella italiana, consente la celebrazione di un procedimento finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative di natura sostanzialmente penale agli autori della condotta, quando vi sia già una sentenza penale definitiva che abbia avuto ad oggetto i medesimi fatti materiali, senza prevedere un meccanismo processuale che consenta di evitare la duplicità di repressione; quanto alla materia tributaria, il principio enunciato è il medesimo, salva la necessità per il giudice del rinvio di verificare egli stesso se la sanzione tributaria definitiva abbia natura penale secondo i noti criteri *Engel*".

<sup>716</sup> Sul punto, F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti*, cit., p. 209 in cui si richiama, a tale proposito, il paragrafo 83 delle conclusioni in causa "Di Puma", nel quale l'art. 50 CDFUE viene definito dall'Avvocato generale "norma

Tuttavia, le tanto attese risposte dei giudici di Lussemburgo, giunte nel marzo 2018, non sembrano affatto aver accolto il monito dell'AG Sánchez-Bordona, il quale sperava nella volontà della Corte di fornire una tutela del diritto al *ne bis in idem* più elevata rispetto a quello fornito da Strasburgo in seguito al “ripensamento” di “A e B”: pronunciandosi per la prima volta- dopo il significativo *revirement*- sulla compatibilità tra il diritto dell'Unione e il sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha scelto di non spingersi molto oltre nella sua opera di interpretazione dell'art. 50 CDFUE e di non innalzare, pertanto, il livello delle garanzie, optando al contrario di restare al pari con quanto stabilito dalla Corte EDU<sup>717</sup>.

Partendo dal presupposto che tutti i casi oggetto di rinvio ponevano effettivamente un problema di interferenza con l'art. 50 della Carta- norma assunta dalla Corte di Giustizia quale punto di riferimento delle proprie decisioni- la Grande Sezione ha analizzato singolarmente le vicende: nel caso “Menci”- avente ad oggetto il doppio binario sanzionatorio in tema di reati fiscali- i giudici hanno anzitutto sottolineato come la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni in ambito tributario sia prevista chiaramente dalla legge italiana e sia volta ad un obiettivo di interesse generale (la riscossione integrale dell'Iva) tale da giustificare il cumulo e la limitazione della garanzia eurounitaria, e- svolta tale premessa- sono successivamente passati all'accertamento dei requisiti individuati dalla Corte EDU come sintomatici della sussistenza di una stretta connessione tra i procedimenti (in particolare, la Corte di Lussemburgo ha accertato il perseguimento, da parte dei due procedimenti e delle relative sanzioni, di scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta, nonché l'esistenza di meccanismi di coordinamento tra i giudizi)<sup>718</sup>.

---

chiara, precisa e incondizionata, che conferisce direttamente a chiunque il diritto a non essere perseguito o condannato penalmente due volte per un medesimo fatto”.

<sup>717</sup> Cfr. CGUE, Grande Sezione, 20-03-2018, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018, commentate da A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.03.2018.

<sup>718</sup> Così, L. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, p. 2: in particolare, i giudici della Grande Sezione hanno differenziato gli scopi perseguiti dai due procedimenti previsti dall'ordinamento italiano, specificando che le norme amministrative hanno lo scopo di reprimere qualsiasi inadempimento, mentre quelle penali sono volte a reprimere solo i comportamenti più gravi.

Nella successiva causa (“Garlsson Real Estate”)- relativa, invece, alla materia degli abusi di mercato- la Grande Sezione ha seguito lo stesso percorso logico, sostenendo che il cumulo di procedimenti- previsto, anche in tal caso, in modo chiaro dalla legge- sia analogamente giustificato dal perseguimento di un interesse generale (la tutela del mercato), sia proporzionato allo scopo nonché pacificamente prevedibile: tuttavia, la Corte ha rilevato, nel caso di specie, che il fatto di proseguire un procedimento amministrativo ai sensi dell’art. 187-*ter* t.u.f. (dopo l’avvenuta definizione del procedimento penale mediante sentenza di patteggiamento), eccederebbe quanto strettamente necessario per il conseguimento dell’obiettivo di tutela del suddetto interesse generale, qualora la sentenza penale sia già di per sé idonea a reprimere l’infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo<sup>719</sup>.

Per quanto riguarda il terzo procedimento (“Di Puma e altri”)- avente ad oggetto condotte di *insider trading*, sanzionate sia penalmente sia in via amministrativa- la Corte di Giustizia ha nuovamente affermato la congruità

---

Inoltre, la normativa italiana predispone, secondo la Corte, determinate regole che garantirebbero una coordinazione che limita allo stretto necessario l’onere risultante dal cumulo di sanzioni: ci si riferisce, in tal senso, all’art. 21 del d.lgs. n. 74/2000 e alla circostanza attenuante speciale- di cui si tiene conto nel procedimento penale- costituita dal pagamento volontario del debito tributario. Cfr. anche A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia*, cit., pp. 3-4, che approfondisce ampiamente il percorso logico seguito dalla Corte di Giustizia nel pervenire alla decisione nel caso “Menci”: in particolare, la Corte ha anche specificato come non sussistessero, nel caso di specie, problemi di prevedibilità del cumulo, e come in generale il complessivo trattamento sanzionatorio non risulti sproporzionato, bensì rispettoso dei canoni del minimo sacrificio necessario.

<sup>719</sup> Cfr. L. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, p. 3 e A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia*, cit., pp. 5-6, che specifica come la Corte di Giustizia che la sanzione prevista dall’art. 185 t.u.f. sia sufficientemente severa da reprimere il comportamento in modo efficace, proporzionato e dissuasivo. Di conseguenza, la Corte ha così risposto ai due quesiti sollevati nella causa in esame: in relazione alla prima questione, ha affermato che “L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dev’essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva”; mentre in merito al secondo quesito ha stabilito che “il principio del *ne bis in idem* garantito dall’articolo 50 della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea conferisce ai soggetti dell’ordinamento un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale”.

dell'obiettivo perseguito dalla normativa italiana e la sua idoneità a fondare la limitazione dell'art. 50 CDFUE: anche questa volta, però, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto irrispettoso del principio di proporzione la prosecuzione di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa (ma di natura sostanzialmente penale), posto che era già stata emessa una sentenza penale di assoluzione divenuta definitiva, prosecuzione che avrebbe ecceduto- come nel caso precedente- quanto necessario ai fini del conseguimento dell'obiettivo generale di tutela del mercato<sup>720</sup>.

Pertanto, la Corte di Giustizia ha ribadito come sia compito del Giudice del rinvio svolgere una valutazione circa l'idoneità del doppio binario: infatti, nell'ambito dei reati tributari, quest'ultimo dovrà verificare la proporzionalità fra il complesso delle sanzioni risultante dal doppio binario e la gravità del fatto commesso, mentre in relazione alla materia del *market abuse* (con riferimento, nello specifico, al caso "Ricucci"), lo stesso Giudice del rinvio potrà ravvisare la contrarietà del duplice procedimento sanzionatorio all'art. 50 CDFUE, qualora accerti che la sola condanna penale sia già idonea a reprimere in modo efficace l'infrazione<sup>721</sup>.

Alla luce di quanto affermato dalla Grande Sezione nelle cause in esame, può osservarsi come, nonostante le conclusioni raggiunte non possano ritenersi compatibili con quanto sollecitato e proposto dall'Avvocato generale, le stesse abbiano il merito di introdurre alcuni punti fermi nel discorso sul divieto di *bis in idem*, specialmente in materia di manipolazioni del mercato: i giudici di

---

<sup>720</sup> Sul punto, A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia*, cit., p. 7 in cui si specifica come la Corte abbia stabilito che "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE (...), letto alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati"; v. anche L. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, p. 3 che rileva come la Corte, a tal proposito, abbia ricordato che il diritto dell'Unione non impone di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale: pertanto, proseguire nel procedimento amministrativo, nonostante l'esistenza di una sentenza penale divenuta definitiva, non sarebbe giustificato neanche in vista degli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla normativa e compatibili con il diritto dell'Unione.

<sup>721</sup> Cfr. L. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, p. 3.

Lussemburgo hanno infatti colto l'occasione per ribadire che il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico non costituiscono automaticamente una violazione del *ne bis in idem* europeo, a patto però che suddetto cumulo sia finalizzato al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse e sia rispettoso del principio di proporzionalità<sup>722</sup>.

Insomma, la Corte di Lussemburgo ha scelto di non avallare la giurisprudenza di Strasburgo precedente ad “A e B c. Norvegia” e di non conferire, di conseguenza, al *ne bis in idem* un'ampia e completa tutela (riconoscendo l'automatico divieto di secondo giudizio anche in caso di doppio binario penale/amministrativo), decidendo invece di affidarsi- proprio come ha fatto la Corte EDU nella famosa pronuncia del 2016- ad una serie di indici sintomatici e al prudente apprezzamento del giudice nazionale, nella valutazione dei casi sottoposti di volta in volta alla valutazione di quest'ultimo<sup>723</sup>.

Se è da apprezzare, dunque, l'allineamento e la convergenza tra le due giurisprudenze sovranazionali (le quali, se non altro, hanno individuato una serie di criteri, finalizzati all'esclusione della violazione del *ne bis in idem*, che possono considerarsi sovrapponibili), ciò che emerge anche da quest'ultima presa di posizione della Corte di Lussemburgo è la scelta di tutelare, sempre di più e per quanto possibile, i meccanismi sanzionatori predisposti dagli ordinamenti nazionali, con buona pace della concreta e reale protezione dell'individuo posta alla base del divieto di *bis in idem*.

---

<sup>722</sup> In tal senso, A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia*, cit., p. 4: l'Autrice individua tutti i requisiti delineati dalla Corte di Giustizia affinché il cumulo sanzionatorio possa dirsi compatibile con il principio del *ne bis in idem* europeo (sussistenza di regole chiare e precise, coordinamento tra i procedimenti, proporzione della pena), aggiungendo come la stessa Corte abbia chiarito che la verifica circa il rispetto di tali requisiti spetta al giudice nazionale.

<sup>723</sup> Cfr. A. GALLUCCIO, *La Grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia*, cit., p. 7, la quale rileva criticamente che “la Corte di Giustizia non ha prescelto la strada che forse, da sola, avrebbe eliminato ogni incertezza applicativa relativa al *ne bis in idem*, almeno a livello eurounitario”.

## **2. *Ne bis in idem*: un diritto della persona realmente garantito? Possibili soluzioni percorribili per una tutela effettiva.**

Il percorso giurisprudenziale fin qui esaminato, che dimostra a tutti gli effetti come l'ambito applicativo di una garanzia irrinunciabile dell'individuo- quale quella al *ne bis in idem*- possa essere ampliato o limitato a seconda delle esigenze repressive, degli interessi perseguiti e dei *trend* interpretativi delle Corti, non può che far sorgere automaticamente il quesito relativo alle possibili strade percorribili- dagli stessi giudici o dal legislatore- per far sì che tale diritto sia concretamente ed effettivamente tutelato.

A dire il vero, alcune delle soluzioni ipotizzate, in dottrina come in giurisprudenza, sono state tentate nella pratica dai giudici nazionali, specialmente dopo la condanna dell'ordinamento italiano da parte della Corte di Strasburgo nel caso "Grande Stevens": sono, infatti, generalmente cinque le possibili vie- praticabili a livello giurisprudenziale- potenzialmente in grado di condurre ad una piena affermazione del principio del *ne bis in idem*, la prima delle quali è fin da subito stata riconosciuta nell'interpretazione cosiddetta "convenzionalmente conforme" dell'art. 649 c.p.p. (relativo al divieto di secondo giudizio)<sup>724</sup>.

Tale interpretazione sarebbe legata alla possibilità di leggere, all'interno della disposizione codicistica, il riferimento alla tipologia d'illecito sulla base della visione "contenutistica" elaborata nella giurisprudenza della Corte EDU, vale a dire mediante l'applicazione dei criteri "Engel"<sup>725</sup>: ciò consentirebbe di ricomprendere nel concetto di "sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili" anche i provvedimenti, formalmente amministrativi, aventi natura "sostanzialmente penale" ai sensi dei principi elaborati a livello convenzionale, facendo così scattare il divieto di secondo giudizio anche qualora la sentenza divenuta definitiva abbia applicato una sanzione che- per gravità, scopo e funzione- possa considerarsi penale, pur non

---

<sup>724</sup> A proposito di siffatta soluzione, intrapresa talvolta in giurisprudenza, si veda E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911 ss.; G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1036 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 192-193; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 3822-3823; G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 32 ss.; G. DE AMICIS- P. GAETA, *op. cit.*, pp. 479-480; D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>725</sup> In tal senso, v. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 32.

essendo qualificata come tale<sup>726</sup>. In questa prospettiva, pertanto, il giudice procedente, ogniqualvolta ritenesse applicabile l'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione appena indicata, dovrebbe dichiarare l'improcedibilità per *bis in idem*, al fine di scongiurare la violazione della garanzia stessa<sup>727</sup>: come abbiamo avuto modo di osservare in precedenza, siffatta strada è stata sperimentata "coraggiosamente" da alcuni giudici di merito<sup>728</sup>, le cui decisioni sono state però annullate dalla Corte di Cassazione<sup>729</sup>.

Se è vero che, infatti, è sempre possibile (o, per meglio dire, doveroso, alla luce delle indicazioni ermeneutiche fornite dalla Corte costituzionale con le famose "sentenze gemelle") per il giudice tentare di prediligere un'interpretazione convenzionalmente orientata delle disposizioni interne- e dunque, in tal caso, dell'unica disposizione codicistica in materia di *ne bis in idem* prevista dall'ordinamento- applicando i canoni della giurisprudenza di Strasburgo ed estendendo l'ambito di operatività dell'art. 649 c.p.p.<sup>730</sup>, è allo stesso tempo

---

<sup>726</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3822 la quale specifica che l'interpretazione convenzionalmente conforme "presuppone che tra le possibili letture che possano essere offerte di una norma, si prediliga quella che si armonizzi meglio con il formante europeo", v. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 32: "In definitiva, si tratterebbe di attribuire all'elemento normativo «sentenza penale» di cui all'art. 649 c.p.p. il significato indicato dalla fonte convenzionale".

<sup>727</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3822.

<sup>728</sup> V. retro, cap. III, par. 3: in particolare, si richiamano la decisione del Tribunale di Asti del 10 aprile 2014 (che ha dichiarato di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p.- per come interpretato dalla giurisprudenza europea- per il reato di omessa dichiarazione, posta l'avvenuta applicazione delle sanzioni amministrative) e quella del Tribunale di Brindisi del 17 ottobre 2014 (con la quale è stata ritenuta improcedibile l'azione penale nei confronti di un detenuto nei confronti del quale era già stata irrogata una sanzione disciplinare per il medesimo fatto). Su quest'ultima sentenza, v., tra tutti, G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 e E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911 che specifica come la scelta dell'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. sia stata giustificata, dai Tribunali che l'hanno sperimentata, tramite il richiamo delle "sentenze gemelle" della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007) che hanno sancito la qualità di "norme interposte" delle disposizioni convenzionali.

<sup>729</sup> Così, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3822 che richiama in tal senso (alla nota 89) la decisione della Sez. III della Cassazione del 21 aprile 2016, n. 1315, che ha annullato la sentenza emessa dal Tribunale di Asti: sulla stessa sentenza della Suprema Corte, v. F. VIGANÒ, *Omesso versamento di Iva e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, cit..

<sup>730</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 149 che sottolinea come siffatta scelta sia da considerare doverosa per il singolo giudice, in quanto consentirebbe allo stesso di procedere ad un'armonizzazione la più ampia possibile della norma interna con gli obblighi internazionali, tramite l'assegnazione ad essa di un significato rispettoso dei canoni CEDU.

innegabile l'emersione- da una decisione di tale sorta- di problematiche e di molteplici trappole per l'interprete, evidenziate dalla Suprema Corte<sup>731</sup>.

Anzitutto, il giudice è sì tenuto all'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme, ma sempre nei limiti in cui ciò sia praticabile: nel caso di specie, un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p.- volta a renderlo applicabile anche nei confronti dei rapporti tra processo penale e amministrativo (e dunque nelle ipotesi di doppio binario sanzionatorio)- si porrebbe apertamente in contrasto con le regole dell'ermeneutica, posto che costituirebbe una "forzatura" della disposizione espressamente scritta per regolare unicamente i rapporti tra processi penali<sup>732</sup>.

Considerato, dunque, insormontabile l'ostacolo costituito dalla *littera legis*, in quanto il sacrificio della volontà legislativa determinerebbe a quel punto la violazione di alcuni essenziali principi costituzionali<sup>733</sup>, la Cassazione ha da sempre ritenuto impraticabile la via di una diretta applicazione dell'art. 649 c.p.p. da parte dei giudici nazionali<sup>734</sup>.

Ebbene, siffatto ostacolo insormontabile potrebbe essere superato da quella che è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza quale seconda possibile

---

<sup>731</sup> Così, E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2911 e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 32 che evidenzia come tale soluzione sia stata fin da subito ritenuta difficilmente percorribile dalla Corte di Cassazione (sent. n. 19915/2914).

<sup>732</sup> Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1036 ss. che osserva: "Quando alla disposizione si attribuisce un significato che la stessa non ha, ci si pone fuori dall'interpretazione e si compie un'attività schiettamente creativa di diritto vietata ai giudici, almeno nel nostro ordinamento nazionale"; v. anche M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 14.

<sup>733</sup> Sul punto, v. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 33: "Alle regole della cognizione penale non possono equipararsi *sic et simpliciter* quelle proprie di una procedura amministrativa sanzionatoria non assistita dal medesimo quadro di principii e garanzie, se non a patto di sacrificare l'irretrattabilità dell'azione penale in favore di quella avviata da un organo amministrativo, determinando in tal modo una violazione del principio costituzionale scolpito nell'art. 112 Cost. e dello stesso principio di soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost., per l'effetto di disapplicazione di una norma penale sul cui carattere imperativo sarebbe destinato a prevalere, per la sua anteriorità, il definitivo accertamento, in altra e meno garantita sede di giudizio, di un fatto illecito ritenuto "sostanzialmente" penale"; cfr. anche D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 149 in quale rileva che- nonostante la doverosità di un'interpretazione convenzionalmente orientata- questa risulterebbe in tal caso ardua da attuare, in quanto travalicante la *littera legis* e non rispettosa della *voluntas legis*.

<sup>734</sup> Cfr. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 e D. LABIANCA, *op. cit.*, pp. 149-150 che richiama a tal proposito le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nell'annullare con rinvio la citata sentenza del Tribunale di Asti, in cui si legge: "la considerazione del tenore letterale dell'impostazione codicistica (...) preclude un'interpretazione di quest'ultima che ne escluda l'ambito applicativo a sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un'autorità amministrativa".

soluzione per una più ampia ed efficace tutela del *ne bis in idem*: la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., assumendo quale norma interposta l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, nell'interpretazione che ne forniscono i giudici di Strasburgo<sup>735</sup>.

Anche tale via, intrapresa- come osservato in precedenza- dalla Corte di Cassazione nei mesi immediatamente successivi alla sentenza “Grande Stevens”, nonché nuovamente tentata dal Tribunale di Monza a ridosso del *revirement* giurisprudenziale costituito da “A e B c. Norvegia”<sup>736</sup>- non sembra però essere priva di ostacoli: anzitutto, posto che la questione di legittimità costituzionale potrebbe riguardare non solo l'art. 649 c.p.p., ma in generale le norme interne che si assume siano in contrasto con il parametro costituzionale (come nel caso dell'ordinanza emessa dalla Cassazione, che aveva posto al centro della questione la clausola di apertura dell'art. 187-*bis* t.u.f.), occorrerebbe prestare attenzione al procedimento nel corso del quale la questione stessa venga sollevata, perché non sia dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza<sup>737</sup>; in secondo luogo, non si è mancato di sottolineare come siffatta opzione si scontri, in via non trascurabile, con importanti controlimiti costituzionali<sup>738</sup>.

