



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Procedura Penale

***NE BIS IN IDEM* E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO.
UN ANTICO PRINCIPIO ANCORA IN EVOLUZIONE**

RELATORE

**Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati**

CANDIDATO

**Flavio Frasca
Matr. 128893**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Paola Balducci**

ANNO ACCADEMICO 2017/18

INDICE

Introduzione	5
---------------------------	----------

Capitolo 1

1.1. La <i>res iudicata</i> tra processo e pena.....	8
1.2 <i>Ratio</i> composita del principio e valori costituzionali, dalla certezza del diritto alla tutela dei diritti	13
1.3 Differenti estrinsecazioni del principio: rapporti tra <i>ne bis in idem</i> sostanziale e processuale.....	21
1.4 Confronto tra esigenze sottese al <i>ne bis in idem</i> nazionale ed esigenze proprie del principio operante nella dimensione transnazionale, dimensione multilivello del principio.....	27
1.5 Breve disamina delle fonti sovranazionali che prevedono il <i>ne bis in idem</i>	34
1.5.1. Art. 4 del protocollo n. 7 alla Cedu.....	37
1.5.2. Articoli 50 Carta di Nizza e 54 Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.....	48

Capitolo 2

2.1 L'art. 649 e la mutuata portata del principio nella sua applicazione interna alla luce della giurisprudenza sovranazionale.....	61
---	----

2.2.	Profili storici dell'istituto, uno sguardo alle codificazioni moderne.....	62
2.3.	Decisioni ad effetto preclusivo: irrevocabilità ed inoppugnabilità	65
2.3.1	Il giudicato allo stato degli atti: la sentenza di non luogo a procedere come pronuncia congenitamente revocabile	70
2.3.2	Il provvedimento d'archiviazione	73
2.4.	Il concetto di <i>Idem Factum</i>	79
2.4.1.	Concorso apparente di norme e concorso formale di reati.....	85
2.4.2	Sentenza Corte Costituzionale 200/2016	87
2.5.	Casi di non operatività del divieto	99
2.6.	Conseguenze della violazione del divieto e conflitto pratico di giudicati	103

Capitolo 3

3.1	Il doppio binario sanzionatorio e il <i>ne bis in idem</i>	107
3.1.1	Processo tributario e processo penale, un regime di doppio binario con punti di intersezione	110
3.1.2	Consob, poteri sanzionatori a tutela del mercato e conseguenti criticità.....	124
3.2	La Corte di Strasburgo sul doppio binario, dal caso Grande Stevens c. Italia ad A e B c. Norvegia, la necessità di limitare l'applicazione del principio.	133
3.2.1	Applicazione interna dei principi enunciati a Strasburgo e conseguenti profili di criticità	147

3.3 La Corte di Lussemburgo sul doppio binario: la possibilità di limitare il diritto garantito dall'art. 50 CDFUE. Condizioni di legittimità della limitazione.....	152
3.3.1. La rilevanza del mero dato temporale secondo il quale vengono emanate le sentenze, ed il macroscopico ruolo del giudice nazionale	167
Bibliografia.....	172

Introduzione

Come avremo modo di approfondire nel primo capitolo della presente trattazione, il principio del *ne bis in idem* ha origini remote, essendo già rinvenibile quale istituto nel diritto romano. Si tratta di un principio di fondamentale importanza anche per gli ordinamenti giuridici odierni, dato che, da un lato tutela l'individuo da plurime persecuzioni per un medesimo fatto, mentre dall'altro costituisce un fondamentale corollario del concetto della *res iudicata*, e dunque svolge un ruolo propedeutico a garantire la certezza del diritto in senso soggettivo.

Può essere utile tracciare a grandi linee la struttura del presente lavoro.

Si muove dal principio della *res iudicata*, il quale, in un certo senso, costituisce presupposto concettuale rispetto al divieto di doppio processo, e se ne delineano i tratti fondamentali. Si cerca poi di definire quale sia la composita ratio del *ne bis in idem*, tenendo a mente che esso costituisce estrinsecazione del concetto di giudicato, più precisamente ne rappresenta la c.d. efficacia negativa.

A questo punto si dà conto di come tale principio, pur se da noi analizzato sotto il profilo processuale, posseda un omologo di diritto sostanziale.

Pur non rientrando, teoricamente, nell'argomento centrale della trattazione, il principio sostanzialmente inteso sembra aver assunto grande importanza per il tema di nostro interesse, dato che, sotto le spinte sovranazionali, forse condizionate anche da una situazione di eccessiva confusione, sembra si sia avuta una commistione tra le due differenti estrinsecazioni del principio.

Ciò rappresenta senza dubbio motivo di gravi incertezze all'interno del nostro ordinamento, dato che, come ci renderemo conto, i due piani applicativi del *ne bis in idem*, sostanziale e processuale, hanno tradizionalmente avuto caratteristiche, presupposti ed effetti molto differenti tra loro.

Altro aspetto toccato solo incidentalmente, dato che richiederebbe una trattazione a sé, è quello relativo al principio nella sua applicazione transnazionale.

Come è facile intuire, essendo quello della *res iudicata*, e dunque dell'efficacia delle pronunce giurisdizionali, un concetto tradizionalmente ancorato

prevalentemente ad un determinato ordinamento giuridico, la relativamente recente affermazione del *ne bis in idem* transnazionale all'interno dello spazio europeo ha seguito un percorso alquanto tortuoso, che è ancora lontano dal trovare un definitivo punto di equilibrio.

Si analizzeranno poi le principali fonti normative di derivazione sovranazionale, prima di passare all'articolo 649 del c.p.p., che prevede il *ne bis in idem*, il quale è stato ampiamente modificato dalle previamente analizzate norme di derivazione europea.

Sempre in ottica interna, vengono affrontate le principali questioni interpretative che scaturiscono dal principio in questione. Ci si riferisce alla definizione della locuzione *bis*, e quindi dell'identificazione dei provvedimenti idonei a fungere da presupposti alla preclusione di un secondo giudizio.

L'altro nodo interpretativo centrale, su cui ci si focalizza in seguito, e che viene in rilievo lungo l'intera trattazione, è quello relativo al concetto di *idem factum*, il quale costituisce un punto fondamentale che influenza la concreta portata del principio.

A tal proposito viene specificamente ricostruita la pronuncia della Corte Costituzionale n. 200 del 2016, la quale affronta il concetto di medesimo fatto, e modifica radicalmente i rapporti tradizionalmente intercorsi tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati. Concludendo il secondo capitolo si analizzeranno le eccezioni al divieto, e le conseguenze della sua violazione.

Nella terza parte ci si focalizzerà infine su un problema specifico, cioè quello del doppio binario sanzionatorio, scaturito dall'ampliamento dell'area d'operatività del principio di cui si tratta, il quale, sulle spinte europeistiche, non è più relegato alla materia penale per come definita all'interno del nostro ordinamento.

I giudici di Strasburgo hanno infatti delineato un concetto di materia penale sostanziale ed autonomo rispetto a quello dei singoli ordinamenti statali, con l'obiettivo di garantire uniformità d'applicazione dei diritti garantiti dalla Convenzione Edu.

Ciò ha comportato non pochi problemi, dato che, come sappiamo, il diritto penale è ricco di peculiarità, proprio in ragione della sua specificità in conseguenza dei beni che è abilitato ad intaccare. Dunque si sono create situazioni di incertezza, data la difficoltà, per l'ordinamento interno, di garantire l'operatività del principio del *ne bis in idem* in ambiti quali quello tributario, o degli abusi di mercato, che, rispetto al diritto penale sono notevolmente differenti.

Viene infatti difficile mettere sullo stesso piano settori così eterogenei tra loro, e la strada da seguire per garantire l'applicabilità del *ne bis in idem* in tutte i casi in cui siano irrogate sanzioni che raggiungono una soglia di gravità tale da poter essere considerate come rientranti nel concetto di materia penale sostanziale non sembra essere chiara neanche alle Corti europee che hanno introdotto tale innovazione.

Capitolo 1

1.1. La *res iudicata* tra processo e pena.

L'antica regola¹ espressa dalla massima latina *bis de eadem re ne sit actio* affonda le proprie radici nel diritto romano³, in particolare nelle *legis actiones* ed implica il divieto del cumulo di azioni per i medesimi fatti, dedotto dal principio di consumazione dell'azione e dall'*exceptio rei iudicatae*.

Tale principio è stato tralatiziamente trasmesso ai sistemi penali occidentali, tanto da rappresentare oggi una garanzia così radicata «da costituire parte tutt'altro che accidentale di un sistema di giustizia penale rispettoso dei diritti fondamentali della persona»⁴.

La dogmatica tradizionale, in particolare negli ordinamenti continentali, definisce il *ne bis in idem* come l'effetto tipico derivante dalla *res iudicata* penale (c.d. effetto negativo del giudicato). L'art. 649 c.p.p., secondo cui «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» depone evidentemente in tal senso.

Dunque centrale è il concetto di irrevocabilità dei provvedimenti, tema che verrà esaminato più approfonditamente in seguito avendo riguardo a tipologie particolari di provvedimenti.

Preme però qui sottolineare che l'individuazione di un momento in cui, al termine della fase cognitiva, il provvedimento del giudice acquista l'attributo della tendenziale irrevocabilità è il risultato di un bilanciamento di interessi operato dal

¹ Cfr. M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Giuffrè, 2005, p. 553. Quando si indica l'editore, non si inserisce anche il luogo

³ Come rileva ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.*, vol XI, 1965, p. 185; il cenno più antico di questa massima si trova in Cicerone, e successivamente in Quintiliano e Gaio.

⁴ Così T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621

legislatore, il quale deve coniugare le esigenze di giustizia sostanziale della decisione con quelle di certezza del diritto⁵.

Nell'effettuare tale valutazione politico legislativa al fine di individuare un momento in seguito al quale il provvedimento acquista forza di cosa giudicata, aprendo la strada alla possibilità di eseguire quanto statuito nel dispositivo, il legislatore deve essere guidato dai principi di fondo che caratterizzano il nostro sistema penale, primo tra tutti quello che esprime il divieto di presumere colpevole l'imputato fino al passaggio in giudicato del provvedimento di condanna, sancito dall'art. 27 comma 2°Cost.

È in ossequio a tale principio che dovrebbe configurarsi una puntuale coincidenza tra esecutività ed irrevocabilità delle sentenze di condanna. Lo stretto legame che intercorre tra definitività ed esecutività della sentenza, che si fonda generalmente sull'effetto sospensivo delle impugnazioni, si configura con caratteri meno evidenti in altri ordinamenti continentali, i quali, pur partendo da enunciazioni di principio di analogo tenore, lo configurano in maniera più elastica rispetto a quanto avviene nel nostro sistema.

Il divieto di un secondo processo per il medesimo fatto è dunque inestricabilmente legato al concetto di giudicato, e quindi di irrevocabilità, quantomeno nella visione tradizionale del principio del *ne bis in idem*, il quale è stato oggetto di una parabola evolutiva che lo ha visto progressivamente acquistare autonomia rispetto alla *res iudicata* penale.

È emblematica, in tal senso, la collocazione dell'art. 649 c.p.p. nel titolo I del libro X del codice di rito, interamente dedicato al giudicato.

Nel codice di procedura penale del 1930 la previsione in questione era invece collocata nell'ambito della disciplina concernente l'imputato (art. 90), mostrando già la consapevolezza del valore di garanzia soggettiva conferito alla inammissibilità di un secondo giudizio⁷.

⁵ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI - M BARGIS, VIII ed. Cedam, 2016, p. 951

⁷ M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Giuffrè, 2005, p. 553.

Nonostante tale collocazione, nel codice di rito del '30, il giudicato era principalmente espressione di valori autoritari tipici del regime fascista e del sistema inquisitorio. L'istituto era infatti considerato espressione del potere dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva, e dell'ineccepibilità dell'accertamento giurisdizionale⁸.

Nonostante il mutamento di collocazione della disposizione, che trasmigra dalla disciplina concernente l'imputato, a quella che si occupa dell'esecuzione in generale, la portata garantista della previsione ha visto il proprio ambito oggettivo d'applicazione ampliarsi progressivamente, tanto da arrivare ad essere concepita come «un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema»⁹.

Il codice del 1988, rispondendo ad esigenze scaturite tanto dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, quanto dalla intensa elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale tesa a conciliare il codice del '30 con i principi costituzionali, ha svolto un ruolo fondamentale nel processo di metamorfosi del principio del *ne bis in idem*.

Quest'ultimo, ha infatti acquisito caratteri sempre più marcatamente garantistici, di pari passo con la graduale erosione del dogma della cosa giudicata, potendosi definire il giudicato, alla luce dell'impianto codicistico del 1988, come «più permeabile e meno resistente»¹⁰ rispetto alla previgente codificazione.

È principalmente per dare concreta attuazione a quello che la Costituzione ha sancito come il fine a cui devono tendere le pene, ovvero la rieducazione del condannato (art 27 comma 3), che si è reso necessario un totale ripensamento della fase dell'esecuzione penale.

⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv.dir.proc.*, 1951, pp.293 ss., le cui tesi, che pretendevano di negare alla radice l'istituto, al tempo considerate estreme e reazionarie non appaiono più tali

⁹ Cass. Pen., sez.un., 28/06/2005, sent. n. 34655, Donati

¹⁰ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, Giuffrè

Il codice del 1988, recependo la crescente attenzione per la tutela della persona, ha ridisegnato la fase dell'esecuzione penale, conferendole quella fisionomia che oggi conosciamo, concependola come fase del processo nella quale non solo viene data attuazione al comando contenuto nella sentenza, ma vengono svolte attività e adottati provvedimenti che incidono sul contenuto del comando.

Come naturale conseguenza, ne deriva un totale svilimento del concetto di autorità di cosa giudicata in relazione al comando sanzionatorio contenuto nella sentenza, la cui modifica da parte del giudice dell'esecuzione è esigenza sempre più avvertita in nome di un'adeguata tutela del sommo diritto fondamentale della persona, quale quello della libertà personale.

Il giudicato, alla luce delle innovazioni codicistiche e costituzionali, è quindi definibile come un «istituto flessibile, malleabile, aperto alle verifiche qualora ve ne sia comprovata necessità in *bonam partem*»¹², intendendosi con ciò, che anche la preclusione che ne deriva debba cedere il passo in quei casi in cui la riapertura del processo abbia come precipuo scopo quello di modificare *in melius* la posizione giuridica del soggetto interessato.

In aggiunta ai rimedi attuabili nella fase attuativa del *decisum* al fine di garantire la correttezza e adeguatezza del contenuto imperativo del titolo esecutivo, il legislatore ha predisposto un vero e proprio sistema di rimedi revocatori del giudicato penale, per far fronte ad eccezionali condizioni patologiche d'ingiustizia (mezzi d'impugnazione straordinari).

Emblematici sono i caratteri salienti del tipico mezzo di impugnazione straordinario, la revisione delle sentenze di condanna¹³, esperibile senza limiti di tempo, ma solo in casi peculiari tassativamente elencati dall'art.630 c.p.p., ed esclusivamente a favore del condannato. Merita una breve analisi la recente

¹² Così, G.DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p.45

¹³ Cfr. M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Giuffrè, 2005; il quale, occupandosi di altro particolare mezzo di impugnazione straordinario, osserva come il giudicato, nella sua interpretazione in chiave soggettiva «scinde l'interesse alla formazione del giudicato (giudicato formale), che sarebbe sempre e comunque tutelato dalla Costituzione, dall'interesse alla stabilità del giudicato (giudicato sostanziale), il quale verrebbe garantito unilateralmente: solo per evitare che il soggetto già imputato possa veder rimesso in discussione a suo sfavore l'esito del processo»

introduzione, in via giurisprudenziale, di un nuovo caso di revisione, attraverso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. (c.d. revisione europea).

È infatti di particolare interesse in relazione al tema oggetto di discussione quanto è stato statuito dalla Corte Costituzionale, la quale, nel supplire alla perdurante inerzia del legislatore ha dovuto individuare, attraverso una sentenza additiva di principio¹⁴, all'interno dell'ordinamento, uno strumento idoneo a dare attuazione alle sentenze della Corte Europea, andando a rimettere in discussione l'ormai consolidatosi giudicato interno, il cui tipico attributo dell'irrevocabilità perde ogni suo valore se si trova a collidere con valori facenti capo alla persona.

Basti notare che già da sé, la previsione del previo esaurimento delle vie di ricorso interne quale presupposto per poter adire la Corte di Strasburgo lasci intendere la relativizzazione del giudicato ed il superamento degli oramai anacronistici valori formali da esso tutelati, per lo meno in relazione a questioni che pregiudichino i diritti fondamentali della persona.

In aggiunta si ricordi il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte Edu, condiviso dal giudice costituzionale, che definisce la «riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum*, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie sull'equo processo, stabilite dall'art. 6 della Convenzione»¹⁵, da leggere in relazione all'art 46 Cedu, il cui comma I testualmente prevede che «Le alte parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». La Consulta, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 630, con la sopra menzionata sentenza che ha introdotto il nuovo caso di revisione, si è pronunciata in merito al bilanciamento di valori nei casi di riapertura di processi definiti con sentenza passata in giudicato; «...pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza

¹⁴ Più approfonditamente sulla questione: M.GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte Costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. Pen.*, 2011; pp. 3308 e ss.

¹⁵ C.Cost. 7 aprile 2011, n. 113

di compromissioni di particolare pregnanza-quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda nel suo complesso-delle garanzie fondamentali della persona...»¹⁶.

Dunque è in relazione alle pronunce di un organo di giustizia sovranazionale, quale la Corte Edu, che di recente ha assunto rinnovato vigore il tema del giudicato penale, storicamente tipica manifestazione della sovranità statale. In linea con le tendenze diffuse nella comunità internazionale, che ha visto mutare il tradizionale concetto di sovranità statale, e quindi di Stato, nell'ambito della giurisdizione è stato affermato dalla giurisprudenza italiana il principio di prevalenza del "giudicato europeo", da considerare conseguenza, non solo della peculiare posizione ricoperta dalla Corte di Strasburgo, quanto soprattutto effetto della preminenza riconosciuta ai valori tutelati dalla Convenzione sulla cui implementazione si pronuncia la Corte Edu.

1.2. Ratio composita del principio e valori costituzionali, dalla certezza del diritto alla tutela dei diritti

Nonostante la Costituzione repubblicana del 1948 non contenga previsioni esplicitamente riferite all'efficacia preclusiva del giudicato, né tanto meno relative al momento dal quale le pronunce siano suscettibili di divenire *res iudicata*, in essa sono rinvenibili molteplici principi che presuppongono o quanto meno lasciano intendere la necessità di garantire tanto la tendenziale irrevocabilità del risultato processuale, quanto di farne discendere la tipica preclusione processuale che tradizionalmente ne deriva; ma allo stesso tempo la Carta presuppone la possibilità di rimettere in discussione il provvedimento finale al fine di ricercare una «tutela delle esigenze soggettive di giustizia del caso concreto, seppur manifestatesi in un momento successivo al consolidarsi del *decisum*»¹⁷.

¹⁶ C.Cost. 7 aprile 2011, n. 113

¹⁷ E.M.MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012

La *ratio* del *ne bis in idem* è comunemente definita come composita, essendo rinvenibili molteplici esigenze che il divieto mira a tutelare, in parte sovrapponibili a quelle tutelate dal principio nella sua applicazione sovranazionale, in particolare per quanto riguarda la tutela della persona e dei diritti processuali dell'imputato. In linea con quanto esposto in merito al giudicato, è opinione prevalente in dottrina che tale principio abbia come precipua funzione la tutela del valore della certezza del diritto intesa in senso soggettivo.

Emblematica in questo senso è la risalente definizione dell'istituto quale «espediente pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo»¹⁸. Tale preclusione, oltre ad evitare gli aggravati economici causati dalla ripetizione di un processo, mira quindi a tutelare la libertà personale dell'imputato, garantendolo dalla possibilità di essere processato all'infinito per un fatto che è già stato accertato con provvedimento irrevocabile¹⁹.

Da tale definizione traspare la valenza processuale dell'art. 649, il quale non guarda a quale sia il contenuto sostanziale della decisione definitiva da cui nasce la preclusione. Finalità della norma è infatti evitare una nuova soggezione al processo della stessa persona per il medesimo fatto, sul presupposto che sia già tale nuovo intervento dello stato nella sfera individuale dell'individuo a comportare un nocimento per il soggetto già processato, il quale vede rimessa in discussione la situazione soggettiva consolidatasi con il giudicato.

Tale finalità della norma deve però essere letta alla luce di una visione d'insieme della giustizia penale, la quale, in linea con i principi enunciati in costituzione, partendo dal presupposto della perfettibilità degli accertamenti giurisdizionali, dovrebbe “prediligere” gli errori in *bonam partem*, garantendo l'esperibilità di rimedi straordinari a favore dell'ingiustamente condannato, essendo senza alcun dubbio recessive le esigenze di coerenza e certezza del diritto rispetto a quelle di giustizia sostanziale.

¹⁸ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, nota 34.

¹⁹ Cfr. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir., Annali*, vol III, Giuffrè, 2010, p. 857

Ad enfatizzarne la portata di garanzia individuale finalizzata alla tutela di valori essenziali per la persona è stata anche la Corte Costituzionale, che in varie occasioni ne ha sottolineato il pregnante significato in relazione al godimento da parte dell'individuo delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, sulle quali graverebbe un alone di incertezza se non vi fosse un momento in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto²⁰.

Nel dare contenuto e significato sempre più ampio a tale principio, la Consulta ne ha dichiarato in più occasioni il legame con gli artt. 24 e 111 Cost., affermando che, «benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni in continuo divenire»²¹.

È infatti di manifesta evidenza l'intima connessione rinvenibile tra il concetto di giusto processo e la garanzia offerta dal *ne bis in idem*, in particolare in relazione all'aspetto della ragionevole durata del processo. Tale garanzia verrebbe svuotata del suo significato se, alla necessità di concludere il processo entro termini ragionevoli, non si accompagnasse la garanzia a non dover indossare la veste di imputato per altro processo in relazione al medesimo fatto per il quale si è già subita la pena costituita dal processo stesso²², senza, teoricamente, aver riguardo al contenuto sostanziale della statuizione che ha terminato il giudizio²³.

²⁰ C.Cost. n.219/2008

²¹ C.Cost. n.200/2016

²² Cfr. sul processo come pena: M.PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, pp.559; F.CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, p.161.

²³ M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, p. 46; «il canone della ragionevole durata del processo presuppone logicamente il divieto di rimettere indefinitamente in discussione-anche soltanto a vantaggio del condannato o del prosciolto-il contenuto della sentenza»

Tale principio dunque «impone il giudicato, l'irrevocabilità della decisione quale barriera ad una pretesa di ricerca della verità che, assunta come unico riferimento, porterebbe all'esperienza del processo senza fine»²⁴.

Tale è il fine ultimo cui tende l'accertamento giurisdizionale, in particolare in un sistema prevalentemente accusatorio, in cui l'esigenza di garantire tanto forme quanto ritmi esatti e prestabiliti è particolarmente avvertita; essendo superata la concezione del processo quale «affare terapeutico» e la conseguente «bulimia istruttoria»²⁵ che discendono da un sistema inquisitorio.

Sotto altro angolo visuale, il legame tra un processo equo e il divieto di doppio processo è ancor più stretto di quanto possa sembrare, essendo indubbio che affinché la “*res iudicanda*”, rappresentata da imputazione e accusa, possa convertirsi in “*res iudicata*”²⁶, debba necessariamente passare attraverso la trama rappresentata dall'insieme delle garanzie, oggettive e soggettive, compendiate nell'art. 111 della Costituzione, rappresentando l'equo processo «l'unico strumento idoneo a garantire la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche, destinate a divenire cosa giudicata nel pieno rispetto delle tutele difensive approntate a vantaggio dell'individuo...»²⁷. Dunque, se si guarda al *ne bis in idem* come effetto negativo derivante dal giudicato, essendo quest'ultimo l'esito naturale cui è preordinato lo svolgimento di quell'iter ordinato di forme e garanzie procedurali prestabilite, che sono elementi indefettibili del giusto processo, diventa difficile parlare di giudicato, e dunque di conseguente preclusione di *ius dicere*, se vi sono state anomalie particolarmente gravi nella formazione del provvedimento finale. Non è quindi considerazione assolutamente astrusa mettere in dubbio la classica affermazione secondo cui il giudicato copre dedotto e deducibile, se non addirittura dire che di giudicato non possa parlarsi, in quei casi in cui la formazione del provvedimento finale sia il risultato di un processo non rispondente ai canoni

²⁴ Così, P. FERRUA, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Quest. Giust.*, 2003, p.459

²⁵ Termini utilizzati da F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, pp.1203

²⁶ Cfr. F.CORDERO, *ibidem*

²⁷ Così, E.M.MANCUSO, *Il Giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012;

fondamentali che di esso sono elementi costitutivi. È quindi indispensabile che, affinché venga legittimamente smentita la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, la decisione del giudice sia il frutto di quel libero convincimento raggiungibile esclusivamente attraverso un procedimento ermeneutico svolto secondo i canoni indefettibili di un processo equo, primo tra tutti quello che è il cardine di un processo di stampo accusatorio, quale il principio del contraddittorio nella formazione della prova, espressamente sancito dal 4° comma dell'art. 111 della Costituzione.

Il principio del *ne bis in idem* ha visto negli ultimi anni dispiegarsi al massimo la sua forza espansiva, affrancandosi definitivamente dal legame che aveva con l'istituto del giudicato, essendo stato applicato dalla giurisprudenza nel caso di litispendenza davanti ad una stessa sede giudiziaria, ed assumendo caratteri più vicini al corrispondente principio di matrice anglosassone (c.d. divieto di *double jeopardy*).

Il punto di svolta, in relazione alla risoluzione delle situazioni di litispendenza, è individuabile in una fondamentale sentenza della Cassazione²⁸.

In questa occasione la Suprema Corte ha determinato un ampliamento notevole della portata applicativa dell'art. 649, sganciando l'operatività del divieto in questione dalla presenza di un provvedimento definitivo. È utile sottolineare che tale sentenza si colloca all'interno di un filone giurisprudenziale²⁹ volto ad attribuire all'art. 649 c.p.p. un ambito applicativo notevolmente più ampio rispetto a quello ricavabile da una semplice interpretazione letterale della norma.

Con la sentenza Donati le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti sancito esplicitamente lo *status* di "principio generale dell'ordinamento" del *ne bis in idem*. La centralità del principio è avvalorata, in linea con quanto affermato dalla Suprema Corte, dal fatto che durante i lavori dell'assemblea costituente si discusse dell'opportunità di costituzionalizzare il divieto.

²⁸ Cass., sez.un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati

²⁹ Si può notare già un'apertura in questa direzione nelle sent. Cass., Sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa; e successivamente in diverse pronunce della Corte Costituzionale, C.Cost. 37/1995, C.Cost. 318/2001, C.Cost. 39/2002

In virtù del fatto che tale divieto permea l'intero ordinamento, la Corte è andata notevolmente oltre il dato testuale dell'art.649. La giurisprudenza trova infatti espressione di detto principio, oltre che nell'art. 649, anche nelle norme sui conflitti di competenza (art. 28ss.) e nella regolamentazione dell'ipotesi in cui vengano a coesistere più sentenze sul medesimo fatto (art. 669 c.p.p.)³⁰.

Partendo da queste premesse la Suprema Corte ha affermato che il divieto non sorge come conseguenza dell'irrevocabilità di un provvedimento, ma discende già dal fatto che la pubblica accusa abbia esercitato l'azione penale, rimanendo ovviamente inalterati gli altri presupposti riguardanti l'identità oggettiva e soggettiva. Questo tipo di interpretazione può dirsi resasi necessaria dall'assenza nell'ordinamento di disposizioni che mirino a disciplinare situazioni di litispendenza di procedimenti dinanzi ad uffici della stessa sede giudiziaria, e quindi davanti a giudici che possono essere definiti come egualmente competenti. In una situazione del genere la Corte ha infatti ragionevolmente ritenuto inapplicabili le norme del codice di rito che regolano i conflitti di competenza, essendo evidente come una loro applicazione analogica non servirebbe a risolvere situazioni di litispendenza all'interno di una stessa sede giudiziaria.

Nell'applicare il principio generale del *ne bis in idem* la Corte lo ha inquadrato nella categoria della preclusione processuale³¹, sia nella sua accezione tradizionale di "somma preclusione" consequenziale al giudicato, ma in particolare, in relazione alle situazioni di litispendenza, come preclusione-consumazione del potere, che una volta esercitato viene appunto consumato, divenendo quindi, quel determinato atto, privo di legittimazione, e, pertanto, inidoneo a provocare conseguenze sul piano processuale.

Più specificamente, la Corte ha affermato la consumazione del potere d'azione dell'ufficio del pubblico ministero, il quale non può nuovamente esercitare

³⁰ Vedi Cass., sez. I, 1 marzo 2013, n. 27834

³¹ Sulla preclusione vedi Chiovenda, che ne ha fornito una prima definizione nella dottrina italiana, in: G.CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 859 ss.; il quale la definisce come il fenomeno processuale per cui «in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di termini, è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati, o in genere atti processuali»

l'azione penale in relazione ad un medesimo fatto e contro la stessa persona se l'abbia già esercitata. Nell'enunciare tale caso di preclusione atipico la Corte ne rinviene il fondamento Costituzionale nell'art. 112, affermando che «il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà...rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa»³².

È interessante, in particolare in chiave comparatistica, come le Sezioni Unite abbiano fondato sul concetto di “abuso del processo” non solo questa, ma diverse altre pronunce, finalizzate ad applicare l'istituto della preclusione processuale attraverso un'interpretazione logico-sistematica per far fronte a situazioni in cui mancano specifiche disposizioni di legge che regolino la situazione.

Tale espediente è indicativo della tendenza a far propri, nei sistemi di *civil law*, istituti tipicamente presenti nei sistemi giuridici di *common law*, i quali, grazie agli ampi spazi di discrezionalità concessi al giudice, permettono di rimediare più facilmente a situazioni di abuso del processo, inteso come uso distorto o scorretto di atti conformi al modello legale³³.

Dunque, utilizzando l'istituto della preclusione processuale, il Tribunale Supremo, amplia le maglie del *ne bis in idem* rendendolo rimedio posto a tutela dell'individuo anche nel caso di litispendenza *ante iudicatum* davanti ad una stessa sede giudiziaria, potendosi in questo senso parlare di un «diritto dell'accusato all'unicità della persecuzione»³⁵, ed è proprio in tali circostanze che possono apprezzarsi con maggiore evidenza le esigenze di tutela dell'individuo garantite dal principio, in particolare quelle relative allo *ius defendendi* dell'accusato.

Tale aspetto del principio assume rilevanza particolarmente pregnante se trasposto in ambito internazionale, essendo soprattutto in questo contesto che il problema dei conflitti di giurisdizione stenta a trovare un punto di equilibrio capace di

³² Cass., sez.un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati; più di recente sulla preclusione derivante dal *ne bis in idem*: Cass., sez. V, 8 gennaio 2015, n. 504

³³ Cfr. E.M.CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004, p. 109 s.

³⁵ Cfr. AMODIO-DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matrim.*, 1968, p.373

coniugare interesse dello Stato alla persecuzione, e diritto del soggetto a non subire contestualmente più persecuzioni in diversi Stati.

Pur essendo pacifica la natura di diritto fondamentale dell'individuo del *ne bis in idem*, e le conseguenti implicazioni relative alla *ratio* del principio, bisogna comunque tenere a mente la natura in un certo senso contraddittoria del principio, il quale risente di quella che è storicamente la sua origine.

Se infatti abbiamo visto come la *ratio* sottesa al *ne bis in idem* sia densa di implicazioni in chiave soggettiva, e la dottrina prevalente ne valorizzi la funzione di certezza del diritto in senso soggettivo, non devono essere sottaciute le esigenze, proprie del soggetto pubblico, che il principio è ancora deputato a tutelare.

Infatti, pur essendosi spezzato il legame che inestricabilmente univa giudicato e preclusione di un secondo processo, non può non rilevarsi che dall'operatività del principio possono anche discenderne conseguenze negative per l'imputato condannato.

L'art. 649 comporta il divieto di processare nuovamente un individuo anche se il primo processo si sia concluso con una sentenza di condanna, e quindi dalla reiterazione del giudizio potrebbero discendere effetti favorevoli all'imputato, pur non avendo la certezza che da tale rinnovamento consegua la completa assoluzione, nel qual caso sarebbe esperibile il rimedio della revisione ricorrendone i presupposti tassativamente previsti nell'art. 630.

Dunque la *ratio* composita del principio è evidente nel caso in cui dalla preclusione discendano effetti negativi all'imputato, non potendosi in questo caso definire il principio come istituto posto a garanzia dell'individuo.

Secondo la tradizionale teoria generale del processo l'effetto negativo del giudicato mirerebbe a «...garantire l'intangibilità del risultato del processo»³⁶, rappresentando inoltre presidio di esigenze quali quelle di contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali. La tendenziale certezza ed irrevocabilità delle decisioni definitive è valorizzata anche come interesse di

³⁶ Cass., sez.un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati

valenza collettiva, basandosi sul presupposto che «se ogni affare deciso fosse riesumabile, sarebbe turbato l'equilibrio socio-psichico collettivo»³⁷.

1.3. Differenti estrinsecazioni del principio: rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale

Come è stato ampiamente sottolineato il *ne bis in idem* processuale costituisce una singola estrinsecazione di un principio generale immanente al nostro ordinamento giuridico. Quanto detto, non vale esclusivamente per il principio nella sua applicazione processuale, ed a riprova di ciò basti ricordare come esso, seppur con notevoli differenze in merito a *ratio*, effetti, presupposti ed ambito d'applicazione, trovi estrinsecazione come principio di diritto sostanziale³⁸.

La ragion d'essere del principio inteso in senso sostanziale è profondamente diversa rispetto a quella propria dell'omonimo principio nella sua applicazione processuale. Nonostante ciò, si può notare come entrambi costituiscano dei «limiti al libero dispiegarsi del potere giurisdizionale dello Stato»³⁹, pur poggiando su basi differenti.

Il *ne bis in idem* sostanziale costituisce infatti un criterio di valore la cui funzione è quella di scongiurare che il medesimo fatto venga più volte addebitato allo stesso soggetto, risolvendo i casi di c.d. conflitto apparente di norme, rispondendo quindi ad esigenze di equità e giustizia sostanziale nel caso concreto.

Il principio in esame troverebbe estrinsecazione in numerose disposizioni codicistiche, tra cui gli art. 15, 61, 62, 68, 81, 84, 581 del codice penale.

³⁷ F.CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p.1205

³⁸ Pur potendosi notare che il principio è declinato anche in ambito cautelare ed esecutivo ci si limita a delinearne l'estrinsecazione sostanziale, essendo quella che maggiormente si interseca con il principio processualmente inteso

³⁹ Cit., G.RANALDI E F.GAITO, Introduzione allo studio dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, in Arch. pen., 1/2017, p. 103 ss.

Gettando un appena accennato sguardo a quello che costituisce un dibattito ormai tradizionale tra dottrina e giurisprudenza, esaminiamo quelli che sono i principali criteri che svolgono la funzione di dare soluzione ai concorsi apparenti di norme. Quello che si basa su un puro criterio di valore è il c.d. criterio dell'assorbimento, il quale esprime il canone per cui, a fronte dell'unità normativo-sociale del fatto sia inammissibile la doppia sanzione qualora, secondo l'*id plerumque accidit*, il disvalore del reato meno grave appare integralmente ricompreso nella norma che prevede il reato più grave. Occorre la specificazione del concetto di identità normativo-sociale, il quale si differenzia profondamente dal concetto di *idem factum* di cui si parla in riferimento al *ne bis in idem* processuale, riferendosi, a differenza di quest'ultimo, a situazioni in cui «il fatto appare identico pur in presenza di azioni diverse dal punto di vista naturalistico, purché espressive tuttavia di un disvalore penale omogeneo, come tale avvertito dalla coscienza sociale»⁴⁰.

Il codice e la dottrina prevedono diversi criteri per risolvere queste situazioni, i quali, in un ordinamento dove l'inflazione legislativa, specie in ambito penale, “è la regola”, rappresentano espedienti di fondamentale importanza, ed hanno tradizionalmente animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La giurisprudenza ha però più volte negato che siano utilizzabili criteri valutativi diversi da quello di specialità per risolvere conflitti apparenti di norme⁴¹, fondando l'assunto sul presupposto che criteri ulteriori rispetto a quello appena menzionato sarebbero «tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale»⁴².

⁴⁰ G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, Zanichelli, VII ed., p.723

⁴¹ Cass., S.U. n. 1235 del 19 gennaio 2011, Cass., S.U., n. 20664, del 23 febbraio 2017

⁴² Cass. Pen., S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164

Secondo tale orientamento dunque, l'unico criterio di risoluzione del concorso apparente di norme sarebbe quello codificato dall'art. 15 c.p.⁴³, il quale sancisce la prevalenza della legge speciale rispetto a quella generale.

A riprova dell'insufficienza del principio di specialità strettamente inteso per garantire la definizione dei casi di concorso apparente di norme si può brevemente ricordare come sono stati elaborati correttivi a tale criterio, snaturandone l'essenza, la quale presupporrebbe logicamente la sussumibilità degli elementi costitutivi della fattispecie generale all'interno della fattispecie speciale. Ci si riferisce alla c.d. specialità in concreto, la quale guarda, al fine di determinare la sussistenza di un rapporto di genere-specie tra le fattispecie astratte, al fatto concreto; ed alla c.d. specialità bilaterale, rinvenibile nei casi in cui tra le due norme non possa ravvisarsi un vero e proprio rapporto di specialità, «perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti dell'altra»⁴⁴.

Entrambe le due vie interpretative che pretendono di far riferimento al criterio di specialità, porterebbero a ritenere risolutiva, per i casi di concorso apparente, l'applicazione del criterio "di valore" che fa riferimento al trattamento sanzionatorio più severo. Potendo già dubitare della rispondenza al principio di legalità di interpretazioni, se così possono definirsi, che fanno dire «al principio di specialità anche ciò che non può dire»⁴⁵, è utile sottolineare come, affermare l'incompatibilità dei criteri di assorbimento e sussidiarietà con lo stretto principio di legalità penalistica porti ad invocare tale principio in *malam partem*, avendo teoricamente come conseguenza l'ampliamento dei reati per i quali si può essere chiamati a rispondere⁴⁶. Inoltre, parte della dottrina fonda la legittimità dell'utilizzo di criteri diversi da quello di specialità tanto sul dato letterale dell'art.

⁴³ Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

⁴⁴ Cit. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale: parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 720

⁴⁵ Cit. Ibid.

⁴⁶ Cfr. S.FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, *Dir. Pen. Cont.*, n. 5/2017, p.344

15 c.p., vista la clausola «salvo che sia altrimenti stabilito», quanto su una lettura sistematica di vari articoli del codice penale, quali gli artt. 61, 62, 68, 84.

La posizione della dottrina, dunque, ha tradizionalmente adottato un approccio pluralistico, trovando nel principio di sussidiarietà ed in quello dell'assorbimento i due canoni idonei ad aggiungersi a quello di specialità per risolvere i conflitti di cui si parla.

Che sia un'estensiva applicazione del principio di specialità, piuttosto che l'utilizzo degli altri due principi frutto di elaborazione dottrinale appena menzionati, appare evidente come, in un contesto ordinamentale quale quello con cui ci si trova a fare i conti, in cui vi è «un'eccessiva moltiplicazione dei tipi di reato, senza che a tale eccesso di previsione corrisponda un autonomo e reale disvalore dei singoli fatti di volta in volta incriminati»⁴⁷, sia indispensabile l'utilizzo di apprezzamenti di valore, comunque insiti nel diritto penale, pur se necessariamente circoscritti entro confini netti, al fine di garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore espresso dall'episodio criminoso di cui ci si occupa.

È ovvio che, per garantire una piena aderenza al dettato costituzionale, ed in particolare a quanto espresso dall'art. 25 Cost., il quale sancisce il principio di legalità in materia penale, attribuendo al monopolio della legge la tipizzazione delle condotte penalmente rilevanti, mirando a garantire alla persona di poter prevedere quando un comportamento è vietato dalla legge, e, quantomeno in linea di massima, quale sarà la risposta dell'ordinamento in quanto ad *an* e *quantum* della sanzione. Oggi «l'ingenua fiducia che la particolare qualità della fonte⁴⁸ costituisca di per sé sufficiente garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria è del tutto svanita»⁴⁹, ed è per questo che si sono moltiplicate da più parti le voci

⁴⁷ Cit. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale: parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 724; sull'artificiosa proliferazione delle fattispecie incriminatrici si vedano: ANTOLISEI, *Manuale, Parte speciale*; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale: contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, 1997

⁴⁸ Ci si riferisce al fatto che le norme abbiano rango di legge parlamentare o comunque siano atti aventi forza di legge

⁴⁹ Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, *Dir. Pen. Cont.*, 2016

che propugnano per una “estensione” del dovere di rispettare il canone di precisione anche alla giurisprudenza, in particolare quando si trova a redigere le *regulae iuris* valevoli, sì in primo luogo nel caso oggetto di giudizio, ma che dovrebbero rappresentare, una volta avallate dalla giurisprudenza di legittimità, un precedente che, seppur non vincolante, orienti la futura giurisprudenza e ne renda la relativa opera di “creazione del diritto” tendenzialmente prevedibile⁵⁰.

Con ciò non si vuole negare il fatto che per garantire appieno il principio di legalità nelle sue diverse estrinsecazioni sia prima di tutto indispensabile un ripensamento della struttura codicistica, o per lo meno di numerose figure di reato particolarmente problematiche. Infatti, il legislatore, nelle scelte di politica criminale, al fine di garantire la massima rispondenza possibile al principio di legalità del sistema penale nel suo complesso, e quindi confinare entro spazi il più angusti possibili gli apprezzamenti discrezionali esercitabili dal giudice, dovrebbe garantire una formulazione delle norme penali che garantisca di poter attribuire un significato, se non univoco (ciò può considerarsi un’utopia), quantomeno tendenzialmente preciso e ricavabile attraverso il dato letterale, e non esclusivamente ricorrendo ad una intenzione del legislatore che lasci all’interprete una totale libertà di ricorrere alla propria fantasia interpretativa.

Ci si riferisce non solo alla necessità di garantire la prevedibilità delle condotte penalmente rilevanti, ma anche di rendere pronosticabile, ovviamente con un certo margine di oscillazione, quale sia la risposta sanzionatoria in relazione ad una condotta determinata.

⁵⁰ Cfr., Ibid., Il quale sostiene la tesi per cui sui giudici comuni graverebbe un vero e proprio obbligo di attenersi, tendenzialmente, ai precedenti della Cassazione, non limitato al caso in cui tali precedenti abbiano acquisito la veste di diritto consolidato, essendo tra loro coerenti e non contraddittori. Ciò discenderebbe sia da precetti costituzionali, e quindi da esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ed anche dal ruolo nomofilattico svolto dai giudici di legittimità, fondato su una regola definita «più procedurale che sostanziale», che affida alla Cassazione, tra gli altri, i compiti di garantire l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale. Tutto ciò temperato dall’avverbio “tendenzialmente”, che lascia intendere la già precedentemente menzionata opera di bilanciamento tra valori quali “certezza del diritto” e “prevedibilità delle decisioni” rispetto a canoni di giustizia sostanziale, sempre risolvibile a favore di quest’ultima, implicando in questo caso il necessario discostamento da orientamenti della Cassazione ritenuti errati da parte dei giudici comuni che dovrebbero permetterne un *overruling* investendo della questione le Sezioni Unite.

Tali considerazioni, pur potendo sembrare alquanto estranee al tema d'esame, acquisteranno piena rilevanza rispetto al *ne bis in idem* ed in particolare rispetto ai casi di doppio binario una volta esaminata la recente strada intrapresa dalla giurisprudenza sovranazionale in relazione al problema del doppio binario.

Si potrà infatti notare come il concetto di prevedibilità, che strettamente è connesso a quello di legalità inteso come tipicità e sufficiente determinatezza delle norme, in questo caso non solo di quelle sostanziali ma anche procedurali, sia uno degli indici legittimanti le plurime risposte sanzionatorie dello Stato rispetto ad un medesimo fatto.

Delineati i principali tratti del *ne bis in idem* sostanziale, ed essendo quindi apprezzabili quelle che sono le differenze rispetto al suo omonimo istituto di diritto processuale, occorre sottolineare che, pur dando conto dello spazio che intercorre tra i due piani applicativi del principio, le norme sovranazionali ne danno una definizione che sancisce il legame tra i due divieti.

Ciò si evince sia dal dato letterale dei due articoli che oramai sono al centro del dibattito sul *ne bis in idem*, ovvero art. 50 CDFUE e art. 4 prot. 7 CEDU, i quali recitano "diritto di non essere giudicato o punito due volte", ma soprattutto, come è stato appena sottolineato, dalle recenti letture che ne hanno dato le corti sovranazionali, che in un certo senso, per lo meno in quei casi in cui si parla di *ne bis in idem* eterogeneo, e quindi fondato sull'applicazione di due norme, una delle quali è formalmente di natura amministrativa per l'ordinamento nazionale, hanno ammesso l'utilizzo del doppio binario sanzionatorio che tanto è stato stigmatizzato, subordinandone la legittimità al rispetto di diversi criteri, tra cui figura anche la proporzionalità del complesso delle sanzioni irrogate alla gravità dei fatti commessi.

1.4. Confronto tra esigenze sottese al *ne bis in idem* nazionale ed esigenze proprie del principio operante nella dimensione transnazionale, dimensione multilivello del principio

L'affermarsi del *ne bis in idem* anche nei rapporti interstatuali è fenomeno molto più recente rispetto all'applicazione del principio all'interno di un unico ordinamento.

È infatti tradizionalmente considerata prerogativa dello Stato stabilire se esso ha il diritto di perseguire un individuo autore di un crimine, ed in particolare, a tale questione si trova risposta nelle norme sulla giurisdizione.

Ancor prima di prestare attenzione ai conflitti di giurisdizione bisogna sottolineare come l'arretratezza nell'opera di armonizzazione operata in ambito penale rispetto ad altri settori, specificamente in Europa, sollevi ancora numerosi problemi per la piena operatività del principio a livello internazionale.

Problema di fondo, senza la risoluzione del quale, anche con il riconoscimento generalizzato del *ne bis in idem* non si può pervenire ad una situazione di quiete e coordinamento tra i vari ordinamenti penali, e quindi alla conseguente tutela piena del diritto dell'imputato a non subire più processi per uno stesso fatto, è la mancanza di criteri univoci e vincolanti per stabilire la giurisdizione penale di uno Stato. Tradizionalmente, i principi che presiedono all'applicazione della legge penale nello spazio sono quello di territorialità, il principio di difesa, il principio di universalità ed il principio di personalità⁵¹.

Secondo il principio di territorialità la legge nazionale si applica a chiunque commetta un reato nel territorio dello Stato, mentre il principio di difesa fonda l'applicabilità della legge sull'appartenenza allo Stato dei beni giuridici offesi dal reato o sulla cittadinanza del soggetto passivo. Al contrario di quest'ultimo, il principio di personalità prevede l'applicabilità della legge penale dello Stato di appartenenza del reo.

⁵¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale: parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 139 ss.

Infine, il criterio di universalità, ormai abbandonato dalla maggioranza degli Stati, prevede l'applicabilità della legge nazionale per tutti i delitti, senza aver riguardo da chi o dove sia stato commesso il delitto.

Nel nostro ordinamento nessuno di essi ha una posizione di formale supremazia rispetto agli altri, anche se quello di territorialità ha sempre rivestito un ruolo particolarmente importante, che però ha visto un progressivo indebolimento a causa del crescente coordinamento tra Stati nella lotta a crimini transnazionali, e della sempre più intensa interconnessione tra ordinamenti giuridici.

L'articolo 11 del nostro codice penale prevede esplicitamente il rinnovamento del giudizio anche se il soggetto sia stato già giudicato all'estero nel caso in cui abbia commesso il reato nel territorio dello Stato. Mentre al comma 2 è prevista la rinnovabilità del giudizio anche nel caso in cui il reato sia stato commesso fuori dal territorio dello Stato, purché ne sia fatta richiesta da parte del Ministro della giustizia.

Per quanto riguarda la previsione, in ordinamenti statali, del riconoscimento dell'effetto preclusivo derivante da un giudizio svoltosi in altro Stato, bisogna menzionare l'Olanda⁵², che rappresenta un *unicum* nel panorama degli stati appartenenti alla tradizione di *civil law*. L'art. 68 del codice penale olandese attribuisce alla decisione definitiva straniera efficacia preclusiva analoga a quella delle decisioni nazionali, specificando che, affinché operi la preclusione, nel caso di condanna, la pena deve essere stata interamente eseguita, sia stata effettuata la remissione o commutazione della pena, o il soggetto sia immune dall'esecuzione della pena⁵³.

L'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra Stati comporta la perdita del diritto dello Stato a perseguire un individuo già processato per lo stesso fatto in altro Stato⁵⁴.

⁵² Cfr. JOHN A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005

⁵³ Sull'art. 68 del codice penale olandese, vedi P.BAAUW, *Ne bis in idem*, in *International criminal law in the Netherlands*, 1997, p. 75 ss.

⁵⁴ Cfr. A. KLIPP, *European Criminal Law: An integrative approach*, Intersentia, 2012, p. 251

Il progressivo affermarsi del *ne bis in idem* in ambito internazionale non ha seguito un percorso lineare e semplice. Per quanto riguarda l'Italia si può ricordare come da noi non siano state ratificate alcune convenzioni del Consiglio d'Europa che prevedevano espressamente il principio, specificamente la Convenzione sulla validità internazionale dei giudicati penali del 1970, e la Convenzione sul trasferimento delle procedure del 1972. Ciò a riprova delle iniziali riserve in capo agli Stati a ratificare trattati di tal genere, che comportavano ingenti limitazioni alla sovranità statale, in particolare nell'ambito giurisdizionale, il quale, ancora oggi, nei rapporti tra diversi ordinamenti, si fonda spesso su fattori politico-diplomatici. Successivamente, sono state ratificate dal nostro Paese diverse convenzioni relative a singole materie specifiche che prevedevano il *ne bis in idem*. Una svolta particolarmente significativa si ebbe con la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, siglata nel 1990 da Benelux, Francia e Germania, e successivamente da diversi altri Stati, tra cui l'Italia.

L'art. 54 della Convenzione sancisce proprio l'operatività generalizzata del *ne bis in idem* tra gli Stati firmatari. Risultava però evidente che, seppur costituissero strumenti di elevata utilità, e punti di passaggio necessari affinché si potesse rendere sempre più diffusa l'applicabilità del principio, gli strumenti pattizi soffrirono di limiti intrinseci, primo tra tutti quello concernente i metodi di recepimento ed esecuzione all'interno degli Stati⁵⁵.

Con il protocollo allegato al Trattato di Amsterdam sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione Europea la convenzione diviene diritto dell'Unione, dunque vincolante per tutti gli Stati Membri.

L'apertura verso il riconoscimento del principio è stata avallata e perseguita anche dalla Consulta, la quale, modificando la posizione che aveva assunto in passato rispetto al *ne bis in idem* internazionale, nel 1997 lo definisce come «principio

⁵⁵ Cfr., N.GALANTINI, *Il divieto di doppio processo per lo stesso fatto come diritto della persona*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, p. 97

tendenzialmente riconosciuto cui si ispirano gli ordinamenti internazionali per ragioni di garanzia a fronte delle concorrenti pretese punitive»⁵⁶.

Tale espansione dell'ambito applicativo del principio in questione è dovuta a numerosi fattori altamente eterogenei tra loro, che vanno da esigenze nate dalla sempre maggiore integrazione e permeabilità degli ordinamenti statali, specie in Europa occidentale, alla già analizzata metamorfosi del principio, che da istituto posto a presidio della sovranità statale e della certezza oggettiva del diritto⁵⁷ è adesso a pieno titolo collocabile all'interno della categoria dei diritti soggettivi, tutelando il singolo dal potere repressivo dell'autorità in ambito penale⁵⁸.

È nel contesto dell'Unione Europea che il principio ha raggiunto la sua massima espansione nell'applicazione transnazionale, fenomeno dovuto alla peculiarità del sistema di integrazione creato dall'Unione, rappresentando un *unicum* nel panorama internazionale. Gli Stati appartenenti all'organizzazione hanno infatti accettato sempre maggiori limitazioni e cessioni della sovranità statale a favore dell'Unione, rientrando progressivamente tra le materie in cui quest'ultima ha competenza, anche il diritto penale, settore relativamente al quale gli Stati sono tradizionalmente non poco restii a cedere o limitare le loro prerogative.

Limitate competenze in materia penale sono state attribuite all'Unione già con i Trattati di Maastricht (1992), Amsterdam (1997), e successivamente con il Trattato di Lisbona (2009). Il capo IV del TFUE si occupa della cooperazione giudiziaria in materia penale, sancendo la competenza dell'Unione ad adottare misure atte a definire «...norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una

⁵⁶ C.Cost. 3 marzo 1997 n. 58

⁵⁷ Valore rilevante non solo per lo Stato ma anche per il singolo. Sull'argomento, LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di sanzione*, in *Scritti giur. in onore di Carnelutti*, 1950, vol I, p. 86

⁵⁸ Definito da CERESA-GASTALDO, Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, Esecuzione, a cura di G. Conso-V. Grevi-M.Bargis, VIII ed. Cedam, 2016, come «garanzia ad personam, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo»

particolare necessità di combatterli su basi comuni»⁵⁹, sancendo la procedura legislativa ordinaria come iter naturale per adottare misure nelle materie rientrate nel capo IV.

Nonostante l'evidente imprescindibilità da un'opera di armonizzazione del diritto penale sostanziale, al fine di rendere pienamente effettivo il reciproco riconoscimento di decisioni straniere, ciò non è considerato un prerequisito, secondo la Corte di Giustizia, al fine dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, il quale presuppone più semplicemente la fiducia reciproca tra gli Stati membri, implicando il riconoscimento delle decisioni «*even if the outcome would be different if its own national law were applied*»⁶⁰.

L'opera di armonizzazione dei sistemi di diritto penale sostanziale, presupposto, pur se non imprescindibile, quantomeno auspicabile e funzionale al fine di rendere effettiva l'operatività del principio del *ne bis in idem* tra gli Stati europei non è opera semplice e scevra da problemi di difficile soluzione.

È infatti indubbio che, mancando il requisito della comparabilità delle diverse discipline penali sostanziali, sia da considerare una pre-condizione per l'applicazione del *ne bis in idem*, almeno un livello minimo di armonizzazione tra i sistemi penali degli Stati membri⁶¹.

Tale ravvicinamento e coordinamento degli ordinamenti nell'ambito del diritto penale, oltre ad essere funzionale all'applicazione del principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie⁶², è stato avvertito come necessario anche al fine di far fronte alle emergenti esigenze provocate dall'acuirsi del crimine transnazionale⁶³, conseguenza naturale della creazione di un mercato

⁵⁹ Art. 83 TFUE

⁶⁰ C. Giust. CE 9 Marzo 2006, Van Esbroeck, C-436/04

⁶¹ Cfr., T.RAFARACI, op. cit.,

⁶² Principio su cui si fonda la cooperazione giudiziaria in materia penale, e sancito dall'art. 82 TFUE

⁶³ Cfr. EKKEHART MULLER-RAPPARD, *The European system*, in *International Criminal Procedure* a cura di M. BASSIOUNI, ed. 1986

unico all'interno del quale è garantita la libertà di circolazione di persone, beni, servizi e capitali⁶⁴.

Come è noto, il diritto penale non rientrava tra le competenze originariamente attribuite alla Comunità Europea, ma, di pari passo con lo sviluppo del livello di integrazione, è diventato evidente come fosse impossibile mantenere nettamente distinte le numerose aree di competenza dell'Unione dalle scelte di politica criminale. Inizialmente, infatti, un'opera di minima convergenza in materia penale è stata attuata al fine di garantire l'effettività del diritto europeo, proteggere gli interessi finanziari dell'Unione, e far fronte alle sempre più sofisticate forme di criminalità organizzata, spesso rese possibili proprio dalla creazione di uno spazio in cui è garantita la libertà di circolazione dei fattori produttivi. Il peculiare iter percorso nell'attribuire competenze in materia penale all'Unione è spiegabile non solo rammentando quale fosse inizialmente il precipuo scopo della creazione dell'organizzazione, ovvero la creazione di un mercato unico, ma anche in ragione della peculiare valenza che ha il diritto penale per gli Stati.

Infatti, «il terreno della giustizia penale è quello nel quale gli Stati sono più gelosi della loro sovranità, perché la giustizia penale rappresenta in modo più evidente la specificità dei singoli ordinamenti e lo spazio nel quale si esercita il potere sovrano»⁶⁵.