Invero, qualora si ipotizzasse una sentenza additiva che estendesse la portata applicativa dell'art. 649 c.p.p. ai rapporti tra processo penale e amministrativo, si giungerebbe al risultato (indubbiamente meno soddisfacente sotto il profilo delle garanzie costituzionali) di precludere sistematicamente il vero e proprio

---

<sup>735</sup> Cfr. G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 33; sul punto, v. anche D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 150; E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2913; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 192.

<sup>736</sup> V. retro, cap. III, par. 3: in particolare, si tratta dell'ordinanza della Sez. V pen. della Cassazione del 10 novembre 2014 e di quella emessa dal Tribunale di Monza il 30 giugno 2016 (in questo capitolo, par. 1).

<sup>737</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 150 che richiama, in tal senso, gli esiti infausti delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione con la citata ordinanza: infatti, “per non essere dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza, la questione dovrebbe essere sollevata nel procedimento di opposizione all'irrogazione delle sanzioni amministrative, in quanto è in quella sede che l'eventuale incostituzionalità delle norme che prevedono sanzioni amministrative potrebbe essere fatta valere, in quanto norme potenzialmente applicabili nel giudizio *a quo*”. Nel caso citato, invece, la quinta Sezione penale della Cassazione aveva sollevato la questione di legittimità della norma relativa al procedimento amministrativo, nel corso del procedimento penale (e la questione era per questo stata dichiarata inammissibile dalla Consulta).

<sup>738</sup> Così, O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037.

accertamento penale, considerata la fisiologica e naturale maggior speditezza del procedimento amministrativo il quale giungerebbe, dunque, per primo a definizione comportando, di conseguenza, l'inapplicabilità all'imputato delle garanzie costituzionali ed europee tipiche della giurisdizione penale<sup>739</sup>.

Esclusa, pertanto, anche la percorribilità della strada inerente al sollevamento della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni interne confliggenti con la portata convenzionale del principio del *ne bis in idem*, una terza soluzione- volta ad assicurare l'adeguamento dell'ordinamento italiano al principio in esame- è stata individuata nella diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, il quale sancisce- con un'estensione, come abbiamo visto, anche più ampia dell'analoga disposizione contenuta nella CEDU- il divieto di *bis in idem*, applicabile ogniqualvolta si versi in ipotesi rientranti nell'ambito di applicazione del diritto UE (*ex art. 51 CDFUE*)<sup>740</sup>.

Tenendo infatti conto dell'assunto per cui la Carta, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è ormai a tutti gli effetti parte integrante del diritto primario dell'Unione e ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati, con conseguente assunzione del carattere di primazia sullo stesso diritto nazionale, si può pacificamente affermare che le disposizioni contenute al suo interno siano idonee a

---

<sup>739</sup> Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037 che aggiunge, sul punto, come da una siffatta soluzione risulterebbe violato anche il principio d'innocenza sancito dall'art. 27 comma 2 Cost.: "l'imputato sottoposto a processo penale avrebbe diritto a una sentenza di merito sulla sua responsabilità che non potrebbe essere impedita da una anomala causa di improcedibilità dipendente dalla maggior celerità del procedimento di irrogazioni delle sanzioni (penal)amministrative"; analogamente, v. M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, cit., p. 1341: "Saremmo al paradosso: per importare *sic et simpliciter* negli ordinamenti interni le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si finisce per negare, di fatto, le garanzie del diritto e della procedura penale, poiché l'attuazione di queste ultime risulterebbe condizionata alla circostanza- incontrollata, incontrollabile e soprattutto assai improbabile- che non sia stata ancora applicata la sanzione amministrativa".

<sup>740</sup> Cfr. D. LABIANCA, *op. cit.*, p. 150, che ricorda infatti come l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE tuteli l'individuo dalla possibilità di un doppio giudizio in merito agli stessi fatti in tutti gli Stati membri dell'Unione, mentre il *ne bis in idem* convenzionale sia valevole solo all'interno dei singoli Stati aderenti al Consiglio d'Europa (e non anche nelle relazioni tra essi). In merito a questa terza via, percorribile dai giudici nazionali, v. anche F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., p. 21 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 194 ss.; E. SCARONA, *op. cit.*, p. 2915 ss.; M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, p. 1341 ss.; G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037.

produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, con possibile disapplicazione di eventuali norme interne contrastanti<sup>741</sup>.

Tale terza e senza dubbio “dirompente” prospettiva d’intervento- consistente nell’applicazione diretta dell’art. 50 CDFUE, vale a dire del divieto di *bis in idem* di matrice comunitaria il quale, come già visto, dev’essere interpretato alla stregua di quello convenzionale, in ragione della “clausola di equivalenza” ex art. 52 della medesima Carta- consentirebbe pertanto al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna contrastante con il principio in esame ed evitare, nei casi di doppio binario sanzionatorio, il cumulo di procedimenti e di sanzioni per uno stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto<sup>742</sup>.

Nondimeno, siffatta soluzione varrebbe solo per le controversie che ricadano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione: *nulla quaestio* e nessun ostacolo rappresentato da ragioni di materia, dunque, per ciò che concerne l’ambito degli abusi di mercato, essendo quest’ultima una normativa emanata proprio in attuazione

---

<sup>741</sup> Così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 194-195, in cui si specifica che “l’art. 50 CDFUE (...) possiede tutte le caratteristiche per produrre un tale effetto, trattandosi di norma precisa, a contenuto negativo, incondizionata, che non presuppone necessariamente atti di implementazione da parte dello Stato membro” nonché Id., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., p. 21. Sul punto, v. anche M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, cit., p. 1341. La diretta applicabilità dell’art. 50 CDFUE è stata, tra l’altro, evidenziata dalla stessa Corte di Giustizia nella citata sentenza “Fransson”, in cui (al paragrafo 45) si afferma: “Per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le norme di diritto dell’Unione ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

<sup>742</sup> Sul punto, v. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 nonché F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 194-195: come ampiamente osservato in precedenza, infatti, ai sensi dell’art. 52 CDFUE, i diritti garantiti dalla Carta che siano corrispondenti a quelli della CEDU devono avere lo stesso significato e la medesima portata conferiti dalla Convenzione stessa. Dunque, osserva l’Autore, “il diritto riconosciuto dall’art. 50 CDFUE deve essere letto in conformità alla giurisprudenza di Strasburgo formatasi in materia di art. 4 Prot. 7 CEDU; e dunque come preclusivo di un secondo giudizio, ogniqualvolta il *medesimo fatto storico* sia già stato sanzionato in via definitiva in esito a un procedimento che, pur formalmente qualificato come amministrativo, abbia *nella sostanza natura penale*” situazione che si verifica, per l’appunto, nei casi di doppio binario sanzionatorio.

del diritto dell'Unione<sup>743</sup>; stessa cosa non può affermarsi, al contrario, in merito alla materia erariale la quale, ad eccezione della normativa in materia di Iva (che rientra nel campo attuativo del diritto UE), rappresenta un ambito dalla dimensione prettamente nazionale<sup>744</sup>.

Se un primo problema applicativo legato alla percorribilità di tale terza soluzione è costituito, dunque, dalla limitazione della stessa al campo del diritto UE, occorre inoltre ribadire che l'eventuale applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE- così come evidenziato in relazione all'ipotetico accoglimento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.- costituirebbe, secondo gran parte della dottrina, addirittura un arretramento e non un innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali<sup>745</sup>: suddetta diretta applicazione, infatti- presupponendo sempre la maggior celerità del procedimento amministrativo rispetto a quello penale- comporterebbe il divieto di proseguire in sede penale (o l'annullamento della sentenza di condanna penale, qualora sia già intervenuta e sia divenuta definitiva quella resa in sede amministrativa), conducendo ad un esito letteralmente opposto a quello voluto dallo stesso legislatore comunitario (il quale, ancor più chiaramente

---

<sup>743</sup> Cfr. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 874 in cui si sottolinea che, nell'ambito degli abusi di mercato, sussistono pacificamente le condizioni affinché le disposizioni della Carta assumano efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri; v. anche F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 195.

<sup>744</sup> Così, M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute*, cit., p. 2 riferendosi, in particolare, alla già citata ordinanza del 27 ottobre 2014 con la quale il Tribunale di Torino ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per invocare l'applicabilità dell'art. 50 CDFUE, in un caso di omesso versamento delle ritenute d'imposta, non rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. La Corte di Giustizia, in tal caso, si è infatti dichiarata "manifestamente incompetente" a rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale. V. anche O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037 che sul punto osserva l'impossibilità, per la Corte di Giustizia, d'incidere "sul non secondario terreno delle imposte dirette, con conseguenti aporie sistematiche".

<sup>745</sup> Cfr. M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, cit., p. 1342 la quale osserva che "così facendo la salvaguardia delle prerogative e delle garanzie che il diritto e la procedura penale assicurano alle persone finirebbero per dipendere in concreto da scelte insindacabili dell'amministrazione. In definitiva, siamo al cospetto di una sorta di corto circuito fra i diversi livelli di tutela apprestati, da un lato, per il miglior funzionamento del mercato; dall'altro, per la più effettiva salvaguardia dei diritti fondamentali".

nella Direttiva del 2014 sul *market abuse*, mostra di prediligere la sanzione penale rispetto a quella amministrativa)<sup>746</sup>.

Di conseguenza, sebbene la prospettiva della diretta applicazione della disposizione comunitaria sul *ne bis in idem* risulti affascinante e sembri poter porre un concreto argine alla collisione tra il suddetto diritto fondamentale e il doppio binario sanzionatorio (se non in altri ambiti, almeno in quello degli abusi di mercato e dei reati tributari in materia di Iva), va rilevato che a tale strumento non è mai stato fatto realmente ricorso dai giudici nazionali<sup>747</sup> e che, anzi, la percorribilità di una simile via è stata espressamente esclusa dalla quinta Sezione penale della Corte di Cassazione, anche alla luce delle affermazioni- già ampiamente analizzate- che gli stessi giudici di Lussemburgo hanno effettuato nel caso “Fransson”<sup>748</sup>.

Non a caso, infatti, i nostri giudici hanno con frequenza preferito optare per il ricorso alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale, affinché si esprimesse sulla

---

<sup>746</sup> Cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2916 che specifica, sul punto, come anche la Cassazione penale abbia ritenuto che il cumulo previsto dal legislatore non sia, in effetti, del tutto illegittimo e risulti comunque in linea con gli obiettivi di efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione perseguiti dalle Direttive in materia, appunto, di abusi di mercato.

<sup>747</sup> Ciò è rilevato da R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3824, che osserva come i giudici siano stati finora riluttanti ad applicare tale strumento: “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 (...)”: abbiamo avuto modo di osservare, infatti, come specialmente con la sentenza “Fransson” la Corte di Lussemburgo abbia delineato una portata applicativa del *ne bis in idem* dai confini più ristretti rispetto a quelli dello stesso principio convenzionale. Analogamente, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 195: “La Carta continua a restare sottotraccia nel nostro ordinamento, come una sorta di bomba inesplosa: una realtà dalle potenzialità ancora inesprese, i cui effetti però (...) potrebbero essere deflagranti (...)”.

<sup>748</sup> Cfr. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., pp. 874-875: occorre ricordare, a tal proposito, come nella citata sentenza i giudici di Lussemburgo abbiano demandato al giudice nazionale la valutazione circa l’idoneità o meno del doppio binario sanzionatorio a conseguire gli obiettivi individuati dal diritto dell’Unione, subordinando così a quest’ultimo la tutela del diritto fondamentale al *ne bis in idem* e delineandone un ambito di operatività molto più circoscritto di quello che era stato sancito dalla Corte EDU. Di conseguenza, gli Autori rilevano che la diretta applicazione dell’art. 50 CDFUE non risolverebbe i problemi di efficacia del principio del *ne bis in idem*, in quanto “il giudice interno rimarrebbe investito del potere di stabilire in concreto quale o quali sanzioni debbano essere applicate: con una sorta di “subordinazione” del diritto fondamentale dell’individuo a non essere giudicato due volte rispetto alle esigenze di efficacia del diritto eurounitario”.

possibilità della diretta applicazione dell'art. 50 e sulla sua interpretazione a proposito del cumulo sanzionatorio nelle materie a doppio binario<sup>749</sup>.

E' d'uopo passare all'analisi, dunque, della quarta strada individuata dalla giurisprudenza per superare l'aporia relativa ai rigidi meccanismi sanzionatori interni e alla loro incompatibilità con il principio del *ne bis in idem*, vale a dire la diretta applicazione, questa volta, dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU<sup>750</sup>.

Sembra infatti evidente come una soluzione di tal genere non comporti particolari implicazioni di sistema: posto che le già citate sentenze gemelle del 2007 hanno vietato al giudice comune di disapplicare le norme di legge nazionali in favore di quelle convenzionali, senza però vietare la diretta applicazione delle stesse disposizioni della CEDU- le quali, in forza della clausola di "piena e intera esecuzione" contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, si considerano a tutti gli effetti incorporate nel diritto interno – quest'ultima strada potrebbe dirsi percorribile dal giudice comune, senza alcuna necessità di coinvolgimento della Corte costituzionale<sup>751</sup>.

Questo il meccanismo che- secondo parte della dottrina- consentirebbe al giudice nazionale d'intraprendere siffatta scelta, premettendo che dal divieto di disapplicazione delle norme interne deriva la conseguenza per cui l'applicazione diretta delle disposizioni sovranazionali è possibile solo ove queste ultime s'inseriscano in uno spazio giuridicamente vuoto (ossia non regolato da altre fonti concorrenti): considerato che l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU è parte integrante della normativa interna e dev'essere interpretato secondo i criteri ermeneutici della Corte EDU, tale disposizione ha un'area applicativa eccedente rispetto a quella regolata, a livello nazionale, dall'art. 649 c.p.p., in quanto estende il divieto di secondo giudizio

---

<sup>749</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3824.

<sup>750</sup> In merito a siffatta ipotesi, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 196-197; A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, cit., pp. 1507-1508; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 3823-3824.

<sup>751</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 196 che evidenzia proprio come la strada della diretta applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU sembri molto più lineare e meno problematica da seguire, sia per il giudice italiano, sia per la stessa Consob, i quali avrebbero in tal modo la facoltà di arrestare il procedimento sanzionatorio non appena sia divenuta irrevocabile una sanzione (penale o amministrativa) irrogata per lo stesso fatto dall'altra autorità concorrente (ciò naturalmente nel caso degli abusi di mercato).

anche all'ipotesi in cui il soggetto sia stato sanzionato irrevocabilmente con provvedimento formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale<sup>752</sup>. Ebbene, rispetto a questa eccedente area applicativa, non coperta dall'art. 649 c.p.p. e pertanto giuridicamente vuota, la norma convenzionale opererebbe quale disposizione di riferimento per il giudice italiano, il quale ben potrebbe, ad esempio, arrestare il procedimento penale in corso tramite pronuncia processuale di non doversi procedere<sup>753</sup>.

Sebbene, sulla base di tale orientamento, la diretta applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU sembri effettivamente non produrre alcun problema di possibile frizione con il diritto interno, secondo altra parte (maggioritaria) della dottrina, al contrario, anche quest'ultima soluzione non può considerarsi immune da profili di complessità, che ne rendono problematica la concreta realizzazione: la prima incertezza applicativa risiederebbe proprio nell'affermata rilevanza della disposizione convenzionale in relazione al doppio binario sanzionatorio<sup>754</sup>. Invero, non pare idoneo sostenere che si tratti di un ambito non regolato dal nostro sistema e pertanto "giuridicamente vuoto", posto che nell'art. 649 c.p.p. è stata compiuta una chiara scelta di limitare i confini del divieto di doppio giudizio alle sole sanzioni applicate nel procedimento penale: di conseguenza, la diretta applicazione della norma CEDU si tradurrebbe in una disapplicazione dell'art. 649 c.p.p., operazione- come appena visto- preclusa al giudice interno<sup>755</sup>.

---

<sup>752</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 196-197 che spiega molto dettagliatamente il percorso ermeneutico che potrebbe seguire il giudice nazionale nell'intraprendere la strada dell'applicazione diretta della disposizione convenzionale inerente al *ne bis in idem*; analogamente, v. anche A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, cit., p. 1507.

<sup>753</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 197 il quale specifica che "il discorso varrà specularmente anche per la Consob, che in quanto articolazione dei poteri dello Stato è anch'essa vincolata al rispetto della Convenzione e dei suoi protocolli", aggiungendo inoltre che non potrà essere invocato il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale: "che resta un principio sacrosanto, nella misura però in cui l'azione penale *non sia già stata esercitata* dallo Stato per il medesimo fatto, ancorché sotto forme diverse ma sostanzialmente equivalenti, dal punto di vista del destinatario dello *ius puniendi*".

<sup>754</sup> In tal senso, A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, cit., p. 1507; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3824; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1038.

<sup>755</sup> Cfr. R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3824 in cui si specifica come il legislatore abbia volutamente limitato la garanzia di cui al *ne bis in idem* ai soli procedimenti: "non è un caso che nella norma si riconosca quale beneficiario della garanzia l'imputato che, come noto, è

Oltretutto, per ciò che concerne nello specifico la materia degli abusi di mercato o quella tributaria, anche le singole disposizioni di sistema che presuppongono una dinamica *bi-procedimentale* sul medesimo fatto sarebbero destinate alla disapplicazione, qualora la strada in esame venisse intrapresa realmente: in una prospettiva generale, insomma, potrebbe affermarsi che il problema sta a monte, ossia nella stabilita possibilità di ricorrere all'immediata applicabilità delle norme convenzionali *self executing* unicamente nel caso di eventuale lacunosità della disciplina di riferimento<sup>756</sup>.

Esclusa pertanto anche siffatta quarta possibilità<sup>757</sup>, l'ultima alternativa a disposizione dell'interprete- individuata ma di fatto non ancora recepita dalla giurisprudenza- che potrebbe concretamente evitare il sorgere di ulteriori contrasti tra la normativa interna e il *ne bis in idem* di matrice convenzionale, è quella dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale mediante la valorizzazione del principio di specialità, o ancora meglio di quello di assorbimento<sup>758</sup>.

Si tratterebbe, in tal caso, di "riportare la tematica nell'alveo dei principi del diritto penale sostanziale"<sup>759</sup>, senza misconoscere il fatto che i due volti del *ne bis in idem*- quello processuale e quello sostanziale, appunto- siano fondati su *rationes*

---

colui nei cui confronti è stata formulata un'accusa penale". Pertanto, come rileva l'Autrice, non potendo disapplicare l'art. 649 c.p.p. il giudice interno avrebbe come unica opzione quella di proporre incidente di costituzionalità. Sul punto, v. anche O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1037 che rileva come siffatta soluzione sia preclusa in radice dalla giurisprudenza costituzionale, posto che la materia è già regolata dalla legislazione interna.

<sup>756</sup> Così, A. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, cit., p. 1507 in cui si rileva l'incoerenza di un siffatto scenario, per cui l'efficacia delle disposizioni della CEDU negli ordinamenti degli Stati membri finisce per essere condizionata alla legge ordinaria, la quale però è fonte sottordinata alla stessa CEDU. Inoltre, l'Autore osserva che "sul piano degli effetti, poi, se i nostri rilievi non sono privi di fondatezza, il rischio potrebbe essere quello di generare eventuali, ingiustificati profili di disparità di trattamento: atteso che la garanzia diretta dei diritti fondamentali sarebbe assicurata in alcuni settori, quelli contraddistinti da spazi giuridici vuoti, e non in altri".

<sup>757</sup> Vale la pena richiamare anche l'osservazione di O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039 che, nel sostenere la non percorribilità della strada concernente la diretta applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, rileva anche come l'Italia abbia formulato un'esplicita riserva proprio nei confronti di tale disposizione convenzionale, sebbene la stessa riserva sia stata ritenuta invalida dai giudici di Strasburgo nel caso "Grande Stevens".

<sup>758</sup> In tal senso, A. CARERI, *op. cit.*, p. 8; O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1038; G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 877; M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15.