È in relazione ad uno di quelli che tradizionalmente era, già agli albori dell'integrazione Europea, uno dei principali obiettivi dell'organizzazione, ovvero la libertà di circolazione delle persone, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte sottolineato il ruolo fondamentale del *ne bis in idem*; verrebbe infatti gravemente compromesso il diritto a circolare liberamente dei cittadini dell'Unione se non fosse accompagnato dalla garanzia a non venir nuovamente

⁶⁴ «With the opening of borders and the integration of markets in the European Union, criminals operating in Member States have become more mobile and international than ever before», JOHN SEGUIN, *The case for transferring territorial jurisdiction in the European Union*, in *Criminal law forum*, pp. 247-265, 2001

⁶⁵ Così, G. ILLUMINATI, in *Prova penale e Unione Europea. Atti del convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea"*, Bononia University Press, 2009, p. 9

perseguiti in uno Stato membro per un fatto relativamente al quale è stata già emanata una decisione definitiva da parte di altro Stato membro⁶⁶.

Già da questa funzione cui è deputato il principio del *ne bis in idem* nella sua applicazione transnazionale tra Stati facenti parte dell'Unione Europea emerge in tutta evidenza la differenza tra le esigenze ed i valori alla cui tutela è preordinato il principio.

Parlando più genericamente, possiamo dire che, rivolgendo l'attenzione verso l'ordinamento internazionale globalmente inteso, e non al solo contesto europeo, caratteristica che risalta ad una prima occhiata è la totale dissoluzione del legame, che ancora sussiste, seppur in maniera ridotta rispetto al passato nel principio inteso in chiave nazionale, tra il *ne bis in idem* ed interessi propri dello Stato, quali quello alla certezza obiettiva del diritto o all'economia processuale⁶⁷.

Dunque, se si sposta l'ambito applicativo del principio sul piano internazionale è inevitabile constatare la mutuata ratio del principio.

Basti pensare che nei rapporti tra Stati diversi non può parlarsi di conflitto pratico di giudicati, non essendo tutelabile in tale contesto l'unitarietà e non contraddittorietà dell'ordinamento: trattandosi di sentenze emesse in Stati differenti, teoricamente non si potrebbero presentare problemi di impraticabilità dell'ordinamento.

Si potrebbe addirittura affermare che l'applicazione del *ne bis in idem* internazionale «finisce per minare la certezza del diritto nazionale, facendo venire meno il rapporto di (almeno tendenziale) consequenzialità tra violazione del precetto e sentenza di condanna»⁶⁸.

⁶⁶ «the right of freedom of movement is effectively guaranteed only if the perpetrator of an act knows that, once he has been found guilty and served his sentence, or, where applicable, been acquitted by a final judgment in a Member State, he may travel within the Schengen territory without fear of prosecution in another Member State on the basis that the legal system of that Member State treats the act concerned as a separate offence», C. Giust. CE 9 Marzo 2006, Van Esbroeck, C-436/04

⁶⁷ VAN DEN WYNGAERT, C., & STESSENS, G, *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 779-804.

⁶⁸ Così R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p.1127

È dal punto di vista dell'imputato che si possono rinvenire analogie nella ratio e nelle funzioni proprie del divieto di doppio processo nella dimensione interna ed in quella internazionale. È infatti applicando il principio in quest'ultimo contesto che risalta, ancor più di quanto avviene nella dimensione interna, la portata garantista del *ne bis in idem*.

Il divieto di doppio processo per il medesimo fatto ad una stessa persona, assume dunque, nella dimensione internazionale, rilevanza in quanto tale, sganciandosi del tutto dalle plurime esigenze ricondotte alla ratio del *ne bis in idem* all'interno degli ordinamenti nazionali, rispondendo principalmente ad «evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati»⁶⁹.

1.5. Breve disamina delle fonti sovranazionali che prevedono il *ne bis in idem*

Come è già stato evidenziato, l'impulso alla metamorfosi del *ne bis in idem* è provenuto principalmente da istanze sovranazionali, le quali, in maniera più o meno marcata, a seconda della loro natura, e quindi anche del rango che assumono all'interno degli ordinamenti statuali, hanno provocato mutamenti di non poco conto nella fisionomia del principio in questione.

Ruolo di preminenza, nel plasmare il divieto di doppio processo operante all'interno degli ordinamenti di Stati europei è stato svolto dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Quest'ultima rappresenta il meccanismo più avanzato, nel panorama mondiale, di garanzia dei diritti individuali, ed uno dei primi a prevedere la possibilità per il singolo di effettuare, nel caso in cui si ritenga vittima di una violazione della Convenzione commessa da uno Stato parte, ed una volta esaurite le vie di ricorso

⁶⁹ C.Cost., 3 Marzo 1997, n. 58

interne, un ricorso individuale diretto dinnanzi ad una Corte sovranazionale, con la possibilità di veder condannato lo Stato artefice di tale violazione.

Aspetto che merita di essere brevemente menzionato è quello del rango definito sub-costituzionale della CEDU, la quale, pur non avendo dato vita ad un ordinamento giuridico sovranazionale analogo a quello comunitario, crea obblighi a carico dello Stato. Infatti, in virtù di quanto previsto dall'art. 117 Costituzione, la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali. Inoltre, ruolo di primaria importanza nel garantire il rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU è svolto dai giudici nazionali, i quali sono chiamati, in prima battuta, a tentare di effettuare un'interpretazione conforme delle norme nazionali rispetto alla Convenzione e, nel caso in cui tale opera ermeneutica non sia praticabile, a sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Costituzione.

Sarà poi la Consulta ad «apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto della peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»⁷⁰. È quindi il c.d. “diritto consolidato” a costituire l'unico parametro a cui i giudici comuni debbono inderogabilmente adeguarsi, rispettandone la “sostanza”, quale frutto di un costante orientamento tenuto dalla Corte Edu; al contrario, «nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»⁷¹.

È dunque ormai dato acquisito la posizione sovraordinata della CEDU rispetto alla legislazione ordinaria, ed il ruolo di parametro interposto di costituzionalità da essa svolto, rendendo la Corte Costituzionale giudice chiamato ad interpretare ed applicare la Convenzione, in linea con il significato ad essa ascrivibile grazie all'eminente interpretazione datane dai giudici di Strasburgo, quale frutto di un orientamento consolidato. Nonostante l'inevitabile ed evidente apertura

⁷⁰ C.Cost., sent. n. 236/2011, §9

⁷¹ C.Cost., sent. n. 49/2015, § del considerato in diritto

dell'ordinamento e della giurisprudenza nazionali a recepire le spinte sovranazionali, permane ancora la tendenza della Corte Costituzionale a mantenere la netta visione piramidale dei rapporti tra Costituzione e CEDU. Tale visione gerarchica è stata criticata da più voci della dottrina, le quali ne mettono in dubbio la rispondenza tanto alla teoria delle fonti che alla teoria dell'interpretazione.

In particolare, si fa riferimento alla dubbia compatibilità di una visione rigidamente gerarchica dei rapporti tra le due Carte rispetto ad una teoria assiologicamente ispirata delle fonti del diritto, la quale si può ritenere, in un certo senso, avallata anche dalla nostra Carta Costituzionale, la quale “riconosce” (art 2) come ad essa pre-esistenti i diritti inviolabili dell'uomo⁷².

A propugnare il superamento di un netto rapporto di subordinazione tra le due Carte, è anche la teoria dell'interpretazione in relazione a strumenti che dichiarano diritti fondamentali dell'individuo, rispetto ai quali «non può darsi alcun *prius* o *posterius*»⁷³.

Concludendo, si può affermare che la Consulta è restia ad aderire ad una visione per cui CEDU e Costituzione debbano influenzarsi reciprocamente, dando vita ad un processo di interpretazione conforme in senso circolare, nel cui circuito dovrebbe inserirsi anche la Carta di Nizza, poggiando sul criterio di fondo della massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti, intessendo delle relazioni intersistemiche che, se libere da stringenti vincoli di ordine formale, permetterebbero il massimo dispiegamento di tutte le Carte dei diritti grazie alle reciproche influenze e secondo criteri assiologici, garantendo al massimo la tutela dei diritti in esse previsti e il bilanciamento tra valori⁷⁴.

In un'ottica differente si può collocare l'opera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, è il massimo organo che vigila sul rispetto del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, il quale costituisce un vero e proprio

⁷² Cfr. F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 2, 2015

⁷³ Così, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *Dir. Pen. Cont.*, n.2, 2015

⁷⁴ *Ibid.* p. 327

«ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani»⁷⁵.

Soggetti di questo ordinamento sono anche gli individui, i quali, essendo titolari di diritti tutelati da norme comunitarie sono legittimati ad adire gli organi giurisdizionali dell'Unione nel caso in cui siano destinatari sostanziali dell'atto adottato dall'Unione⁷⁶.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, insieme con quella di Strasburgo, è stata il primo organo giurisdizionale che «abbia avvertito gli albori del mutamento della società internazionale e, dando rilievo agli interessi dei singoli, abbia iniziato a infrangere gradualmente il dominio riservato degli Stati»⁷⁷.

Il contesto europeo non è l'unico in cui sono rinvenibili organizzazioni internazionali che prevedono per gli Stati aderenti l'autolimitazione della propria sovranità, e l'indispensabile predisposizione di organi giurisdizionali che controllino l'attuazione delle norme emanate dall'organizzazione, ma è senza dubbio in tale area che si è raggiunto il più elevato sistema di integrazione e garanzia dei diritti dell'individuo⁷⁸.

1.5.1. Art. 4 del protocollo n. 7 alla Cedu

Il divieto a non essere processato o punito più volte per uno stesso fatto è stato inserito nell'impianto della CEDU con l'adozione del VII protocollo addizionale alla Convenzione, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, il quale ha determinato anche il riconoscimento di altri diritti processuali dell'individuo,

⁷⁵ Sent. Corte di Giustizia UE, 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos

⁷⁶ Sull'argomento vedi CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239 ss.

⁷⁷ Così, A. DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci, 2015

⁷⁸ Cfr. M. BURSTEIN, *The will to enforce: an examination of the political constraints upon a regional court of human rights*, in *Berkley journal of international law*, 2006, vol. 24, p. 423 ss.

come quello ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale, o la previsione di garanzie procedurali nel caso di espulsione di stranieri.

Da una prima lettura della norma convenzionale emerge come vengono inseriti all'interno di un'unica previsione quelli che tradizionalmente, per il nostro sistema penale, rappresentano due distinte esplicazioni del principio del *ne bis in idem*.

Pur essendo due facce della stessa medaglia, *ne bis in idem* processuale e sostanziale differiscono in quanto a ratio e piano applicativo.

Il divieto di doppia incriminazione è infatti fenomeno prettamente processuale, il quale guarda esclusivamente al fatto inteso in senso naturalistico, come avremo modo di verificare più approfonditamente in seguito; al contrario, il *ne bis in idem* sostanziale, è strettamente connesso al profilo legale del reato.

Essendo pacifico che, nel caso in cui con un'unica azione od omissione l'autore commetta più illeciti, se questi non si trovano in rapporto di concorso apparente, debbano essere attribuiti al soggetto che li ha commessi, il principio nella sua veste sostanziale garantisce che le sanzioni irrogate siano proporzionate al disvalore dei reati complessivamente considerati.

L'articolo in questione ha svolto un ruolo fondamentale nel delineare la fisionomia con cui oggi si presenta il *ne bis in idem* all'interno degli ordinamenti che sono parti della Convenzione europea sui diritti dell'uomo: è dunque indispensabile svolgere una pur sintetica analisi della previsione, letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, le cui decisioni, «esprimono il contenuto effettivo della CEDU»⁷⁹, operando in ottica finalistica e pragmatica.

Da ciò si comprende l'ormai nota definizione della Convenzione come strumento vivente⁸⁰, la quale è capace di adattarsi alle sempre più rapidamente mutevoli esigenze e situazioni concrete della società odierna.

⁷⁹ Così, V. ZAGREBELSKY, *La corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, incontro di studio su *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, 2005

⁸⁰ Cfr. SPIELMANN, TSIRLI ET VOYATZIS, *La convention européenne des droits de l'homme, Un instrument vivant, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant*, 2011

Dal tenore letterale della norma si evince chiaramente come essa opera esclusivamente in prospettiva interna, poiché fa riferimento alla “giurisdizione di uno stesso Stato”.

Uno dei profili di maggiore interesse, e da cui sono derivate gran parte delle frizioni tra ordinamenti nazionali e garanzia convenzionale concerne l’ambito d’applicazione del divieto di doppio processo delineato dalla Corte di Strasburgo. È infatti ormai noto che la Corte Edu, come d’altronde la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, tendano a delineare concetti autonomi che non si basano esclusivamente sulle definizioni formali datene dagli ordinamenti nazionali, al fine di permettere un’applicazione uniforme degli istituti e garanzie previste dalle norme di derivazione sovranazionale⁸¹.

Per quel che interessa in relazione al *ne bis in idem*, ci si riferisce al concetto di *matière pénale* elaborato in una pronuncia ormai risalente dei giudici di Strasburgo⁸², la quale costituisce un caposaldo del sistema convenzionale al fine di determinare l’ambito di applicazione delle garanzie concernenti il diritto penale, essendo stata emanata in relazione all’applicabilità degli art. 6 e 7 della Convenzione, relativi rispettivamente alle garanzie dell’equo processo e al principio *nulla poena sine lege*.

Con tale pronuncia, che ha trovato successive conferme, la Corte ha elaborato una definizione antiformalistica di materia penale, autonoma rispetto alla definizione formale che ne danno gli ordinamenti nazionali.

Appare evidente come dall’elaborazione di un concetto di materia penale in chiave sostanzialistica discendano ripercussioni notevoli per gli ordinamenti interni, i quali generalmente fondano la qualifica di una sanzione come penale sul principio di legalità formale.

In particolare, nel nostro ordinamento, l’area di espansione della materia penale si fonda sulla lettura combinata dell’art. 25 della Costituzione e dell’art. 1 del codice penale, delineando un sistema che lega «la riferibilità della qualificazione di una

⁸¹ Cfr., G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 ss.

⁸² Engel and others c. The Netherlands, 1976, n. 5100/71, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>

norma come penale al fatto che essa sia formalmente ed espressamente prevista come reato da una legge ed accompagnata da una sanzione catalogabile nel novero delle pene»⁸³.

Con la pronuncia in questione i giudici di Strasburgo hanno stabilito che, al fine di stabilire la sussumibilità di una previsione normativa nel novero delle sanzioni penali, bisogna ricorrere ai c.d. “Criteri Engel”, i quali considerano la qualificazione giuridica data dall’ordinamento nazionale alla misura «non più che un punto di partenza»⁸⁴, attribuendo a tale indicazione «solo valore formale e relativo»⁸⁵: così facendo la Corte scongiura la possibilità che gli Stati possano esimersi dall’applicare al soggetto le garanzie proprie dell’imputato nel processo penale semplicemente chiamando con altro nome un illecito che ha natura sostanzialmente penale.

Assunta la mancanza di valore dirimente della qualificazione giuridica data ad una sanzione nell’ordinamento nazionale, guardiamo a quelli che sono gli altri due criteri delineati dalla Corte.

Il secondo dei criteri delineati nel caso Engel concerne la natura della misura, desumibile dalla portata della norma applicata e dalla sua generalità, dal raffronto con la qualificazione attribuita ad analoghe previsioni in altri ordinamenti di paesi membri, o dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati.

Infine il terzo parametro ha riguardo alla natura e al grado di severità della sanzione, alla cui determinazione concorrono fattori quali il grado di afflittività della sanzione e lo scopo punitivo e general preventivo della sanzione.

È stato chiarito dalla Corte come i tre criteri enucleati siano utilizzabili in maniera alternativa, ma ciò non preclude di valutarli cumulativamente nel caso in cui «l’analisi separata di tali criteri non permetta di giungere ad una conclusione chiara circa l’esistenza di un’imputazione in materia penale»⁸⁶.

⁸³ Così, Ne bis in idem. *Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea, Relazione di orientamento dell’Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione*, n. 26/2017

⁸⁴ Vedi Engel and others c. The Netherlands, 1976, § 82

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Echr, Jussila c. Finlande, 2006, n. 73053/01, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-78136>, § 31

Chiarito che il principio del *ne bis in idem*, per come delineato nella CEDU, può essere definito come «diritto soggettivo intersettoriale»⁸⁷, il quale dispiega i suoi effetti nei confronti dell'intero ordinamento giuridico, «a prescindere dal fatto che il secondo procedimento sia etichettato e strutturato nell'ordinamento quale nominalmente penale, presupposto quest'ultimo che era originariamente previsto quale caposaldo del principio»⁸⁸, si comprendono bene le ragioni della ancora non sopita questione in merito al problema del doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale, che ha visto le Corti europee e nazionali ingaggiare un estenuante dialogo per cercare di trovare un punto di equilibrio, difficilmente raggiungibile vista la tradizionale separazione netta che generalmente sussiste all'interno degli ordinamenti tra diritto penale ed altri rami dell'ordinamento.

Di tale questione si parlerà specificamente in seguito meritando una trattazione a sé, considerando le numerose pronunce che si sono susseguite, mediante le quali le Corti sovranazionali hanno avuto modo di influenzarsi reciprocamente, e ritornare spesso sui loro passi, a causa delle numerose difficoltà all'interno degli ordinamenti nazionali nel garantire l'operatività del divieto di *bis in idem* «eterogeneo»⁸⁹ dato il comune utilizzo dei doppi binari amministrativo-penali all'interno di gran parte degli ordinamenti.

Altro aspetto da sottolineare è che il divieto sancito dall'art. 4 prot. 7 sorge esclusivamente in seguito all'emanazione di una decisione definitiva, non rilevando, in ottica convenzionale, i fenomeni di litispendenza.

Tale "limitata" operatività del principio è stata sottolineata in diversi casi dalla Corte Edu, la quale ha affermato che «*le principe non bis in idem s'applique uniquement après l'acquittement ou la condamnation de l'intéressé par une décision définitive rendue conformément à la loi et à la procédure penale de l'Etat concerné. A cet égard la Cour note qu'une décision est définitive si elle est passée*

⁸⁷ Così A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in *Regole europee e processo penale*, Wolters Kluwer CEDAM, 2016, pp. 267 ss.

⁸⁸ Ibid. p. 269

⁸⁹ Così definito da PROCACCINO, *ibid.*

en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires»⁹⁰.

Dunque, nonostante l'evoluzione del principio determinata dalla giurisprudenza nazionale, che ha comportato l'affievolimento del legame tra cosa giudicata e divieto di *bis in idem*, per la Corte Edu, permane tale connessione, essendo presupposto indefettibile per l'operatività del divieto la presenza di una decisione non più revocabile attraverso mezzi ordinari di impugnazione.

Rimandando alla disciplina nazionale degli Stati, ed essendo quello della *res iudicata*, pur se sotto diverse accezioni⁹¹, un istituto generalmente riconosciuto dagli ordinamenti statali, l'identificazione di provvedimenti definitivi dai quali discende l'applicabilità dell'art. 4 prot. 7 non genera particolari problemi.

Meritano però specificazione alcuni casi particolari cui la Corte di Strasburgo si è trovata a dover dare soluzione. In particolare è stato affermato che l'archiviazione del procedimento da parte del pubblico ministero non integra nessuno dei due casi previsti nella norma, attribuendo essa effetto preclusivo esclusivamente a decisioni definitive di condanna o assoluzione. Con la conseguenza che questa tipologia di provvedimento non comporta l'applicazione del divieto in questione⁹².

Con riguardo ad un giudizio instaurato da un cittadino croato⁹³, la Corte non ha affermato univocamente, ed in termini generali, se da un atto di amnistia derivi o meno la preclusione di un secondo procedimento. Nonostante la conclusione raggiunta nel caso di specie sembra potersi concludere che, in linea generale, da un atto di amnistia discendano effetti preclusivi. Per comprendere le peculiarità del caso di specie, che hanno portato alla conclusione, è fondamentale guardare al contenuto della decisione adottata dalla Corte.

⁹⁰ Echr, Horciag c. Roumanie, 2005, n. 70982/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68815>

⁹¹ Chose jugée, issue estoppel, plea of autrefois convict

⁹² «*The discontinuance of criminal proceedings by a public prosecutor did not amount to either conviction or an acquittal, and therefore Article 4 of Protocol No. 7 finds no application to the second applicant's situation either*», Echr, Smirnova and Smirnova c. Russia, 2002, n. 48183/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22725>

⁹³ Marguš c. Croatia, 2012, n. 4455/10, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144276>

Con una motivazione che ha tenuto conto di numerose norme sia di diritto interno che di diritto internazionale, i giudici di Strasburgo hanno condiviso la posizione assunta dalla Corte Costituzionale croata, negando l'efficacia dell'atto di amnistia in relazione ad atti qualificabili come crimini di guerra, sottolineando come, secondo il diritto internazionale, sussista un obbligo, in capo agli Stati, di perseguire le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali.

In linea con la tradizionale funzione dell'istituto nella sua connotazione processuale, dunque, non rileva quale sia l'esito del primo procedimento, dovendosi applicare la preclusione anche quando il soggetto sia soltanto stato perseguito nel primo procedimento senza essere necessario che si sia concluso con una condanna⁹⁵.

Provvedimento peculiare, il quale è idoneo a fungere da fondamento per l'operatività del *ne bis in idem*, è quello dichiarativo della prescrizione.

In tale evenienza, la pronuncia di estinzione del reato per prescrizione è tradizionalmente considerata, secondo l'ordinamento italiano, come concernente il merito. Come è facile intuire, tale tipologia di decisione possiede il carattere della irrevocabilità, e rappresenterebbe quindi un provvedimento finale a norma della Convenzione Edu.

La *ratio* sottesa a questo istituto è peculiare, fondandosi sull'assunto che, trascorso un lasso di tempo sufficientemente esteso, verrebbe meno l'interesse dello Stato alla punizione del reo ed al suo reinserimento sociale.

Il tempo richiesto è differente a seconda del tipo di reato, e potrebbe dunque ricollegarsi a ciò la collocazione dell'istituto nell'ambito del diritto sostanziale, essendo richiesto un esame del merito, essendo indispensabile quantomeno un accertamento dei fatti di cui si dibatte per poter applicare l'istituto in questione.

È proprio facendo leva sulla previa valutazione del merito⁹⁶ che si fonda la tesi secondo cui, per la Corte Edu, le sentenze dichiarative della prescrizione sarebbero

⁹⁵ Lucky Dev. C. Sweden, 2014, n. 7356/10, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148184>

⁹⁶ Criterio che la Corte di Lussemburgo considera discrezionale al fine di determinare l'efficacia preclusiva di una decisione, in particolare in casi di *ne bis in idem* transnazionale

idonee a fungere da presupposto per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, nonostante in dottrina vi siano opinioni contrarie, le quali evidenziano come la Corte di Strasburgo a differenza della Corte di Giustizia, non si sia pronunciata in maniera univoca sulla questione⁹⁷.

Uno dei maggiormente problematici nodi interpretativi su cui tradizionalmente vi sono state divergenze di vedute, soprattutto nel contesto nazionale, è quello concernente la definizione di “medesimo fatto”.

Il tenore letterale dell'articolo della Convenzione europea non parla di fatto, ma di reato, potendo lasciar pensare ad un legame del divieto con *l'idem legale*, ma l'interpretazione datane dalla Corte, pur se frutto di una giurisprudenza che per lungo tempo non ha assunto una posizione univoca, depone in senso diametralmente opposto, essendosi raggiunto un punto di svolta con un'importante sentenza della Grande Camera⁹⁸. Sarebbe infatti ingiustamente restrittivo configurare il *ne bis in idem* come divieto operante esclusivamente in relazione a situazioni concernenti la violazione di una medesima norma, potendo facilmente venire eluso dagli ordinamenti nazionali semplicemente sussumendo un'azione od omissione sotto altra veste legale. Tale problematica verrà diffusamente analizzata in seguito, dati gli ormai risalenti problemi cui di recente è stata data una soluzione dalla nostra Corte Costituzionale in relazione al concorso formale di reati.

Ripercorrendo brevemente i differenti orientamenti prospettati dalla Corte Edu nelle varie pronunce concernenti il concetto di *idem factum*, si possono distinguere tre distinte posizioni, che hanno oscillato dall'esclusiva valorizzazione della condotta naturalisticamente intesa⁹⁹, per passare poi a ritenere non contraria al divieto di *bis in idem* la plurima persecuzione per una medesima azione od omissione riconducibile a differenti fattispecie di reato¹⁰⁰. Oscillando tra due poli

⁹⁷ Cfr., R.A.RUGGIERO, op. cit., p. 3817, la quale richiama, tra le opinioni critiche nei confronti dell'idoneità della prescrizione ai fini dell'applicazione del divieto di doppio giudizio: LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte Costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, *Proc. Pen. Giust.*, 2017, n. 1, p. 62

⁹⁸ Zolotoukhine c. Russia, 2009, n. 1493/03, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222>

⁹⁹ Si veda Gradinger c. Austria, 1995, n. 15963/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57958>

¹⁰⁰ In Oliveira c. Switzerland, 1998, n. 24711/94, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58210>

opposti la Corte ha poi provato a trovare una via mediana, aggiungendo al presupposto della semplice variazione dell'*idem* legale la specificazione secondo cui pur essendosi in presenza di due fattispecie di reato bisogna accertarsi che tra esse vi sia differenza negli elementi essenziali¹⁰¹, i quali sono stati gradualmente specificati in una serie di pronunce successive.

Essendo tali elementi altamente eterogenei tra loro, e non prevedibili in maniera certa, la Grande Camera ha avvertito la necessità di trovare una via per garantire l'effettiva applicabilità del principio di cui si discute e armonizzare le differenti posizioni assunte nelle pronunce precedenti, per superare una situazione di «*legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence*»¹⁰².

Sull'evidente presupposto che l'ancorare il divieto di doppio processo all'*idem* legale comprimerebbe in maniera eccessiva tale diritto dell'individuo, disattendendo la *ratio* della previsione convenzionale, la Grande Camera, con una motivazione particolarmente articolata, nella quale vengono richiamate le differenti norme di diritto internazionale che sanciscono il *ne bis in idem*, giunge a stabilire che a rilevare, per integrare il concetto di *idem*, sia il fatto inteso in senso storico, parlando di «fatti identici o fatti che sono sostanzialmente gli stessi»¹⁰³, e precisando che «l'indagine della Corte dovrebbe quindi focalizzarsi su quei fatti che costituiscono una serie di circostanze concrete relative al medesimo imputato ed inestricabilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio...»¹⁰⁴.

Ad attribuire vincolatività a tale concezione di fatto, rendendola un orientamento di diritto consolidato, hanno contribuito diverse altre pronunce successive nelle quali sono stati frequentemente operati richiami alla decisione di cui si è discusso. Merita un breve richiamo il celebre caso che ha portato il nostro paese a fare

¹⁰¹ Franz Fischer c. Austria, 2002, n. 37950/97, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59475>

¹⁰² Zolotukhin c. Russia, 2009, n. 1493/03, cit. par. 78

¹⁰³ Ibid. par. 82

¹⁰⁴ Ibid. par. 84, riprendendo quasi testualmente la formula utilizzata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso Van Esbroeck, 2006, n. c-436/04, al par. 36 dove, definendo l'*idem factum* in relazione all'applicazione dell'art. 54 CAAS parla di "circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro"

direttamente i conti con il *ne bis in idem* convenzionale, che analizzeremo nel dettaglio parlando del doppio binario sanzionatorio, nel quale la Corte ha parlato di «procedimenti concernenti la stessa condotta da parte della stessa persona nella stessa data»¹⁰⁵, pur non potendosi ritenere equiparabile la definizione di *idem factum* alla sola condotta dell'agente, come ha chiarito la Corte Costituzionale¹⁰⁶, la quale ha fatto riferimento a diverse pronunce dei giudici di Strasburgo¹⁰⁷ nelle quali veniva considerata come circostanza per definire i fatti come medesimi che la condotta fosse rivolta verso la stessa vittima.

Merita un richiamo la posizione assunta dall'Italia rispetto all'adesione al protocollo in questione. In particolare bisogna evidenziare il fatto che lo Stato italiano¹⁰⁸ aveva affermato, relativamente agli art. 2-4 del Prot. 7, che essi avrebbero ricevuto applicazione esclusivamente nei confronti di illeciti, procedimenti e decisioni, definiti come penali dalla legge italiana.