<sup>759</sup> Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039.

differenti, ma evidenziando l'innegabile circostanza per cui- specialmente nei rapporti tra illecito penale e amministrativo- siffatte declinazioni distinte presentino profili di stretta connessione funzionale<sup>760</sup>: posto, dunque, che le soluzioni prospettate fin qui comporterebbero risultati irragionevoli- risiedenti nella prevalenza, tra i due procedimenti, di quello definitosi per primo (ovvero, il più delle volte, di quello amministrativo)- l'applicazione dei criteri di natura sostanziale sembra l'unica in grado di soddisfare le elementari esigenze di equità e razionalità punitiva<sup>761</sup>.

Occorre, pertanto, porre mente all'istituto del concorso apparente di norme nonché a quei criteri o principi di riferimento che, nell'attuale sistema normativo vigente, consentono d'individuare, sul piano del disvalore del fatto, la disposizione prevalente: nell'ipotesi che a noi interessa, ovvero nel concorso tra norma penale ed amministrativa (entrambe potenzialmente applicabili ad uno stesso fatto concreto), una corretta interpretazione ed applicazione dei principi di specialità e di assorbimento consentirebbe di evitare, fin dal momento della mera qualificazione giuridica del fatto, la duplicazione punitiva<sup>762</sup>. Infatti, se il principio di specialità in concreto presuppone il confronto tra gli elementi costitutivi del fatto e i frammenti delle norme incriminatrici e sanzionatorie, risulta agevole concludere per l'assorbimento dell'illecito amministrativo nella previsione del reato<sup>763</sup>: di conseguenza, per prevenire la violazione del diritto fondamentale al *ne bis in idem*- posto l'assorbimento della fattispecie amministrativa in quella penale- si potrebbe ipotizzare un sistema che preveda l'improcedibilità dell'azione amministrativa o

---

<sup>760</sup> Così, G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 877 in cui si sottolinea come la rimozione delle cause sottese alla violazione della garanzia convenzionale debba passare, prima di tutto, "attraverso una energica riaffermazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale".

<sup>761</sup> Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15.

<sup>762</sup> Sul punto, v. A. CARERI, *op. cit.*, p. 8 e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15; analogamente, O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039 il quale, riferendosi al caso specifico del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, afferma: "Appare difficile negare che la fattispecie penale assorba in sé tutto il fatto colpito dalla sanzione tributaria, sia sotto il profilo della condotta frazionata nell'illecito amministrativo e complessiva in quello penale, sia con riguardo al disvalore dell'azione al quale fornisce una risposta punitiva più adeguata la vera e propria sanzione penale".

<sup>763</sup> Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039.

addirittura la rinuncia, da parte dell'Ufficio finanziario o della Consob, alla propria potestà punitiva in favore dell'azione penale<sup>764</sup>.

La semplice applicazione della legge sostanziale consentirebbe, pertanto, di eliminare in radice il potenziale contrasto tra la normativa interna (e in particolare quella disciplinante i meccanismi sanzionatori a doppio binario) e il *ne bis in idem* penal-amministrativo convenzionale: nonostante tale assunto, l'applicazione del *ne bis in idem* sostanziale appare, allo stesso tempo, la soluzione più concretamente praticabile ma anche quella più utopica, vista la refrattarietà della giurisprudenza a recepirlo<sup>765</sup>.

Ebbene, alla luce delle considerazioni appena svolte e dell'analisi effettuata in merito alle soluzioni a disposizione dei giudici nazionali (considerate, per un motivo o per l'altro, impraticabili), non resta che affermare che l'unica via soddisfacente- nonché l'unica in grado di introdurre un sistema, come quello appena ipotizzato, che effettivamente preveda la rinuncia dell'azione amministrativa in favore dell'instaurazione del solo procedimento penale, scongiurando così il cumulo sanzionatorio- sia da individuare in un intervento di riforma da parte del legislatore<sup>766</sup>.

---

<sup>764</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, p. 8, che specifica come tale rinuncia all'azione da parte dell'Autorità amministrativa potrebbe essere effettuata "attraverso la trasmissione alla Procura della Repubblica di tutta la documentazione probatoria rinvenuta nel corso dello svolgimento della propria attività *lato sensu* "investigativa" (salvo poi un giudizio di utilizzabilità delle "prove" reperite da parte della stessa Autorità giudiziaria)"; v. anche O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039 e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15: secondo l'Autore, nell'ipotesi dei reati tributari che costituiscano anche un illecito amministrativo (come l'omesso versamento dell'Iva), "(...) dopo aver accertato un omesso versamento superiore alla soglia di punibilità, l'Ufficio finanziario potrebbe limitarsi a recuperare l'imposta, trasmettendo la notizia di reato alla Procura della Repubblica, senza irrogare le sanzioni amministrative".

<sup>765</sup> A tal proposito, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 15 e A. CARERI, *op. cit.*, p. 8; v. anche O. MAZZA, *op. cit.*, p. 1039 il quale, in relazione alla possibilità di applicare la sola fattispecie penale- posto che, con l'applicazione del principio di specialità in concreto, quella amministrativa ne resterebbe assorbita all'interno- sostiene che siffatta scelta avrebbe un ulteriore riflesso positivo, ovvero "quello di garantire l'effettivo rispetto delle regole del giusto processo (art. 11 Cost.) nell'accertamento dell'illecito e nella eventuale risposta punitiva statutale improntata al principio di obbligatorietà (art. 3 e 112 Cost.)".

<sup>766</sup> Sul punto, A. CARERI, *op. cit.*, p. 8 osserva che "in tal modo verrebbe consentito soltanto all'organo giudiziario, applicando i consueti criteri in materia di concorso di norme, di valutare preliminarmente la legittimità di una duplice contestazione tutte le volte in cui il medesimo fatto possa assurgere ad integrare anche una fattispecie di reato, e rimesso

Ciascuna delle soluzioni ermeneutiche sinora prospettate, infatti, non appare convincente, in ragione degli svariati problemi applicativi che presenta e delle aporie sistematiche che ne risultano generate: a ben vedere, inoltre, le ipotesi di risoluzione per via giurisprudenziale non sarebbero comunque idonee ad impedire il concreto avvio di entrambi i procedimenti, generando così un risultato decisamente ed irragionevolmente dispendioso, considerata anche la certezza che uno solo dei due arriverà a conclusione<sup>767</sup>.

In siffatta situazione di stallo, l'unico in grado di uscire dall'*impasse* e di mettere ordine nella materia, mediante un intervento riformatore che ripensi e riformuli in maniera organica il regime di doppio binario sanzionatorio- tanto nell'ambito degli abusi di mercato quanto in quello tributario- sembra proprio essere il legislatore: proprio in quest'ultimo era stata riposta la speranza diffusasi in dottrina in occasione degli ultimi interventi legislativi in materia, i quali però, con tutta evidenza, non sembrano affatto aver prodotto i risultati auspicati<sup>768</sup>.

---

esclusivamente al giudice penale il potere di irrogare eventuali sanzioni, sia di carattere amministrativo che penale, nel rispetto del richiamato principio del *ne bis in idem*".

<sup>767</sup> Cfr. G. DE AMICIS- P. GAETA, *op. cit.*, p. 482 in cui si sottolinea la dispendiosità del risultato consistente nell'instaurazione di entrambi i procedimenti, dispendiosità che si ripercuote sia sul destinatario delle sanzioni (in termini tanto economici quanto emotivi), sia sull'intero ordinamento, che si troverebbe costretto a sopportare i costi di una duplicazione di procedimenti. Infatti, ciascuna delle soluzioni prospettate in via giurisprudenziale (dall'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., all'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE) condurrebbe all'applicazione di una sola delle sanzioni, senza però riuscire ad evitare l'avvio di entrambi i procedimenti. A rendere ancora più problematiche tali soluzioni, poi, è la circostanza- ribadita dagli Autori- che l'effetto preclusivo che scatterebbe in seguito alla sentenza per prima passata in giudicato comporterebbe un assetto lesivo del principio di eguaglianza, in quanto dipendente da una circostanza del tutto aleatoria: per di più, considerato che il procedimento amministrativo procede- come già osservato- con tempistiche decisamente più rapide rispetto a quelle proprie del procedimento penale, il rischio di una "resa del giudice penale all'autorità amministrativa" risulterebbe altissimo. Ciò comporterebbe un paradosso sia, come visto, sul piano delle garanzie processuali, sia su quello dell'effettività della risposta sanzionatoria all'illecito in quanto "la sanzione amministrativa, originariamente concepita come "rinforzo" della sanzione penale, rischierebbe di tradursi, di fatto, in un "esonero" di quest'ultima".

<sup>768</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 197 ss.; a tal proposito, v. anche E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comprato penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 271 ss.; E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, cit., pp. 10-11; E. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 228; G. DE AMICIS, P. GAETA, *op. cit.*, p. 482 ss. in cui si evidenzia come il legislatore abbia avuto la possibilità (non sfruttata) di adeguare il sistema

Ma occorre procedere con ordine, partendo anzitutto dalla materia degli abusi di mercato e ricostruendo velocemente quelli che sono gli obblighi imposti, in siffatta materia, dal diritto UE, alla luce dell'attuale normativa.

Mentre, infatti, la previgente Direttiva 2003/6/CE (MAD I) aveva imposto agli Stati membri di adottare un sistema di sanzioni amministrative per gli abusi di mercato, lasciando libera la scelta di adottare o non adottare, in aggiunta, anche sanzioni penali a carico dei soggetti che si rendessero autori degli stessi fatti di abuso, la nuova Direttiva 2014/57/UE (MAD II)- cui abbiamo in precedenza accennato<sup>769</sup>- sembra a tutti gli effetti aver capovolto il quadro: questa, infatti, ha vincolato gli Stati all'adozione, in ogni caso, di sanzioni penali per i fatti più gravi di abuso di mercato commessi con dolo (e definiti dalla medesima direttiva), mentre il coevo Regolamento n. 596/2014 (MAR) ha rimesso alla discrezionalità degli Stati stessi la scelta di prevedere sanzioni amministrative per i medesimi fatti<sup>770</sup>. La logica di quest'ultimo impianto comunitario pare risiedere proprio nell'ormai acclarata e censurata problematica relativa all'incompatibilità tra il doppio binario sanzionatorio previsto per i reati di *market abuse* e il principio del *ne bis in idem*: infatti, il Parlamento europeo, mostrandosi consapevole del problema, ne ha auspicato il superamento senza, però, offrire criteri risolutivi al legislatore nazionale e disponendo così a quest'ultimo una sorta di "mandato in bianco"<sup>771</sup>.

---

punitivo "a doppio binario" alle indicazioni provenienti da Strasburgo, mediante una riforma organica (non operata).

<sup>769</sup> V. retro, cap. III, par. 3.

<sup>770</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 199 in cui si specifica come la cogenza degli obblighi derivanti dal diritto UE sia subordinata alla loro compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, tra cui l'art. 50.

<sup>771</sup> Così, E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 273 e F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit. pp. 199-200 che richiama, in tal senso, il considerando n. 23 della Direttiva MAD II, in cui si sottolinea che "nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali (...) non violi il principio del *ne bis in idem*". L'Autore, inoltre, sostiene che la scelta del legislatore comunitario sia da ritenere, in tal caso, un po' "agnostica" o quantomeno pilatesca: è come, infatti, se questo avesse per lungo tempo sottovalutato i profili di frizione del doppio binario sanzionatorio con il *ne bis in idem* e poi, di fronte alle varie censure mosse da Strasburgo, abbia tentato di porre rimedio rimettendo agli Stati la possibilità di non applicare l'articolato sistema di sanzioni amministrative (peraltro dettagliatamente disciplinate nel Regolamento comunitario), senza oltretutto indicare allo stesso legislatore delle possibili vie d'azione.

Quali, pertanto, le opzioni che si presentavano praticabili per il legislatore italiano, alla luce di siffatto mandato?

In dottrina si erano fatte strada due ipotesi, le quali- qualora seguite dal legislatore- avrebbero consentito di rispettare i vincoli discendenti dal diritto UE, pur garantendo il rispetto del principio del *ne bis in idem*: la prima consisteva nel differenziare, in maniera quanto più chiara possibile, le fattispecie di reato da quelle di illecito amministrativo, al fine di evitare qualsiasi possibilità di cumulo dei procedimenti e delle relative sanzioni<sup>772</sup>. Tale ipotesi, chiaramente, non era agevole da mettere in pratica, considerata l'esigenza d'individuare dei criteri razionali di riparto della tutela punitiva che superassero la vaghezza delle formulazioni contenute negli strumenti eurounitari, in modo da tracciare un confine ben definito tra illeciti penali e amministrativi nel contesto del *market abuse*<sup>773</sup>.

La seconda opzione d'intervento legislativo, ipotizzata in dottrina, consisteva nella rinuncia *tout court* alla previsione di illeciti amministrativi (e, di conseguenza, delle relative sanzioni) in relazione ai fatti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che avrebbe determinato così un ritorno alla situazione

---

<sup>772</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., pp. 200-201 nonché E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 283 ss..

<sup>773</sup> Cfr. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 283 ss. in cui l'Autore evidenzia come la Direttiva comunitaria, nonostante ponesse la distinzione tra abusi di mercato "gravi" e perpetrati "con dolo" da abusi di mercato "meno gravi", non offrisse alcun criterio per distinguere siffatte ipotesi: pertanto, posto che non sembrava idonea una distinzione incentrata sulle qualità personali del soggetto attivo o su valori-soglia, appariva più promettente una tipizzazione degli illeciti penali connessa a peculiari modalità della condotta (tali da esprimere un disvalore oggettivo d'azione sufficientemente marcato), oppure basata sui parametri della "frode" e della "falsificazione" (già utilizzati in un intervento legislativo in materia di contrasto al riciclaggio). Analogamente, v. F. VIGANÒ *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit. pp. 201-202 che espone ampiamente le difficoltà che l'attuazione di una siffatta ipotesi potrebbe riscontrare, sia in relazione alle ipotesi della manipolazione del mercato, sia per le ipotesi dell'abuso di informazioni privilegiate. L'Autore rileva come l'unico criterio di distinzione realmente praticabile finisca per essere quello della natura dolosa (penalmente rilevante) o meramente colposa (rilevante solo amministrativamente) della condotta: ma anche siffatto criterio genererebbe problemi di non poco conto ("Si dovrebbe cioè pensare a un apparato di sanzioni amministrative gestite dalla Consob, con una complessa procedura di accertamento e irrogazione della sanzione (...) per fattispecie dal rilievo criminologico pressoché nullo, o comunque assai circoscritto").

normativa vigente sino al 2005<sup>774</sup>. Nonostante una siffatta soluzione- molto caldeggiata da una parte della dottrina- avesse il pregio di porre indubbiamente fine alla sistematica violazione del *ne bis in idem*, affidando la repressione degli abusi di mercato esclusivamente alla giurisdizione penale<sup>775</sup>, questa scelta di “pan-penalizzazione” sarebbe risultata- secondo altra dottrina- poco compatibile con il complesso degli strumenti sovranazionali, i quali propendevano per l’adozione di un sistema punitivo integrato<sup>776</sup>.

Ebbene, malgrado l’espreso mandato disposto dall’Unione europea e le speranze di un imminente intervento diffusesi in dottrina, il legislatore è rimasto inerme fino al d.d.l. di delegazione europea 2016, volto proprio ad adeguare la normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE, il quale era nel frattempo entrato in vigore: anche questa volta, però, il legislatore non sembra aver minimamente colto i moniti provenienti a livello nazionale e sovranazionale, decidendo sorprendentemente di perseverare nel ritenere superfluo e non necessario ogni intervento sul comparto penalistico degli abusi di mercato<sup>777</sup>.

---

<sup>774</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 200 e E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 283.

<sup>775</sup> A sostegno di tale tesi, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 202: secondo l’Autore, la giurisdizione penale “sarebbe assai meglio attrezzata dal punto di vista culturale, rispetto alla Consob, nella gestione di eventuali ipotesi di responsabilità meramente colposa, ove il legislatore ritenesse imprescindibile prevederne la sanzionabilità (...)”, e specifica inoltre che la Consob non rimarrebbe totalmente estranea al sistema, bensì “resterebbe, anche in questo scenario, cruciale”, continuando a svolgere attività di vigilanza sul mercato e di indagine sui sospetti di violazione, e continuando a svolgere un essenziale ruolo di supporto alla pubblica accusa durante il processo: “ma la parola finale sulle sanzioni irrogate al trasgressore spetterebbe, a questo punto, soltanto al giudice penale”.

<sup>776</sup> In tal senso, E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 283.

<sup>777</sup> Così, E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 276 il quale specifica come la scelta del legislatore sia stata una scelta deliberata, poiché la relazione illustrativa del provvedimento approvato in Consiglio dei Ministri afferma che “per quanto riguarda le sanzioni penali e amministrative pecuniarie previste rispettivamente dal regolamento (UE) n. 596/2014 e dalla direttiva 2014/57/UE, l’attuale relativa disciplina sanzionatoria di riferimento è contenuta nella parte V del TUF. Nell’ordinamento interno, le condotte dolose previste dalla direttiva risultano già oggetto di previsione sanzionatoria”. Lo *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* è consultabile in [http://www.dirittounioneuropea.eu/images/Disegno\\_di\\_legge\\_delegazione\\_europea\\_2016.pdf](http://www.dirittounioneuropea.eu/images/Disegno_di_legge_delegazione_europea_2016.pdf).

Con un approccio a dir poco minimalista il Governo ha optato così per l'omissione totale di iniziative, dando l'impressione di non aver effettuato una corretta esegesi del dato normativo sovranazionale e, soprattutto, di non aver preso totalmente coscienza in merito alle criticità della disciplina interna e ai contrasti tra quest'ultima e il diritto fondamentale al *ne bis in idem*: così facendo, l'esecutivo ha disatteso anche quello che era stato il monito formulato dalla Consulta con l'analizzata sentenza n. 102 del 2016, la quale aveva demandato al legislatore il compito di porre rimedio alle frizioni che il regime a doppio binario generava tra l'ordinamento nazionale e la CEDU<sup>778</sup>. L'irrazionalità complessiva del sistema-caratterizzato dalla pluralità di sanzioni comminate per gli abusi di mercato- che non sembra poter trovare una giustificazione neanche negli strumenti di coordinamento tra i procedimenti utilizzati dal Governo per dimostrare l'esistenza di una "*sufficiently close connection*", è stata pertanto lasciata intatta a causa del volontario mancato recepimento della MAD II<sup>779</sup>, costituente l'ennesima opportunità sprecata

---

<sup>778</sup> Cfr. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 276 il quale osserva che "una simile presa di posizione appare senz'altro criticabile sul piano della coerenza normativa con le fonti UE e dell'osservanza dei canoni giuspenalistici fondamentali". Sulla richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016, già analizzata, v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit..

<sup>779</sup> In tal senso, v. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., p. 279 ss.: l'Autore ribadisce come l'omesso recepimento della Direttiva abbia comportato l'elusione delle problematiche inerenti al sistema del doppio binario sanzionatorio, le quali non risultano giustificabili neanche sul piano della "connessione sostanziale e temporale" (così come richiesto dalla Corte EDU in "A e B"). Infatti, non può invocarsi il meccanismo di cui all'art. 187-terdecies t.u.f. (che prevede il contenimento delle sanzioni pecuniarie), il quale non consente di superare tutte le criticità del sistema, posto che le misure sanzionatorie amministrative di carattere accessorio ex art. 187-quater t.u.f. si aggiungono indiscriminatamente alle analoghe "pene accessorie" di cui all'art. 186 t.u.f., determinando un problema di proporzione delle sanzioni.

Allo stesso tempo, è da considerare la problematica, già osservata, inerente alle garanzie processuali: oltre alle menomazioni dei diritti dell'accusato, tipiche del procedimento di fronte alla Consob, ciò che rileva è la trasmigrazione degli esiti di accertamenti eseguiti in sede amministrativa al fascicolo delle prove (art. 187-decies t.u.f.). Una siffatta previsione potrebbe infatti valorizzare l'unitarietà della complessiva procedura sanzionatoria, tale da escludere qualsiasi *vulnus* al principio di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, ma così non è: rimane comunque il nodo dell'utilizzabilità processualpenalistica di elementi probatori acquisiti senza l'osservanza delle prescrizioni del codice di rito. Non potrebbero infatti essere eluse le garanzie processuali in materia di prova, in nome di una connessione tra accertamento amministrativo e penale.