Tale dichiarazione non ha però sortito alcun effetto concreto, dato che, la Corte Edu, nel verificarne la validità, ai sensi dell'art. 57 Cedu, si è pronunciata nel senso della non rispondenza ai requisiti richiesti affinché una riserva sia valida.

Più specificamente, l'art. 57 Cedu esige che: la richiesta sia fatta nel momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati, riguardi una legge specifica in vigore al momento della ratifica, non abbia carattere generale, e contenga una breve esposizione della legge interessata¹⁰⁹.

L'occasione per pronunciarsi circa la legittimità della riserva effettuata dall'Italia è originata proprio dal caso Grande Stevens¹¹⁰. La Corte, più specificamente, ha rigettato le obiezioni del Governo italiano, affermando che la riserva italiana non ha validità, poiché in esse non è contenuta la breve esposizione delle leggi

¹⁰⁵ Grande Stevens and others c. Italy, 2014, n.18663/10, par. 227, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>

¹⁰⁶ C.Cost. 200/2016

¹⁰⁷ Tra le altre, Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, 2015, n. 8516/07

¹⁰⁸ Anche Francia, Germania e Portogallo rilasciarono delle dichiarazioni simili a quelle effettuate dall'Italia

¹⁰⁹ Sul tema si vedano i casi, Besilos c. Svizzera, 1988, serie A, n. 132; Pöder e al. C. Estonia, 2005, n. 67723/01

¹¹⁰ Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18640/10, §204-211

incompatibili con l'art. 4 Prot. 7, effettuando solo un riferimento, in maniera generica, a tutti gli illeciti e alle materie non qualificati come penali dalle leggi italiane.

1.5.2. Articoli 50 Carta di Nizza e 54 Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

Si presterà adesso attenzione ad altre due norme sovranazionali che prevedono il principio del *ne bis in idem*, entrambe oggi facenti parte del diritto dell'Unione Europea, il cui campo di applicazione è in parte sovrapponibile e la cui interpretazione non può essere effettuata se non leggendoli in maniera congiunta, come più avanti avremo modo di approfondire.

La prima, non in ordine cronologico, è quella contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata per la prima volta a Nizza nel 2000, sotto forma di atto meramente politico, dunque privo di valore giuridicamente vincolante.

Tale sua limitata efficacia è stata oggetto di una netta evoluzione in seguito alla sottoscrizione, nel 2007, del Trattato di Lisbona, entrato ufficialmente in vigore nel 2009, momento dal quale, grazie a quanto previsto nell'articolo 6 del TUE, la Carta di Nizza acquista lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Tale punto di approdo dell'ordinamento europeo è stato il frutto di un lungo processo che, dall'iniziale assenza di espressi riferimenti ai diritti fondamentali nei Trattati costitutivi, passando per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha dato impulso alle modifiche dei Trattati, e ai sempre più numerosi riferimenti, sia in questi ultimi che nel diritto primario, ai diritti fondamentali, è giunto a costituire un ordinamento nel quale, pur se spesso con limitata effettività, si riconosce l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dall'UE o con altre norme di diritto primario dell'Unione (c.d. primato del diritto dell'Unione).

È proprio all'interno di quello che sembra diventerà il principale strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel contesto europeo, il quale racchiude «i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla CEDU e i diritti risultanti dalle tradizioni

costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»¹¹¹, che viene inserito il diritto di cui si tratta. Per come previsto dall'art. 50 il principio del *ne bis in idem* è destinato ad operare tanto in un contesto interno che sovranazionale, anche se il principale riferimento per l'applicazione del divieto tra ordinamenti giuridici di più Stati è costituito dall'art. 54 della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen, essendo quest'ultimo deputato esclusivamente a risolvere situazioni in cui la duplicazione di procedimenti abbia luogo in due Stati diversi.

L'importanza del principio, non solo nella sua applicazione interna, ma anche per quanto riguarda i rapporti tra giurisdizioni di Stati differenti, era già stata sottolineata in una risoluzione del Parlamento europeo¹¹² nella quale non solo se ne evidenziava la duplice *ratio*, oggettiva e soggettiva, ma si affermava anche la necessità di rendere operante il principio nei rapporti tra Stati membri al fine di rendere effettive le libertà garantite dai trattati, prima tra tutte quella di circolazione, nesso che costituirà motivo di costante riferimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione.

Leggendo la risoluzione in questione appare evidente come all'epoca, pur se consci dell'importanza del principio, la sua effettiva applicazione nei rapporti tra Stati fosse ancora lontana, sottolineandosi come non solo molte legislazioni interne prevedevano norme che permettevano la violazione del principio, ma anche che le convenzioni del Consiglio d'Europa nelle quali era previsto tale principio fossero state ratificate da un numero esiguo di Stati¹¹³.

¹¹¹ Cfr. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di G.MASTROIANNI-O.POLLICINO-S.ALLEGREZZA-F.PAPPALARDO-O.RAZZOLINI, Giuffrè, 2017, p.7

¹¹² Risoluzione 16 marzo 1984 sull'applicazione nella Comunità europea del principio del *ne bis in idem* in materia penale, in GUCE, C 104/133, del 16 aprile 1984), la quale al punto 2 afferma che «il principio *non bis in idem* trae motivo dall'interesse, tanto per la società quanto per l'individuo, a che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo», e ancora al punto 3 «constata che il principio...poggia su due presupposti fra loro complementari, vale a dire la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la "*vis rei judicatae*" come elemento di pace sociale»

¹¹³ Art. 9 Convenzione europea di estradizione, art. 53 Convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali, art. 35-37 Convenzione europea in materia di trasferimento delle cause penali

La risoluzione del Parlamento europeo è stata un punto di partenza, un documento programmatico, che ha contribuito a dare l'impulso per la conclusione di diversi altri strumenti, principalmente la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità Europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*¹¹⁴, le cui disposizioni sono poi state pedissequamente trasposte nell'ancora oggi vigente Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, che ne ha preso il posto¹¹⁵ (d'ora in avanti CAAS).

La CAAS è stata approvata il 19 giugno 1990, rendendo operante il principio del *ne bis in idem* tra gli Stati dell'Unione Europea, essendo diventate le disposizioni contenute nella Convenzione vincolanti per tutti gli Stati membri.

Peculiarità dell'art. 50, il quale rappresenta l'ultimo tassello del processo evolutivo del principio, è che esso racchiude in una sola disposizione il principio del *ne bis in idem* interno ed internazionale, rendendolo un diritto invocabile non solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche nei rapporti tra più Stati dell'Unione, riprendendo quanto previsto in diversi strumenti facenti parte del diritto Europeo.

I rapporti tra art 54 CAAS e 50 Carta di Nizza sono stati oggetto di diverse interpretazioni, le quali avevano inizialmente messo in dubbio non solo la compatibilità della nuova norma con la condizione dell'esecuzione, ma addirittura pensato ad una possibile inversione di tendenza relativamente al concetto di *idem*, non parlandosi, nella nuova previsione, di fatto ma di reato.

A fugare i dubbi sulla compatibilità tra le disposizioni dovrebbero bastare le spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali¹¹⁶, le quali esplicitamente affermano che, per quanto riguarda l'applicazione del *ne bis in idem* tra differenti

¹¹⁴ Firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, ma non entrata mai pienamente in vigore sul piano internazionale, essendo stata applicata solo in via provvisoria nei rapporti tra Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Paesi Bassi e Portogallo.

¹¹⁵ Cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, 2006, vol. 11 di *Collana di testi e documenti di diritto europeo*, p. 70 ss.

¹¹⁶ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GUUE 14/12/2007, p. 31

giurisdizioni di Stati membri, l'art. 50 corrisponde all'acquis del diritto dell'Unione¹¹⁷.

Inoltre, come è noto, per quanto riguarda l'applicazione interna del principio, si fa esplicita menzione dell'art. 4 prot. 7 Cedu, e quindi alla relativa giurisprudenza.

Occorre preliminarmente determinare quali sia il campo di applicazione della Carta, questione espressamente regolata dall'art. 51¹¹⁸, dal quale emerge chiaramente l'obbligo per l'Unione e tutte le sue istituzioni di rispettare i diritti ivi sanciti, nel rispetto del principio di attribuzione, non potendo discendere dalla Carta, in linea di principio, un ampliamento delle competenze dell'Unione.

Oltre che vincolare le istituzioni europee, la Carta sancisce l'obbligo di garantire i diritti in essa previsti anche in capo agli Stati membri, ma esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

La locuzione "nell'attuazione" può creare diversi problemi, essendo il punto cruciale attraverso il quale determinare se la Carta sia o meno applicabile.

In prima battuta sono i giudici nazionali a stabilire se una situazione concreta sia riferibile ad un settore in cui lo Stato agisce nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Premesso ciò si può notare che in Italia la tendenza sia nel senso di garantire un ampio campo di applicazione alla Carta, anche in settori in cui la competenza dell'Unione sia quantomeno dubbia, ma ciò non comporta particolari problemi, derivandone tendenzialmente una maggiore tutela per l'individuo.

È infatti difficile definire dei confini netti tra i quali delimitare lo spazio concreto entro cui la Carta debba trovare applicazione, pur essendo intervenuta più volte sul punto la Corte di Giustizia, di cui si riporta una recente pronuncia che ha dato un chiarimento da tempo atteso.

¹¹⁷ Segnatamente: 54-58 CAAS, art. 7 convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e art. 10 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione.

¹¹⁸ Art. 51 CDFUE, rubricato Ambito di applicazione. 1- Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2- La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati.

L'occasione nasce da un rinvio pregiudiziale in merito all'ambito di applicazione della Carta in relazione ad un caso di frode fiscale aggravata per aver omesso di fornire, o aver fornito in maniera inesatta, informazioni nelle dichiarazioni dei redditi ai fini del pagamento dell'IVA.

Nonostante le obiezioni presentate dai governi di diversi Stati, i quali propugnavano un'interpretazione restrittiva della locuzione "nell'attuazione", la Corte si pronuncia a favore della sua competenza a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale affermando che, nonostante le normative nazionali da cui discende l'irrogazione delle sovrattasse non siano state adottate per trasporre la direttiva europea in materia, a rilevare è il fatto che «la loro applicazione mira a sanzionare una violazione della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione»¹¹⁹, stabilendo che la questione rientrasse in un ambito di attuazione del diritto europeo.

Passando adesso ad esaminare le principali questioni interpretative in merito agli articoli di cui specificamente stiamo trattando, si può subito constatare che, per quanto riguarda la sua applicazione all'interno di uno stesso ordinamento, l'influenza che sul diritto garantito dalla Carta di Nizza ha avuto la giurisprudenza di Strasburgo è stata di non poco conto. Ci si riferisce in particolare all'applicabilità del principio alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, connotazione desumibile attraverso i noti criteri Engel elaborati dalla Corte Edu, ai quali i giudici di Lussemburgo hanno più volte fatto esplicito riferimento¹²⁰. L'applicazione interna del principio nei casi in cui si verificano situazioni di doppio binario sanzionatorio verrà ampiamente trattata in seguito, limitandoci qui a delineare i principali aspetti del principio soprattutto nella sua applicazione sovranazionale.

Anche il concetto di *idem* adottato dalla Corte di Giustizia è analogo a quello delineato dalla giurisprudenza Edu, essendovi stata di recente una convergenza da

¹¹⁹ Corte giust. 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, § 28

¹²⁰ Bonda, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, § 36 ss.

parte di quest'ultima verso la nozione naturalistica di *idem factum* adottata tradizionalmente dalla Corte comunitaria già dalle prime pronunce vertenti sull'art. 54 CAAS. Nonostante l'art. 50 utilizzi il termine reato, era facilmente intuibile che non vi sarebbe potuto essere un mutamento interpretativo relativamente alla concezione di medesimo fatto, essendo ormai unanimemente accettata, sia dalla giurisprudenza sovranazionale che interna, la concezione naturalistica di fatto, sganciata dalla fattispecie astratta di reato, esigenza che si avverte con tutto il suo spessore quando si parla del *ne bis in idem* transnazionale. Come è stato infatti osservato da più voci della dottrina, un'interpretazione restrittiva della locuzione medesimi fatti, e quindi ancorata all'*idem* legale, «*would almost entirely obliterate the protection afforded by the principle*»¹²¹.

Ed è proprio in relazione all'art. 54 CAAS che la Corte di Giustizia delineò la nozione di *idem factum*, definendola come identità materiale dei fatti valutati da parte dell'autorità di uno Stato membro.

Nel fornire l'interpretazione del concetto di medesimi fatti i giudici fanno leva *in primis* sul dato testuale dell'art. 54, il quale parla appunto di fatti, lasciando estranea a tale valutazione la loro qualificazione giuridica. Pur riservando la decisione finale ai giudici nazionali, la Corte di Giustizia affermò che essi avrebbero dovuto valutare se «i fatti materiali di cui trattasi costituiscono un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto»¹²².

Nel caso in esame la Corte andò oltre, sottolineando l'irrelevanza non solo delle differenti qualificazioni giuridiche all'interno degli ordinamenti nazionali, ma anche dell'interesse giuridico tutelato.

Aderendo alla concezione materialistica di fatto, se da un lato si garantisce un buon grado di oggettività e prevedibilità circa l'operatività del principio, da altro angolo di visuale si può notare come vi sia il rischio che si verifichino casi di ingiusta

¹²¹ Cit. VAN DER WILT, *The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis in Idem*, in R. Blekxtoon & W. Van Ballegooij, *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2005

¹²² Dalla nota sentenza della Corte giust. 9 marzo 2006, Van Esbroeck, C-436/04, §38

impunità, in particolare quando ci si trova di fronte a reati tipizzati in maniera alquanto generica, i quali possono essere integrati da una serie di comportamenti anche altamente eterogenei tra loro, soprattutto nel caso in cui non tutti i comportamenti rilevanti vengano valutati nell'ambito del medesimo procedimento¹²³.

Il secondo punto su cui tradizionalmente ci si focalizza parlando del *ne bis in idem* è la definizione di *bis*, o meglio, dei provvedimenti dai quali scaturisce l'effetto preclusivo proprio del principio.

I requisiti di operatività dell'art. 54 CAAS desumibili dalla giurisprudenza in materia depongono nel senso di richiedere la presenza di una sentenza definitiva che abbia esaminato nel merito i fatti rilevanti.

Essendo ormai evidente come il *ne bis in idem* previsto dalle fonti sovranazionali si sia ispirato agli ordinamenti continentali, subordinando l'operatività del divieto all'emanazione di una sentenza avverso cui non siano più esperibili mezzi di impugnazione ordinari, occorre soffermarci sui precisi connotati che devono essere rinvenibili in una decisione definitiva affinché venga considerata come tale ai fini dell'applicazione del divieto derivante dalle norme dell'Unione.

Non si può fare a meno di rimandare al diritto interno degli Stati al fine di stabilire se una decisione sia definitiva, come più volte è stato messo in evidenza dalla Corte, affermando che «una decisione che, secondo il diritto del primo Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può infatti, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente»¹²⁵.

La definizione del concetto di decisione preclusiva ha rappresentato il punto cruciale di numerosi ricorsi alla Corte di Lussemburgo, la quale ha avuto modo di delineare quali debbano essere i tratti fondamentali di una decisione affinché possa

¹²³ Cfr. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Kluwer Law international, 2010

¹²⁵ Corte giust. 22 dicembre 2008, Turansky, C-491/07, § 36

integrare i parametri necessari per considerarla come ostativa ad un secondo procedimento.

Percorrendo brevemente le pronunce della Corte sul tema, si può affermare l'idoneità delle pronunce transattive a determinare l'effetto preclusivo, purché a tale decisione l'ordinamento attribuisca il potere di estinguere l'azione penale. L'argomentazione dei giudici muove dal presupposto che, pur non essendovi intervento del giudice, le procedure di tal natura sono idonee, secondo il diritto nazionale, ad estinguere l'azione penale, pur in conseguenza di una mera transazione tra pubblico ministero ed imputato.

Viene sottolineato che a determinare l'estinzione dell'azione è pur sempre un'autorità incaricata di amministrare la giustizia, e che dunque bisogna considerare l'imputato come definitivamente giudicato e, nel caso abbia adempiuto agli obblighi impostigli in conseguenza della procedura, la pena debba essere considerata come eseguita¹²⁶.

Altra tipologia di pronunce che ha causato diversi problemi è quella delle c.d. decisioni processuali. Un episodio dal quale emerge in tutta chiarezza la necessità di un continuo bilanciamento tra esigenze repressive e garantistiche è quello portato davanti alla Corte di Lussemburgo attraverso un rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale di Bologna¹²⁷. Il caso riguardava un soggetto nei cui confronti erano stati instaurati un processo in Italia ed uno in Olanda. In pendenza del primo, i giudici olandesi chiusero il procedimento penale in ragione del fatto che in Italia era stata intrapresa l'azione penale per i medesimi fatti, applicando "preventivamente" il principio del *ne bis in idem*.

Il tribunale di Bologna, operando il rinvio pregiudiziale, chiese alla Corte dell'Unione se l'art. 54 CAAS «..si applichi ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato

¹²⁶ Corte giust. 11 febbraio 2003, Gözütok e Brügger, C-187/01, § 26-31

¹²⁷ Corte giust. 10 marzo 2005, Miraglia, C-469/03

avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito»¹²⁸.

La risposta della Corte di Lussemburgo sembra obbligata, ed infatti viene affermato che una decisione di tal genere non può essere ritenuta preclusiva, scongiurando la possibilità di un vero e proprio corto circuito, che comporterebbe l'impossibilità di accertare la responsabilità dell'imputato, comportando grave pregiudizio alla corretta amministrazione della giustizia.

Il requisito dell'esame nel merito, pur essendo di fondamentale importanza, è di difficile definizione, ed è stato più approfonditamente esaminato in un caso¹²⁹ concernente una pronuncia di assoluzione per insufficienza di prove, la cui efficacia preclusiva è stata valutata positivamente dal collegio di Lussemburgo.

Ad essere particolarmente rilevante è il percorso argomentativo seguito dai giudici, i quali, dopo aver affermato che non attribuendo efficacia preclusiva a tali decisioni si comprometterebbero il diritto alla libera circolazione, i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, dichiarano che il necessario presupposto dell'accertamento del merito, non rinvenuto nel caso *Miraglia*¹³⁰, è senza dubbio integrato nel caso di pronunce di assoluzione per insufficienza di prove. È infatti evidente che, seppur si constati l'insufficienza del materiale probatorio a sostenere l'accusa in giudizio, la decisione in esame sia stata emanata in seguito allo svolgimento di attività istruttoria.

Di recente è stato aggiunto un tassello fondamentale al ragionamento delineato dalla Corte. L'occasione è scaturita da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Fermo concernente l'efficacia preclusiva di una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di elementi a carico. La Corte di Lussemburgo, richiamando la giurisprudenza EDU, ed il dato testuale dell'art. 4 prot. 7, che consente esplicitamente la riapertura del processo se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni sono in grado di inficiare la sentenza, statuisce che «considerata la necessità di

¹²⁸ Ibid. § 28

¹²⁹ Corte gius., 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05

¹³⁰ Corte giust. 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03

verificare l'effettiva novità degli elementi addotti per giustificare una riapertura, un nuovo procedimento basato su tale possibilità di riapertura, contro la stessa persona e per i medesimi fatti, può essere avviato unicamente nello Stato contraente sul cui territorio tale decisione è stata emessa»¹³¹.

È utile richiamare il principio enunciato dalla Corte in merito agli effetti della decisione con cui l'autorità di uno Stato dispone la sospensione di un procedimento penale antecedentemente all'incriminazione del soggetto sospettato. Tale decisione, che non estingue

l'azione penale, non possiede efficacia preclusiva, né all'interno dello Stato in cui è stata emanata nel caso trattato dalla Corte¹³², e dunque neanche né oltre i confini di quest'ultimo.

Ad essere particolarmente rilevanti sono alcune considerazioni a sostegno della decisione, le quali potrebbero essere estese anche a situazioni di soluzione meno evidente. In particolare, nella decisione si legge che il conferire efficacia preclusiva ad una decisione come quella in questione «produrrebbe l'effetto di ostare, in un altro Stato contraente dove sarebbero forse disponibili più prove, a qualsiasi concreta possibilità di perseguire ed eventualmente sanzionare una persona per il suo comportamento illecito, mentre siffatte possibilità non sarebbero escluse nel primo Stato contraente, dove la persona interessata non è considerata giudicata con sentenza definitiva ai sensi del diritto nazionale di quest'ultimo Stato»¹³³.

Da ultimo, rivolgiamo l'attenzione ai provvedimenti dichiarativi della prescrizione. La Corte sembrava aver assunto una posizione univoca in merito, riconoscendo a tali pronunce efficacia preclusiva. In particolare è stato affermato che nel caso in cui i giudici di uno Stato abbiano «pronunciato una decisione di assoluzione definitiva dell'imputato per prescrizione del reato che ha dato luogo

¹³¹ Corte giust., 5 giugno 2014, M., C-398/12

¹³² Si trattava dell'Austria, Corte giust., 22 dicembre 2008, Turansky, C-491/07

¹³³ Corte giust., 22 dicembre 2008, Turkasky, C-491/07

al procedimento... tale persona deve dunque essere considerata come giudicata con sentenza definitiva ai sensi di questa disposizione¹³⁴»¹³⁵.

Tale conclusione sembrerebbe indicativa del fatto che la Corte di giustizia abbia considerato la pronuncia «come decisione sul merito alla stregua del carattere sostanziale ad essa riconosciuto dall'ordinamento in cui era stata adottata (Portogallo)»¹³⁶. Ad aver fatto sorgere dubbi circa la generale validità di tale posizione è stata una pronuncia concernente un caso che interessava il nostro paese¹³⁷, il quale, pur se relativo ad una questione differente rispetto a quella appena richiamata, vede la Corte comunitaria assumere una posizione contraddittoria, conferendo, questa volta, natura procedurale all'istituto della prescrizione, non tenendo in considerazioni le specificità dell'istituto secondo il diritto italiano, che tradizionalmente riconduce la prescrizione al diritto sostanziale.

Delineati, seppur a grandi linee, i caratteri distintivi delle decisioni ad effetto preclusivo, e consci della mancata armonizzazione delle normative penali sostanziali e procedurali interne, pur in presenza di reciproca fiducia tra gli ordinamenti, appare evidente, come già sottolineato, la costante necessità di un'opera di bilanciamento di interessi operata sia a livello normativo che giurisprudenziale, al fine di trovare un punto di equilibrio tra esigenze repressive e garanzie individuali.

Da ciò si comprende bene la ragion d'essere della c.d. condizione dell'esecuzione nel caso di condanna, prevista dall'art. 54 CAAS, e, pur se in esso non menzionata, compatibile con l'art. 50 CDFUE.

È infatti espressamente previsto che l'efficacia preclusiva della sentenza di condanna è subordinata all'accertamento dell'avvenuta espiazione della pena, al

¹³⁴ Riferendosi, in tal caso, all'art. 54 CAAS

¹³⁵ Corte. Giust. 28 settembre 2006, Gasparini e a., C-467/04, §28

¹³⁶ Cit., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di G.MASTROIANNI-O.POLLICINO-S.ALLEGREZZA-F.PAPPALARDO-O.RAZZOLINI, Giuffrè, 2017, p. 1022

¹³⁷ Corte. Giust., 8 settembre 2015, Taricco, C-105/14. Il caso in questione

fatto che sia in corso di esecuzione, o non possa più essere eseguita alla stregua della legge dello Stato di condanna.

Di recente la Corte di Lussemburgo ha delineato in maniera chiara i rapporti tra art. 50 CDFUE e 54 CAAS proprio pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale vertente sui rapporti tra i suddetti articoli, sull'esatta portata della condizione di esecuzione e sulla compatibilità di quest'ultima con l'art. 50¹³⁸.

La Corte ha specificato che la condizione di cui si parla costituisce una legittima limitazione del diritto all'unicità della persecuzione, non solo in quanto sia richiamata dalle spiegazioni relative alla CDFUE, ma anche in conseguenza di quanto previsto dall'art. 52 CDFUE, il quale legittima limitazioni ai diritti garantiti dalla Carta a condizione che queste ultime siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale del diritto.

Inoltre, sempre a norma dell'art. 52, tali limitazioni devono rispettare il principio di proporzionalità, essendo quindi prevedibili solo in quanto necessarie ed effettivamente rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Nel valutare la proporzionalità della misura, e la sua rispondenza al contenuto essenziale del principio, la Corte argomenta affermando che la condizione in esame non intacchi il principio del *ne bis in idem* nella sua essenza, e risponda ad esigenze di interesse generale, essendo funzionale a garantire un adeguato livello di sicurezza all'interno dell'area di libertà sicurezza e giustizia, evitando che un soggetto definitivamente condannato all'interno di uno Stato membro rimanga impunito¹³⁹.

In merito all'interpretazione della condizione di esecuzione la Corte, nel caso in esame, ha dettato il principio, di ovvia prevedibilità, secondo cui «quando la sanzione consista in una pena detentiva e in una pena pecuniaria, entrambe

¹³⁸ Ci si riferisca a Corte giust. 27 maggio 2014, Spasic, C-129/14

¹³⁹ Cfr. *ibid.* § 50-74

pronunciate a titolo principale, l'esecuzione della sola pena pecuniaria non sia sufficiente per considerare la pena come eseguita»¹⁴⁰.

Da ultimo, esaminando la giurisprudenza di Lussemburgo si evince che la condizione si ritiene soddisfatta anche nel caso in cui un imputato è stato condannato ad una pena detentiva condizionalmente sospesa¹⁴¹.

I casi esaminati in questo paragrafo, e le corrispondenti questioni interpretative cui si è prestata attenzione, come si evince dalle problematiche esaminate, sono scaturiti principalmente da casi riguardanti l'applicazione transnazionale del *ne bis in idem*. Ci si riserva di trattare l'applicazione interna del principio in maniera più approfondita quando si parlerà specificamente del doppio binario sanzionatorio, dato che è in relazione a materie da cui scaturiscono due procedimenti che vengono diversamente qualificati a seconda che si adotti l'approccio sostanzialistico delle Corti sovranazionali piuttosto che quello formalistico adottato dagli ordinamenti nazionali che scaturiscono i principali problemi per l'ordinamento nazionale.

¹⁴⁰ Così, A.PROCACCINO, op. cit.

¹⁴¹ Corte giust. 5 luglio 2007, Kretzinger, C-288/05

2.1. L'art. 649 e la mutuata portata del principio nella sua applicazione interna alla luce della giurisprudenza sovranazionale.

È oramai dato acquisito di quanto sia pregnante l'influenza che hanno le fonti sovranazionali sul diritto interno. Per quanto riguarda il *ne bis in idem* le modifiche apportate alla fisionomia tradizionale del principio non sono di poco conto, sia in relazione all'ampliamento del suo ambito applicativo, non più confinato al solo diritto penale strettamente inteso, sia per quanto riguarda le principali questioni interpretative che da sempre hanno animato il dibattito sulla precisa portata del divieto, tra cui spicca l'annosa diatriba sulla definizione di *idem factum*, in particolare nei casi di concorso formale di reati.

Analizzando la portata dell'art. 649 c.p.p., giova ribadire che tale articolo, pur essendo l'unico, tra le fonti interne del nostro ordinamento giuridico a prevedere espressamente il *ne bis in idem* nella sua declinazione processuale, ha ricevuto, grazie al diritto vivente nazionale, spesso sollecitato da quello sovranazionale, una graduale metamorfosi.

Ci soffermiamo qui ad analizzare il tenore letterale dell'articolo, tenendo conto degli indirizzi interpretativi susseguitisi nel tempo, ed esponendo quelli che sono i principali nodi interpretativi di indispensabile risoluzione al fine di garantire una corretta applicazione del principio.

Può essere utile ribadire ciò che l'art. 649 ha tradizionalmente rappresentato per il nostro ordinamento interno, ovvero l'estrinsecazione della c.d. funzione negativa del giudicato penale, contrapposta alla sua funzione positiva¹⁴², dalla quale discende, in determinati casi, l'obbligo, per il giudice civile, amministrativo o disciplinare, di attenersi a quanto è stato accertato nella sentenza penale

¹⁴² I cui contorni sono delineati dagli articoli 651-654 c.p.p.

irrevocabile in relazione a fatti rilevanti anche nel giudizio che di fronte a lui si sta svolgendo.

Da quanto è facilmente desumibile dalle due definizioni, la funzione negativa del giudicato, piuttosto che imporre un obbligo positivo, comporta sempre un obbligo, ma di carattere negativo, precludendo al giudice di iniziare un nuovo procedimento vertente su fatti divenuti *res iudicata*.