Ultima osservazione è quella per cui il requisito della "*sufficiently close connection*" debba comunque essere inteso in senso restrittivo, per salvaguardare il *ne bis in idem*: pertanto

per conseguire finalmente il tanto auspicato adeguamento della normativa interna ai parametri di Strasburgo, nonché l'affermazione totale e concreta del divieto di *bis in idem*.

Difatti, neanche il successivo intervento del Parlamento, in occasione del quale erano stati auspicati degli emendamenti correttivi alla legge di delegazione europea, ha prodotto i risultati sperati: con legge n. 163 del 2017, le Camere hanno disposto-quali uniche interpolazioni del sistema punitivo degli abusi di mercato- una revisione dell'art. 187-*terdecies* t.u.f. e delle modifiche attinenti alla confisca amministrativa per fatti di *market abuse* (art. 187-*sexies* t.u.f.)<sup>780</sup>. In particolare, l'intervento sull'art. 187-*terdecies*, finalizzato ad evitare del tutto la duplicazione punitiva e non soltanto sul versante pecuniario, appare senz'altro positivo e condivisibile, ma non può non rilevarsi come, allo stesso tempo, implicitamente confermi e avalli il doppio accertamento- amministrativo e penale- dal quale deriva la violazione del *ne bis in idem*<sup>781</sup>.

Se questa è la situazione relativa all'ambito degli abusi di mercato, non può certo dirsi più soddisfacente l'atteggiamento del legislatore in merito al doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.

Infatti, sebbene la rigidità del cumulo sanzionatorio- previsto anche in siffatta materia- avesse determinato il diffondersi, in dottrina come in giurisprudenza, della

---

risultano ugualmente censurabili quelle procedure amministrative caratterizzate da misure punitive che non differiscono, per gravità e scopo, da quelle formalmente penali, e che rientrano pertanto nella "materia penale" (il che vale indubbiamente, secondo l'Autore, per le poderose e gravi sanzioni pecuniarie e interdittive inflitte dalla Consob).

<sup>780</sup> Vedi Legge 25 ottobre 2017, n. 163 recante delega al Governo per il recepimento delle Direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea- Legge di delegazione europea 2016-2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, commentata da E. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, cit., p. 228.

<sup>781</sup> Cfr. E. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, cit., pp. 228-229: in particolare, il terzo comma dell'art. 8 l. 163/2017 prescrive di "rivedere l'articolo 187-*terdecies* (...), prevedendo che l'autorità giudiziaria o la Consob tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate nonché disponendo che l'esecuzione delle sanzioni, penali o amministrative, aventi la medesima natura, sia limitata alla parte eccedente a quella già eseguita o scontata". In tal modo, infatti, si evita la duplicazione sanzionatoria senza però scongiurare- ma anzi presupponendo- l'instaurazione di entrambi procedimenti. L'Autore osserva come, a causa della "pervicace ostinazione" del legislatore nazionale nel non intervenire sul regime del doppio binario sanzionatorio, non sia da escludere a questo punto l'avvio di una procedura d'infrazione a carico dell'Italia per la mancata attuazione del diritto UE.

consapevolezza circa la necessità di una vera e propria opera di “bonifica” del sistema da parte del legislatore, volta ad eliminare le deroghe al principio di specialità che- in forza del citato art. 9 l. 689/1981- dovrebbe generalmente regolare i rapporti tra norme sanzionatorie penali e amministrative, siffatta opera non sembra aver avuto luogo neanche in occasione della riforma della disciplina penale tributaria (introdotta con d.lgs. n. 158 del 2015)<sup>782</sup>.

Nell’operare siffatta riforma, il legislatore ha scelto invero di lasciare immutato il sistema dei rapporti tra i procedimenti penale e amministrativo, sebbene la legge delega sembrava voler suggerire un’intensificazione del coordinamento tra sistemi repressivi: vero è che tale mancanza è stata controbilanciata da alcune novità normative- introdotte con lo stesso decreto legislativo- che hanno assunto il valore di rimedio (seppur involontario e a dir poco lacunoso) al rischio di doppia sanzione, ma a rimanere stabile e invariata è la reciproca autonomia degli accertamenti, e con lei le conseguenze negative dovute alla violazione del *ne bis in idem* (se non di quello sostanziale, senz’altro di quello processuale)<sup>783</sup>.

Le citate novità, costituenti un piccolo passo avanti volto a scongiurare il rischio di un *bis de eadem re* susseguente all’esercizio dell’azione penale, evitando in tal senso la violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale, si sostanziano nelle cause di non punibilità previste dal nuovo art. 13 d.lgs. n. 74/2000 in relazione a tutte le fattispecie di omesso versamento, le quali cause operano a condizione che, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, siano state estinte le sanzioni amministrative: lo scopo è, appunto, quello di impedire una nuova persecuzione in

---

<sup>782</sup> Così, G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., pp. 877-878 in cui si rileva che, nella materia tributaria, il principio di specialità di cui all’art. 9 l. 689/1981 è eluso dall’art. 21 d.lgs. 74/2000 in forza del quale, come già ampiamente osservato, l’amministrazione finanziaria, in esito all’attività di accertamento, deve non soltanto determinare il tributo evaso, ma anche irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate anche qualora ravvisi in esse estremi di reato.

<sup>783</sup> Sul punto, v. E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 550 ss.: L’Autore osserva come, nonostante la legge delega (l. n. 23/2014) facesse continuo riferimento (in particolare all’art. 8) al principio di proporzionalità quale elemento di discriminazione tra sanzione amministrativa e penale, spronando il legislatore a prestare particolare attenzione alla gravità dei comportamenti, nell’attuazione delle direttive sia mancato un intervento finalizzato a rendere realmente effettiva la tutela già esistente, migliorando i meccanismi di comunicazione tra autorità amministrativa e giurisdizione penale.

sede penale successivamente all'esecuzione delle sanzioni amministrative, evitando alla radice il rischio di un *ne bis in idem* sostanziale<sup>784</sup>.

Ebbene, se anche siffatto meccanismo può essere considerato un intervento efficace contro il rischio di cumulo sanzionatorio, il silenzio del legislatore sul punto, decisivo, del coordinamento tra i due procedimenti scarica sull'intero sistema i costi di un irragionevole duplicazione processuale, allontanando ancora di più il tanto agognato obiettivo di un sistema equilibrato<sup>785</sup>.

*Rebus sic stantibus*, la situazione d'immobilità appare piuttosto evidente: da una parte, una giurisprudenza troppo cauta e accorta per affermare la superiorità del diritto al *ne bis in idem* sui meccanismi sanzionatori interni, dall'altra, un legislatore inerme o per meglio dire assente, che continua a rinunciare a fornire risposte e soluzioni concrete ai molteplici problemi di compatibilità tra la normativa interna e il suddetto diritto fondamentale<sup>786</sup>.

In effetti, le pronunce delle Corti interne non hanno mancato di sottolineare la necessità di un intervento legislativo in materia, che portasse finalmente a termine la tanto desiderata e spronata- e, a questo punto del percorso, potremmo dire quasi

---

<sup>784</sup> Cfr. E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 551 ss.: tale causa di non punibilità, come già osservato in precedenza, è legata alle fattispecie di omesso versamento *ex artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater* d.lgs. n. 74/2000, ma opera anche in relazione alle fattispecie delittuose in materia di dichiarazione commesse senza frode (artt. 4 e 5 d.lgs. n. 74/2000), a condizione che prima della dichiarazione di apertura del dibattimento siano stati estinti "i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi", ancorché oggetto di quantificazione "a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso". Pertanto, quando i fatti oggetto del debito tributario adempiuto coincidano con quelli per i quali sia stato emesso l'avviso di accertamento, sarà esclusa alla radice la possibilità di una doppia sanzione. sul punto, v. anche M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 16 che specifica come tale aspetto della riforma abbia il pregio di aver attenuato (in modo del tutto preterintenzionale) le conseguenze del doppio binario penale-amministrativo.

<sup>785</sup> Così, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., p. 16 e E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 354. V. anche M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari nella prospettiva europea*, cit., p. 372 ss. che specifica come l'Unione europea, dal canto suo, da una parte avrebbe gli strumenti idonei per fornire un contributo utile in materia, dall'altra però- in relazione allo specifico profilo del rischio di duplicazione dei procedimenti e delle sanzioni nei confronti dello stesso soggetto- difficilmente potrebbe fornire un'indicazione di disciplina dettagliata e specifica.

<sup>786</sup> In tal senso, v. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2920-2921: "il caos ermeneutico che traspare dalle pronunce dei giudici nazionali è anzitutto figlio della colpevole latitanza del legislatore, sempre più preoccupato di rispondere, immancabilmente con il solo strumento della sanzione penale, alle mutevoli e contingenti istanze di sicurezza dei cittadini, coagulando e insieme interpretando in chiave strumentale il consenso sociale e indirizzandolo verso sempre più ben delineate tipologie di nemici".

utopistica- complessiva risistemazione dei rapporti tra illecito amministrativo e penale: d'altro canto, la stessa Corte costituzionale, da ultimo- come abbiamo visto- interrogata dal giudice di Monza, ha scelto di non intervenire con una scelta forte (quale avrebbe potuto essere la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio, come avvenuto in Francia), spegnendo così le ultime luci di speranza accesi in dottrina<sup>787</sup>.

Il legislatore, a sua volta, si sarebbe indubbiamente dovuto impegnare di più a tutelare realmente, e non soltanto mediante proclami, il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, ma occorre effettuare una riflessione doverosa in merito all'altra faccia di un ipotetico intervento giurisprudenziale: quella delle problematiche di compatibilità tra l'obbligo di conformarsi al diritto CEDU e la tradizione giuridica su cui si regge il diritto penale nazionale, con riferimento *in primis* al principio di riserva di legge<sup>788</sup>. Avrebbero potuto i giudici nazionali, nell'attesa che il legislatore si attivasse, derogare ad uno dei valori fondanti il nostro ordinamento democratico (tramite il ricorso, ad esempio, ad un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p.) nella prospettiva della massima garanzia dei diritti fondamentali, oppure il principio di riserva di legge dev'essere ancora difeso, nell'idea che il Parlamento rappresenti sempre e comunque l'organo più legittimato ad operare le scelte, giuste o sbagliate che siano, di criminalizzazione<sup>789</sup>?

---

<sup>787</sup> A tal proposito, C. FATTA, *op. cit.*, p. 23, la quale aveva appunto sperato che la Consulta cogliesse l'occasione, relativa alla questione sollevata dal Tribunale di Monza, per intervenire in maniera decisa come era stato fatto dal *Conseil constitutionnel* in Francia: quest'ultimo ha dichiarato infatti l'illegittimità costituzionale del doppio binario, "qualificando come sproporzionato il cumulo di sanzioni amministrative e penali per la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo del 1789, che impone al legislatore di prevedere soltanto pene che fossero strettamente ed evidentemente necessarie". V. anche E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2220.

<sup>788</sup> Ampiamente sul punto, E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2922 che evidenzia proprio come il principio di legalità (presente nella CEDU quale *inviolable core right*) venga inteso dalla Corte di Strasburgo "nella sua accezione più limitata di conoscibilità e, soprattutto, prevedibilità delle decisioni, essendo invece (...) la riserva di legge estranea alla tradizione giuridica convenzionale e alla copertura granitica dell'art. 7".

<sup>789</sup> Cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2922 in cui viene da una parte evidenziato come l'erosione della riserva di legge appaia, nella prospettiva di massima garanzia dei diritti e in un'ottica moderna, tutto sommato accettabile "se controbilanciata dalla ragionevole prevedibilità della decisione finale cui si guarda come all'ultimo baluardo della legalità e all'unico obiettivo realmente conseguibile, ancorché tutt'altro che a portata di mano, dal nostro Paese", dall'altra però si osserva come anche i diritti fondamentali siano "strumento di politica criminale e quindi storicamente e culturalmente condizionati": il principio di

Tra i mille dubbi e le incertezze che ancora permeano il terreno del doppio binario e dei suoi rapporti col divieto di *bis in idem*, non resta che individuare le uniche soluzioni che sembrano sussistere, in una prospettiva ipotetica e (forse fin troppo) ottimistica.

Su un piano generale, le incompatibilità tra la normativa sanzionatoria interna e i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo conducono ad ipotizzare la possibilità di un ripensamento dei rapporti tra le due grandi categorie di sanzioni (penali e amministrative), fino ad immaginare la costruzione di quella che dalla dottrina è stata definita quale “teoria generale dell’illecito”: una teoria che prende piede dalla problematica inerente all’esigenza di attenuare il distacco tra la concezione “formale” della legalità penale- propria del nostro sistema giuridico- e la visione invece “sostanziale” dello stesso concetto che viene adottata dalla Corte di Strasburgo (basti pensare al concetto autonomo di “materia penale”, adottato dalla stessa Corte per superare le qualificazioni formali)<sup>790</sup>.

Con uno sforzo interpretativo (di certo impegnativo, ma non impossibile), siffatta soluzione consentirebbe di operare una combinazione “virtuosa” delle due prospettive, e di risolvere quell’irragionevolezza per cui la concezione di legalità formale legata al principio di riserva di legge- la quale risulta, all’apparenza, più garantista in termini di certezza del diritto- ha portato in realtà ad una limitazione, come visto, delle garanzie fondamentali, mentre la concezione sostanziale- la quale, al contrario, appare meno garantista per le incertezze cui può dar luogo- ha condotto ad un ampliamento delle stesse garanzie<sup>791</sup>.

---

riserva di legge merita ancora di essere difeso in quanto l’organo legislativo continua ad essere l’unico legittimato ad operare una valutazione su un piano di generalità e astrattezza. Pertanto, l’Autrice conclude osservando che “per prevenire il caos che può derivare (...) dal ricorso all’interpretazione convenzionalmente conforme o, ove possibile, alla disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile, secondo la volubile logica del caso concreto, l’unica alternativa- ma in prospettiva *de jure condendo*- è una (seria) rivoluzione delle fondamenta della nostra cultura giuridica e della nostra Costituzione, orientata a privilegiare il precedente in luogo della preminenza della legge attraverso la previsione di meccanismi che ne garantiscano la vincolatività”.

<sup>790</sup> Sul punto, v. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., p. 12; sulla concezione formalistica del reato tipica del nostro ordinamento nazionale, e sulla distanza con la concezione sostanziale elaborata dalla Corte EDU, v. anche P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 389 ss.

<sup>791</sup> Cfr. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., pp. 12-13 in cui si specifica come tale combinazione di prospettive sarebbe da perseguire soprattutto in vista del ruolo del principio di legalità di

Nondimeno, se la creazione di tale “teoria generale” sembra un’ipotesi risolutiva piuttosto astratta, e che si scontra per certi versi con una non sottovalutabile tradizione giuridica, le altre *chances* nelle mani del legislatore non possono che essere quelle già sollecitate in dottrina: da una parte, un’operazione- anche solo parziale- di *reductio ad unum* dei modelli punitivi interni, volta a trasformare le ipotesi di possibile cumulo tra sanzione penale e amministrativa in altrettanti casi di concorso apparente tra norme, riconducendo siffatto concorso ai criteri sostanziali mediante l’enunciazione espressa del principio di assorbimento<sup>792</sup>.

Dall’altra parte, una soluzione ancora più drastica e completa: la rinuncia *tout court*, cui si è già fatto cenno, alla sanzione amministrativa rispetto agli illeciti oggetto del doppio binario, per far sì che vengano puniti esclusivamente in sede penale<sup>793</sup>. Naturalmente una soluzione di tal genere comporterebbe conseguenze negative in termini di celerità del procedimento e immediatezza dell’irrogazione, e in generale ne risentirebbe l’efficienza dei suddetti sistemi sanzionatori- creati proprio per fornire una risposta sanzionatoria rilevante nei confronti di comportamenti lesivi di interessi generali- ma ne gioverebbe senza dubbio l’operatività di un diritto

---

supporto agli interventi del diritto dell’Unione europea: “Il canone, di rilievo costituzionale, della legalità formale rappresenta, in effetti, una paratia alla penetrazione in ambito nazionale degli arresti della giurisprudenza di Strasburgo solo nella misura in cui si traduce in una “valvola di garanzia” aggiuntiva, correlata all’esigenza della “legittimazione democratica” del soggetto investito del potere di normazione *in subiecta materia*”. La rimeditazione dei rapporti tra sistemi sanzionatori amministrativi e penali, volta ad un avvicinamento al “concetto autonomo” d’illecito penale stabilito dalla CEDU, è caldeggiata, in una prospettiva *de jure condendo*, anche da P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 393.

<sup>792</sup> Così, P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 393 che evidenzia come, così facendo, quando la sanzione amministrativa “commini, per una ipotizzata condotta, una punizione di gravità tale da poter essere giustificata solo con uno o più degli scopi (...) tradizionalmente assegnati alla “pena criminale”, non si potrà più ammettere che la medesima azione rientri anche nell’area d’applicazione d’una norma penale incriminatrice la quale necessariamente “assorba” la fattispecie antiggiuridica amministrativistica”. Infatti, il cumulo tra pene potrà legittimamente essere conservato solo qualora la sanzione amministrativa risponda a delle proprie specifiche finalità di sicurezza. L’operazione di trasformazione da cumulo a concorso apparente di norme richiederà, precisa l’Autore, “sia l’eliminazione delle clausole di riserva omologhe a quella del citato art. 187-ter sia l’enunciazione espressa del principio di assorbimento (...)”.

<sup>793</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 202.

fondamentale- di antichissima tradizione anche se di recente riconoscimento a livello europeo- come il *ne bis in idem*<sup>794</sup>.

In fondo, se l'obiettivo è trovare una soluzione, il compromesso sembra inevitabile: la tutela reale di un diritto fondamentale non può non scontrarsi, in questo caso, con la necessità di contrastare efficacemente pericolose manifestazioni di criminalità economica, e d'altro canto non è pensabile uscire dal labirinto senza adattare le proprie idee, le proprie tradizioni giuridiche e i propri valori ad una realtà che cambia e che- tutt'oggi- appare in continuo movimento<sup>795</sup>.

I diritti fondamentali meritano di essere presi sul serio e di essere rispettati nella pratica, anche a costo di sacrifici<sup>796</sup>.

### **3. *Ne bis in idem* e concorso apparente di norme: riflessioni sul rapporto tra la nozione convenzionale di *idem factum* e il principio di specialità a margine dei recenti approdi delle Sezioni Unite.**

Un ultimo profilo su cui vale la pena soffermarsi, ai fini della nostra indagine, è quello che attiene ai rapporti tra la portata strettamente processuale del principio del *ne bis in idem*, e quella sostanziale consistente- come visto- nel divieto di duplice sanzione per il medesimo fatto: nonostante siano già stati esaminati in precedenza i tratti differenziali e le interconnessioni sussistenti tra tali due facce della medaglia<sup>797</sup>, ciò su cui occorre adesso spostare l'analisi è l'influenza che la giurisprudenza della Corte EDU- e tutto il suo percorso ermeneutico relativo al concetto di *idem factum*-

---

<sup>794</sup> In tal senso, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 202, che rileva come, in effetti, la realizzazione di tale soluzione non sia facile, in quanto il sistema delineato- ad esempio per gli abusi di mercato- coniuga i vantaggi sia delle sanzioni amministrative (immediatezza, procedimento poco formalizzato) sia di quelle penali (effetto stigmatizzante e deterrenza). Eppure, l'effetto complessivo di quel sistema "dal punto di vista del destinatario della potestà sanzionatoria (amministrativa o penale che sia) è quello di una duplicazione dei costi- finanziari, emotivi, umani- delle sofferenze necessariamente insite in ogni procedimento sanzionatorio (...)"

<sup>795</sup> Così, E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2924 che osserva: "Come ammoniva Norberto Bobbio, si può uscire dal labirinto soltanto affidandosi alla ragionevolezza, più che alla fede cieca nelle proprie ragioni".

<sup>796</sup> A tal proposito, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., p. 202 e E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2924.

<sup>797</sup> V. retro, cap. I, par. 3.

ha esercitato sull'istituto sostanziale del concorso apparente di norme, e in particolare sul principio di specialità.