2.2. Profili storici dell'istituto, uno sguardo alle codificazioni moderne

Volendo andare a ritroso nel tempo, e individuare le previsioni codicistiche cui si è ispirato l'attuale articolo del codice di rito che prevede il *ne bis in idem*, si può notare che le «formule codificate risalgono a modelli francesi»¹⁴³.

In particolare, in Francia, è stata inserita una previsione in merito già nella Costituzione del 1791¹⁴⁴, nel *Code Merlin* del 1795 e poi trasposta nel *Code d'instruction criminelle* del 1808, il quale differenziava tra assoluzione in fase istruttoria pronunciata da un *jury*, dalla quale discendeva una preclusione allo stato degli atti¹⁴⁵, ed assoluzione irrevocabile al termine del dibattimento, che comportava l'assoluta impossibilità di rimettere in discussione la decisione¹⁴⁶.

I codici italiani riprendono le previsioni francesi: d'altra parte, il codice piemontese del 1859, che divenne il primo codice di procedura penale italiano, promulgato nel 1865, e quindi pochi anni dopo la nascita del Regno d'Italia, fu fortemente influenzato dalla codificazione della Francia napoleonica.

Ciò si comprende bene se si sottolinea che il *code d'instruction criminelle* del 1808 rappresentò il primo c.d. sistema misto, il quale fu il frutto di una combinazione

¹⁴³ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1203

¹⁴⁴ Costituzione del 1791, Titolo III, Capitolo V art. 9: «*Tout homme acquitté par un jury lègal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*»

¹⁴⁵ Art. 246 *Code d'instruction criminelle*: «*Le prévenu à l'égard duquel la Cour royale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi devant [la Cour d'assises] ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges*».

¹⁴⁶ Art. 360 *Code d'instruction criminelle*: «*Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*»

tra il tradizionale sistema inquisitorio adottato *nell'Ordonnance criminelle* del 1670, rispetto al quale vi fu un taglio netto sull'onda della rivoluzione, che provocò una netta cesura con la tradizione giuridica dell'*ancien régime*, ed il nuovo sistema propriamente accusatorio delineato nel 1791, in un periodo di intense riforme, tendenzialmente ispirate al modello inglese basato su pubblicità del processo, oralità e giuria. La codificazione italiana del 1865 fu largamente ispirata all'esperienza francese. Il successivo codice del 1913 accentuò poi i tratti più marcatamente liberali cui si faceva la scuola classica del tempo. L'art. 435 del c.p.p. del 13', delinea la struttura della norma in termini simili a quelli odierni, ed era improntata, in linea con le tendenze del tempo, al *favor innocentiae*¹⁴⁷.

Il successivo art. 90 contenuto nel codice del 1930, per quanto riguarda il dato testuale, nell'enumerare quali siano gli elementi che non rilevano al fine di definire come medesimo il fatto, sostituisce la locuzione «quantità di reato» con quella di «circostanze», formula poi trasposta in termini analoghi nell'art. 649.

Con il codice del 30' si assistette però ad una spaventosa regressione dei traguardi di matrice liberale ottenuti nel tempo, abbandonando del tutto l'idea del processo come sede ove garantire i diritti dell'individuo nei confronti del potere punitivo dello Stato, per passare al processo quale luogo privilegiato in cui si afferma la pretesa punitiva dello Stato.

Ovviamente si può comprendere perché la dottrina giuridica del tempo si possa oggi definire quale “semplice braccio del potere politico” (caratteristica che comunque non può essere del tutto eliminata), anche alla luce della concezione totalitaria dello Stato, la quale traspare in tutta la sua mostruosità dagli scritti del tempo: in particolare si può ricordare come la libertà individuale, bene tradizionalmente di primaria tutela nella concezione democratico-liberale, e che dovrebbe sempre esserlo in ottica processual-penalistica, fosse considerata come «una concessione dello Stato».¹⁴⁸

¹⁴⁷ Cfr., F.CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, Giuffrè, 2009, pp.103 ss.

¹⁴⁸ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale Italiano secondo il nuovo codice*, Utet, 1932

Ciò ha una forte ed evidente ripercussione sul principio del *ne bis in idem*. Si è infatti passati dal fondare l'intangibilità assoluta del giudicato su esigenze di tutela dell'individuo, aspetto rinvenibile nel codice del 1913, a porre, quale esigenza sottesa alla suddetta intangibilità, l'idea che l'istituto del *ne bis in idem* mirasse a garantire l'imperatività ed infallibilità della legge, in linea con la concezione dei rapporti Stato-cittadino, improntata alla netta superiorità del primo sul secondo. Come è stato brevemente accennato parlando della *ratio* del principio del *ne bis in idem*, è con l'avvento della Costituzione, eletta a baluardo della garanzia di una convivenza civile, essendo consapevoli, dopo le esperienze vissute, che la semplice volontà del popolo pur democraticamente espressa non costituisse sufficiente presidio a derive autoritarie, che si ritornò ad una visione garantista ed individualistica secondo cui sussistono dei diritti inviolabili innati dell'individuo, i quali necessitano di una previsione di rango superiore alla normale legge. Nonostante la netta rottura avvenuta nel 1948 con i principi ispiratori del codice Rocco, esso rimase in vigore per 40 anni dopo l'emanazione della Costituzione, pur se oggetto di numerose novelle legislative che ristabilirono le più importanti garanzie che erano state abbandonate con il passaggio dal codice del 1913 a quello del 1930. La svolta si ebbe con la legge delega del 1987, che portò all'emanazione del codice del 1988, il quale, stando a quanto testualmente stabilito nella delega, avrebbe dovuto attuare non solo i principi della Costituzione, ma anche i caratteri del sistema accusatorio.

Tale nuovo codice rappresentò un punto di svolta per la configurazione del sistema processuale penale, ma la norma che prevedeva il *ne bis in idem* subì esclusivamente una modifica di sistemazione: in apparente controtendenza rispetto alla sua oramai riscoperta fisionomia di diritto a tutela dell'individuo essa venne trasposta dalle disposizioni riferite all'imputato al libro sull'esecuzione; tuttavia l'opera interpretativo giurisprudenziale ha seguito una via esattamente opposta, accentuando piuttosto la sua caratura garantistica in chiave soggettiva.

2.3. Decisioni ad effetto preclusivo: irrevocabilità ed inoppugnabilità

Passiamo adesso ad esaminare quelli che tradizionalmente sono considerati i presupposti di operatività del divieto, pur tenendo a mente che la giurisprudenza si è orientata nel senso di estendere analogicamente l'applicazione del divieto di *bis in idem* anche a quelle situazioni di litispendenza di fronte a giudici appartenenti alla stessa sede giudiziaria, e quindi in assenza di provvedimenti irrevocabili, ma semplicemente in seguito all'esercizio dell'azione penale.

Nonostante tale ampio ambito applicativo acquisito dal principio del *ne bis in idem*, esso è tradizionalmente ancorato al concetto di *res iudicata*. Pur sembrando univoca nel suo significato, tale locuzione è idonea a ricomprendere provvedimenti altamente differenti tra loro in quanto a fase processuale nella quale vengono emanati, contenuto, grado di accertamento su cui si fondano e, di conseguenza, grado di resistenza alla loro rimessa in discussione, che può avvenire attraverso vari mezzi. Riprendendo le generali riflessioni fatte relativamente alla sempre minore absolutezza con la quale viene inteso il giudicato, vale la pena rammentare che, in genere, i provvedimenti paradigmaticamente rappresentativi della forza di *res iudicata* sono quelli che, secondo un'interpretazione teleologico-sistematica dell'art. 648 c.p.p. sono impugnabili esclusivamente attraverso i vari mezzi di impugnazione straordinari oggi previsti dall'impianto codicistico. Ci si riferisce segnatamente alla revisione (629 ss c.p.p.), unico menzionato dall'art. 648 c.p.p., al ricorso per cassazione per errore materiale o di fatto (625 bis c.p.p.), e alla rescissione del giudicato (604 comma 5-bis c.p.p.), tutti e tre previsti a favore del condannato. Sulla natura della revoca della sentenza di non luogo a procedere si tratterà specificamente, essendo oggetto di divergenze d'opinioni, sia relativamente alla natura di tale tipologia di sentenza, che in merito alla configurazione della revoca quale rimedio che comporti o meno un'eccezione reale al *ne bis in idem*.

Attenendosi ad una lettura del dato letterale dell'art. 649 si nota che l'operare del divieto è subordinato all'irrevocabilità di sentenze o decreti penali di condanna.

Come abbiamo già sottolineato, in genere, è con l'acquisizione dell'attributo dell'irrevocabilità che le decisioni emanate dall'autorità giudiziaria acquistano forza esecutiva, e dunque comportano anche l'effetto preclusivo proprio della *res iudicata* (c.d. efficacia negativa del giudicato).

Tale effetto tipico derivato dall'irrevocabilità dei provvedimenti è generalmente definito come fenomeno puramente processuale, rimanendo tendenzialmente svincolato da considerazioni di natura assiologica, essendo affermazione ampiamente condivisa che la preclusione di un secondo giudizio discenda dalla mera irrevocabilità del provvedimento giurisdizionale¹⁴⁹.

Nonostante ciò, in linea con la sempre maggiore rilevanza assunta dalle esigenze di giustizia sostanziale, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, il concetto di irrevocabilità non può essere considerato in termini assoluti, non solo grazie alla peculiare natura della fase esecutiva, capace di apportare rilevanti modifiche al comando sanzionatorio, ma anche come conseguenza dei sempre più numerosi mezzi di impugnazione straordinari, finalizzati a rimettere in discussione il *decisum*.

È infatti per definizione che l'irrevocabilità dei provvedimenti rimane comunque soggetta alla possibilità di essere revocata attraverso l'esperimento di rimedi straordinari¹⁵⁰.

È l'articolo 648 c.p.p. che definisce i presupposti affinché i provvedimenti acquistino l'attributo dell'irrevocabilità, comportando, da quel momento, il sorgere del divieto di un secondo giudizio. È però da sottolineare che, tanto l'art. 648, quanto l'art. 649, risentono di una visione ormai datata, essendo evidente dal loro tenore letterale l'incompletezza delle definizioni. In particolare l'art. 648 definisce come irrevocabili le «sentenze pronunciate in giudizio contro le quali

¹⁴⁹ Cfr., G. DE LUCA, *Giudicato*, in Enc. Giur., XV, 1989, «il giudicato penale non si forma intorno al contenuto dell'accertamento e quindi non può identificarsi con l'efficacia regolamentare della decisione, ma si ricollega alla sentenza concepita come fatto giuridico in senso stretto»

¹⁵⁰ Sulla recessività della stabilità delle decisioni rispetto alle esigenze di tutela dei diritti della persona vedi D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2015, pp. 1006 ss.

non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione»¹⁵¹, pur essendo ormai numerosi i rimedi capaci di incidere su provvedimenti passati in giudicato.

Il 1° comma dell'art. 648 sancisce il legame tra irrevocabilità ed inoppugnabilità dei provvedimenti, concetti che necessitano di specificazione terminologica, essendo di facile confusione. Con il primo concetto si indica la «qualità del *dictum*, intangibile, perché sottratto ad ogni possibilità di ripensamento, ritrattazione, modificazione o annullamento, da parte del giudice»¹⁵².

Con il termine inoppugnabilità si intende invece quella «proprietà dell'atto sul quale non è più consentito alle parti del processo di sollevare obiezione per ottenerne la modifica»¹⁵³. Delineando in termini più semplici tale meccanismo di formazione della *res iudicata*, si può sinteticamente affermare che la norma fa discendere l'irrevocabilità del provvedimento dalla sua raggiunta inoppugnabilità, ovvero sia dall'impossibilità di esperire mezzi di impugnazione ordinari avverso il provvedimento, per tali intendendosi appello e ricorso per cassazione. Si può affermare che «oramai vi è un generale consenso sui provvedimenti idonei a far scattare la preclusione»¹⁵⁴.

I provvedimenti idonei all'irrevocabilità e dunque che possono fungere da presupposti per l'applicazione dell'art. 649 non sono da limitare a quanto previsto espressamente dagli articoli 648 e 649, i quali fanno riferimento esplicito esclusivamente a sentenze pronunciate in giudizio ed a decreti penali irrevocabili. La categoria delle sentenze pronunciate in giudizio rappresenta senza dubbio l'esemplificazione paradigmatica dei provvedimenti idonei a formare *res iudicata*, pur potendosi considerare comprensiva di un'ampia gamma di tipologie di sentenze accomunate dal fatto di essere pronunciate appunto in giudizio, e quindi dopo l'esercizio dell'azione penale, a chiusura della fase di merito, pur se variamente configurata.

¹⁵¹ Art. 648 c.p.p. 1° comma

¹⁵² *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA E G. SPANGHER, tomo III, V ed., Wolters Kluwer, p. 2

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Così, R.A.RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in Cass. Pen., 10/2017, p. 3812

L'irrevocabilità concerne dunque le sentenze pronunciate in esito al dibattimento, rientrando a tutti gli effetti in tale categoria anche quelle emanate all'esito di riti acceleratori del dibattimento (quali giudizio immediato e direttissimo)¹⁵⁵.

Vanno inoltre ricomprese nella categoria in questione la sentenza di proscioglimento prima del dibattimento (469 c.p.p.)¹⁵⁶, le sentenze pronunciate in esito ai procedimenti deflattivi del dibattimento che si svolgono nell'udienza preliminare, quali giudizio abbreviato (438 c.p.p.), dichiarazione di estinzione del reato conseguente all'esito positivo della messa alla prova (464-ter e 464-septies c.p.p.), ed applicazione della pena su richiesta delle parti (444 c.p.p.).

In quest'ultimo caso l'irrevocabilità non risente del momento in cui viene formulata la richiesta di patteggiamento, che può essere proposta, in genere, durante l'udienza preliminare fino alla presentazione delle conclusioni di cui agli art. 421 comma 2° e 422 comma 3° c.p.p., in apertura del dibattimento nel giudizio direttissimo, ed anche nel corso delle indagini preliminari, dal g.i.p. che pronuncia sentenza di applicazione di pena patteggiata nel corso di un'udienza ad hoc fissata ex art. 447 c.p.p.¹⁵⁷.

Esaminando brevemente l'altra categoria di provvedimenti espressamente idonea ad acquisire forza di *res iudicata* ex art. 648 e 649, si può notare che il 3° comma dell'art. 648 delinea un peculiare iter affinché il decreto penale di condanna acquisti l'attributo dell'irrevocabilità. È infatti previsto, quale unico «mezzo di impugnazione ordinario»¹⁵⁸ avverso il decreto penale emesso dal g.i.p. ex art. 460

¹⁵⁵ Nei quali, pur difettando l'udienza preliminare, e nel direttissimo anche la fase degli atti preliminari al dibattimento, si assiste ad una anticipazione della fase dibattimentale.

¹⁵⁶ Caso peculiare nel quale il solo rimedio esperibile nei confronti della sentenza è il ricorso per cassazione, pur non rientrando nei casi di inappellabilità ex art. 593 c.p.p. . Ciò è giustificabile non solo sulla base del fatto che tali pronunce non concernono il merito della questione, ma più semplicemente la presenza di una causa di non punibilità. In materia A.MARANDOLA, *Mancata opposizione delle parti e appellabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, in *Cass. Pen.*, 2002, p.1622. Ancora E.M.MANCUSO, op.cit. p. 142 il quale sottolinea : «L'abdicazione delle parti al diritto alla prova sul tema della non colpevolezza giustifica la limitata assoggettabilità a critica del provvedimento..»

¹⁵⁷ Sul punto, Cass. Sez. V, 5 dicembre 1993, sent. n. 4046/94

¹⁵⁸ Pur essendovi differenti posizioni su natura e funzioni dell'opposizione al decreto penale di condanna ci limitiamo a dare tale definizione per coerenza metodologica parlando di irrevocabilità dei provvedimenti, e non discendendo dal dibattito conseguenze pratiche per il tema di cui si tratta. A prendere posizione a favore della classificazione dell'opposizione quale mezzo di impugnazione:

c.p.p., quello dell'opposizione presentata dall'imputato o dalla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria.

Ciò spiega il dato testuale del 3° comma art. 648, il quale fa discendere l'irrevocabilità del decreto dall'inutile decorso del termine per proporre opposizione, o, nel caso in cui questa venga presentata, del termine per ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione.

Parimenti, si ha una comunanza di effetti nel caso in cui, proponendo opposizione non si rispettino le forme prescritte per tale atto a pena d'inammissibilità, espressamente richieste dall'art. 461 comma 2° c.p.p., e non venga proposto ricorso per cassazione contro l'ordinanza d'inammissibilità.

Da ultimo, oltre che per il mancato rispetto delle forme nella dichiarazione di opposizione, questa può essere dichiarata inammissibile anche se proposta fuori termine, ferma restano la possibilità di restituzione nel termine nei casi previsti dall'art. 175 c.p.p., o se proposta da persona non legittimata.

Esaurita la categoria dei provvedimenti che tradizionalmente hanno costituito i presupposti per una piena operatività del divieto di un secondo processo, passeremo adesso ad esaminare due provvedimenti particolari che hanno suscitato diverse discussioni in merito non solo alla loro idoneità a integrare i presupposti di operatività dell'art. 649, ma anche in merito all'ampiezza della preclusione che da essi discende.

F.CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, il quale lo definisce come “gravame nel senso stretto della parola e cioè iniziativa che risolve la rilevanza giuridica della decisione impugnata e ripropone l'intera *res iudicanda*”. In senso contrario M.GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Giuffrè, pp.117 ss. il quale afferma che «se, già in passato, si era proposta una ricostruzione dell'opposizione in termini di ricusazione di un giudizio svoltosi senza contraddittorio, pare che oggi, in seguito alla costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, questa sia l'unica lettura possibile», fondando la presa di posizione sull'assunto che le impugnazione sia rimedio spettante ad organo diverso da quello che ha emanato la decisione, e collocando la revoca quale rimedio a metà strada tra la correzione degli errori materiali e l'impugnazione.

2.3.1. Il giudicato allo stato degli atti: la sentenza di non luogo a procedere come pronuncia congenitamente revocabile

Nonostante parte della dottrina consideri la sentenza di non luogo a procedere provvedimento capace di generare cosa giudicata, anche se in un'accezione attenuata¹⁵⁹, tale posizione suscita qualche perplessità.

È infatti evidente che tale tipologia di provvedimenti non sia provvista dell'attributo della irrevocabilità, ma nonostante ciò, è indubbio che le sentenze di non luogo a procedere abbiano una limitata efficacia preclusiva, quantomeno allo stato degli atti, e superabile attraverso la revoca.

Ciò discende dal fatto che le sentenze di non luogo a procedere sono revocabili senza limiti temporali alle condizioni previste dagli art. 434 e 437 c.p.p., a condizione che vi sia un mutamento del quadro probatorio che appaia idoneo a determinare il rinvio a giudizio. È infatti sempre possibile, per il pubblico ministero, presentare una richiesta di revoca al giudice per le indagini preliminari, nel caso in cui siano sopravvenute o siano state scoperte “casualmente” nuove fonti di prova che da sole o unitamente a quelle già acquisite possono determinare il rinvio a giudizio.

Ratio sottesa alla tipologia di pronuncia in questione non è tanto quella di garantire l'intangibilità del risultato processuale raggiunto, il quale ha valore allo “stato degli atti”, quanto piuttosto quello di determinare un momento in seguito al quale venga precluso lo svolgimento di ulteriori attività investigative finalizzate al precipuo scopo di verificare ed integrare gli elementi già emersi al fine di ottenere il rinvio a giudizio del prosciolto.¹⁶⁰

Si scorge quindi chiaramente il legame con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, non tanto strettamente inteso, ma nella sua efficacia a ritroso, «coprendo anche lo svolgimento dell'attività di indagine, che il pubblico ministero è tenuto ad iniziare e a condurre in maniera esauriente per ogni

¹⁵⁹ Cfr., S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Giuffrè, 2004, p. 438

¹⁶⁰ Si veda, Cass. Pen. Sez. Un., 9 marzo 2000, n.8, Romeo

notizia di reato pervenuta»¹⁶¹, discendendo dalla doverosità di completezza la necessità di predisporre un controllo giurisdizionale sulla carenza o insufficienza di elementi probatori, scongiurando l'instaurazione di un processo che appaia palesemente superfluo, ed anche pregiudizievole per l'imputato.

Ed è infatti al termine delle indagini preliminari che il principio di obbligatorietà dell'azione penale assume una valenza concreta, compendiandosi nel controllo del giudice sulla non infondatezza della notizia di reato, e sulla conseguente sussistenza, in capo al p.m., del dovere di agire¹⁶².

In tal caso si può notare che il mancato conferimento dell'attributo dell'irrevocabilità pienamente inteso alle sentenze di non luogo a procedere discenda dalla particolare fisionomia dell'accertamento gnoseologico su cui si fonda e dello «scopo cui mira l'accertamento che si svolge nella sede preliminare»¹⁷³.

La sentenza emessa in udienza preliminare è infatti esempio paradigmatico di giudicato allo stato degli atti, essendo facilmente suscettibile di evoluzione il materiale cognitivo su cui si basa. Evoluzione che può essere sia di tipo quantitativo, caratteristica che, pur essendo comune anche alle sentenze emanate in seguito a giudizio, in tal caso emerge con maggior vigore, ma soprattutto sotto il profilo qualitativo, «essendo il proscioglimento preliminare basato per lo più su un accertamento che non affonda le proprie radici nelle garanzie del contraddittorio dibattimentale»¹⁷⁴.

A deporre nel senso dell'impossibilità di qualificare le sentenze di non luogo a procedere come provvedimenti irrevocabili contribuisce anche il dettato codicistico che, oltre a parlare esclusivamente di «sentenze pronunciate in giudizio» quali provvedimenti suscettibili di divenire irrevocabili, all'art. 650 c.p.p. attribuisce espressamente forza esecutiva alle sentenze di non luogo a procedere una volta che non siano più soggette a impugnazione, sottolineando la

¹⁶¹ Così, G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, Giur. It., 2008, 2, Cedam

¹⁶² Ibid.

¹⁷³ E.M. MANCUSO, op.cit., p 163

¹⁷⁴ Ibid. p.365

differenza rispetto a sentenze e decreti penali di cui si occupa nel 1° comma. Inoltre, pur potendo essere considerata una scelta sotto certi aspetti discutibile, il legislatore prevede che, nel caso in cui si verifichi un conflitto pratico di giudicati tra una sentenza di non luogo a procedere ed una sentenza o decreto penale di condanna, sia sempre la prima ad essere revocata (art. 669 c. 9° c.p.p.).

Si è parlato di scelta discutibile poiché, in genere, nel determinare quale sia il provvedimento destinato a prevalere ci si basa sul principio del *favor rei*, ed in seconda battuta sul dato temporale. In tal caso nessuno dei due viene a rilevare, essendo destinata a caducazione la sentenza più favorevole anche se emanata per prima. Da ciò si può semplicemente dedurre tra le righe il riconoscimento da parte del legislatore della minore resistenza propria delle sentenze di non luogo a procedere, non solo poiché passibili di revoca, ma anche perché portatrici di un accertamento basato su un impianto indiziario ancora suscettibile d'evoluzione.

Nonostante ciò, a rendere la netta gerarchia delineata dall'art. 669 c° 9 c.p.p. sicuramente passibile di critica è il fatto che non viene fatta alcuna menzione in merito alla verifica della sussistenza del presupposto legale che consente di superare la preclusione derivante dalla sentenza di non luogo a procedere, in particolare il sopravvenire o l'emergere di nuove fonti di prova, e che queste ultime siano state valutate da parte del secondo giudice.

Si può sostenere che tale netta differenziazione sia frutto di una «cautela eccessiva del legislatore»¹⁷⁵, essendo configurabile, anche nel caso delle sentenze di non luogo a procedere un effetto preclusivo analogo a quello prodotto da altre tipologie di sentenze, determinando anch'esse la stabilità dell'accertamento compiuto, il quale può essere eccezionalmente rimesso in discussione nel caso in cui mutino i materiali probatori posti a fondamento della sentenza di non luogo a procedere.

Si possono anche verificare situazioni in cui la sentenza di non luogo a procedere acquisti un'efficacia tale da non poter più essere rimessa in discussione, acquistando una piena irrevocabilità. Ci si riferisce appunto al caso in cui con la

¹⁷⁵ In particolare D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, p. 81

sentenza di non luogo a procedere si riconosce l'intervenuta prescrizione del reato, non essendo in tal caso «neppure ipotizzabile la sopravvenienza dei presupposti per la revoca»¹⁷⁶, a meno che non si verificano inaccettabili stravolgimenti dell'istituto della prescrizione, che negli ultimi anni hanno rappresentato una sorta di banco di prova per la tenuta dei principi costituzionali del sistema.

I giudici, sia di merito, che della Consulta, hanno infatti ricompreso le sentenze di non luogo a procedere tra i provvedimenti idonei a far scattare la preclusione sancita dal principio del *ne bis in idem*, inteso come principio ispiratore dell'ordinamento, pur se, come abbiamo visto, rimane una preclusione meno stringente rispetto a quella conseguente alle sentenze emanate dopo il dibattimento.

2.3.2. Il provvedimento d'archiviazione

Esula senza dubbio dal *genus* delle pronunce suscettibili di far sorgere la preclusione delineata nell'art. 649 il provvedimento di archiviazione, non essendo neanche lontanamente parificabile al giudicato. Pronunciato dal g.i.p. su richiesta del pubblico ministero, tale provvedimento, che è stato definito anche come atto extragiurisdizionale¹⁷⁷, è privo di carattere decisorio e non costituisce una decisione sull'azione penale, che non è ancora stata esercitata, attestando piuttosto che non sussistono le condizioni per il promovimento dell'azione.

Assolutamente inidoneo a produrre gli effetti del giudicato, non è «neppure capace di acquistare quella efficacia preclusiva che l'ordinamento processuale riconnette alla sentenza di non luogo a procedere»¹⁷⁸. È fondamentale inquadrare tanto la

¹⁷⁶ Conso-Grevi, op.cit., p. 955

¹⁷⁷ «È un'idea lunatica che costituiscano giurisdizione atti compiuti fuori dal processo, mai impugnabili sul merito...l'offeso non ha strumenti reattivi, chiesta la riapertura dal p.m., niente garantisce rispose eque, essendo insindacabili i rifiuti»; così, F.CORDERO, *Procedura penale*, Giuffè, 2012, p.437

¹⁷⁸ Così, L. PADULA, *L'archiviazione: modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005, p.328

funzione quanto la collocazione di tale provvedimento all'interno della struttura procedimentale per poterne valutare gli effetti, verificando fino a che punto le considerazioni introduttive su tale provvedimento, pur se condivise da buona parte della dottrina, abbiano piena valenza.

La richiesta di archiviazione viene presentata dal pubblico ministero generalmente nel caso in cui ritenga la notizia di reato infondata, garantendo così un controllo del giudice sull'inazione dell'organo d'accusa, in linea con il canone di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost., potendo bene, il giudice, ritenere sussistente sia la necessità di ulteriori indagini (409 c.p.p. 4° comma)¹⁷⁹, che l'opportunità di procedere a giudizio, disponendo in quest'ultimo caso, con ordinanza, che il pubblico ministero formuli l'imputazione (art. 409 c.p.p. 5° comma). Al contrario, quando il giudice condivide la posizione del pubblico ministero, pronuncia decreto motivato di archiviazione (art. 409 c.p.p. 1° comma). È quindi un "permesso di inazione" che l'organo d'accusa chiede al giudice, ma da ciò ne è stata fatta discendere la necessità di richiedere un corrispondente *placet*, non solo per investigare, ma anche per agire.

In dottrina sono state avanzate nel tempo diverse ipotesi circa la portata preclusiva del provvedimento archiviativo, anche in conseguenza della poca esaustività delle norme procedurali che regolano gli effetti di tale provvedimento.

Il codice si limita infatti a prevedere, all'art. 414, che l'autorizzazione del giudice sia necessaria per riaprire le indagini, senza nulla disporre né riguardo alle conseguenze processuali di una sua inosservanza, e quindi ad una riapertura delle indagini in carenza della necessaria autorizzazione, né riguardo ad una possibile formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero che potrebbe scaturire semplicemente da una nuova valutazione del materiale probatorio precedentemente acquisito¹⁸⁰.

¹⁷⁹ In tal caso il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio, che si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Una volta svoltasi l'udienza, se il giudice ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il loro compimento.

¹⁸⁰ In dottrina, prima della pronuncia della Corte Costituzionale n.27/1995, è stata da più parti proposta un'opzione interpretativa secondo la quale l'art. 414 c.p.p. precludesse sì lo svolgimento di attività di indagine, ma lasciasse impregiudicato il potere-dovere di esercitare l'azione penale in capo al p.m..

È bene considerare il momento preciso dell'iter procedimentale in cui l'archiviazione si colloca; essa rappresenta uno dei due possibili esiti cui si può pervenire una volta scaduti i termini di durata massima delle indagini preliminari, rappresentando «ipotesi di epilogo delle indagini preliminari in chiave alternativa rispetto a quella rappresentata dall'esercizio dell'azione penale»¹⁸¹.

Lo si ribadisce poiché è da qui che bisogna partire per comprendere quale debba essere la portata preclusiva di tale provvedimento, che non è limitata a quanto traspare da una semplice interpretazione letterale delle norme che la regolamentano, ma è stata ampliata, ed in un certo senso snaturata, dalla giurisprudenza costituzionale.

Come è facile rilevare dalla caratura di principio fondamentale dell'obbligatorietà dell'azione penale, sancito in Costituzione all'art. 112, nonostante la preclusione discendente dall'archiviazione costituisca un fondamentale argine al libero esercizio da parte del p.m. delle facoltà a lui concesse, da altro angolo di visuale, essa non può arrivare a pregiudicare esigenze di difesa sociale, precludendo in assoluto al p.m. di indagare e perseguire i reati. L'efficacia preclusiva di tale provvedimento è infatti stata tradizionalmente definita in vari modi, tutti indicativi del suo carattere «precario»¹⁸³, funzionale anche a garantire esigenze repressive.

Le posizioni della dottrina non sono unanimi, dividendosi, in generale, in due filoni interpretativi. Da un lato vi è chi propugna un'interpretazione particolarmente rigorosa, secondo la quale il provvedimento di autorizzazione a riaprire le indagini preliminari costituirebbe non solo una condizione necessaria per lo svolgimento di ulteriori indagini, ma una vera e propria condizione di procedibilità atipica, in

Secondo questa interpretazione, nel caso in cui vengano svolte nuove indagini in carenza del provvedimento autorizzativo del giudice, la conseguenza processuale sarebbe l'inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti, ex. art. 191 c.p.p., a causa della violazione di un divieto implicitamente stabilito dalla legge.

¹⁸¹ Così, V.GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 1280

¹⁸³ L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Soluzioni e proposte interpretative nei dibattiti della dottrina e della giurisprudenza*, Giuffrè, 1999, p.537

difetto della quale sarebbe precluso al pubblico ministero esercitare validamente l'azione penale¹⁸⁴.

Al contrario, secondo la tesi sostenuta da altra parte della dottrina, che è stata disattesa dalla giurisprudenza costituzionale, l'unica conseguenza della mancata richiesta di autorizzazione a riaprire le indagini sarebbe l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti senza la preventiva autorizzazione¹⁸⁵.

La linea interpretativa che è stata delineata dalla Consulta, peraltro smentendo l'orientamento da ultimo accennato secondo cui il decreto autorizzatorio emanato dal giudice ex art. 414 c.p.p. «abbia contenuto neutro rispetto all'esercizio dell'azione penale»¹⁸⁶, ha attribuito al precetto contenuto nell'art. 414 c.p.p. un valore particolarmente pregnante, alla base del quale, secondo parte della dottrina, è difficile rinvenire un adeguato fondamento normativo.

La Corte Costituzionale ha infatti definito il decreto archiviativo come provvisto di «efficacia (limitatamente) preclusiva»¹⁸⁷, superabile esclusivamente grazie al decreto di autorizzazione a riaprire le indagini emanato del g.i.p., in assenza del quale «è l'instaurabilità di un nuovo procedimento e, quindi, la procedibilità, a essere impedita; sicché, se il presupposto del procedere manca, il giudice non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza, appunto, che l'azione penale non doveva essere iniziata»¹⁸⁸.

La posizione della Consulta è stata ripresa, e sotto certi aspetti affinata sotto il profilo dell'interpretazione, da parte dei giudici di legittimità, che hanno delineato in maniera ancor più netta la portata preclusiva che discende dal provvedimento

¹⁸⁴ Di questo avviso, G. GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, 1994, p.99; I. RUSSO, *Riapertura delle indagini*, in *Riv. Pen.*, 1997, p.441

¹⁸⁵ Opinione sostenuta da N.GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini*, in *Dig. D. pen.*, vol. XII, Utet, 1997, p. 166; L.PADULA, *L'archiviazione: modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005, p. 325; particolarmente rigorosa la posizione di F.CORDERO, in *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p.968 ; secondo il quale «il pm ha chiesto un permesso di inazione, ritenendo che i materiali non bastino all'accusa, e ottenutolo, è in regola se non agisce, ma niente gli vieta ulteriori passi: quale organo della domanda penale può, anzi deve compierli, appena intraveda possibili scoperte; secondo questa norma stravagante, gli occorre una licenza inversa».

¹⁸⁶ C.Cost. 30 dicembre 1994, sent. n. 455

¹⁸⁷ C.Cost. 12 gennaio 1995, sent. n. 27, § 3 considerato in diritto

¹⁸⁸ Ibid. § 4

archiviativo. È stata infatti sancita l'illegittimità della richiesta, da parte del pubblico ministero, di un provvedimento cautelare, in relazione ad un fatto di reato per il quale è stata disposta l'archiviazione, se in precedenza non era già stato emanato il decreto di riapertura di cui all'art. 414 c.p.p.¹⁸⁹. Si può affermare che l'archiviazione sia inquadrabile nel fenomeno della preclusione, pur se con caratteri differenti rispetto a quella che nasce da una sentenza o provvedimento passato in giudicato, avendo, questi ultimi, efficacia extraprocessuale.

Al contrario, "l'efficacia (limitatamente) preclusiva" del decreto archiviativo dispiega i suoi effetti esclusivamente all'interno di un medesimo procedimento, o meglio, nei confronti delle parti (giudice e pubblico ministero) che hanno dato vita a tale accertamento endoprocedimentale.

Sembrerebbe più soddisfacente una linea interpretativa che limiti l'efficacia preclusiva del decreto di archiviazione sulla base del concetto generale di preclusione, quale esaurimento di un potere, ed impossibilità di rinnovare la stessa questione nello stesso processo/procedimento, non potendosi in tal caso considerare operante in un procedimento diverso tra parti diverse l'efficacia del decreto.

Rimane comunque indispensabile scongiurare possibili assimilazioni tra effetti discendenti da decreto d'archiviazione e provvedimenti idonei a far scattare la preclusione tipica del *ne bis in idem*. Ciò che viene precluso dal provvedimento archiviativo è infatti «la possibilità di rimettere sotto inchiesta la medesima persona al di fuori del controllo del giudice»¹⁹¹ limitando in tal senso il libero arbitrio del p.m..

Il punto nodale su cui va calibrata l'efficacia preclusiva del decreto di archiviazione, posto che la Corte Costituzionale ne ha definito la natura di condizione di procedibilità atipica, con le conseguenze che ne discendono, sono i presupposti su cui si basa la riapertura delle indagini. Come abbiamo già

¹⁸⁹ Cass. Sez. Unite, 22 marzo 2000, n.9, Finocchiaro

¹⁹¹ Così, MACCHIA, Nota a Corte Cost. 12 gennaio 1995, n. 27; il quale assume una posizione critica rispetto all'assimilazione di effetti, operata dalla Consulta, tra sentenza di non luogo a procedere e decreto di archiviazione.

sottolineato il codice rimane silente, o meglio, si limita a prescrivere un generico ed indefinito presupposto quale quello “della esigenza di nuove investigazioni”.

La dottrina è stata tradizionalmente divisa sul punto; da un lato c'è chi ha snaturato l'essenza del provvedimento¹⁹², ritenendo necessaria, per riaprire le indagini, l'acquisizione di nuovi elementi probatori o la scoperta di ulteriori fonti di prova idonei a determinare un mutamento del quadro probatorio preesistente¹⁹³.

Tale posizione non è condivisibile, sia perché renderebbe particolarmente difficoltoso per il p.m. riaprire le indagini, ma anche perché sembrerebbe contravvenire alla *ratio* dell'istituto.

Ai fini della riapertura delle indagini, infatti, le nuove fonti di prova rappresentano un obiettivo da raggiungere, e non un presupposto¹⁹⁴.

Anche la lettura secondo cui la riapertura delle indagini sarebbe legittima alla luce di una mera rilettura degli elementi probatori e dei fatti già esaminati in sede di archiviazione è fonte di incongruenze.

Non si può infatti arrivare a svilire completamente l'efficacia preclusiva dell'archiviazione trasformando «l'istituto della riapertura delle indagini in una automatica restituzione in termini»¹⁹⁵ per il p.m., giustificando pretestuosi ripensamenti o colpevoli lacune nelle indagini.

Da ciò discende la necessità di un *quid novi* quale *condicio sine qua non* per la riapertura delle indagini¹⁹⁶, il quale, pur non assurgendo a nuova fonte di prova, consenta una diversa lettura del quadro probatorio precedentemente ritenuto privo

¹⁹² Se si guarda alla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. n. 250, 24 ottobre 1988, serie generale, suppl. ord. n.2, emerge che l'intenzione dei redattori del codice era diversa anche rispetto a quelle che oggi sono le interpretazioni più permissive in merito ai presupposti per la riapertura delle indagini. Si legge infatti che «L'autorizzazione sarà concessa anche quando non siano emersi nuovi elementi e l'organo dell'accusa si limiti a prospettare al giudice un nuovo piano di indagine che può scaturire dalla diversa interpretazione degli elementi già acquisiti»

¹⁹³ Tesi sostenuta da A.TEDESCHI, *In tema di riapertura delle indagini a seguito di archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 2000, p. 253; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, 1994

¹⁹⁴ Così si esprime G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, 1994, p. 96; il quale delinea chiaramente le differenze tra sentenza di non luogo a procedere e archiviazione.

¹⁹⁵ L.PADULA, *L'archiviazione. Modelli questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005, p. 350

¹⁹⁶ Cfr., L.NORCIO, op. cit. p. 46, G.GIOSTRA, op. cit. p. 89

di ogni capacità espansiva, avendo fatto propendere il giudice per la decisione circa la non necessità dell'accertamento giudiziale.

Tale elemento di novità, analogamente a quanto avviene nel caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere, non potrà essere frutto di investigazioni compiute dal pubblico ministero in seguito all'emanazione del provvedimento d'archiviazione, essendo, in tal caso, inutilizzabili i nuovi elementi reperiti in violazione dell'art. 414. Sarà il giudice a valutare l'utilizzabilità di tali nuovi dati acquisiti, e la conseguente ammissibilità e fondatezza della richiesta del p.m., potendosi spingere sino ad effettuare una valutazione di merito al fine di stabilire se il *quid novi* su cui si fonda la richiesta dell'accusa determini una modifica del quadro indiziario tale da giustificare ulteriori indagini.

2.4. Il concetto di *Idem Factum*

La definizione di *idem factum*, come si è già potuto osservare in relazione alle norme di derivazione sovranazionale, ha tradizionalmente rappresentato il punto maggiormente controverso su cui dottrina e giurisprudenza hanno avuto modo di adoperarsi nel delineare diverse costruzioni interpretative susseguitesi nel tempo. Un punto d'approdo sembra essere stato raggiunto con la sentenza costituzionale n. 200 del 2016, che analizzeremo nel dettaglio tra breve, la quale recepisce istanze europee, resolvendo - o almeno così sembrerebbe - l'annosa diatriba relativa ai rapporti tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati.

L'importanza che riveste la definizione del concetto di *idem factum*, in relazione alla funzione del *ne bis in idem*, risalta subito. La portata del principio è infatti strettamente dipendente dalla definizione di medesimo fatto, potendo facilmente essere relegato entro angusti spazi operativi semplicemente adottando quella che in passato era considerata la corretta definizione della locuzione in questione, ovvero la teoria per cui esso era identificabile con l'*idem* legale.

L' *idem factum* costituisce dunque quel parametro su cui si fondano i confini entro cui può operare il principio in questione, condizionandone in maniera notevole la portata applicativa.

La formulazione letterale dell'articolo 649 c.p.p. sembrerebbe, a prima vista, delineare dei confini abbastanza netti entro cui potersi orientare, ma nonostante ciò è solo in tempi recenti che la questione sembra aver trovato una soluzione, pur se probabilmente suscettibile di ulteriore evoluzione.

Sembra infatti che non si sia ancora adottata una lettura capace di scongiurare il verificarsi di palesi situazioni di ingiustizia, evitando, al contempo, di svuotare di senso la lettera dell'art. 649 c.p.p.

È espressamente sancito dalla norma che non rileva, ai fini di definire come medesimo un fatto, che questo venga «diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze».

Partendo dalle locuzioni che hanno creato meno problemi, quella relativa alle circostanze è di facile definizione, riferendosi ai c.d. *accidentalia delicti*, ed implicando dunque che il fatto venga considerato come medesimo pur se vi sia il passaggio dalla fattispecie semplice a quella circostanziata.

Nonostante le perplessità che possono in alcuni casi affiorare in dottrina, al fine di dare una definizione generalmente valida che differenzi elementi costitutivi del reato rispetto alle circostanze, basti qui dire che esse rappresentano quegli «elementi che stanno intorno o accedono ad un reato già perfetto nella sua struttura, e la cui presenza determina soltanto una modificazione della pena»²⁰⁰, modifica che può essere quantitativa o qualitativa.

Per quanto riguarda il “titolo” i problemi dovrebbero essere ancora minori, rappresentando tale previsione, già da sé, una netta presa di posizione a favore dell'*idem* storico, negando che possa rilevare, ai fini della verifica della medesimezza del fatto, il semplice mutamento del *nomen iuris* ad esso attribuito.

²⁰⁰ Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale: parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 417

Guardando esclusivamente al dato letterale dell'art. 649 sembrerebbe prospettarsi una concezione di *idem factum* che si risolva esclusivamente nella condotta dell'agente, data l'irrelevanza di grado titolo e circostanze, ma ciò è stato smentito sia dalla giurisprudenza che dalla maggioranza della dottrina, essendo di manifesta evidenza come, aderendo ad una interpretazione di tal genere verrebbero a verificarsi delle situazioni di paradossale ingiustizia.

Ciò si comprenderà meglio analizzando cosa debba intendersi per grado.

Vi sono infatti divergenze di vedute in merito al confine netto che separi grado e titolo del reato, essendo evidente come spesso il titolo cambi in conseguenza di un mutamento di grado se si adotta quel filone interpretativo che considera quest'ultimo comprendente anche «la misura dell'evento nei reati cosiddetti progressivi»²⁰¹. Aderendo a tale ricostruzione, nel caso in cui si verifichi il passaggio da una fattispecie ad un'altra in conseguenza del mutare dell'evento il fatto dovrebbe considerarsi come il medesimo, ed opererebbe la garanzia del *ne bis in idem*. La giurisprudenza non ha adottato questa ricostruzione.

La scelta si può dire discenda da esigenze di giustizia sostanziale ed adeguatezza del trattamento sanzionatorio, essendo chiaro, semplicemente osservando il classico caso di scuola utilizzato in letteratura, relativo alla relazione tra percosse-lesioni ed omicidio, che rendendo operante il *ne bis in idem* si verificherebbero in queste evenienze delle situazioni di palese ingiustizia.

Seguendo altra autorevole via interpretativa si giunge a conclusione nettamente differente, essendo considerato mutamento di grado esclusivamente il caso in cui si verifichi sì un aggravamento della contestazione, ma senza che muti il titolo del reato²⁰². In quest'ultimo caso il mutamento di grado si risolverebbe nel passaggio dal delitto tentato a quello consumato. È comunque innegabile che, al mutare del grado consegua necessariamente un mutamento dell'evento, sia che si adotti l'una

²⁰¹ Così in, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2005; cfr. anche CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1210

²⁰² G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p.807; CORBÌ, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 1992.

o l'altra delle opinioni dottrinali appena esposte. Da ciò potrebbe dedursi l'irrelevanza dell'evento al fine di affermare l'identità del fatto²⁰³.

Tale impostazione, come sappiamo, è chiaramente smentita dalla giurisprudenza, che ha da tempo elaborato "correttivi" al fine di evitare che tale divieto comporti risultati inaccettabili. Il più comune e risalente indirizzo elaborato però dalla dottrina, ed al quale la giurisprudenza non ha dato seguito, è quello fondato sulla necessità di prendere in considerazione, nei reati materiali, l'oggetto fisico su cui cade la condotta²⁰⁴.

Una situazione che può destare qualche incertezza, soprattutto se si prendano in considerazione giudizi di valore e giustizia sostanziale, è quella del reato progressivo. In particolare ci si riferisce all'ipotesi in cui l'acuirsi dell'offesa si verifichi in un momento successivo al passaggio in giudicato della sentenza intervenuta in seguito al fatto di reato meno grave, e dunque non prendendo in considerazione l'evento successivamente verificatosi²⁰⁵.

La sent. C. Cost. 200/2016 sembra offrire una risposta che prova a trovare una soluzione di compromesso tra esigenze contrapposte. Essa sancisce infatti che, al fine di concludere circa l'identità dei fatti, e dunque determinare l'applicabilità o meno del *ne bis in idem*, si prenda in considerazione la triade condotta-evento-nesso causale. Così argomentando la Corte Costituzionale sembra a prima vista porsi in contrasto con il tenore letterale dell'art. 649, ed in particolare con l'irrelevanza del mutamento di grado, sancita da detto articolo, al fine di definire o meno come medesimo il fatto. Seguendo l'interpretazione della Consulta non può aversi una lettura pienamente aderente al tenore letterale dell'art. 649, dato che non si capisce come possa non rilevare il grado, a prescindere da quale delle diverse teorie interpretative si accolga circa l'ampiezza di tale locuzione.

²⁰³ Cfr. F.CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009, pp. 130 ss.

²⁰⁴ Cfr. *Compendio di procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis, Cedam, VIII ed.; Per una lettura dell'articolo aderente al dato letterale si ricordi anche F.CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, : «Nell'art. 649 fatto significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono»

²⁰⁵ Cfr. R.A. RUGGIERO, *op.cit.* p. 3814

Più precisamente, sia che si adotti la teoria per cui con mutamento di grado si intenda il passaggio dal delitto tentato a quello consumato, sia che si accolga quella secondo cui in tale cambiamento rientrano, oltre quello già menzionato, anche i casi in cui a mutare è il titolo di reato come conseguenza del mutare dell'evento naturalistico, quindi il caso del reato progressivo. L'evento, che nel primo caso non si è verificato, e nel secondo ha subito una sostanziale variazione, o meglio un aggravamento, viene comunque in rilievo, di conseguenza non può ritenersi applicabile il divieto per come codificato all'art. 649. È evidente che tale lettura, avallata sia dalla giurisprudenza, che dalla dottrina²⁰⁶, sia funzionale al fine di scongiurare il verificarsi di situazioni di impunità e antigiusdizionalità non altrimenti sanzionabili, dato il successivo verificarsi dell'evento rispetto al consolidarsi della prima pronuncia.

Relativamente alla nozione di fatto, la giurisprudenza ha tradizionalmente adottato un indirizzo interpretativo che ne dà una interpretazione particolarmente ampia, includendo non solo l'evento, ma richiedendo la completa sovrapposibilità di tutti gli elementi tra il fatto già giudicato e quello oggetto di nuova contestazione. Con ciò si intende che «l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta-evento-nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona»²⁰⁸.

Si approfondiranno le posizioni di dottrina e giurisprudenza sulla definizione di *idem factum* quando analizzeremo le problematiche che scaturiscono nei casi di concorso formale di reati e concorso apparente di norme, mostrando in particolare quali sono stati i recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, ed analizzando più nel dettaglio la sentenza della Consulta n. 200/2016.

Pur potendo a prima vista sembrare una questione da cui non derivino particolari dubbi interpretativi vale la pena soffermarci su cosa debba intendersi per identità di tempo, luogo e persona. Partendo anche qui dal criterio meno problematico,

²⁰⁶ Cfr. E.M.MANCUSO, op. cit. p. 466; F.CORDERO, op.cit. p.1211

²⁰⁸ C.Cost. 129/2008, C.Cost. 200/2016

sofferinarsi sull'identità della persona può sembrare quasi superfluo, essendo implicito nella definizione del principio quale garanzia soggettiva che esso dispieghi i suoi effetti esclusivamente nel caso in cui nel secondo processo rivesta il ruolo di imputato colui il quale ha già indossato la stessa veste in relazione al medesimo fatto.

È quindi richiesta un'identità di posizioni processuali, essendo certamente possibile che lo stesso soggetto venga sottoposto ad un nuovo procedimento non in veste di imputato, ma come soggetto civilmente obbligato per la pena pecuniaria o responsabile civile.

Inoltre è possibile anche rivalutare il fatto già oggetto di giudizio per accertare la responsabilità del concorrente nel reato che non abbia preso parte al processo conclusosi con sentenza irrevocabile, come ha chiaramente affermato la Cassazione, secondo la quale, «il giudicato penale formatosi nei confronti di taluno per un certo fatto non vincola il giudice chiamato a rivalutare quel fatto in relazione alla posizione di altri soggetti imputati quali concorrenti nel medesimo reato; il che comporta, tra l'altro, che, qualora il giudicato sia stato di assoluzione, il giudice del separato procedimento instaurato a carico del concorrente nel medesimo reato può sottoporre a rivalutazione il comportamento dell'assolto, all'unico fine di accertare la sussistenza ed il grado di responsabilità dell'imputato da giudicare»²⁰⁹.

Spostandoci sul versante dell'identità spazio-temporale della condotta si può partire da una constatazione che, pur sembrando tautologica, dovrebbe avere il pregio di lasciar trasparire la logica per cui in certe circostanze il mutamento delle coordinate spazio-temporali non debba venire in rilievo. Infatti affermando che «il fatto oggetto del nuovo procedimento ha da essere proprio il fatto in precedenza giudicato e non un fatto a quello identico»²¹⁰, si lascia intendere che il fatto è diverso se costituisce una differente estrinsecazione dell'attività del soggetto, distinta nel tempo e nello spazio, pur se integri la medesima fattispecie di reato.

²⁰⁹ Cass. II sez. pen. 03/05/2005, sent. n. 21998

²¹⁰ Così LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, XII ed., p. 821

È ovvio che, ragionando all'inverso, non si possa ritenere legittimo procedere nuovamente contro l'imputato semplicemente mutando il *tempus commissi delicti*. La portata del problema emerge soprattutto nei casi di reati reiterabili, dovendosi accertare che due imputazioni susseguitesi nel tempo non si riferiscano allo stesso fatto diversamente collocato nel tempo, ma abbiano ad oggetto un fatto ulteriore e distinto rispetto al primo, pur integrando la medesima condotta e figura di reato.

2.4.1. Concorso apparente di norme e concorso formale di reati

È circostanza non improbabile che una medesima situazione fattuale integri le fattispecie previste da una pluralità di norme. Tale fenomeno è scindibile in due sotto ipotesi, quella del concorso apparente di norme e quella di concorso formale di reati. Come può dedursi dalla denominazione, nel primo caso, il confluire di più norme incriminatrici nei confronti di uno stesso fatto è soltanto apparente, essendo da considerarsi unico il reato, e dunque unica la norma correttamente applicabile. In tal caso è la legge penale sostanziale ad esigere, come conseguenza di una valutazione di carattere generale, che l'autore del fatto criminoso subisca un'unica punizione, rispondendo ad esigenze di giustizia. Rientra dunque nel campo d'azione del *ne bis in idem* sostanziale.

Al contrario, quando ci si trova di fronte ad un concorso formale di reati, pur verificandosi una situazione che può a prima vista sembrare analoga a quella appena delineata, le conseguenze sono diametralmente opposte. In tal caso infatti, la norma sostanziale realmente applicabile non è una, essendo state violate più norme con una medesima condotta, e non esauendosi il disvalore del fatto attraverso l'applicazione di una sola di esse. È quest'ultima situazione ad aver suscitato maggiori perplessità e divergenze di opinioni nel tempo. È comunque opportuno considerare che, nonostante a rilevare per l'applicazione del *ne bis in idem* sia il fatto in senso storico-naturalistico, inteso come insieme di condotta-evento-nesso causale, non sia agevole disancorare del tutto tale veste materiale del fatto dalle previsioni normative.

Ciò discende dall'assunto inconfutabile per cui «è pur sempre il diritto a indirizzare l'attività di chi seleziona, del fatto storico, ciò che è giuridicamente rilevante»²¹¹, operando una trasposizione sul piano processuale di un fatto della realtà materiale, che viene descritto nell'imputazione una volta filtrato attraverso la norma incriminatrice applicabile²¹². Si comprende bene dunque che spesso possono sorgere dubbi ed incertezze in merito alla configurabilità di un fatto come medesimo quando lo si osservi sotto differente fattispecie normativa. I maggiori problemi sorgono in relazione al concorso formale di reati, del quale ci occuperemo più nel dettaglio nel capitolo seguente.

Sotto l'angolo di visuale del *ne bis in idem* processuale, nei casi di concorso apparente di norme si verificherebbe un mutamento di titolo o di grado del fatto di reato, verificandosi dunque una circostanza in cui l'applicazione del principio processualmente inteso dovrebbe prevenire la violazione e applicazione del principio nella sua accezione sostanziale. Si può infatti affermare che, nel caso in cui sussista la possibilità di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, come appunto quando si configuri un caso di concorso apparente di norme, il *ne bis in idem* processuale è sempre applicabile. Le due estrinsecazioni del principio non sono però sovrapponibili, dato che la portata del *ne bis in idem* processuale è di più ampio ambito respiro rispetto a quella propria dell'omonimo principio sostanziale. Da ciò discende che ben possono verificarsi casi in cui il divieto di procedere sorga in assenza di ogni rischio di violazione del *ne bis in idem* sostanziale, basti pensare ai classici casi di scuola in cui un soggetto viene assolto per un determinato reato, rispetto al quale, secondo il *ne bis in idem* processualmente inteso, rimane preclusa l'istaurazione di un ulteriore processo. In questa evenienza, come chiaramente può comprendersi, non vi è alcun rischio di

²¹¹ Così, R.A.RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, Cass. Pen., n. 10, 2017, p. 3813.

²¹² Cfr anche, F.MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, cit. p.395, «ciò che costituisce oggetto del processo non può essere la situazione storica, nella sua complessità e totalità di elementi, del tutto avulsa da qualsiasi riferimento normativo, bensì il fatto storico in quegli elementi suscettibili di rilevanza giuridico-penale»

duplicazione di sanzioni, ma nonostante ciò il divieto di doppio processo è applicabile.

In tema di concorso formale di reati si è da sempre giocata quella partita che ha visto contrapporsi più o meno marcatamente dottrina e giurisprudenza. La prima tradizionalmente più incline a riservare un più ampio ambito d'applicazione al *ne bis in idem* processuale, tendenzialmente riconducendone l'operatività al medesimo episodio criminoso, senza aver riguardo per le fattispecie di reato da esso integrate. La giurisprudenza ha invece generalmente tentato di «valorizzare il significato normativo del concorso formale di reati e il disvalore aggiunto determinato dall'evento» garantendosi un ampio margine d'azione, attraverso la possibilità di perseguire i molteplici reati astrattamente ipotizzabili.

2.4.2. Sentenza Corte Costituzionale 200/2016

Viste le perduranti incertezze e perplessità circa la concezione di *idem factum*, in particolare rispetto a casi particolarmente problematici come quelli sopra esaminati del concorso formale di reati ed apparente di norme, un intervento chiarificatore della Consulta sarebbe stato facile da prevedere, soprattutto in conseguenza delle grandi sollecitazioni e ricadute che dalle giurisdizioni sovranazionali hanno investito il sistema interno in tema di *ne bis in idem*.

La pronuncia in questione ha posto un tassello fondamentale nel delineare una concezione di *idem factum* che si era già fatta strada nella giurisprudenza di merito, e soprattutto ha chiarito, per la prima volta in maniera univoca, i rapporti intercorrenti tra concorso formale di reati e *ne bis in idem*, toccando di striscio anche il tema del concorso apparente di norme. Data l'importanza della pronuncia e la notorietà della vicenda è di interesse per la trattazione tracciare a grandi linee la vicenda che ha dato vita alla sentenza della Consulta, che è stata emanata nelle more dell'annoso processo “*Eternit bis*”.