Se il sistema repressivo vigente del “doppio binario”, sinora trattato, è stato ritenuto contrario ai principi convenzionali (nello specifico all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU), ciò che ha suscitato non pochi dubbi interpretativi è la compatibilità tra il suddetto meccanismo sanzionatorio e i principi sostanziali che regolano attualmente la materia penale: da un punto di vista prettamente dogmatico, infatti, il problema dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo dovrebbe essere risolto distinguendo, da una parte, l'ipotesi in cui, posta la diversa finalità delle due sanzioni- punitiva quella penale, risarcitoria quella amministrativa- entrambe le norme risultano applicabili<sup>798</sup>; dall'altra, il caso in cui, stante la primaria finalità punitiva di entrambe le sanzioni, l'applicazione congiunta delle stesse condurrebbe alla violazione del principio generale del *ne bis in idem* sostanziale<sup>799</sup>.

È in relazione a quest'ultima situazione, pertanto, che dovrebbero entrare in gioco i tradizionali canoni interpretativi in materia di concorso apparente di norme, finalizzati ad individuare quale, tra le due disposizioni, prevalga sull'altra e sia in concreto applicabile al caso di specie: non a caso, molte sono state le voci in dottrina, cui abbiamo precedentemente fatto cenno, che hanno ipotizzato- quale possibile soluzione per rimuovere la violazione della garanzia convenzionale- una valorizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale con la conseguente applicazione dei suddetti criteri<sup>800</sup>.

---

<sup>798</sup> Cfr. A. CARERI, *op. cit.*, p. 9 in cui si specifica come, in virtù delle considerazioni operate dalla giurisprudenza europea- la quale ha censurato il meccanismo del “doppio binario” ogniqualvolta la sanzione amministrativa possieda i requisiti che connotano la *matière pénale*- qualora, nel caso di specie, le due sanzioni perseguano finalità differenti, allora le relative norme dovrebbero trovare applicazione in quanto nessuna delle due esaurisce l'intero disvalore del fatto e le diverse finalità da esse perseguite. Sul punto, v. anche P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 393.

<sup>799</sup> A. CARERI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>800</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, p. 9 che evidenzia la differenza tra una violazione sistemica e una violazione patologica del *ne bis in idem* convenzionalmente inteso: infatti, quella relativa al meccanismo del doppio binario è stata condannata dalla Corte EDU quale violazione sistemica, poiché sono le stesse norme di diritto sostanziale che ammettono la configurabilità di un concorso di illeciti “sostanzialmente” penali in relazione allo stesso fatto (derivando da ciò un'esplicita deroga al principio del *ne bis in idem* sostanziale, attuata attraverso l'esclusione dell'operatività del criterio della specialità). Una violazione è invece patologica quando in base alla normativa sostanziale risulta configurabile un unico illecito (proprio perché essa considera la potenziale sovrapposizione di diverse fattispecie quale

Ebbene, la stessa materia dei criteri atti a regolare il concorso apparente di norme penali (e, nel caso che a noi interessa, di norme punitive amministrative) è da tempo terreno fertile di contrasti tra dottrina e giurisprudenza, quest'ultima ferma e decisa nel ritenere che l'unico criterio utilizzabile dall'interprete per stabilire se un medesimo fatto sia o meno riconducibile ad un'unica norma incriminatrice sia il principio di specialità, di cui all'art. 15 c.p.<sup>801</sup>. Siffatta posizione si scontra con quella della dottrina prevalente che, al contrario, tende- per ragioni di giustizia sostanziale- ad ampliare la gamma di criteri utilizzabili per risolvere il concorso apparente: partendo dal presupposto per cui il solo principio di specialità non sarebbe di per sé sufficiente a scongiurare un'ingiusta duplice punizione di uno stesso soggetto per il medesimo fatto, in dottrina sono stati elaborati i già citati principi dell'assorbimento- ricondotto al *ne bis in idem* sostanziale- e di sussidiarietà, entrambi sprovvisti di espressa previsione legislativa<sup>802</sup>.

---

ipotesi di concorso apparente di norme). Sulla riaffermazione del *ne bis in idem* sostanziale quale possibile causa di rimozione della violazione convenzionale, cfr. G. FLICK- V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., p. 877 (i quali sottolineano che nonostante non si possa “misconoscere che le due declinazioni del *ne bis in idem*- quella sostanziale (...) e quella processuale (...) - siano sorrette da *rationes* diverse e operino su piani distinti”, “È innegabile, tuttavia, che- specie nei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo- detti principi presentino una stretta connessione funzionale”) e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., pp. 15-16.

<sup>801</sup> Ampiamente sul punto, v. G. MULÀ, *Le Sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 04.06.2017, p. 2 ss e L. DELBONO, *Concorso di norme e ne bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 01.02.2018, p. 3 ss.; cfr. anche A. CARERI, *op. cit.*, p. 10 e G. SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 181 ss.. Il principio di specialità, disciplinato dall'art. 15 c.p.- vale la pena ricordarlo- prevede che, quando due norme penali siano applicabili ad una stessa fattispecie concreta, quella speciale debba prevalere su quella generale, evitando così una duplicazione di sanzioni per lo stesso fatto.

<sup>802</sup> Cfr. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 2 che specifica come, secondo il principio di assorbimento, nell'ipotesi di concorso apparente di norme, la norma applicabile sarebbe quella che prevede la sanzione più grave: “Il criterio del *ne bis in idem* sostanziale si fonda sull'assunto per cui il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accompagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici. Di conseguenza, la sanzione prevista per il reato più grave ingloberebbe in sé anche il disvalore penale degli altri reati”. Il secondo principio invece, ovvero quello di sussidiarietà, si fonda sull'idea per cui il concorso apparente di norme si verificherebbe “quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano una progressione criminosa rispetto a un dato bene giuridico, in termini di gravità di danno inferto al medesimo. (...) Di qui la necessità di

Ed è proprio siffatta mancanza ad essere stata utilizzata dalla giurisprudenza per rigettare l'applicabilità dei criteri di elaborazione dottrinale: l'unico principio espressamente previsto dal legislatore per la risoluzione del concorso apparente di norme è quello di specialità, la cui relativa disposizione esclude espressamente, per di più, ogni deroga al suddetto principio, in assenza di apposita previsione di legge<sup>803</sup>.

Senza addentrarci troppo in tale diatriba, è bene solo ai nostri fini evidenziare come le cosiddette teorie pluralistiche diffuse in dottrina, sebbene abbiano il pregio di attribuire una particolare rilevanza al disvalore penale delle fattispecie, non siano state accolte dai giudici nazionali, i quali - nel qualificare quello di specialità quale unico principio risolutivo del concorso apparente di norme - hanno, a dire il vero, sancito l'utilizzo del principio di specialità in astratto e non in concreto, mossi dall'esigenza di evitare arbitri giudiziari e soluzioni giurisprudenziali oscillanti<sup>804</sup>. Pertanto, il rapporto di specialità tra le norme è sempre stato valutato, dalla

---

punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto". Sul contrasto tra dottrina e giurisprudenza in questione, v. anche A. CARERI, *op. cit.*, pp. 10-11 e L. DELBONO, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>803</sup> Così, G. MULÀ, *op. cit.*, p. 2 e L. DELBONO, *op. cit.*, pp. 3-4 in cui a tal proposito si specifica, però, che dalla stessa clausola "salvo che sia altrimenti stabilito" - prevista dall'art. 15 c.p. - la dottrina abbia evinto la possibilità di utilizzare principi ulteriori e diversi da quello espressamente previsto dalla norma codicistica: tali principi alternativi sarebbero infatti di frequente evocati dallo stesso legislatore mediante l'apposizione, in specifiche fattispecie, di clausole di salvezza (quale, ad esempio, "salvo che il fatto non costituisca più grave reato"), regolanti l'operare dell'una o dell'altra norma sulla base della qualificazione del fatto. Inoltre, altra parte della dottrina ha sostenuto che i criteri di sussidiarietà ed assorbimento opererebbero a prescindere da espliciti richiami legislativi proprio come se fossero principi generali dell'ordinamento (come si ricaverebbe anche dagli artt. 84, 61, 62, 68 c.p.): pertanto l'Autrice rileva come, secondo la dottrina, suddetti criteri sarebbero sia tacitamente rinvenibili a livello sistematico, sia codificati in tutti i quei casi in cui il legislatore abbia previsto una clausola di riserva.

<sup>804</sup> Cfr. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 3, che spiega come siano sussistenti, in giurisprudenza, argomenti in favore della specialità in concreto (che pone al centro dell'analisi la manifestazione concreta del fatto di reato) e altri in favore della specialità in astratto: verso la prima soluzione propenderebbe sia l'art. 9 l. 689/1981 - il quale utilizza la locuzione "stesso fatto" in luogo di "stessa materia" - sia la maggiore idoneità della stessa a garantire l'equità del caso concreto; in favore della specialità in astratto sarebbe invece la considerazione per cui solo quest'ultima assicura la certezza del diritto, in quanto non contaminata da giudizi sul fatto. Ebbene, i giudici nazionali hanno semore privilegiato il criterio di specialità in astratto (tra tutte, v. Cass. n. 47683 del 04-10-2016). Sul punto, v. anche L. DELBONO, *op. cit.*, p.p. 3-4 che evidenzia come il disvalore penale delle fattispecie, considerato essenziale dalla dottrina, sia invece totalmente ignorato quando si applichi il principio di specialità in astratto, inteso come confronto strutturale tra disposizioni.

giurisprudenza maggioritaria, prendendo in considerazione la struttura astratta delle fattispecie in questione e operando un confronto strutturale astratto tra le stesse<sup>805</sup>.

Tale consolidato orientamento giurisprudenziale è stato ribadito da ultimo dalle Sezioni Unite con sentenza del 28 aprile 2017 n. 20664, inerente al rapporto tra malversazione ai danni dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: rigettando l'argomento per cui i due reati non potessero concorrere in quanto in rapporto di sussidiarietà tra di loro, la Corte ha sottolineato la rilevanza del solo criterio di specialità *ex art. 15 c.p.*, il quale non risultava applicabile al caso di specie, con conseguente possibilità di configurare un concorso tra le due fattispecie di reato<sup>806</sup>.

Ma la citata sentenza interessa, in particolar modo, per l'espressa posizione presa, per la prima volta in maniera chiara, dalle Sezioni Unite in merito alla relazione sussistente tra il principio di specialità- per come interpretato e operante nel nostro ordinamento- e il concetto di *idem factum* di matrice convenzionale, con il quale il confronto era divenuto ormai inevitabile. Come abbiamo ampiamente avuto modo di osservare, infatti, uno dei punti essenziali sviluppato nel percorso ermeneutico seguito dai giudici di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* è quello inerente alla valutazione sulla "medesimezza" del fatto: in svariate pronunce la Corte EDU ha sancito che, per ritenere violato il divieto di *bis in idem*, occorre verificare

---

<sup>805</sup> Così, G. MULÀ, *op. cit.*, p. 3: l'esigenza di evitare l'incertezza delle pronunce giurisprudenziali ha avuto la meglio sulle esigenze di giustizia del caso concreto.

<sup>806</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28-04-2017, n. 20664, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, commentata da S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 08.05.2017. Vale la pena specificare come l'orientamento maggioritario in giurisprudenza (e accolto dalla sentenza in questione) riteneva che i due reati concorressero in virtù della diversità della materia trattata e della conseguente inapplicabilità dell'art. 15 c.p., mentre l'orientamento opposto sosteneva l'esclusione del concorso tra i due reati in quanto offensivi del medesimo bene giuridico e, pertanto, in rapporto di sussidiarietà (la malversazione sarebbe stata assorbita dalla truffa). La Corte ha infatti ribadito come qualsiasi criterio valutativo diverso da quello di specialità, per stabilire se due fattispecie concrete siano sussumibili sotto un'unica norma, sia da considerare privo di "sostegno ermeneutico". La stessa pronuncia è analizzata anche da G. MULÀ, *op. cit.*, p. 1 ss. e richiamata da A. CARERI, *op. cit.*, p. 17 ss. e L. DELBONO, *op. cit.*, p. 3 in cui se ne riporta la massima: "Nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta della fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore"-

l'identità dei fatti materiali oggetto di duplice giudizio, intesi nella loro concreta manifestazione e senza il riferimento alla fattispecie astratta<sup>807</sup>.

Le conclusioni raggiunte e i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo, ma fatti propri anche dalla Corte di Giustizia, non sembrano essere mutati neanche con il *revirement* giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza “A e B c. Norvegia”: nonostante l'introduzione dei nuovi criteri volti a verificare la sussistenza del *bis*, nulla è stato rivisto in merito alla nozione di *idem*, che continua ancora oggi a dipendere dalla commissione di un unico fatto materiale, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica<sup>808</sup>.

La diretta conseguenza di siffatto orientamento sovranazionale è, pertanto, la totale mancanza di rilievo dell'*idem* legale, ovverosia delle plurime qualificazioni giuridiche attribuite dall'ordinamento nazionale a un determinato fatto: considerato l'approccio decisamente sostanziale e fattuale adottato da Strasburgo, che pone al centro dell'accertamento la manifestazione sensibile dei fatti, parte della giurisprudenza nazionale ha così cominciato a mettere in discussione l'attualità e la validità del criterio della specialità in astratto (il quale, concentrandosi invece sulla fattispecie astratta, consente che uno stesso fatto sia punito in base a due distinte norme, qualora le due non si pongano in rapporto di specialità)<sup>809</sup>.

---

<sup>807</sup> Cfr. A. CARERI, *op. cit.*, p. 11 ss. che richiama, in tal senso, alcune delle pronunce più importanti con cui la Corte EDU ha sancito la nozione fattuale concreta di *idem factum* (alla nota 44): *in primis* la sentenza “Zolotukhin c. Russia” del 2009 che si riferisce a “fatti identici o sostanzialmente uguali”, “Grande Stevens c. Italia” del 2014 che parla di identità del “comportamento”; “Nykanen c. Finlandia” e “Lucky Dev c. Svezia” del 2014 in cui l'*idem factum* si definisce quale “un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio”. Sull'orientamento consolidato della Corte EDU, v. anche L. DELBONO, *op. cit.*, p. 7 ss., G. MULÀ, *op. cit.*, p. ss. e G. SERRA, *op. cit.*.

<sup>808</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, p. 11 che specifica come la nozione di *idem* continui ad essere quella stabilita in “Zolotukhin”. Per quanto riguarda la Corte di Lussemburgo, l'Auditrice richiama (alla nota 45) la sentenza della CGUE, 09-03-2006, C-436/04, Van Esbroek, in [www.curia.eu.it](http://www.curia.eu.it) in cui si stabilisce che il criterio per valutare l'identità dei fatti è quello della corrispondenza dei fatti materiali, “intesi come un insieme di circostanze concrete indissolubilmente connesse tra loro nel tempo, nello spazio, piuttosto che per il loro oggetto”.

<sup>809</sup> Cfr. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 6 che evidenzia il contrasto tra il principio di specialità in astratto, adottato dalla giurisprudenza nazionale, e la nozione convenzionale di “medesimezza del fatto”, in base alla quale “se un ordinamento nazionale considera un fatto sotto un duplice profilo, ed è già intervenuta una condanna, non si potrà assoggettare un soggetto a un nuovo procedimento per lo stesso fatto, ma riguardato sotto altro aspetto giuridico”.

Ciò che molti dei giudici nazionali hanno cominciato a domandarsi era, appunto, se la suddetta prospettiva europea- che era già stata accolta dalla giurisprudenza interna in tema di *ne bis in idem* processuale (art. 649 c.p.p.)- fosse idonea ad influenzare anche la classica concezione interna del principio di specialità, il quale- come visto- trova applicazione nella distinta ma combaciante dimensione sostanziale del *ne bis in idem* stesso: agli autori che- evidenziando l'autonomia tra la sfera processuale e quella sostanziale del principio- sostenevano l'applicabilità dell'*idem factum* convenzionale alla sola versione processuale del divieto (con nessun effetto sul piano del diritto sostanziale, nel quale doveva continuare ad operare il principio di specialità in astratto), si alternavano interpreti i quali- ritenendo non sottovalutabile la rinnovata attenzione alla manifestazione concreta del fatto- affermavano l'idoneità delle indicazioni provenienti da Strasburgo a influenzare anche il procedimento logico interpretativo formulato dalla giurisprudenza in occasione dell'applicazione del canone di specialità<sup>810</sup>.

Giova evidenziare come le basi concrete per l'affermazione di quest'ultimo orientamento fossero, in effetti, già state poste dalle opinioni (parzialmente) dissenzienti dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque nel caso "Grande Stevens", nelle quali era stato operato un espresso riferimento al principio di specialità *ex art. 9 l. 689/1981*: secondo i due giudici europei tale garanzia, "preventiva" rispetto ad una duplicazione sanzionatoria, si era rivelata non sufficiente a scongiurare suddetta duplicazione, posto che- operando sull'astratta formulazione delle norme, come da

---

<sup>810</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, pp. 12-13. In relazione al primo orientamento, v. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 9 che spiega le ragioni circa l'inapplicabilità dei criteri convenzionali al principio di specialità di natura sostanziale: "Sia la giurisprudenza della Corte EDU, sia quella della Corte costituzionale, sono concordi nel ritenere che il divieto del *ne bis in idem* abbia carattere processuale, e non sostanziale. Da qui il corollario per cui i principi costituzionali e l'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU non richiedono che ad un fatto corrisponda una punizione; essi esigono soltanto che un soggetto non possa essere chiamato due volte, in separati giudizi, a rispondere dello stesso fatto, al fine di non proiettare sull'individuo l'ombra sinistra della provvisorietà della sua libertà personale e della perpetuità della pretesa punitiva dello Stato". In poche parole, secondo tale orientamento non può derivarsi dai canoni convenzionali il divieto di duplice punizione per uno stesso fatto, ma soltanto quello di doppio processo: ben può essere un fatto valutato alla stregua di tutte le norme incriminatrici che lo tipizzano, purché siffatta valutazione venga iniziata e conclusa nell'ambito di un unico procedimento.

tradizione- le Corti interne avevano con facilità dichiarato la non applicabilità del principio di specialità nel caso in questione<sup>811</sup>.

In realtà- hanno affermato i giudici nella *dissenting opinion*- ben si sarebbe potuto applicare il canone della specialità, anche partendo da un confronto strutturale tra le due norme in questione (artt. 185 e 187-ter t.u.f.), essendo in ogni caso non ammissibile né condivisibile, nella prospettiva di tutela europea, una visione asettica e astratta della specialità, ma essendo sempre- al contrario- necessario porre al centro dell'analisi ermeneutica il fatto concreto<sup>812</sup>. Dall'opinione dei giudici dissenzienti emergeva, pertanto, l'esigenza che la tendenza a valutare la concretezza del fatto, già caratterizzante la dimensione processuale del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p., coinvolgesse anche l'omologa prospettiva sostanziale, e conseguentemente il principio di specialità<sup>813</sup>.

Ebbene, sullo sfondo rappresentato dal conflitto tra i due orientamenti delineati si staglia senza dubbio, a livello nazionale, la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016, di cui abbiamo ampiamente trattato<sup>814</sup>: con tale pronuncia, infatti, la Consulta- nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 649

---

<sup>811</sup> Sul punto, E. PENCO, *Il principio di specialità "amministrativa"*, in *Diritto Penale Contemporaneo (Riv. Trim)*, 2015, n. 3, p. 68 che specifica anche come, in realtà, il ragionamento operato dalle Corti interne per escludere l'applicabilità del principio di specialità nel caso "Grande Stevens" fosse non convincente. V. anche A. CARERI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>812</sup> Cfr. E. PENCO, *op. cit.*, pp. 68-69: secondo i giudici, nel caso di specie si poteva applicare il canone della *lex specialis* in quanto gli elementi caratterizzanti l'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo (ossia alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari e presenza del dolo) erano da considerare quali elementi specializzanti rispetto alla fattispecie generale di manipolazione del mercato *ex art. 187-ter t.u.f.*. Sul punto, cfr. anche A. CARERI, *op. cit.*, p. 13, che osserva: "Dopo la precisa presa di posizione della Corte europea a favore dell'*idem factum* non sarebbero più possibili irragionevoli valutazioni normative volte a "spezzettare" la condotta tipica, dalle quali far discendere, sul piano giuridico, differenze che non trovano riscontro nella realtà fattuale. Seguendo questa impostazione, in presenza di uno stesso fatto materiale, una sola sarebbe la norma utilizzabile, ed una sola la corrispondente sanzione".