La vicenda è di grande notorietà, riguardando una tematica che già negli anni 90 richiamò gran parte dell'attenzione pubblica, essendo stato dichiarato illegale l'utilizzo dell'amianto. Il processo "eternit" riguardava l'omonima società che, per fatti avvenuti tra gli anni '70 e '80, vedeva l'amministratore della società venir sottoposto a procedimento penale per due ipotesi di reato concernenti rispettivamente il disastro innominato doloso aggravato dall'evento, *sub specie* di disastro ambientale (art. 434 comma 1 e 2 c.p.) e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, aggravata anch'essa dall'evento, per la verifica di infortuni (art. 437 comma 2 c.p.). Tali capi di imputazione comprendevano infatti una lista di circa 2800 persone offese, composta sia da lavoratori della società che da persone residenti in zone limitrofe ai poli produttivi, tutti ammalatisi o deceduti a causa di patologie riconducibili all'esposizione ad amianto²¹⁸. Il processo si era concluso con una sentenza della Corte di Cassazione, la quale annullava senza rinvio la sentenza impugnata relativamente al reato di disastro innominato, unico non ancora dichiarato prescritto in seguito ai precedenti gradi di giudizio, «perché il reato è estinto per prescrizione maturata anteriormente alla sentenza di primo grado»²¹⁹.

Il giorno seguente la pronuncia della Cassazione, la Procura di Torino depositava la richiesta di rinvio a giudizio, nei confronti dell'amministratore assolto per prescrizione, lasciando immutati, oltre al soggetto, le condotte, i tempi ed i luoghi, ma mutando il titolo di reato contestato, e conseguentemente l'evento cagionato dalle condotte, non più disastro ma omicidio volontario plurimo e aggravato nei confronti di 258 persone. Il g.u.p. di Torino, ritenendo di non disporre né il

²¹⁸ Per una esaustiva ricostruzione della vicenda di fatto si veda, Redazione (a cura di), *Reati d'evento e bis* in idem. *Il punto sulla vicenda Eternit, in attesa dell'imminente pronuncia della Corte Costituzionale*, in Giur. Pena. Web, 2016, 7-8

²¹⁹ Cass. Pen., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941/2015. La Suprema Corte afferma la prescrizione del reato sul presupposto che «la consumazione del reato di disastro non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ebbero fine le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione dell'amianto prodotti dagli stabilimenti...non oltre, perciò, il mese di giugno dell'anno 1986, in cui venne dichiarato il fallimento delle società del gruppo», recriminando ai giudici di primo grado e d'appello l'aver «aggiunto all'evento costitutivo del disastro eventi rispetto ad essi estranei ed ulteriori, quali quelli delle malattie e delle morti, costitutivi semmai di differenti delitti di lesioni e di omicidio...»

giudizio, né dichiarare il non doversi procedere, rispettivamente espressive delle posizioni di accusa e difesa, sollevava d'ufficio questione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu.

Il g.u.p. rimettente ritenne che, pur essendo sotto il profilo storico-naturalistico medesimi i fatti oggetto del secondo processo rispetto a quelli per cui è stata dichiarata la prescrizione, non può essere applicato l'art. 649 c.p.p. seguendo l'interpretazione datane dal diritto vivente italiano. Il g.u.p. sosteneva infatti che per la giurisprudenza di legittimità, ciò che rileva al fine di definire come medesimo un fatto sia l'*idem* giuridico, essendo richiesta una completa identità in astratto degli elementi costitutivi del fatto richiesti dalla legge, con ciò indicando la necessità di mettere a raffronto la triade condotta, evento e nesso causale. Nel caso di specie, dunque, il giudice rimettente, sostenne che non si sarebbe dovuto concludere circa la non identità dei fatti, se si fosse attenuto al diritto vivente nazionale. In particolare, sottolineava come, non solo «l'omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall'omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata»²²⁰, essendo questi ultimi reati di pericolo, a differenza dell'omicidio, che è un reato di danno; ma che muterebbero anche il bene giuridico tutelato dalle norme in questione, rappresentato, per l'omicidio dalla vita, e per gli altri due reati dall'incolumità pubblica; ed anche gli eventi sarebbero diversi, dato che, ponendo a raffronto le due fattispecie legali, si evince che non è richiesto l'evento morte, il quale è elemento costitutivo dell'omicidio, per integrare le figure del disastro innominato e dell'omissione di cautele. A sostegno della (non medesimezza dei fatti), o meglio, della non applicabilità dell'art. 649 c.p.p., viene richiamata la consolidata giurisprudenza di legittimità che rinviene un concorso formale di reati nel caso in cui i reati di omicidio da un lato, e di disastro ed infortunio dall'altro, siano commessi con un'unica azione od omissione. Infatti, seguendo l'orientamento prevalente adottato dal diritto vivente,

²²⁰ Corte Cost. 200/2016, § 1 del considerato in diritto

poi censurato, come vedremo, dalla Corte, secondo il quale, quando ci si trovi a fare i conti con una situazione di concorso formale di reati non potrebbe operare il *ne bis in idem*, per il semplice fatto che siano state violate più disposizioni di legge, la conclusione sembrerebbe quella prospettata dal g.u.p..

Nel propugnare l'illegittimità del diritto vivente rispetto all'art. 4 prot. 7 Cedu, il g.u.p. ricostruì però la portata di quest'ultima norma in maniera errata, secondo quanto poi affermato dai giudici costituzionali.

Più precisamente, egli ritenne che secondo la lettura dell'articolo in questione operata dalla Corte di Strasburgo, il fatto debba essere considerato il medesimo semplicemente quando si rinvenga identità tra azione ed omissione²²¹.

La Consulta, in primis censura l'analisi effettuata dal giudice a quo riguardo la concezione di *idem factum* adottata dal diritto vivente nazionale, pur riconoscendo che sia ancora persistente «nella stessa giurisprudenza di legittimità un orientamento minoritario, diverso da quello adottato dalle sezioni unite fin dal 2005»²²², richiamando l'importante e già menzionata sentenza Donati.

Secondo tale orientamento minoritario, che riprende nel suo nucleo minimo il principio enunciato dalle sezioni unite nella sentenza appena richiamata, sarebbero rilevanti «non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica»²²³, considerando dunque determinanti le implicazioni penalistiche dell'accadimento.

La Consulta afferma inequivocabilmente la necessità di abbandonare definitivamente tale orientamento²²⁴, il quale non è compatibile né con la Costituzione²²⁵ né con la Cedu.

²²¹ Nell'operare tale ricostruzione viene richiamato, a sostegno di tale posizione, il caso Zolotoukhine c. Russia, 2009, n. 1493/03

²²² Cit., Corte Cost. 200/2016, §8

²²³ Cit., Ibid.

²²⁴ Pur non potendosi arrivare a considerare tale orientamento minoritario come decisivo e capace di trasfigurare il significato dell'art. 649 c.p.p., operazione che il giudice rimettente pretendeva di compiere.

²²⁵ Richiamando il legame che intercorre tra *ne bis in idem* e principi costituzionali, segnatamente art. 24 e 111 della Costituzione.

Ma nonostante la persistenza di tale orientamento minoritario,²²⁶ la Corte Costituzionale afferma che il diritto nazionale prevalente non possa essere considerato, in linea con quanto sostiene il giudice remittente, espressivo di una tal posizione. Al contrario, la posizione dei giudici nazionali non si troverebbe a collidere con quella adottata dai giudici di Strasburgo, essendo, la ricostruzione del g.u.p. di Torino, circa le posizioni adottate da giudici interni, viziata nelle premesse.

La Consulta esclude la sussistenza di una «frizione tra la nostra interpretazione e quella sovranazionale quanto ad esegesi del medesimo fatto: in entrambe le prospettive conterebbe l'*idem factum*»²²⁷, essendo adottata, anche dal diritto nazionale, una concezione storico-naturalistica di fatto.

Concetto, quest'ultimo, che andrebbe inteso sì in senso storico-naturalistico, ma comunque considerato in tutti i suoi elementi costitutivi, i quali, giova ribadirlo, sono condotta, evento, nesso di causalità, e circostanze spazio-temporali, elementi che, in linea con l'accezione storica di fatto, devono essere «ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica»²²⁸.

Viene dunque smentita la posizione del rimettente circa la rilevanza dell'evento inteso in senso giuridico, il quale, secondo i criteri adottati a livello interno, «assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione od omissione dell'agente»²²⁹.

La Consulta censura tale tesi ribadendo quello che è già stato sottolineato circa l'indispensabile ruolo giocato dal diritto nel selezionare i segmenti del fatto storico giuridicamente rilevanti²³⁰, essendo indispensabile che, «pure se si voglia apprezzare il fatto da un punto di vista squisitamente storico, non si può del tutto prescindere dall'inquadramento normativo in cui lo si collochi»²³¹.

²²⁶ La cui posizione è rinvenibile in diverse pronunce dei giudici di legittimità richiamate dal g.u.p. remittente. Tra le altre, Cass. 6801/1994; Cass. 25141/2009 .Cass. sez. VI, 40743/2016

²²⁷ Cit. R.A.RUGGIERO, op. cit., p. 3817

²²⁸ C.Cost. 200/2016 §8

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Cfr., C.SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, *Ind.Pen.*, 2017, p.467

²³¹ Cit. R.A.RUGGIERO, op.cit., p 3813

Riprendendo le parole dei giudici della Corte «il fatto storico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario»²³².

Altro erroneo presupposto dal quale muove il giudice rimettente sarebbe quello secondo cui, per la Corte di Strasburgo, unico elemento a venire in rilievo ai fini del giudizio di comparazione tra fatti, sarebbe unicamente la condotta²³³.

Il giudice remittente si pone nell'ordine idee secondo cui, al fine di dare corretta e piena applicazione del concetto di *idem* storico, sia «giocoforza concludere che quest'ultimo vada individuato in ragione dell'azione o dell'omissione, trascurando evento e nesso di causalità»²³⁴.

Anche tale ricostruzione effettuata dal g.u.p. si fonda su presupposti errati, dato che non solo «non vi è alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione», potendo rientrarvi anche gli altri due elementi assunti quali parametri di raffronto dalla giurisprudenza italiana. Premesso ciò, i giudici della Consulta, operano anch'essi un'analisi della giurisprudenza consolidata della corte EDU, per comprendere se la Corte di Strasburgo intenda il concetto di *idem factum* come ristretto alla sola condotta, ovvero comprensivo anche di oggetto fisico ed evento naturalistico, giungendo a conclusioni discordanti rispetto a quanto sostenuto dal giudice a quo. Pur non venendo in rilievo nette prese di posizione da parte della Corte EDU, si sottolinea piuttosto che il «difetto di una giurisprudenza univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto...»²³⁵.

²³² Corte Cost. 200/2016 §4; ancora la consulta ribadisce «Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi»

²³³ Cfr. R.A.RUGGIERO, op.cit., p.3816

²³⁴ Corte Cost. 200/2016, §4

²³⁵ Corte Cost. 200/2016, §5

Parlando di fattori peculiari della fattispecie concreta ci si riferisce a quei casi in cui la Corte Edu ha emanato «decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto»²³⁶, e sembrerebbe dunque che, nell'effettuare l'analisi delle posizioni dei giudici di Strasburgo, sia a queste pronunce²³⁷ che il giudice a quo abbia dato peso decisivo.

I giudici costituzionali ravvisano inoltre reiterati orientamenti di Strasburgo, i quali, pur non assurgendo al rango di diritto consolidato, evidenziano la rilevanza, al fine di stabilire l'unicità del fatto, della vittima verso cui la condotta è rivolta, suggerendo che, «un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta»²³⁸.

Quest'ultimo costituisce già un'anticipazione dell'argomento considerato decisivo al fine di ritenere legittimo, e non integrante una violazione del *ne bis in idem*, il secondo processo Eternit. Viene infatti sottolineato dai giudici costituzionali che, i criteri enucleati dal giudice remittente come indicativi della non identità dei fatti non possono essere presi in considerazione, trattandosi della natura dei reati, del bene giuridico tutelato dalla norma, ed infine dal ruolo dell'evento morte all'interno delle diverse fattispecie. Essi infatti fanno tutti riferimento ad apprezzamenti relativi alla fattispecie legale.

Invece, ad assumere rilevanza decisiva ai fini della verifica circa l'identità dei fatti, è il verificarsi di un ulteriore evento rispetto a quelli presi in considerazione nel primo processo, cioè, in questo caso, l'evento morte.

Quest'ultimo, è sì definito come un evento diverso, ma tale enunciazione ha senso esclusivamente specificando che tale diversità sussista in quanto ci si trovi di

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Tra le pronunce concernenti reati di sola condotta viene menzionata quella che per il nostro paese ha rivestito un ruolo di primaria importanza, la sentenza Grande Stevens c. Italia, emanata nel marzo 2014, la quale aveva ad oggetto il problema del doppio binario, e per quel che qui interessa, ovvero sia la natura del fatto, si aveva riguardo alla diffusione di informazioni false disciplinata dagli art. 187 ter. e 185 punto 1 del d.lgs. 58/1998

²³⁸ Corte Cost. 200/2016, §5

fronte alla morte di altra persona rispetto a quelle già prese in considerazione. Nonostante la Corte adotti una motivazione di tale tenore, si capisce che, il definire come discretivo l'evento, possa facilmente essere fonte di numerosi problemi. Si parla infatti di evento diverso, pur essendo, quest'ultimo, costituito in entrambi i casi da un decesso.

Ad assumere valenza determinante ai fini del giudizio sulla medesimezza dei fatti è piuttosto la circostanza che a morire sia stata altra persona rispetto a quella già presa in considerazione in precedenza, e, pur non enunciandolo espressamente, la Corte considera dunque determinante che l'oggetto materiale su cui ricade l'azione non rimanga il medesimo. Sarebbe quindi auspicabile l'adozione di quella ricostruzione che, non solo semplifica le cose, ma sembrerebbe anche essere capace di «trovare un punto di equilibrio tra esigenza di escludere una doppia persecuzione dell'imputato, garanzia della certezza delle situazioni giuridiche e dovere di fare giustizia»²³⁹. Ci si riferisce all' argomentazione secondo cui «il raffronto debba essere fatto sulla condotta, a cui si deve aggiungere l'oggetto materiale su cui essa ricada»²⁴⁰.

In ultima analisi, la Consulta conclude, in relazione alla prima questione prospettata dal giudice a quo, circa la compatibilità degli orientamenti interni rispetto a quanto previsto dalla giurisprudenza sovranazionale in merito al concetto di *idem factum*.

Al contrario, la seconda questione portata davanti alla Corte Costituzionale, ha determinato la declaratoria di illegittimità dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 primo comma Costituzione, in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 alla Cedu, «nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»²⁴¹.

²³⁹ Così, R.A.RUGGIERO, op. cit., p. 3820

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid. §13

Il diritto nazionale ha infatti tradizionalmente adottato una posizione che ha «saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*»²⁴², considerando come conseguenza necessaria delle circostanze di concorso formale di reati la non operatività del *ne bis in idem*. È infatti indubbio che, come fa notare la Corte, il diritto vivente, sin dalla vigenza dell'art. 90 c.p.p. del 1930, abbia ininterrottamente adottato una via interpretativa che «vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto»²⁴³.

Tale orientamento dunque, consentirebbe l'instaurazione di un secondo processo in ordine ad un medesimo fatto empiricamente inteso, semplicemente in ragione del fatto che su quest'ultimo convergano distinte norme incriminatrici, tali da comportare la sussistenza di diversi illeciti penali.

Se da un lato i giudici della Consulta riconoscono la possibilità, per il legislatore, di prevedere che con una stessa azione od omissione si possano violare più norme penali, dall'altro ricordano che tale possibilità, espressiva della discrezionalità statale nelle scelte di politica criminale, attenga al diritto sostanziale. Con ciò si intende che il *simultaneus processus* non è precluso in tale evenienza, e dunque, nell'ambito di un medesimo giudizio possono essere attribuiti all'imputato più reati in concorso formale tra loro.

Tale circostanza, però, non attiene al diritto processuale, o meglio, sembrerebbe estranea all'area operativa dell'art. 649 c.p.p., la quale è «determinata esclusivamente dalla formazione di un giudicato sul medesimo fatto»²⁴⁴, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione».

La Corte ha insomma cercato di riportare ogni cosa al suo posto, sancendo la già intuibile netta differenza tra l'istituto del concorso formale, appartenente al diritto

²⁴² Ibid., §10

²⁴³ Ibid., §9

²⁴⁴ Ribadiamo, inteso nella sua dimensione empirica, compendiata, secondo i giudici costituzionali, nella triade condotta-evento-nesso causale

sostanziale, ed il *ne bis in idem* processuale. Da ciò discende la legittimità dell'applicazione del concorso formale di reati, per come delineato dall'art. 81 c.p., nell'ambito di un *simultaneus processus*, ma altro sarebbe farlo rientrare all'interno dell'orbita applicativa dell'art. 649, non potendosi ricavare dalla sussistenza di un concorso formale la medesimezza del fatto. Tale declaratoria di illegittimità, che censura l'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente, per contrasto con l'art. 117 comma 1° Cost., in relazione all'art. 4 prot. 7 CEDU, è una diretta conseguenza dell'approccio adottato nel definire il concetto di *idem factum* dalla Corte nel pronunciarsi sulla prima question, a sua volta determinato dai giudici di Strasburgo.

In particolare, i giudici sottolineano come «il nesso di necessità predicato dal diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto»²⁴⁵, aspetti che invece sarebbero stati esclusi adottando una concezione naturalistica di fatto.

Ribadendo in altri termini quanto già affermato, è evidente che, adottando una lettura sostanziale di *idem factum*, non legato ad aspetti formali, ma esclusivamente a dati empirici, non possano considerarsi legittime plurime persecuzioni in relazione ad un medesimo fatto, nella sua composizione triadica, pur se da esso discenda la violazione di una pluralità di norme in concorso formale tra loro. Spezzando il legame che il diritto vivente²⁴⁶ aveva creato tra art. 649 c.p.p. e concorso formale di reati viene da sé che, nel caso in cui ci si trovi di fronte a reati formalmente concorrenti tra loro, permanga, in capo al giudice, il dovere di effettuare un raffronto tra i fatti storici, e che, tanto sugli esiti del raffronto, quanto sulla necessità di effettuare la suddetta comparazione, nessuna influenza esercita la sussistenza di un concorso formale²⁴⁷.

²⁴⁵ Corte Cost. 200/2016, §11

²⁴⁶ La Corte di Cassazione si è da subito allineata a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, segnatamente con Sez. I, 15 marzo 2016, n.39746

²⁴⁷ Cfr., Ibid. § 12

Guardando in breve alla vicenda concreta, la quale può servire da spunto per alcune riflessioni di ordine generale, la Consulta ha quindi specificato, applicando la concezione triadica di fatto, che «dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo a un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre persone»²⁴⁸. Così argomentando si fugge ogni possibile dubbio circa la perseguibilità del processo in relazione a 72 persone che non figuravano tra le 258 vittime prese in considerazione nel primo processo²⁴⁹.

Per quanto riguarda invece persone offese la cui posizione era già stata valutata nel primo processo la conclusione circa la sussistenza di un *bis in idem* deve passare attraverso una complessa valutazione che il giudice a quo deve porre in essere. In particolare dovrà accertare «se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato», quindi mettere a confronto i fatti concreti in tutti i loro elementi costitutivi. Specificando i termini di tale opera di raffronto che il giudice deve compiere la Corte esplicita quello che è un presupposto inevitabile al quale abbiamo già fatto riferimento, e che risulta foriero di eventuali criticità rilevate da parti della dottrina. Come abbiamo già affermato, pur avendo il raffronto, come oggetto di fondo il fatto concretamente inteso, la fattispecie legale continua ad avere rilevanza, essendo essa a dettare alla pubblica accusa quali segmenti concreti del reale prendere in considerazione per integrare quella fattispecie di reato. La Consulta riconosce tale presupposto quando, nel delineare l'opera di raffronto che il giudice deve compiere, afferma che deve essere operata tra «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»²⁵⁰.

²⁴⁸ Ibid., §8

²⁴⁹ Cfr., R.ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 luglio 2016

²⁵⁰ C.Cost., sent. 200/2016, §12

A venire realmente in rilievo è quindi la c.d. «fattispecie giudiziale»²⁵¹, non potendo essere del tutto espunta l'influenza dell'*idem* legale. Ma non è tanto questo il punto criticato, quanto il fatto che, adottando una ricostruzione triadica di fatto, si rende l'opera di raffronto ancor più gravosa e di difficile esito positivo. Come può intuirsi, «non è infatti molto verosimile che coincidano, oltre alla condotta, nesso di causalità ed evento, poiché la loro enunciazione nell'imputazione risente per forza di cose della fattispecie astratta di riferimento»²⁵². L'applicazione dell'art. 649 viene infatti circoscritta ad ipotesi alquanto marginali, oltre a sussistere, adottando tale interpretazione, un'incongruenza rispetto al dato letterale della norma appena citata, nella quale viene sancita l'irrilevanza del grado. Una soluzione che sembrerebbe capace di bilanciare al meglio le contrapposte esigenze di repressione dei reati e quelle di tutela dell'individuo da plurime persecuzioni è propugnata da più parti della dottrina. Ci si riferisce alla ricostruzione secondo cui, con il concetto di fatto debba intendersi una struttura nucleare comprendente condotta ed oggetto fisico su cui essa cade, in particolare per le azioni transitive, le quali non sono concepibili se non prendendo in considerazione l'oggetto sul quale cadono²⁵³.

Così facendo verrebbero ridotti i termini su cui il raffronto tra fatti deve essere incentrato²⁵⁴, rendendo più ampio l'ambito applicativo del *ne bis in idem*, ma permettendo, allo stesso tempo, di scongiurare le inaccettabili conseguenze che si avrebbero sul piano della giustizia sostanziale accettando l'integrale esaurimento del concetto di fatto nella condotta.

²⁵¹ R.A. RUGGIERO, op.cit., che riprende LOZZI, op.cit., p. 40

²⁵² R.A. RUGGIERO, op.cit. p. 3819; rilevando realisticamente come sia altamente probabile «che nel momento in cui si vada a contestare un reato differente, dell'originario nucleo storico si valorizzi ciò che permetta appunto l'inquadramento nella nuova cornice legale, scartando il resto»

²⁵³ Cfr., Ibid.; in termini analoghi cfr., CORDERO, op. cit. p. 1206, CAPRIOLI-VICOLI, op.cit., p. 93, MANCUSO, op.cit., p. 464.

²⁵⁴ Essendo intuibile che, più sono numerosi i fattori da valutare e mettere a confronto più diventa difficile rinvenire una piena sovrapposibilità dei fatti oggetto dei giudizi in questione. Cfr., C.MARINELLI, *Il giudicato e la sua efficacia extrapenale*, in AA.VV., *Trattato teorico-pratico on-line di diritto processuale penale*, dir. Da ILLUMINATI-GIULIANI, vol. X, Giappichelli, 2016, p. 33.

2.5. Casi di non operatività del divieto

Il primo comma seconda parte dell'art. 649 sancisce espressamente due eccezioni all'operatività del divieto di *bis in idem*, rinviano a due ulteriori disposizioni codicistiche, segnatamente agli art. 69.2 e 345 c.p.p., i quali concernono rispettivamente l'erronea dichiarazione di morte del reo e la carenza di una condizione di procedibilità in seguito sopravvenuta, che ha precluso lo svolgimento dell'accertamento sul merito. Sulla reale configurabilità di tali previsioni come diritto eccezionale sussistono numerose incertezze, essendo state definite come casi in cui la norma «si limita a definire l'ambito del giudicato entro i confini dell'oggetto deciso»²⁵⁵, nonostante dal tenore letterale della norma sembri trasparire l'intento del legislatore di definire delle vere e proprie deroghe all'efficacia preclusiva del giudicato.

L'art. 69 c.p.p. rubricato «morte dell'imputato» sancisce che nel caso in cui risulti la morte di quest'ultimo il giudice debba, in ogni stato e grado del processo, una volta sentiti p.m. e difensore, pronunciare sentenza ex art. 129, e specificamente sentenza di non luogo a procedere per morte dell'imputato.

Al secondo comma delinea l'eventualità di cui si tratta, ovverosia il sopravvenire dell'accertamento circa l'erroneità della dichiarazione di morte, prevedendo che in tal caso non è impedito l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona. Se si guarda alla corrispondente previsione contenuta nell'abrogato codice di procedura penale si trova un netto argomento a favore di chi ancora sostiene la non configurabilità di tale situazione come deroga al divieto di doppio processo. L'art. 89 comma 3° c.p.p. del 1930 affermava infatti, che una sentenza di tale tenore doveva essere considerata come «non pronunciata»²⁵⁶. Nonostante la netta differenza terminologica utilizzata dalla norma oggi vigente, è stata da più parti riproposta la definizione di tale tipologia di pronunce quali

²⁵⁵ Così, R.NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, a cura di L.Kalb, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G.SPANGHER, vol. VI, Utet, 2009, p. 51

²⁵⁶ È stata definita alternativamente in dottrina come pronuncia meramente apparente o inesistente e dunque inidoneo a passare in giudicato. Ancora, si è parlato di provvedimento che è *tamquam non esset*, IN G.BELLAVISTA-G.TRANCHINA, *Lezioni di dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, 1987, p.715.

pseudo-sentenze²⁵⁷, sottolineando il fatto che esse sono viziate da un errore di fatto su cui si fondano *ab origine*, il quale vizia a monte il fisiologico proseguimento del processo²⁵⁸.

Argomento ulteriore, che analizzeremo più nel dettaglio parlando del caso previsto dall'art. 345, è quello per cui il giudizio tra la prima pronuncia e la seconda verta su oggetti differenti. Quest'ultima considerazione è anche portata quale motivo a sostegno della non configurabilità di tali casi come eccezioni reali.

Ciò è valido nel caso di carenza di una causa di procedibilità, ma, per quanto riguarda il caso di erronea dichiarazione di morte del reo, la bontà di tale argomentazione dipende anche dal momento in cui la pronuncia ex. art. 129, fondata sull'erroneo presupposto di fatto, sia stata dichiarata.

A favore della piena natura di previsione eccezionale dell'art. 69 si può sottolineare come in carenza di un positivo ed inequivocabile accertamento circa la sussistenza dell'errore di fatto, e dunque la riconosciuta erroneità della declaratoria di morte, non vi sia alcuna possibilità di riprendere il giudizio.

L'art. 345 c.p.p. rubricato «Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale», come può facilmente desumersi dal titolo, prevede che può essere legittimamente e nuovamente esercitata l'azione penale, nonostante la presenza di provvedimento archiviativo, sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere non più impugnabile, se sopravvengano la querela, l'istanza o la richiesta, venga concessa l'autorizzazione, ovvero venga meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione.

Tale previsione si fonda sul principio per cui, in determinati casi positivamente determinati, l'ordinamento subordina l'instaurazione del processo, o il suo ulteriore svolgimento, alla presenza di determinati presupposti (c.d. condizioni di procedibilità).

²⁵⁷ Così, P.P. RIVELLO, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coordinato da) M. Chiavario, Utet, 1991, p. 433.

²⁵⁸ Cfr. CORDERO, op.cit. p. 1215

Determinando dunque un bilanciamento di interessi, segnatamente tra il principio d'obbligatorietà dell'azione penale sancito in Costituzione ed interessi di varia natura, che possono trovare ragione tanto nella particolare tenuità del fatto, facendo in questo caso dipendere la perseguibilità del reato da una manifestazione di volontà, quanto nella particolare qualifica rivestita dall'autore del reato, il quale gode di un'immunità che può essere variamente articolata.

Il secondo comma dell'art. 345 sancisce espressamente, a chiusura del sistema, che le condizioni di procedibilità enucleate nel primo comma non sono tassative, essendo ammesse condizioni innominate²⁵⁹.

Sulla reale configurabilità di tale ipotesi come eccezione la dottrina assume posizioni divergenti. Di certo vi è che rimane precluso al giudice rimettere in discussione quanto già accertato, ovvero la constatata improcedibilità o impromovibilità dell'azione penale, su presupposti differenti dalla sopravvenienza della condizione di procedibilità in precedenza assente²⁶⁰.

È stato da più parti sostenuto, a rigor di logica, che è esclusivamente entro tali limiti che la sentenza di improcedibilità costituisca giudicato²⁶¹.