<sup>813</sup> E. PENCO, *op. cit.*, p. 69 che specifica come, a parere dei giudici dissenzienti, il primo *step* da operare in punto di applicazione del principio di specialità sarebbe la verifica della sussistenza di uno "stesso fatto", operazione preliminare e necessaria per l'individuazione di un concorso apparente di norme. Sulla parziale *dissenting opinion* in questione, v. anche M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem* (Rel. n. 35/2014), cit., p. 16 in cui si afferma che il principio di specialità "torna ripetutamente nell'interpretazione del principio del *ne bis in idem* proposta dalla giurisprudenza europea e si pone come vero e proprio banco di prova della tenuta del sistema normativo interno rispetto a quello convenzionale".

<sup>814</sup> V. retro, cap. III, par. 1.

c.p.p.- ha anche chiarito i dubbi interpretativi in merito alla valutazione dell'identità del fatto, escludendo la rilevanza del mero *idem* legale ma includendo nella stessa nozione di *idem factum*- allo stesso tempo- oltre alla condotta anche l'evento e il nesso causale, pervenendo così all'adozione della nozione accolta dalla Corte di Strasburgo quale "insieme di circostanze fattuali inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio"<sup>815</sup>. Per mezzo di siffatte conclusioni la Corte ha dunque stabilito che, tanto nel sistema costituzionale, quanto in quello convenzionale, l'instaurazione di un nuovo giudizio non può che dipendere da valutazioni che attingono esclusivamente alla dimensione concreta e fattuale dell'illecito<sup>816</sup>.

Tale sentenza e l'assunto che ne deriva hanno indotto inevitabilmente dottrina e giurisprudenza a svolgere una considerazione, che si ricollega alla diatriba poc'anzi illustrata inerente ai criteri risolutivi del concorso apparente di norme: posto l'orientamento seguito dalla Corte EDU nonché dalla Consulta, e considerata l'innegabile restrizione all'operatività del concorso apparente di norme causata dall'applicazione del principio di specialità in astratto (fondato esclusivamente sul confronto delle fattispecie normative), ci si è chiesti se non fosse conveniente conferire legittimazione ufficiale- nell'ordinamento italiano- ai criteri dell'assorbimento, della sussidiarietà e della specialità in concreto<sup>817</sup>.

---

<sup>815</sup> Sul punto, A. CARERI, *op. cit.*, p. 14 ss. che ripercorre il percorso ermeneutico seguito dalla Consulta per giungere alla valutazione del concetto di "medesimo fatto": questa, partendo dall'indirizzo maggioritario avallato dalle Sezioni Unite nel 2006 (n. 34655, Donati), evidenzia come la nozione di *idem factum* fosse già strettamente connessa alla dimensione fattuale, e come l'orientamento legato all'*idem* legale sia da considerare minoritario. Inoltre la stessa Corte ha, come visto, rigettato l'argomento inerente all'inapplicabilità del *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati sostenendo che quest'ultima lettura della norma si allontana, per l'appunto, dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, nascondendo giudizi fondati sull'*idem* legale in violazione dei principi convenzionali. Per un ampio approfondimento in merito alla sentenza citata, si richiamano, tra tutti, D. PULITANÒ, *op. cit.*, e P. FERRUA, *op. cit.*.

<sup>816</sup> Cfr. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 8.

<sup>817</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, p. 16 che evidenzia come l'orientamento seguito dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale appaia favorire il ricorso ai canoni ermeneutici di elaborazione dottrinale: questi infatti risulterebbero idonei a scongiurare la possibilità di una doppia punizione in violazione del *ne bis in idem* sostanziale, infatti "esaminando prevalentemente la dimensione "storica" del fatto, estendono l'ambito di operatività del concorso apparente: si tratta, peraltro, di criteri che in origine erano sorti proprio per evitare che un fatto, sussumibile nella sua dimensione concreta sotto più fattispecie, potesse essere punito in base ad ognuna di esse, a prescindere dal rapporto strutturale sussistente tra le relative disposizioni punitive che le prevedono".

Su siffatta questione hanno preso espressamente posizione le Sezioni Unite proprio con la citata sentenza del 2017 n. 20664, affermando che, sebbene si fosse diffusa la tendenza a ritenere che ad un fatto debba corrispondere una sola punizione, occorre comunque negare che l'interesse volto alla dimensione concreta del fatto implichi l'apertura ai criteri alternativi elaborati dalla dottrina in materia di concorso apparente di norme: sia la giurisprudenza di Strasburgo, sia quella costituzionale avrebbero, afferma la Suprema Corte, conferito al divieto di *bis in idem* valore esclusivamente processuale e non sostanziale, interpretando di conseguenza tanto i principi costituzionali, quanto l'art. 4 Protocollo 7 CEDU, come preclusivi del solo doppio giudizio e non di una doppia punizione per uno stesso fatto<sup>818</sup>. Se da suddetti principi dovesse, infatti, desumersi al contrario anche l'assunto per cui la commissione di un fatto astrattamente sussumibile sotto più fattispecie implichi la necessità di un'unica punizione, allora si dovrebbe concludere per l'illegittimità costituzionale delle norme sul concorso formale (art. 81, comma 1 c.p.)<sup>819</sup>.

In sintesi, le Sezioni Unite hanno, con la pronuncia in esame, escluso che dalle evoluzioni interpretative in tema di *ne bis in idem* processuale possano discendere effetti anche in relazione ad istituti di diritto penale sostanziale: se uno stesso fatto è riconducibile a più fattispecie, questo resta valutabile alla luce di tutte le norme messe a disposizione dall'ordinamento (purché nell'ambito di un solo procedimento)<sup>820</sup>. La nozione convenzionale (e costituzionale, a partire dalla sentenza n. 200 del 2016) di *idem factum* non può influenzare, secondo la Cassazione, l'operatività del principio di specialità in astratto.

La conclusione raggiunta dalla Suprema Corte ha destato, com'era immaginabile, non poche critiche in dottrina: anzitutto, alcuni autori hanno evidenziato la non persuasività dell'argomento utilizzato dai giudici della Cassazione per escludere l'operatività dei principi di assorbimento, sussidiarietà e specialità in concreto, basato sulla considerazione- fondata dai propri autorevoli precedenti- per

---

<sup>818</sup> Cfr. G. MULÀ, *op. cit.*, p. 9: le Sezioni Unite sottolineano, in tale sentenza, che sia le garanzie convenzionali, sia quelle costituzionali esigono soltanto che uno stesso soggetto non venga sottoposto a giudizio per uno stesso fatto. In realtà, abbiamo auto modo di osservare in precedenza come dal principio di cui all'art. 4 Protocollo 7 CEDU si possa ricavare tanto il divieto di *bis in idem* processuale, quanto quello sostanziale: v. retro, cap. II, par. 2. Sul punto, v. anche A. CARERI, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>819</sup> Così, A. CARERI, *op. cit.*, p. 17.

<sup>820</sup> Cfr. A. CARERI, *op. cit.*, p. 17 e G. MULÀ, *op. cit.*, p. 9.

cui i criteri diversi da quello di specialità in astratto sarebbero contrastanti con il principio di legalità, e in particolare con quello di tassatività e determinatezza, in quanto farebbero “dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale”<sup>821</sup>.

Tale argomento infatti, a parere di suddetti autori, avrebbe il difetto di invocare il principio di legalità non quale garanzia per il cittadino, bensì *in malam partem*, nel senso di ampliare il numero di reati dei quali il cittadino è chiamato a rispondere: oltretutto, ciò si ripercuoterebbe in maniera negativa sull’esigenza di rispetto del principio fondamentale di proporzione tra illecito e pena, riconosciuto sia a livello costituzionale che sovranazionale<sup>822</sup>.

Non ha convinto la dottrina, inoltre, neanche l’affermazione della Suprema Corte secondo cui il principio di assorbimento sarebbe da escludere in quanto basato su una mera valutazione del manifestarsi concreto delle fattispecie, piuttosto che su comparazione della loro struttura astratta: infatti, sebbene sia innegabile che il principio in questione sia incentrato su un confronto valoriale e sostanziale delle disposizioni, lo stesso non sarebbe da considerare quale criterio grezzamente equitativo, bensì costituirebbe sempre espressione di confronto tra norme giuridiche<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> Criticamente sul punto, S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 3, che evidenzia (alla nota 4) come tale orientamento delle Sezioni Unite derivi infatti da due importanti precedenti della stessa Corte: Cass. pe., Sez. Un., 20-12-2005, n. 47164, Marino (in tema di concorso tra le condotte di acquisto o ricezione punite dall’art. 648 c.p. e le condotte successive di immissione in commercio previste dall’art. 171-ter l. n. 633 del 1941) e Cass. pen., Sez. Un., 28-10-2010, n. 1963, Di Lorenzo (sul concorso tra l’illecito amministrativo ex art. 213 cod. strada e il reato di cui all’art. 334 c.p.).

<sup>822</sup> Cfr. S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 3: il principio di proporzionalità tra illecito e pena è infatti espressamente riconosciuto dall’art. 49 della Carta di Nizza, fatto discendere dall’art. 3 CEDU (si veda Corte EDU, GC, 09-07-2013, Vinter c. Regno Unito, ma anche “A e B c. Norvegia” in cui il principio di proporzionalità è valorizzato quale *ratio* sottostante al divieto di *bis in idem*) nonché ricondotto dalla Corte costituzionale (con sentenza del 10-11-2016, n. 236) agli artt. 3 e 27 Cost.. Inoltre, secondo l’Autore, l’argomento utilizzato dalla Suprema Corte non persuade in quanto non sembra potersi affermare che i criteri di assorbimento e sussidiarietà siano sprovvisti di fondamento normativo: il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà sarebbe, infatti, talmente elevato da permettere di rinvenire un vero e proprio “criteri di sistema”. A tal proposito, v. anche A. CARERI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>823</sup> S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 3-4. L’Autore specifica, a tal proposito, che il principio di assorbimento presuppone infatti una valutazione scandita in tre passaggi logici-giuridici: anzitutto occorrerebbe individuare la violazione più grave (nello stesso modo in cui si opera in sede di applicazione del cumulo giuridico ex art. 81 c.p.), in seguito sarebbe necessario

Insomma, nonostante le criticità rilevate dalla dottrina, ciò che emerge dalla pronuncia delle Sezioni Unite è una rigida chiusura nei confronti dei criteri di matrice dottrinale alternativi al principio di specialità in astratto, e la volontà di continuare a basare l'accertamento del concorso apparente di norme sul mero confronto tra le fattispecie astratte, senza spostare l'attenzione sull'aspetto più concreto dei fatti.

Appare evidente, tuttavia, come le argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte non risultino soddisfacenti, specialmente nell'ottica- rilevante ai nostri fini- di tutela della garanzia convenzionale del *ne bis in idem*: se infatti l'istituto del concorso formale di reati è ragionevolmente applicabile in tutte quelle ipotesi in cui ciascuna delle norme invocate punisce un singolo aspetto del fatto storico alla base della contestazione (come nell'analizzato caso "Eternit-bis"), lo stesso non sembra potersi dire quando le norme sanzionatorie potenzialmente applicabili ad uno stesso fatto siano totalmente o parzialmente sovrapponibili già da un punto di vista astratto (proprio come nel caso degli abusi di mercato o degli illeciti tributari, in cui le norme sanzionatorie tutelano lo stesso bene giuridico e puniscono i medesimi profili dello stesso fatto storico)<sup>824</sup>. In quest'ultimo caso, un meccanismo a "doppio binario"- come quello previsto dall'ordinamento- che preveda cumulo di procedimenti e cumulo di sanzioni (sostanzialmente) penali, risulta pericoloso e contrastante con i diritti fondamentali sanciti a livello tanto sovranazionale quanto costituzionale<sup>825</sup>.

Siffatto orientamento giurisprudenziale sembra essersi per certi versi ammorbidito con una successiva pronuncia- sempre delle Sezioni Unite- del settembre 2017, inerente al rapporto tra due fattispecie di legislazione speciale

---

accertare se la violazione più grave tuteli (in via esclusiva o accanto ad altri) beni giuridici omogenei rispetto a quelli tutelati dal reato meno grave, infine occorrerebbe stabilire se il disvalore del primo illecito contenga in sé quello relativo alla seconda fattispecie. Analogamente, A. CARERI, *op. cit.*, p. 19 la quale evidenzia, sul punto, che "la cassazione, viceversa, piuttosto che riconoscere rilevanza autonoma ai principi di assorbimento e sussidiarietà come proposto dalla dottrina citata, espressamente ha colto l'occasione per ribadire ancora una volta l'applicabilità dei medesimi solo in virtù di specifiche clausole di riserva, negando loro la valenza di criteri generali dell'ordinamento".

<sup>824</sup> Così osserva A. CARERI, *op. cit.*, pp. 19-20, specificando che la sussumibilità di uno stesso fatto sotto più norme sanzionatorie risulta ragionevole nelle ipotesi in cui la condotta illecita presenti profili di disvalore molteplici, ma non quando vadano a sanzionare esattamente gli stessi profili di uno stesso comportamento illecito (come nel caso del doppio binario sanzionatorio in materia finanziaria e tributaria).

<sup>825</sup> Cfr. A. CARERI, *op. cit.*, p. 20.

(trattasi, nello specifico, del porto illegale di armi da guerra in luogo pubblico o aperto al pubblico *ex art. 4 l. n. 895/1967*, e del delitto di detenzione o porto in luogo pubblico di cui all'*art. 23 l. n. 110/1975*): con tale sentenza la Suprema Corte, oltre a sancire nuovamente la propria adesione alla cosiddetta tesi monistica (che riscontra nel principio di specialità *ex art. 15 c.p.* l'unico criterio atto a rilevare la presenza di un eventuale concorso apparente di norme), ha tentato di andare oltre e di chiarire il perimetro entro cui poter valutare come sussistente lo stesso concorso apparente, avvicinandosi in tal senso alle conclusioni ermeneutiche fornite sul punto dalla sentenza n. 200 del 2016<sup>826</sup>.

Infatti, se da una parte le Sezioni Unite hanno specificato come l'*art. 15 c.p.*, nel dettare il principio di specialità, trovi applicazione solo quando le due disposizioni penali in questione regolino la stessa materia, e come per "stessa materia" debba intendersi la stessa fattispecie astratta, dall'altra parte gli stessi giudici hanno chiarito che- al fine di effettuare e valutare il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate- debba essere preso in considerazione il fatto storico-naturalistico e non la sua qualificazione giuridica<sup>827</sup>. Rilevando espressamente l'affinità tra il tema del *ne bis in idem* e quello del concorso apparente di norme- e individuando il punto comune nei lemmi "stessa materia", ai sensi dell'*art. 15 c.p.*, e "medesimo fatto", di cui all'*art. 649 c.p.p.*- la

---

<sup>826</sup> Si tratta di Cass., Sez. Un., 22-09-2017, n. 41588, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017, con nota di G. SERRA, *op. cit.*, e commentata da D. SIBILIO, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 11, 2017, p. 242 in cui si approfondisce ampiamente il contenuto della sentenza. In merito alla stessa pronuncia, v. anche L. DELBONO, *op. cit.*, p. 1 ss..

<sup>827</sup> Cfr. G. SERRA, *op. cit.*, pp. 177-178, in cui si riportano alcuni passaggi significativi della sentenza in commento: a proposito della nozione di "stessa materia" di cui all'*art. 15 c.p.*, la pronuncia specifica infatti come "l'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per "stessa materia" deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; Sez. U., n. 1963 del 28/20/2010, Di Lorenzo, cit.)". Inoltre, andando oltre nella spiegazione circa la valutazione della sussistenza di un concorso apparente di norme, le Sezioni Unite affermano che "il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell'*art. 15 c.p.*, risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire la fattispecie di reato".

Suprema Corte ha deciso di allinearsi alle conclusioni raggiunte dalla Consulta nel 2016, con le quali era stata evidenziata la compatibilità tra l'orientamento espresso dalla Cassazione e quello della CEDU (entrambi incentrati su una nozione di *idem factum* valutato con riferimento a tutti gli elementi che connotano la tipicità del fatto storico-naturalistico)<sup>828</sup>: sebbene la Corte costituzionale avesse infatti affrontato la problematica su un terreno diverso (quello del divieto di *bis in idem* processuale), le Sezioni Unite hanno osservato che anche in merito al rapporto tra fattispecie legali astratte si pongono le stesse questioni per cui, qualora sussista un rapporto di genere a specie tra due norme, solo quella speciale potrà essere applicata e, allo stesso modo, ma in una dimensione “dinamico-processuale”, il giudice potrà attribuire all'imputato tutti gli illeciti dallo stesso commessi attraverso un'unica condotta (anche se il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico) solo quando si possa escludere un rapporto di specialità tra le norme<sup>829</sup>.

In altre parole, la sentenza in esame ha sicuramente il merito di aver fatto proprie le argomentazioni della Corte costituzionale, riportando sullo stesso piano d'indagine il *bis in idem* sostanziale e quello processuale (relativamente al confronto strutturale tra fattispecie), ma ha allo stesso tempo sancito nuovamente l'autonomia delle concezioni sottese alla “stessa materia” di cui all'art. 15 c.p. e allo “stesso

---

<sup>828</sup> Sul punto, G. SERRA, *op. cit.*, pp. 178-179: l'Autore osserva che la sentenza in commento rileva la vicinanza argomentativa tra concorso apparente di norme e *ne bis in idem* processuale “ove riconosce come il tema del divieto di instaurazione di un secondo giudizio a carico di un soggetto già giudicato per il medesimo fatto, coinvolge necessariamente l'analisi tra fattispecie di reato, ancorché nella sua dimensione “dinamica”, laddove l'analisi del rapporto tra fattispecie ai fini della verifica di un concorso apparente tra norme si imponga a livello che allora si può definire “statico””. Difatti, prosegue l'Autore, tanto il *ne bis in idem* processuale quanto quello sostanziale (quest'ultimo connesso al principio di specialità) coinvolgono principi fondamentali di civiltà giuridica.

In merito alla sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016, si rileva come la stessa Consulta abbia escluso la rilevanza dell'*idem legale*, specificando che il fatto storico-naturalistico (posto al centro della nozione di *idem factum*) debba essere valutato con riferimento, oltre alla condotta, anche all'evento e al nesso di causalità: per fatto di reato, ha chiosato la Consulta nella stessa pronuncia, deve intendersi “l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi”.

<sup>829</sup> Cfr. D. SIBILIO, *op. cit.*, p. 243, che specifica come, secondo le Sezioni Unite, anche nel contesto della “medesimezza del fatto” ai fini del divieto di secondo giudizio, venga comunque in rilievo “il tema del rapporto strutturale tra fattispecie di reato, secondo il principio di specialità, se pure colto nella dimensione dinamica del fenomeno, derivante dalla instaurazione di un secondo giudizio, per lo stesso fatto e a carico del medesimo imputato”.

fatto” ex art. 649 c.p.p.: la prima inerente alle logiche astratte del diritto penale sostanziale, la seconda rispondente alle ragioni garantistiche del diritto processuale<sup>830</sup>. La prima, di conseguenza, valutata sì sulla base degli elementi del fatto materiale, ma da un punto di vista astratto/giuridico e non empirico, in via del tutto isolata e non influenzata dal concetto strettamente fattuale di *idem factum* elaborato dalla Corte EDU ai fini del *ne bis in idem*.

Appare evidente, dunque, come- anche in relazione al peculiare profilo della valutazione inerente al concorso apparente di norme- la giurisprudenza nazionale stenti ad abbandonare i tradizionali canoni ermeneutici in vista di una potenziale estensione dei confini applicativi di una garanzia individuale: la distanza tra *ne bis in idem* processuale (e le caratteristiche derivanti dall’interpretazione convenzionale) e *ne bis in idem* sostanziale resta non colmata, e con lei anche il divario tra gli orientamenti- di matrice sovranazionale- volti al primato della sostanza sulla forma e le concezioni formalistiche tutte tipiche del diritto penale domestico.

---

<sup>830</sup> Cfr. L. DELBONO, *op. cit.*, p. 9 ss. in cui si specifica ampiamente il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite nella sentenza in questione: infatti, la Suprema Corte rileva come sia stata la stessa Consulta, con la sentenza n. 200/2016, a sancire l’autonomia tra i concetti di “stessa materia” (art. 15 c.p.) e “stesso fatto” (art. 649 c.p.p.), posto che ha superato l’orientamento che considerava automaticamente inapplicabile la garanzia del *ne bis in idem* per la sola sussistenza di un concorso formale tra il reato già giudicato in via definitiva e quello oggetto di nuovo procedimento. L’esistenza di un concorso formale- accertato mediante un confronto strutturale tra fattispecie, volto ad escludere l’applicazione del principio di specialità e dunque anche la sussistenza di un concorso apparente di norme- non deve incidere in alcun modo sul principio del *ne bis in idem*: pertanto, il principio che se ne ricava è che “l’autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all’esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l’esistenza di un concorso formale”. L’autonomia tra le due nozioni identitarie, l’una sostanzialistica e l’altra processualistica, sostenuta dalla Corte Costituzionale (e richiamata dalle Sezioni Unite) è resa ancora più evidente in un altro passaggio della pronuncia della Consulta, in cui si afferma che “Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell’agente ai sensi dell’art. 81 cod. pen., l’interprete, che deve sciogliere il nodo dell’eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l’altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l’evento in un’accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall’art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l’abbandono dell’*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*”.

#### 4. Osservazioni conclusive.

Giunti a questo punto del percorso, sembra doveroso tirare, per quanto possibile, le somme: operazione non certo semplice, posto che il tema del *ne bis in idem* è quanto mai al giorno d'oggi protagonista di un'oscillazione continua e di una perpetua evoluzione, che contribuiscono a renderlo oggetto di fascinazione, stupore e stordimento allo stesso tempo<sup>831</sup>.

“Non due volte per la medesima cosa”, ovvero divieto di sottoporre uno stesso individuo a un doppio giudizio e una doppia sanzione per lo stesso comportamento illecito: principio dalle radici profonde e dalle origini storiche a dir poco risalenti<sup>832</sup>, la *ratio* del *ne bis in idem* risiede, come abbiamo avuto ampiamente modo di osservare, nelle più fondamentali esigenze di giustizia e di certezza del diritto, nell'interesse- tanto per il singolo individuo, quanto per la società tutta- a che il potere punitivo statale non sia arbitrariamente esercitabile, a che ogni soggetto abbia la certezza di poter essere sottoposto ad un processo equo e di subire una pena proporzionata all'offesa realizzata, a che- molto più semplicemente- l'ordinamento si preoccupi di reagire al compimento di illeciti, anche gravosi e odiosi, ispirato dal senso di umanità, più che di mera repressione<sup>833</sup>.

Non a caso, il divieto di *bis in idem*, nella sua veste processuale sancita dall'art. 649 del nostro codice di rito, rientra indiscutibilmente nel novero dei diritti fondamentali e costituzionalmente rilevanti del soggetto sottoposto a procedimento o

---

<sup>831</sup> In tal senso, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 3809.

<sup>832</sup> A tal proposito, v. retro, cap. I, par. 1.

<sup>833</sup> Cfr. B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 02.05.2018, pp. 2-3: l'Autore ricostruisce in maniera ampia e dettagliata la portata del principio, dalle sue origini storiche (specificando come tracce del principio siano rinvenibili nell'orazione di Demostene *Adversus Leptinem* del 355 a.C. e nel *Corpus iuris civilis* giustiniano, come si ritrovi l'enunciazione di un principio equivalente nella *Common law*- risalente alla disputa del XII secolo tra l'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket e il re Enrico II- e come la massima sia addirittura rinvenibile in San Girolamo secondo il quale “Dio non giudica mai due volte”), alle sue *ratio* intrinseche, specificando che il principio processuale si declina a) nel divieto di instaurare un nuovo procedimento *in idem* sugli stessi fatti oggetto del precedente giudizio b) nell'obbligo di “chiudere” i giudizi pendenti (*in idem*) c) nell'obbligo di riconoscere effetti negativi ad una precedente sentenza penale (*in idem*). Inoltre, l'Autore delinea dettagliatamente i profili di diritto internazionale, nazionale ed europeo del divieto di *bis in idem*. V. anche N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 101, che osserva come il *ne bis in idem* sia stato “sempre avvertito come esigenza naturale di equità”. Sulle origini del principio, v. retro, cap. I, par. 1.

imputato, ed è contraddistinto dalla natura di garanzia personale ricollegabile nonostante il mancato riconoscimento costituzionale espresso, di cui si è discusso agli artt. 24 e 111 della Costituzione<sup>834</sup>, presentando a detta della stessa Consulta una valenza particolarmente significativa in materia penale<sup>835</sup>.

La veste processuale, tuttavia, non è l'unica a caratterizzare il principio in esame: quest'ultimo è infatti dotato di un volto sostanziale, finalizzato a negare la possibilità che uno stesso fatto sia addebitato più volte al medesimo soggetto, ogniqualvolta la condotta posta in essere da quest'ultimo sia astrattamente sussumibile sotto più norme penali, ma l'applicazione di una sola ne esaurisca per intero il disvalore<sup>836</sup>. *Ne bis in idem* sostanziale e concorso apparente di norme, dunque: questo il binomio che abbiamo avuto modo di evidenziare, l'uno inscindibilmente legato all'altro, il primo a fondamento del secondo, esplicabile per mezzo di quei criteri risolutivi (specialità, assorbimento, sussidiarietà) che consentono di far prevalere una norma sull'altra, scongiurando la duplice punizione.

Tanti gli istituti di diritto sostanziale che si trovano a doversi confrontare con il divieto di *bis in idem*. Dal reato progressivo al reato complesso, da quello continuato a quello permanente<sup>837</sup>: il bilanciamento tra esigenze repressive e garanzie individuali assume un ruolo di primo piano in ogni singola valutazione, proprio a significare la necessità di non eludere il diritto fondamentale al divieto di doppio

---

<sup>834</sup> Cfr. G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, pp. 4-5 in cui si richiama, a tal proposito (alla nota 14) l'ordinanza della Corte Cost., n. 501 del 2000, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che ha dichiarato: "tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione (...); sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2".

Sul fondamento costituzionale del principio del *ne bis in idem*, e sulla mancanza di una previsione espressa all'interno della nostra Carta costituzionale, v. retro, cap. I, par. 2; per una panoramica dei Paesi europei (e non solo) in cui lo stesso principio assume valenza costituzionale, v. retro, cap. II, par. 5.

<sup>835</sup> Così ha sostenuto la Corte cost., nella sentenza n. 284 del 2003, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>836</sup> Sulla dimensione sostanziale del *ne bis in idem* e sull'istituto del concorso apparente di norme (cui si ricollega), v., tra gli altri, C. MARINELLI, *op. cit.*, p. 2845, G. RANALDI- F. GAITO, *op. cit.*, p. 9 ss. e G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, p. 722. In argomento si veda retro, cap. I, par. 3.

<sup>837</sup> In argomento di veda retro, cap. I, par. 4 e 5.

processo/sanzione, da una parte, e di non precludere l'operatività di suddetti istituti giuridici in nome del *ne bis in idem*, dall'altra<sup>838</sup>.

“*Ne bis in idem*”: ognuna di queste quattro parole è stata ed è oggetto di diatribe interpretative volte a individuarne il reale significato. Una su tutte, la nozione di “*idem*”: lo “stesso fatto” rilevante ai fini del divieto in esame ha da sempre costituito terreno di scontri tra chi intendesse conferire a questo la più ampia portata applicativa possibile (identificando l'*idem factum* nella sola condotta strettamente intesa), e chi al contrario ritenesse opportuno privilegiare la necessità di non lasciare impunte determinate situazioni antigiuridiche originate da un'identica condotta (ric conducendo la medesimezza del fatto all'identità della fattispecie giudiziale completa di tutti i suoi elementi costitutivi)<sup>839</sup>.

Estensioni e restrizioni applicative, tipiche di un principio sempre in bilico, preda degli orientamenti casistici e delle esigenze concrete. Esigenze di garanzia del singolo che sembrano aver trovato un primo esplicito riconoscimento solo recentemente, grazie alla pronuncia del 2016 con cui la Consulta ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p., adottando la lettura più garantista della nozione di *idem factum* e stabilendo l'operatività del *ne bis in idem* anche nei confronti del concorso formale di reati (in relazione al quale la preclusione processuale era stata fino a quel momento ritenuta inoperante)<sup>840</sup>.

---

<sup>838</sup> Vale la pena richiamare, in via estremamente sintetica, le conclusioni raggiunte da dottrina e giurisprudenza in relazione ai diversi casi: il principio del *ne bis in idem* è stato infatti ritenuto in via maggioritaria operante nei confronti del reato continuato (con sottili distinzioni a seconda che ci si trovi di fronte a un reato complesso in senso stretto o in senso lato), non operante invece nei confronti del reato continuato e di quello permanente, mentre diverse soluzioni sono state adottate in merito al reato progressivo (dipendenti dalla nozione di “*idem factum*” accolta: qualora quest'ultimo sia identificato nella fattispecie giudiziale o nella condotta strettamente intesa, allora il divieto di *bis in idem* si troverà ad operare, non così invece se anche l'evento sia ritenuto rilevante ai fini della nozione di “stesso fatto”).

<sup>839</sup> Sul punto, v. retro, cap. I, par. 3, in cui si analizza la storica contrapposizione tra la concezione “naturalistica” e quella “normativa” di *idem factum*, nonché tra la dottrina maggioritaria che ha sempre ritenuto rilevante l'identità della sola condotta, e la giurisprudenza incentrata sulla necessità di riscontrare la medesimezza di ogni elemento costitutivo della fattispecie giudiziale (condotta, evento, nesso di causalità, ma anche circostanze di tempo, luogo e persona). Quest'ultimo orientamento intende infatti non lasciare impuniti casi in cui da una stessa condotta siano derivati più eventi, ma il giudicato ne abbia preso in considerazione solo uno.

<sup>840</sup> Si tratta della sentenza della Corte Cost. n. 2000 del 2016 (caso “*Eternit-bis*”): in argomento si veda retro, cap. III, par. 1.

Ebbene, abbiamo visto come un diritto apparentemente semplice ed essenziale, dotato per l'appunto di un duplice profilo, rientrante tra i diritti civili e politici dell'individuo<sup>841</sup> e come tale tutelato tanto a livello nazionale quanto sovranazionale (basti pensare alla rilevanza che il divieto di *bis in idem* assume attraverso la sua proclamazione nell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, o alla sua valenza in ambito comunitario sancita dall'art. 50 CDFUE<sup>842</sup>), sia stato posto negli ultimi anni al centro di diatribe e dialoghi giurisprudenziali, dovuti in particolare al conflitto e all'incompatibilità sussistente tra il divieto di doppio giudizio/sanzione e i meccanismi sanzionatori a doppio binario previsti da molti degli ordinamenti nazionali, tra cui quello italiano.

La necessità di reprimere efficacemente condotte particolarmente pericolose e lesive di essenziali interessi generali quali quelli finanziari (tra cui spicca la tutela del mercato) e quelli fiscali (come l'interesse alla riscossione integrale delle imposte) ha condotto, come visto, il legislatore nazionale a predisporre- spinto anche dalle Direttive europee in materia- dei sistemi sanzionatori che fornissero l'ordinamento di quel necessario strumento preventivo e punitivo, volto a sanzionare condotte di non semplice accertabilità.

Difatti, i settori principali che fanno ricorso al doppio binario sanzionatorio rientrano indubbiamente tra i più sensibili del sistema giuridico: da una parte il settore tributario, in particolare in relazione ai reati in materia di Iva, dall'altra quello degli abusi di mercato, il quale prevede la presenza di analoghi illeciti amministrativi accanto ai reati di *insider trading* (abuso d'informazioni privilegiate) e manipolazione del mercato. Settori da sempre terreno fertile d'insidiose e silenti condotte abusive, e necessitanti un sistema di repressione valido ed efficace.

I meccanismi sanzionatori in questione sono pertanto caratterizzati da un duplice e contestuale procedimento, l'uno penale e l'altro amministrativo, e dalla

---

<sup>841</sup> V. retro, cap. II, par. 1. Sul punto, cfr. C. FATTA, *op. cit.* p. 2 che specifica come il principio in questione sia anche "riconosciuto quale principio di diritto internazionale consuetudinario e sancito espressamente in diversi testi convenzionali".

<sup>842</sup> Sulla tutela sovranazionale del *ne bis in idem* (in particolare sulla portata assunta dal principio nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, con le relative differenze applicative) si veda retro, cap. II, par. 1-2-4. Vale la pena rammentare in tale sede la sussistenza di un'ulteriore dimensione del *ne bis in idem*, non oggetto del nostro studio, ovvero quella transnazionale, disciplinata da altre fonti europee quali la Convenzione per l'applicazione dell'Accordo di Shengen (CAAS).

potenziale e consequenziale irrogazione di una duplice sanzione avente ad oggetto il medesimo comportamento illecito: la differente qualificazione dei processi e delle reazioni punitive, infatti, ha fin da subito costituito per il legislatore il fattore di legittimazione del doppio binario sanzionatorio, rigida ma necessaria risposta alle esigenze di tutela dei mercati e degli interessi finanziari<sup>843</sup>.

Non può non notarsi, d'altro canto, come la buona fede e i buoni propositi che hanno spinto il legislatore ad introdurre un efficace sistema repressivo, idoneo e valido specialmente per fronteggiare gli abusi di mercato, si siano in qualche modo traditi con il rincaro operato dalla l. n. 263 del 2005, che- operando sulla disciplina di tali comportamenti- ha raddoppiato le sanzioni penali e quintuplicato le relative sanzioni amministrative: a quel punto le perplessità in merito alla proporzionalità del meccanismo sono sorte quasi inevitabilmente, così come i dubbi in merito all'adeguatezza di un cumulo sanzionatorio formalmente legittimo<sup>844</sup>.

Invero, anche di fronte alle suddette esigenze di tutela la protezione dei diritti fondamentali non può fermarsi all'apparenza, deve sempre cercare di superare lo *step* della forma e riuscire ad andare oltre: lo fanno bene i giudici della Corte di Strasburgo, che per mezzo delle loro interpretazioni fortemente garantiste inerenti alle disposizioni convenzionali- tra cui l'apparentemente non innovativo art. 7 CEDU (disciplinante il principio di legalità dei reati e delle pene)- hanno rafforzato l'incidenza e la portata applicativa dei principi di legalità e irretroattività già positivizzati dal diritto interno, estendendone l'ambito di operatività al di là delle sanzioni e degli illeciti formalmente intesi<sup>845</sup>.

---

<sup>843</sup> Infatti, posto che il meccanismo del doppio binario sanzionatorio prevede l'instaurazione di due procedimenti e l'irrogazione di due sanzioni di diversa natura (una penale e l'altra amministrativa) nei confronti dello stesso fatto, questo non può essere considerato lesivo dell'art. 649 c.p.p., il quale sancisce il divieto di doppio giudizio penale per il medesimo fatto. Sui sistemi sanzionatori a doppio binario previsti dall'ordinamento italiano in materia di *market abuse* e in quella tributaria, v. retro, cap. I, parr. 7-8.

<sup>844</sup> A tal proposito, v. F. SGUBBI, *Riflessioni introduttive*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>845</sup> Sul punto, cfr. A. LONGO- F.M. DISTEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28.06.2017, pp. 3-4 in cui si leggono osservazioni interessanti in merito all'innovazione profonda che l'interpretazione dell'art. 7 CEDU da parte della Corte di Strasburgo ha portato nel nostro diritto penale nazionale: i giudici europei hanno infatti valorizzato gli aspetti qualitativi della legalità, "non più circoscritti alla determinatezza della norma bensì estesi anche all'accessibilità e alla prevedibilità sia delle fonti legali che della relativa giurisprudenza". Inoltre, come rilevato dagli Autori e come già ampiamente osservato in precedenza (v. retro, cap. II, par. 3), il

A fondamento dell'estensione di siffatte garanzie si pone la "nozione autonoma" di materia penale adottata dalla giurisprudenza della Corte EDU: con l'elaborazione degli ormai celebri criteri "Engel"<sup>846</sup>, infatti, i giudici europei si sono proposti di sventare la "truffa delle etichette" sottesa al doppio binario sanzionatorio, rivelando l'essenza vera di ogni procedimento e di ogni pena, mostrando la "natura sostanzialmente penale" di quelle reazioni sanzionatorie classificate come amministrative, censurando con forza i suddetti meccanismi repressivi, ponendo al primo posto il diritto inviolabile di ogni individuo a non essere illimitatamente giudicabile e punibile per uno stesso comportamento<sup>847</sup>.

L'importanza dei diritti fondamentali e della loro salvaguardia è argomento ben conosciuto anche dalla Corte di Giustizia europea, la quale- nonostante abbia conferito diverso valore alla garanzia del *ne bis in idem*, subordinandola sempre agli interessi dell'Unione- si è allineata con la Corte EDU nel mettere al bando quelle reazioni sanzionatorie che risultassero sproporzionate, appunto, rispetto ai suddetti interessi<sup>848</sup>: allineamento che, tuttavia, non è apparso realmente soddisfacente ed equilibrato almeno fino all'ultimo cambio di rotta della Corte di Strasburgo, la quale- limitando fortemente quella che sino a quel momento era stata la pressoché indiscussa portata applicativa del *ne bis in idem* convenzionale- con l'ormai celebre "A e B c. Norvegia" è intervenuta "in soccorso" di Lussemburgo<sup>849</sup>, quasi come a voler far salire di un gradino- in una scala immaginaria di tutela- gli interessi economici, facendo scendere di uno la garanzia in esame<sup>850</sup>.

---

principio di legalità risulta ampliato anche in forza della "concezione autonomista" di materia penale accolta dalla giurisprudenza CEDU.

<sup>846</sup> V. retro, cap. II, par. 3.

<sup>847</sup> Il riferimento è, in particolare, alla *leading case* "Grande Stevens c. Italia", ampiamente analizzato, con la quale la Corte EDU ha condannato il doppio binario sanzionatorio italiano previsto in materia di abusi di mercato: v. retro, cap. III, par. 2.

<sup>848</sup> La posizione della Corte di Lussemburgo sul punto è resa evidente nella famosa sentenza "Fransson": a tal proposito, v. retro, cap. III, par. 2.

<sup>849</sup> Così sostiene R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 2033. In merito alla richiamata pronuncia della Corte EDU "A e B c. Norvegia" e al criterio della "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i procedimenti (rielaborato ed affermato dalla stessa), si veda retro, cap. III, par. 4.

<sup>850</sup> Osservazioni critiche sul punto sono svolte, tra gli altri, anche da C. FATTA, *op. cit.*, p. 21: "A pensar male si fa peccato, ma in questo caso è difficile scacciar via l'idea che l'intervento di ben sei Stati membri e gli interessi economici in gioco abbiano avuto il loro peso nella decisione *A e B c. Norvegia*".

Ad oggi, dunque, la salvaguardia del divieto di *bis in idem* appare recessiva rispetto all'accertamento della sussistenza di quella “*sufficiently close connection in substance and time*” tra i procedimenti, elaborata dalla Corte EDU per legittimare, sotto alcuni aspetti, i sistemi sanzionatori a doppio binario ed avallata ancor più recentemente dalla Corte di Giustizia<sup>851</sup>: una formula che è stata da molti definita vuota, generica e vaga<sup>852</sup>, e che rende ancor più vivo e quanto mai attuale il contrasto e lo squilibrio tra le imprescindibili esigenze di giustizia individuali e le ugualmente necessarie pretese repressive statali.

Non sembra ancora il tempo adatto, dunque, per stabilire dei punti fermi: ciò che appare altamente probabile, piuttosto, è che l'incessante dialogo tra Corti in materia di *ne bis in idem* non finisca qui<sup>853</sup>.

Da un'altra prospettiva- ma strettamente interconnessa alla prima- si staglia poi la problematica del rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale: da una parte il divieto di punire due volte lo stesso fatto nel momento in quest'ultimo sia apparentemente riconducibile a più disposizioni penali (vale a dire- è bene ribadirlo- in occasione di un concorso apparente di norme), dall'altra il divieto di doppio giudizio avente ad oggetto il medesimo illecito, espressamente sancito dal nostro codice processuale<sup>854</sup>. Due facce della stessa medaglia che la giurisprudenza continua a ritenere indipendenti e isolate l'una dall'altra, tanto da non ritenere applicabili gli approdi maggiormente garantistici raggiunti in relazione al concetto di *bis in idem* processuale (e in particolare a quello di *idem factum*, nella sua concezione empirico-fattuale adottata dalle Corti europee, nonché in quella fatta

---

<sup>851</sup> Il criterio della “connessione sufficientemente stretta” tra i procedimenti e la tenuta del sistema di duplicazione di procedimenti e sanzioni sono stati confermati dalla Corte di Giustizia nelle tre sentenze relative alle Cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16: v. retro, cap. IV, par. 1.

<sup>852</sup> Ampiamente e criticamente sul punto, v. F. CONSULICH- C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 22.04.2018, p. 14 ss..

<sup>853</sup> Cfr., per tutti, N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, cit., p. 170.

<sup>854</sup> Sulla dicotomia e le interconnessioni sussistenti tra le due dimensioni del *ne bis in idem*, v. retro, cap. I, parr. 2-3.

propria dalla Consulta nella pronuncia poc'anzi richiamata<sup>855</sup>) all'idea di "stessa materia" che consenta, ai sensi dell'art. 15 c.p. (o in virtù degli altri criteri risolutivi del concorso apparente, se s'intende avallare la dottrina maggioritaria<sup>856</sup>), di ritenere una norma prevalente rispetto all'altra, scongiurando così il verificarsi del cumulo sanzionatorio.

Insomma, l'atteggiamento manifestato dalle Corti interne- tanto in merito alla possibilità di porre un limite al cumulo di procedimenti e sanzioni tipico del doppio binario (specialmente in seguito alle censure mosse dai giudici europei)<sup>857</sup>, quanto rispetto ad un'estensione dell'operatività del divieto di *bis in idem* sostanziale- fa pensare ad una ritrosia, insita nell'interprete nazionale, a sacrificare e desacralizzare anche i più tradizionali principi del diritto penale in favore, però, della concreta affermazione di un altrettanto diritto fondamentale del singolo<sup>858</sup>.

Ne è dimostrazione la riluttanza della Corte costituzionale ad esprimersi sulle questioni di legittimità sottoposte, aventi ad oggetto tanto le specifiche disposizioni sanzionatorie di settore (disciplinanti il doppio binario penale/amministrativo), quanto lo stesso art. 649 c.p.p. (ritenuto contrastante con l'art. 117 Cost. per violazione delle garanzie convenzionali), tutte dichiarate inammissibili<sup>859</sup>.

Ne è altresì dimostrazione il fatto che nessuna delle molteplici e ipotizzabili soluzioni di natura giurisprudenziale- volte a raggiungere la tanto agognata armonia tra meccanismi sanzionatori interni e divieto di *bis in idem*- osservate e passate in

---

<sup>855</sup> In merito alla nozione di *idem factum* elaborata dalle Corti europee (in particolare la Corte EDU), nonché per la presa di posizione sull'argomento da parte della Corte costituzionale nel processo "Eternit-*bis*" (sent. n. 200/2016), v. retro, cap. III, par. 1.

<sup>856</sup> Vale a dire il principio di assorbimento e quello di sussidiarietà: sul punto, v. retro, cap. I, par. 4. Sulla diafrasi tra dottrina e giurisprudenza in merito ai criteri utilizzabili in caso di concorso apparente di norme, v. questo capitolo, p. 258 ss..

<sup>857</sup> V. retro, cap. III, par. 3 e cap. IV, par. 1.

<sup>858</sup> Su tutti, cfr. E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 2922.

<sup>859</sup> Si tratta della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016 (a tal proposito, si veda retro, cap. III, par. 3) con cui la Consulta ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni di legittimità costituzionale sollevate, nel corso di un procedimento in materia di abusi di mercato, dalla quinta Sezione penale della Cassazione, aventi entrambe come parametro l'art. 117 Cost. (per violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU): la prima inerente all'art. 187-*bis* t.u.f. (e in particolare la clausola "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato"), la seconda relativa all'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto di secondo giudizio in caso di applicazione avvenuta definizione- per lo stesso fatto- di un procedimento amministrativo avente natura sostanzialmente penale. La Consulta è stata tacciata in tal caso di aver "deciso di non decidere" (v., tra gli altri, A. LONGO- F.M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 11 ss.).

rassegna (dall'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. all'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE, fino alla valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale con i relativi criteri)<sup>860</sup>, sia stata realmente praticata e portata avanti con coraggio dalle nostre Corti.

L'inevitabile antagonismo tra doppio binario sanzionatorio, controverso ma efficace strumento di lotta ai comportamenti abusivi di ambito economico, e divieto di *bis in idem*, essenziale principio di civiltà giuridica, resta quanto mai attuale e bisognoso di risoluzione.

Alla luce di tutto ciò, sembra davvero che lo scioglimento del nodo del *ne bis in idem*- nella sua esplicazione all'interno dei settori dominati dal cumulo di procedimenti- e il conferimento di una nuova luce e di una protezione effettiva al principio stesso resti, ad oggi, nelle mani del legislatore, finora rimasto spettatore pressoché inerme di fronte alle incessanti “botte e risposta” della giurisprudenza<sup>861</sup>.

Ciò non significa, certo, che quest'ultimo abbia vita semplice nell'individuare una strada risolutiva soddisfacente, la quale riesca a contemperare e dare il giusto peso a tutte le esigenze in ballo, ma- mettendo da parte i timori e le resistenze, e con una bella dose di buona volontà- l'identificazione di questa risulterebbe quantomeno possibile. A quel punto, tra le strade praticabili ne prevarrebbero due: da una parte, il ritorno al “binario unico” con la rinuncia totale alla sanzione amministrativa, di cui si è detto<sup>862</sup>; dall'altra, il ricorso alla decriminalizzazione delle condotte più lievi con l'elaborazione- per i fatti da sanzionare in maniera più grave- di forme processuali penali alternative per il diritto punitivo amministrativo applicato dalle autorità indipendenti, che siano assistite dalle garanzie del diritto penale e che pongano definitivamente fine all'ormai dilagante “truffa delle etichette”<sup>863</sup>.

---

<sup>860</sup> Per una panoramica in merito ipotesi risolutive adottabili dalla giurisprudenza V. retro, cap. IV, par. 2.

<sup>861</sup> In argomento si veda retro, cap. IV, par. 2, in cui si osserva come il legislatore abbia perso alcune importanti occasioni per dare vita all'auspicato intervento di riforma in materia tanto di abusi di mercato, quanto di reati tributari.

<sup>862</sup> Sulle possibili vie praticabili per il legislatore nazionale, e in particolare sulla possibilità di rinunciare *tout court* agli illeciti amministrativi nelle materie dominate dal doppio binario sanzionatorio, si veda retro, cap. IV, par. 2.

<sup>863</sup> Ampiamente sul punto, v. M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, cit., pp. 1351-1352 che evidenzia, in particolare, la doverosità di un ripensamento del sistema punitivo amministrativo ogniqualvolta la punizione consista in sanzioni tanto gravose da necessitare le garanzie del diritto penale: “il diritto penale

Tali vie, certamente meno soddisfacenti da un punto di vista strettamente repressivo, potrebbero condurre verso risultati indubbiamente più certi e meno lesivi dei diritti individuali<sup>864</sup>, nonché potrebbero finalmente concedere la meritata stabilità ad un principio essenziale, come quello del *ne bis in idem*, costantemente in cerca di equilibrio.

---

dell'economia, anche quando assuma la forma del diritto penale amministrativo, ha bisogno di una procedura penale dell'economia, di modelli di accertamento delle infrazioni in cui le garanzie "minime" stabilite nell'art. 6 CEDU siano assicurate attraverso procedure giudiziarie più agili di quelle tradizionali e distinte da queste ultime anche per la diversità degli organi coinvolti".

<sup>864</sup> Così, C. FATTA, *op. cit.*, p. 24.

## BIBLIOGRAFIA

- V. ANDRIOLI, voce “*ne bis in idem*”, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 186.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale- parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003.
- E. AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato ed illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 991.
- L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 1983, p. 9.
- S. ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, Torino, 2008, p. 733.
- E. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 228.
- ID., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 5, p. 271.
- A.E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.
- A. BASSI, *I limiti oggettivi dell’effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1401.
- S. BARTOLOMUCCI, *Market abuse e “le” responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le società*, 2005, p. 919.

G. BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem, dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017.

M. BELLACOSA, “Insider trading”: *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Diritto e pratica delle società*, 2005, p. 20.

ID., *La riforma dei reati tributari nella prospettiva europea*, in AA.VV., *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza degli ordinamenti*, a cura di A. DEL VECCHIO- P. SEVERINO, Bari, 2016.

C. BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1635.

A.M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del “ne bis in idem”?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1549.

E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 2016, p. 1125.

M. BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rassegna Tributaria*, 2017, p. 562.

M. BRANCACCIO, G. FIDELBO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia* (relazione orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 35/2014), in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2014.

ID., *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea* (Relazione orientativa dell’Ufficio del Massimario Penale n. 26/2017), in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2017.

M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.05.2015.

R. CALÒ, *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2240.

A. CALZOLARI, *L'insostenibile incompatibilità dell'ordinamento nazionale con il principio del ne bis in idem*, in *Corriere Tributario*, 2017, p. 309.

F. CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.

ID., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1181.

A. CARERI, *L'influenza del ne bis in idem europeo sui criteri in materia di concorso apparente di norme*, in *Gruppo di Pisa- Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2017.

A. CARINCI, *Specialità: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 499.

F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 351.

ID., *Riqualficazione del fatto, epiloghi dell'udienza preliminare e futuribili nel "processo Eternit bis"*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1626.

M. CASTELLANETA, *Concorso formale di reati e principio del ne bis in idem tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 161.

M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VIII ed, CEDAM, 2016, p. 949.

G. CHIARIZIA, *Ne bis in idem europeo e autonomia del processo tributario: le contraddizioni della Cassazione*, in *Corriere Tributario*, 2018, p. 1098.

G. COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 59.

ID., *The constitutional status of the double jeopardy principle*, in *Dublin University Law Journal*, 2008, p. 138.

S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B C. Norvegia?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 05.12.2016.

F. CONSULICH- C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 22.04.2018.

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 Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 06.03.2013.

G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *Int. Crim. Law. Review*, 2003, p. 221.

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

G. DALLA MONICA, voce "Giudicato", in AA.VV., *Digesto delle discipline penali*, Tomo I, Torino, 2008, p. 390.

G. D'ANGELO, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: precisazioni della Corte EDU*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, p. 253.

G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano (Incontro di studio S.C. Cassazione)*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2014.

G. DE AMICIS, P. GAETA, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: la nuova decisione della Corte Edu in causa A e B C. Norvegia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469.

P. DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della "sufficiently close and connection in substance and time"*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 12.04.2018.

L. DELBONO, *Concorso di norme e ne bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in [giurisprudenzapenale.com](http://giurisprudenzapenale.com), 01.02.2018.

G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, p. 187.

ID., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

ID., voce “*Giudicato*”, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1988, p. 2.

L. DEL FEDERICO, *Il principio di specialità si applica anche alle sanzioni amministrative tributarie*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 86.

M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1335.

ID., *Una singolare applicazione dell’art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 441.

A. DI PIETRO, *Diritto penale tributario: profili comparatistici*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 333.

S. DORIGO, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: il regresso della giurisprudenza sovranazionale*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, p. 476.

M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributati: a che punto siamo?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.02.2016.

ID., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.12.2014.

ID., *Ne bis in idem e reati tributari: nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.03.2015.

ID., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 05.06.2014.

D. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 17.01.2017.

C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 19.01.2017.

V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 27.07.2017.

M. FERRARA, *La Corte di Giustizia sulla carenza del requisito di eadem persona nell'applicazione del ne bis in idem in materia tributaria. I casi Orsi e Baldetti*, in *DPCE Online*, 2017, p. 697.

R. FERRAZZANI- B. CARTONI, *Rapporto di specialità tra sanzione amministrativa e sanzione penale introdotto dalla legge 662 del 1996. Prima applicazione*, in *Il Fisco*, 1999, p. 4512.

P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 78.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale- parte generale*, VII ed., Bologna, 2014.

M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in [www.dirittopenaleeuropeo.it](http://www.dirittopenaleeuropeo.it), 09.04.2014.

P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, p. 5.

S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 08.05.2017.

G. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rassegna Tributaria*, 2014, p. 939.

G. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista delle società*, 2015, p. 868.

ID., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3.

F. FONTANA, *Il principio di specialità nel D. lgs. n. 74/2000*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 2330.

G. FRANSONI- P. RUSSO, *I limiti oggettivi del giudicato nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 858.

E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.12.2016.

N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 97.

ID., *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215.

ID., *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 1, p. 165.

F. GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017, p. 915.

A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit Bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.01.2016.

ID., *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.03.2018.

A. GIOVANNINI, *La Corte EDU ribadisce il divieto di doppia sanzione e la Cassazione rinvia alla Consulta*, in *Corriere Tributario*, 2015, p. 905.

I. 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.11.2015.

G. GLIATTA, *Reati contro la trasparenza dei mercati finanziari: presupposti e disciplina*, in *Diritto e pratica delle società*, 2008, p. 35.

A. GOLIA- F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni “sostanzialmente” penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1..

S. GOLINO, A. GOLINO, *Ne bis in idem: rilevanza nell’ordinamento tributario della recente sentenza della Corte Edu in materia di abusi di mercato*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, p. 139.

D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1384.

C. HERMAN PRITCHETT, *American constitutional issues*, 1962.

D. LABIANCA, *La nuova dimensione del ne bis in idem: dal caso Grande Stevens a C. Cost. n. 102/2016*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell’economia*, Tomo I, Torino, 2016, p. 115.

B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 2017, p. 60.

R. LI VECCHI, *Reato più grave di quello già giudicato ed applicabilità della continuazione*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 6.

A. LONGO- F.M. DISTEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28.06.2017.

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2015.

ID., *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974.

ID., *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1236.

ID., voce “*Giudicato*”, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, p. 913.

G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474.

N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.06.2015.

V. MAIELLO, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 348.

S. MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 515.

E. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO, *Nuova giustizia penale tributaria. I reati- il processo*, Padova, 2016, p. 533.

F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

C. MARINELLI, *Sub. Art. 649*, in CONSO G., ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed, Padova, 2015, p. 2840.

O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1033.

G. MELIS, *La nuova disciplina degli effetti penali dell'estinzione del debito tributario*, in *Rass. trib.*, p. 601.

ID., *Lezioni di diritto tributario*, Milano, 2015.

P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d'“infrazione penale” e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 389.

F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465.

G. MULÀ, *Le Sezioni Unite precisano l'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 04.06.2017.

B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 02.05.2018.

N. NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 955.

Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.05.2016.

A. PAGLIARO, *Cosa giudicata e continuazione di reati*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 95.

C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.

M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1977.

P. PASSAGLIA (et al.), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* a cura di P. PASSAGLIA, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2016.

E. PENCO, *Il principio di specialità “amministrativa”*, in *Diritto Penale Contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2015, n. 3, p. 63.

P. PIANTAVIGNA, *Il divieto di “cumulo” tra procedimenti tributario e penale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze*, 2015, p. 44.

F. PISTOLESI, *Crisi e prospettive del principio del “doppio binario” nei rapporti tra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 29.

F. POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem tra sanzioni amministrative e penali. Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un’occasione persa*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1711.

A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto “ alla certezza del “diritto soggettivo”*, in A. GAITO- D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, p. 267.

D. PULITANÒ, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 70.

R. RAMPIONI, voce “*Reato permanente*”, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 868.

G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 26.04.2017.

REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *La Cassazione torna sul doppio binario sanzionatorio e ne riconosce la conformità alla Convenzione EDU*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 17.02.2018.

ID., *Market abuse e reati tributari: le conclusioni dell’Avvocato generale UE sul doppio binario sanzionatorio*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 17.09.2017.

N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim)*, 2015, n. 3, p. 71.

P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di Ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 476.

ID., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 1, p. 101.

ID., *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art.649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1410.

L. ROCCATAGLIATA, *La Corte di Giustizia UE deposita tre sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio. L'approdo definitivo del Giudice europeo?*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 21.03.2018.

R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3809.

F. RUSSO, *L'equilibrio storico sistematico tra processo penale e tributario alla luce dei principi Cedu e pronunce della Corte Edu*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2017, p. 131.

S. SALERNO, *I fenomeni di market abuse: la disciplina dell'agiotaggio su strumenti finanziari in Italia e la recente normativa comunitaria*, in *Riv. pen.*, 2004, p. 297.

C. SANTORIELLO, *Il principio di specialità nel diritto penale tributario*, in *Il fisco*, 2003, p. 6160.

E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2910.

M. 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](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.11.2014.

ID., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 4, p. 333.

ID., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.11.2014.

ID., *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 08.05.2015.

I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Non bis in idem: revisión de un derecho descafeinado*, 2015, consultabile in <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/non-bis-in-idem-revision-de-un-derecho-fundamental-descafeinado/>.

G. SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 173.

F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, II ed., Padova, 2017.

D. SIBILIO, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 242.

J. A. SIGLER, *A history of double jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963, p. 283.

P. SORBELLO, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Diritto Penale Contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2015, n. 3.

M.T. STURLA, *Il ne bis in idem tra Corte Edu e Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2009.

S. TREGLIA, *Ne bis in idem e reati tributari: una recente applicazione del concetto della “sufficiently close connection in substance and time”*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 05.10.2017.

T. TRINCHERA, G. SASSAROLI, F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso Fiat*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24.09.2013.

A. 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. 1498.

ID., *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell’economia*, Tomo I, Torino, 2016, p. 669.

ID., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 09.03.2014.

L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 173.

L. TYSSERAND, *Doppio binario sanzionatorio e principio del ne bis in idem “sostanziale”*: una soluzione in cerca di autore, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, p. 1296.

*Twice in jeopardy*, in *75 Yale Law Journal*, 1965, p.262.

S. VALVO, *Il ne bis in idem tra diritto interno e giurisprudenza europea*, in *Rivista dell'Osservatorio permanente della giustizia tributaria* ([www.unipa.it/rivistaosservatoriopgt](http://www.unipa.it/rivistaosservatoriopgt)), 2017.

B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Alphen aan den Rijn, 2010.

G. VASSALLI, *Amnistia, decorrenza dei termini e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 1168.

J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100.

F. 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.10.2016.

ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim)*, 2014, n. 3-4, p. 219.

ID., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva: la parola alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.09.2015.

ID., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.11.2016.

ID., *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 9, p. 206.

ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2016, n. 1, p. 186.

ID., *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](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.05.2016.

ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.11.2016.

ID., *Omesso versamento di Iva e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.07.2016.

ID., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 5, p. 392.

D. VILLEMOT, *Non bis in idem n'est pas français*, in *GFP*, 2017, consultabile in <http://www.cvna-avocats.com/assets/le-cumul-des-sanctions-fiscales-et-penales-est-constitutionnel-mais-encadré-gfp-n02-2017.pdf>.

M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704.

D. 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](http://www.penalecontemporaneo.it), 15.04.2013.

V. ZAGREBELSKY, *Concorso di reati e reato continuato*, in G. VASSALLI, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 109.

ID., *Reato continuato*, II ed., Milano, 1976.

ID., “*Reato continuato*”, in *Enc. dir.* Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 847.

S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane nel diritto vivente italiano (ma il processo Eternit Bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24.07.2016.

E. 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)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 4, p. 295.