Pur se sotto un differente angolo di visuale rispetto a quello sotto il quale è già stato esaminato, il dubbio circa la configurabilità dell'art. 345 c.p.p. come autentica eccezione al canone del *ne bis in idem*, ripropone il tema centrale delle riflessioni sul divieto di doppio processo, ovvero cosa debba esattamente intendersi per *idem*. Le posizioni della dottrina a sostegno della non eccezionalità della norma in questione si fondano proprio sull'assunto secondo cui il secondo

²⁵⁹ Ad es. può essere certamente ricompresa tra queste il segreto di Stato, dovendo il giudice, a norma dell'art. 202 c. 3°, dichiarare di non doversi procedere se il segreto è positivamente confermato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, e la conoscenza di quanto coperto dal segreto risulti essenziale per la definizione del procedimento. Cfr., CONSO-GREVI-BARGIS, op. cit., p. 475-476

²⁶⁰ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI op. cit. p. 78

²⁶¹ Così si esprime CORDERO, op. cit., p. 1215: «...l'ipotesi è che N sia stato prosciolto perché manca una condizione; sopravvenuta la quale, diventa perseguibile. Ovvio che lo sia, considerato l'oggetto deciso: bisognava stabilire se il processo fosse instaurabile. La sentenza lo ha negato e, in tali limiti, preclude un secondo giudizio...»

giudizio non ripeta affatto il contenuto del primo, essendo quest'ultimo limitato all'accertamento circa la carenza di una condizione del procedere²⁶².

Si considera dunque, seguendo tale ricostruzione, che l'effetto preclusivo del *ne bis in idem* concerna e dispieghi i suoi effetti in relazione alle medesime circostanze di fatto, sostanziali o meramente processuali che siano, su cui il giudice si è pronunciato all'esito del primo giudizio²⁶³. Su tale assunto è stata definita come «deroga apparente»²⁶⁴ la circostanza disciplinata dall'art. 345 c.p.p., argomentando che, essendo limitato l'accertamento alla carenza della condizione di procedibilità, una volta sopraggiunta quest'ultima la precedente decisione non preclude la possibilità, o potrebbe meglio dirsi il dovere, di procedere, evenienza che esorbita dall'area del giudicato²⁶⁵.

Tale ricostruzione non è condivisa da altra parte della dottrina, e pur potendo sembrare che tale problema definitorio non abbia particolare risvolti pratici, richiamando un ipotetico episodio riportato come argomento a favore dell'autentica natura di norma derogatoria dell'art. 345 c.p.p., si può notare come la propensione per una delle due ricostruzioni, come sovente accade nel diritto, implichi notevoli conseguenze pratiche. Si pensi al caso in cui un soggetto imputato per un reato perseguibile a querela venga prosciolto appunto per carenza della condizione di procedibilità. Passata in giudicato tale sentenza, il p.m. effettua la richiesta di rinvio a giudizio contestando un'aggravante che rende il reato perseguibile d'ufficio. L'art. 649 c.p.p. dovrebbe essere applicabile, stante l'irrelevanza, al fine di definire come medesimo il fatto, delle circostanze, ma, condividendo le premesse precedentemente esposte, il divieto non dovrebbe

²⁶² Già in tal senso, G.LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, p.379 il quale affermava, con toni che risentono dell'allora concezione "forte" di giudicato, che «il giudicato non può che investire quanto effettivamente è stato deciso; e cioè la accertata mancanza di una condizione di procedibilità, la non proponibilità o non perseguibilità dell'azione penale. Un nuovo processo che si radichi su un'azione penale proponibile o perseguibile è possibile, in quanto non tocca il giudicato, anzi lo presuppone e lo rispetta»

²⁶³ Cfr., CAPRIOLI-VICOLI, op. cit. p. 78

²⁶⁴ Così si esprime S. Lorusso, *Provvedimenti «allo stato degli atti» e processo penale di parti*, Giuffrè, 1995, p. 510 ss.

²⁶⁵ Cfr., G.TRANCHINA, *L'esecuzione*, in *Diritto processuale penale*, D.Siracusano-A.Galati-G.Tranchina-E.Zappalà, Giuffrè, 2013

operare, non potendosi considerare tale situazione una duplicazione di giudizi, i quali verterebbero su oggetti diversi²⁶⁶. Ritenendo non operante il divieto in simili casi si disattenderebbe in maniera palese il dettato dell'art. 649 c.p.p., dato che «gli elementi che possono indurre a ritenere perseguibile il reato d'ufficio anziché a querela attengono alla modificazione del titolo, del grado o delle circostanze. Essi dunque non appaiono tali da escludere la medesimezza del fatto già giudicato e conseguentemente non fanno venir meno il divieto di un ulteriore giudizio»²⁶⁷.

A sostegno di tale impostazione si argomenta che, al fine di determinare la portata preclusiva della sentenza di non luogo a procedere per carenza di una condizione di procedibilità, non deve aversi riguardo all'oggetto dell'accertamento, ma all'identità, in entrambi i processi, del fatto materiale oggetto dell'imputazione²⁶⁸, dunque «poiché il fatto materiale imputato rimane identico anche quando si inizi un nuovo procedimento per essersi successivamente realizzata la condizione di procedibilità, sarà in quest'ipotesi ravvisabile un'eccezione al *ne bis in idem*»²⁶⁹.

2.6. Conseguenze della violazione del divieto e conflitto pratico di giudicati

Il 2° comma dell'art. 649 c.p.p. statuisce che «il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo». È nell'obbligo di declinare la decisione imposto al giudice successivamente adito che si estrinseca l'effetto preclusivo del *ne bis in idem* nel nostro ordinamento.

Nonostante la poca chiarezza del dettato normativo in merito all'esatto ambito applicativo rispettivamente di sentenza di proscioglimento e non luogo a procedere si può notare, in dottrina, unanimità di vedute sul punto.

²⁶⁶ Argomentazione così delineata in CAPRIOLI-VICOLI, op.cit., p.79

²⁶⁷ Così, P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, Riv.it.dir.proc.pen., 1991, p. 522. Il quale riprende analoghe riflessioni esposte da G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, p.157

²⁶⁸ In quest'ordine di idee, G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, VII ed., p. 773

²⁶⁹ Ibid.

Posto che si tratti in ogni caso di una dichiarazione di improcedibilità della nuova azione, si ritiene che la norma individui il tipo di provvedimento adottabile in relazione allo stadio processuale in cui è emanata. In particolare sentenza di non luogo a procedere se ci si trovi in udienza preliminare, proscioglimento se la preclusione viene accertata in dibattimento²⁷⁰.

Si può rinvenire in dottrina anche una posizione minoritaria, che non sembra aver trovato seguito, secondo cui la scelta tra le due tipologie di provvedimento debba fondarsi sul criterio del *favor rei*²⁷¹, ed in conseguenza «il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento, se in questo senso fu la prima sentenza già passata in giudicato e di non luogo a procedere negli altri casi». Non vi sono dubbi circa la rilevanza della causa di improcedibilità in questione d'ufficio, posto che l'interessato può comunque proporre una *exceptio rei iudicatae*. È anche per questo che difficilmente può comprendersi ed avallarsi l'orientamento della giurisprudenza²⁷², incline a far gravare sul soggetto che eccepisce l'improcedibilità dell'azione l'onere di fornire la prova dell'eccezione, producendo materialmente il provvedimento preclusivo e l'attestazione dell'intervenuta irrevocabilità²⁷³.

In dottrina, sul silenzio della norma, sembra prevalere la tesi contraria, essendo conseguenza del dovere in capo al giudice di rilevare d'ufficio la preclusione che, in seguito ad una semplice allegazione circa l'esistenza di una sentenza, sorga «l'obbligo giudiziale di esercitare i poteri officiosi previsti dall'art. 507 c.p.p. in materia probatoria»²⁷⁴. La giurisprudenza è andata oltre, affermando non tanto la rilevanza dell'improcedibilità nel corso delle indagini preliminari, essendo difficilmente ipotizzabile in assenza d'imputazione il proscioglimento o il non

²⁷⁰ Così sul punto, CONSO-GREVI, op. cit., p. 958; GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2005, p. 96; il quale a riprova di tale ricostruzione richiama le previsioni degli art. 529 c.p.p. e 425 c.p.p., sottolineando come a norma del primo, il giudice che in giudizio si renda conto che l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita emana sentenza di non luogo a procedere, mentre ricorrendo una situazione analoga in udienza preliminare, l'art. 425 c.p.p. prescrive al giudice di emanare sentenza di non luogo a procedere

²⁷¹ Così, A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, 1991, p. 521

²⁷² Cass. Sez. VI, 3 maggio 2006, n. 236092

²⁷³ Cfr., G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. VI, Utet, 2009, Kalb (a cura di), p. 49

²⁷⁴ Ibid.

luogo a procedere, ma la possibilità per il p.m. di richiedere l'archiviazione al g.i.p. per la sussistenza di un *bis in idem*. La motivazione si fonda sull'impossibilità di configurare, in capo al p.m., un obbligo di esercitare l'azione penale al solo scopo di instaurare un processo che si chiuderà con una dichiarazione di improcedibilità per esistenza di un precedente giudicato. In dottrina si è sostenuto che in simili casi il giudice dovrebbe «non tanto emettere il decreto di cui all'art. 409 1° comma, quanto applicando il disposto dell'art. 129, 1° co., pronunciare sentenza di non luogo a procedere enunciandone la causa nel dispositivo»²⁷⁵.

Tale via sembra un'opzione estrema, conducendo a conseguenze che potrebbero sembrare contraddittorie, arrivandosi a dichiarare la sussistenza di un *bis in idem* prima che venga formulata un'imputazione, che consenta una piena verificabilità della sussistenza della piena sovrapposibilità tra i fatti oggetto dei due giudizi. Bisogna inoltre ricordare che, anche quando la prima sentenza non sia divenuta irrevocabile, il giudice chiamato a giudicare in relazione al medesimo fatto, se appartenente alla medesima sede del primo giudice, e dunque la richiesta provenga dallo stesso ufficio del p.m. che ha dato avvio al primo procedimento non ancora conclusosi con sentenza irrevocabile, dovrà dichiarare l'improcedibilità applicando “preventivamente” il *ne bis in idem*²⁷⁶. Nelle more del giudizio di legittimità si ritiene, considerandola questione di fatto, che la violazione del *ne bis in idem* sia «riservata alla valutazione del giudice di merito, non possa essere dedotta per la prima volta davanti al giudice di legittimità»²⁷⁷.

Il rimedio che rimarrebbe al soggetto più volte processato è quello esperibile in fase di esecuzione.

Riguardo le conseguenze della rilevata sussistenza del vizio in Cassazione il codice prevede dei criteri peculiari, inquadabili come anticipazione della disciplina propria del conflitto pratico di giudicati che si verifica nella fase esecutiva.

²⁷⁵ F.CORBÌ, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 94

²⁷⁶ Recentemente, Trib. Genova, 27 gennaio 2017, sent. n. 67. Si applica il principio enunciato nella sentenza Donati SS.UU., 28 giugno 2005, sent. n. 34655.

²⁷⁷ Cass. Pen., senz. I, 15 luglio 2004, n. 31123

Il combinato disposto degli art. 620 comma 1° lett. *h* c.p.p. e 621 c.p.p. prevede che la Corte di legittimità annulli senza rinvio il provvedimento impugnato, a meno che si tratti di sentenza di condanna, nel qual caso ordinerà l'esecuzione del provvedimento che ha inflitto la condanna meno grave determinata a norma dell'art. 669 c.p.p., lasciando in vita l'altro, pur se adottato in violazione del divieto di *bis in idem*. Viene dunque valorizzato il carattere garantistico e di norma posta a tutela dell'individuo del *ne bis in idem*, relegando in secondo piano quelle che sono le esigenze di certezza giuridica e autorità del giudicato sottese al principio. Così facendo si garantisce che, pur nel caso in cui un soggetto subisca un secondo processo per un medesimo fatto, «non potrebbe vedere eseguita in suo danno una sentenza meno favorevole della prima».²⁷⁸

Tale visione è adottata anche in fase esecutiva, potendosi bene avere delle situazioni patologiche in cui il divieto di doppio processo, pur se categoricamente enunciato dall'art. 649 c.p.p., non trovi applicazione, venendo così ad esistenza una circostanza di conflitto pratico di giudicati, coesistendo più decisioni definitive sul medesimo fatto e nei confronti della medesima persona.

Il rimedio previsto in fase esecutiva, in linea generale prevede che il giudice dell'esecuzione disponga la revoca del provvedimento meno favorevole. I criteri delineati nei commi 3° e 4° dell'art. 669 c.p.p., finalizzati a determinare quale sia la condanna meno grave, assumono una valenza soltanto suppletiva.

Il legislatore ha infatti scelto di mettere nella disponibilità dell'interessato, nel caso in cui le pene irrogate siano diverse, la scelta di quale debba essere la sentenza da eseguire.

²⁷⁸ Così, CAPRIOLI-VICOLI, op. cit., p. 104. Ancora sul punto si esprime sottolineando che «sfumati gli obiettivi di contenimento dei tempi e di razionalizzazione delle risorse processuali, è ragionevole che prevalgano esigenze di tutela del *favor rei*»

3.1. Il doppio binario sanzionatorio e il *ne bis in idem*

Dopo aver ripercorso i principali mutamenti intervenuti nel contesto giuridico nazionale in materia di *ne bis in idem*, e delineato i tradizionali problemi interpretativi relativi alle disposizioni codicistiche, va inquadrata una delle maggiori questioni in materia di divieto di doppio processo: il doppio binario amministrativo-penale.

È con una pronuncia ormai risalente²⁷⁹ che può ritenersi avviato quel processo evolutivo che ha portato all'attuale configurazione del divieto di *bis in idem* in chiave sostanziale, ovvero disancorato dal tradizionale criterio formale che limitava l'ambito di applicazione del principio in questione ai soli procedimenti penali formalmente intesi, cioè quelli così definiti dall'ordinamento nazionale. Con la sentenza Engel la Corte Edu ha difatti elaborato un concetto di "materia penale" inteso in chiave sostanzialistica²⁸⁰, funzionale a rendere effettive le garanzie e i diritti previsti dalla Convenzione, scongiurando il rischio che gli Stati, attraverso l'espedito dell'*Etikettenschwindel* (c.d. truffa delle etichette), aggirassero gli obblighi discendenti dalla CEDU semplicemente qualificando come amministrative sanzioni che, agli occhi della Corte Edu, avessero natura sostanzialmente penale. Così facendo i giudici di Strasburgo mirano a garantire l'applicazione delle tutele proprie del processo penale a quei casi di sanzioni irrogate in via amministrativa, le quali, per grado di afflittività possono essere assimilate a sanzioni penali.

Pur perseguendo obiettivi più che legittimi, e tendenti ad accrescere le garanzie individuali, sembrerebbe che, le conseguenze dell'adozione di un concetto

²⁷⁹ Corte e.d.u., Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976

²⁸⁰ Sull'autonomia linguistica della Corte vedi UBERTIS, op cit., p. 21 ss., cfr. anche, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes-Zagrebelky V. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, p. 75

autonomo di materia penale abbiano comportato incertezze ed inconvenienti tali da far dubitare della sufficienza del sacrificio rispetto al guadagnato.

I criteri adottati dalla Corte per determinare la natura delle sanzioni sono ormai noti e consolidati, anche grazie a numerose pronunce che ne hanno progressivamente chiarito tanto il significato quanto i rapporti tra essi intercorrenti. Riprendendo quella che è la sentenza paradigmatica per la definizione di *criminal charge*²⁸¹, operata, nel caso specifico, in relazione

all'art. 6 della Cedu, si possono enumerare tre criteri considerati dirimenti al fine di stabilire se la materia afferisca all'ambito penale.

La Corte Edu, nel delineare la c.d. teoria autonomista, pur non esautorando gli Stati del potere di qualificare un fatto, e la rispettiva sanzione, come formalmente penali o amministrativi, si ritaglia uno spazio di autonomia, adottando una concezione materiale di materia penale, riservandosi così il potere d'intervento necessario per garantire una effettiva applicazione dei diritti e garanzie in quei casi in cui, secondo tale concezione, le sanzioni irrogabili abbiano un carattere talmente afflittivo da poter essere considerate come sostanzialmente penali.

Il primo parametro, pleonasticamente enunciato, è quello relativo alla qualificazione giuridica della misura da parte della legislazione interna.

Ciò non costituisce altro che un punto di partenza, avente soltanto valore relativo, posto che, nei casi di doppio procedimento causato da regimi di doppio binario sanzionatorio sia quasi implicito che l'ordinamento interno abbia classificato la sanzione come "non penale".

Il secondo criterio enunciato dalla Corte nella sentenza Engel è quello concernente la natura dell'infrazione. L'esatta portata di tale criterio è di meno agevole determinazione rispetto al primo, ed è per questo che la Corte ha fondato tale accertamento su diversi parametri. Di volta in volta sono stati valorizzati diversi aspetti, anche a seconda del caso concreto, tra i quali possono richiamarsi quello che tiene in considerazione lo scopo esclusivamente preventivo o il carattere

²⁸¹ Corte Edu, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976

repressivo della norma di riferimento²⁸², quello che guarda ai destinatari della norma, valutando se la norma interna fosse diretta ad un gruppo specifico di destinatari o avesse carattere *erga omnes*²⁸³, o ancora si è presa in considerazione la qualificazione adottata da altri Stati Membri del Consiglio d'Europa per procedimenti analoghi a quello sotto esame²⁸⁴.

Il terzo criterio Engel, infine, guarda alla severità della sanzione prevista dalla norma applicabile, la quale, dunque, è strettamente connessa al massimo edittale della pena²⁸⁵. Nei casi di sanzioni pecuniarie, che sono quelle direttamente interessate nei settori che andremo in seguito ad analizzare, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi a favore della natura sostanzialmente penale di quelle sanzioni conseguenti ad illeciti tributari che comportano l'irrogazione di sovrattasse corrispondenti ad una percentuale dell'imposta evasa²⁸⁶.

In particolare è stata ricondotta all'alveo di materia penale una maggiorazione fiscale, pur se di lieve entità, considerando determinante il fatto che tale sovrattassa fosse fondata su una norma avente carattere sia preventivo che repressivo²⁸⁷, e non potesse dunque essere considerata quale mero risarcimento del danno.

I tre criteri Engel possono essere applicati sia alternativamente, che cumulativamente, ricorrendo al cumulo nel caso in cui l'applicazione di un singolo criterio non consenta di pervenire ad una certa risposta circa il carattere sostanzialmente penale della sanzione²⁸⁸.

La definizione del concetto di materia penale è stata oggetto di una progressiva evoluzione, attraverso la sempre più analitica definizione di criteri indicativi capaci di delimitarne la portata. La Corte, così facendo, ha sì raggiunto un punto in cui tale concetto ha assunto una sua completa autonomia, ma non sembra aver

²⁸² Corte Edu, Ozturk c. Francia, 21 febbraio 1984

²⁸³ Corte Edu, Benedenoun c. Francia, 24 febbraio 1994

²⁸⁴ Ozturk c. Francia

²⁸⁵ Campbell and Fell c. Regno Unito, §72

²⁸⁶ Per una disamina dei casi più rilevanti in materia vedi, V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012

²⁸⁷ Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2006

²⁸⁸ Sul punto si è più volte pronunciata in tal senso la Corte Edu, si veda Zolotukhin c. Russia, §53

superato del tutto quella carenza di determinatezza che, nonostante le incertezze che comporta, sembra indispensabile per operare gli accorgimenti necessari dettati dal caso concreto.

L'importanza di tale definizione ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem* è di tutta evidenza, essendo stata proprio la Corte a sottolineare²⁸⁹ come l'applicazione dell'art. 4 prot. 7 Cedu, il quale fa riferimento alla procedura penale degli Stati, debba essere interpretato conformemente ai principi generali enunciati relativamente agli art. 6 e 7 CEDU, rispettivamente riguardo ai termini *criminal charge* e *penalty*. Dalla definizione concreta di tali locuzioni dipende l'estensione dell'area d'operatività del principio del *ne bis in idem* convenzionale.

3.1.1. Processo tributario e processo penale, un regime di doppio binario con punti di intersezione

In ragione delle sempre più rapidamente mutevoli esigenze che derivano dall'evoluzione della società odierna, tanto la macchina processuale, quanto il diritto penale in generale, si trovano a dover fronteggiare nuove situazioni alle quali è sempre più complicato rispondere con soluzioni pronte ed efficaci, anche in ragione della necessità di coordinamento con istanze di provenienza sovranazionale. Tale affermazione, oramai di facile collocazione all'interno di ogni dibattito, vale soprattutto nella materia degli abusi di mercato, o più in generale nella tutela penale del mercato finanziario. Ed è in questo campo, oltre che in quello tributario, che si verifica la più evidente frizione tra esigenze repressivo/dissuasive e tutela dell'individuo da "un accanimento persecutorio" delle sempre più numerose autorità indipendenti deputate ad irrogare sanzioni nelle particolari materie in questione.

²⁸⁹ Ex. multis, Corte Edu, Grande Camera, Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009, §52

Sembra pertanto opportuno delineare brevemente i suddetti sistemi sanzionatori, per poi focalizzare l'attenzione sullo specifico problema del divieto di doppio processo per come è stato recentemente affrontato dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo.

Partiamo dal settore tributario. Il sistema più risalente, disciplinato dalla l. n. 4 del 1929, delineava i rapporti tra giudizio tributario e giudizio penale improntandoli sulla c.d. pregiudizialità amministrativa, prevedendo che l'azione penale poteva essere esercitata solo dopo la sopravvenuta definitività dell'accertamento effettuato in sede tributaria, precludendo al giudice penale di conoscere i fatti da cui originava l'evasione del tributo, e da cui dipendeva l'esistenza del reato²⁹⁰, in ragione dell'efficacia di accertamento positivo che avrebbe dispiegato l'accertamento tributario nei confronti del giudice penale. Evidente la difficoltà nel conciliare un siffatto sistema con l'ordinamento costituzionale, pur sopraggiungendo soltanto nel 1982 la dichiarazione d'incostituzionalità degli art. 60 e 21 terzo comma della legge n. 4/1929 «nella parte in cui prevedono che l'accertamento dell'imposta e della relativa sovrainposta, divenuto definitivo in via amministrativa, faccia stato nei procedimenti penali per la cognizione dei reati preveduti dalle leggi tributarie in materia di imposte dirette»²⁹¹. La declaratoria di incostituzionalità si fonda sull'evidente contrasto della disciplina in questione rispetto ai principi costituzionali contenuti negli articoli 101 secondo comma, 24 e 3 Cost.

Più specificamente, rispetto al primo articolo della Carta richiamato, la Corte rileva il palese contrasto tra l'efficacia vincolante attribuita all'accertamento verificatosi in sede amministrativa nei confronti del giudice penale, rispetto al principio del libero convincimento di quest'ultimo, enunciato al secondo comma dell'art. 101 Cost., che ha carattere particolarmente rigoroso in sede penale.

²⁹⁰ Tale disciplina era contenuta specificamente negli art. 60 e 21 terzo comma della l. 7 gennaio 1929 n. 4

²⁹¹ Così, Corte Cost. n. 88/1982

Differentemente, l'art. 24 Cost. è pregiudicato «in quanto l'accertamento amministrativo che fa stato nel giudizio penale impedisce l'esercizio inviolabile della difesa»²⁹², non potendo più essere contestato in sede penale quanto accertato in sede amministrativa. Infine, è rilevata la violazione dell'art. 3 Cost., poiché in un siffatto sistema veniva «differenziata irrazionalmente la condizione degli imputati secondo che la imputazione sia conseguente a un accertamento amministrativo tributario o no e, nell'ambito degli accertamenti amministrativi tributari, sia relativa a imposte dirette o indirette»²⁹³.

Il regime appena delineato è stato quindi superato sia in conseguenza degli interventi della Consulta, sia grazie alla riforma legislativa intervenuta poco dopo con il d.l. 19 luglio 1982 n. 429, convertito in l. 7 agosto 1982, n. 516: opera riformatrice che ha trovato un elemento cementificatore nella nuova e più ragionevole disciplina concernente i poteri cognitivi del giudice penale prevista dal codice del 1988, il quale sancisce il potere del giudice di risolvere *incidenter tantum* ogni questione da cui dipenda la decisione, scongiurando sospensioni del processo in attesa di accertamenti svolti in diverse sedi, se non per controversie serie relative allo stato di famiglia o di cittadinanza²⁹⁴.

Si può inoltre rilevare che gli illeciti tributari introdotti dalla l. n. 516 del 1982, improntati alla struttura dei reati di pericolo astratto, «allontanando il momento della evasione dall'area del fatto tipico, hanno veicolato un parallelo estraniamento dell'accertamento compiuto nella sede amministrativa tributaria dall'accertamento della fattispecie penale»²⁹⁵.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ A norma dell'art. 479 c.p.p., rimane comunque in capo al giudice penale il potere di disporre, con ordinanza impugnabile per Cassazione, la sospensione del dibattimento, in attesa del passaggio in giudicato di una decisione di particolare complessità dalla quale dipenda la constatazione circa l'esistenza del reato, se è già in corso un procedimento in sede civile o amministrativa, e la legge non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa. L'ordinanza di sospensione è comunque revocabile dal giudice se entro un anno il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso.

²⁹⁵ Così, M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2009, p. 230

La nuova fisionomia dei rapporti tra processo penale e tributario è quindi improntata ad una tendenziale autonomia, ed è in tale contesto che la dottrina «coniò immediatamente il termine doppio binario»²⁹⁶.

Tale separazione non era però assoluta, e fu in relazione a tale aspetto di connessione che si verificarono frizioni con il nuovo codice di procedura penale.

Era infatti previsto, in linea con l'art. 28 c.p.p. del 1930, ma in contrasto con il sopravvenuto art. 654 c.p.p. del 1988, che la sentenza di condanna o proscioglimento pronunciata in sede penale per reati in materia di imposte sui redditi o di Iva avrebbe avuto autorità di cosa giudicata nel processo tributario, in merito ai fatti materiali accertati nel giudizio penale²⁹⁷.

Il nuovo art. 654 c.p.p. sottopone a determinate condizioni l'efficacia positiva delle sentenze penali definitive, la prima delle quali è di tipo soggettivo, prevedendo che la sentenza definitiva faccia stato tra imputato e parte civile che si sia costituita o sia intervenuta nel processo penale.

Già tale previsione può suscitare problemi nei rapporti tra i procedimenti penale e tributario, dato che possono ben verificarsi casi in cui l'Amministrazione finanziaria non si costituisca parte civile²⁹⁸.

Il secondo requisito è invece di natura oggettiva, limitando l'efficacia vincolante positiva alle sole sentenze pronunciate in seguito a dibattimento, restringendo in maniera notevole le pronunce suscettibili di dispiegare tali effetti.

Infine, il limite più significativo, che sembra dare inequivocabilmente una risposta negativa all'efficacia vincolante del giudicato penale è quello costituito dalla necessaria assenza, nella legge civile, di limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa.

²⁹⁶ Cfr., P.RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, *Dir.Pen.Cont.* 1/2018, p.103

²⁹⁷ Previsione contenuta nell'art. 12 del d.l. n. 429 del 1982

²⁹⁸ Sul punto A.COMELLI, *Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in *Diritto penale dell'economia*, Utet, 2017, p.1275: «...è problematica la configurabilità di un danno risarcibile a favore di un soggetto che già dispone di rilevanti poteri autoritativi, suscettibili di recuperare le imposte evase..»

Nell'ambito del processo tributario limiti di tal genere sono invece presenti, non essendo oggi ammessi il giuramento e la prova testimoniale, a norma dell'art. 7, 4° comma, d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 646.

Sul punto si è più volte pronunciata la giurisprudenza, ed in particolare la Corte di Cassazione²⁹⁹, la quale rileva anche la pregnante differenza, in senso opposto rispetto alle limitazioni appena richiamate, per cui nel giudizio tributario «possono essere utilizzate presunzioni prive dei requisiti di gravità precisione e concordanza»³⁰⁰ prescritti come necessari a fini probatori tanto nel giudizio penale che in quello civile.

Il contrasto evidenziato tra la nuova disciplina riguardo all'efficacia delle sentenze penali, e la previsione dell'art. 12 d.l. n. 429 del 1982, che come abbiamo visto conferiva efficacia di accertamento al giudicato penale nel giudizio tributario, viene subito rilevata dalla dottrina che propende per la tesi dell'implicita abrogazione della norma antecedente secondo il principio *lex posterior derogat priori*, avendo la meglio sulla tesi per cui l'art. 12 d.l. 429/1982 avrebbe dovuto prevalere sulla legge posteriore in quanto norma speciale³⁰¹.

Pochi anni dopo la *Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*, contenuta nel d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 eliminò la disposizione contenuta nell'art. 12 d. l. 429/1982 che sanciva l'autorità di cosa giudicata della sentenza penale in relazione ai fatti materiali oggetto di giudizio. Si prevedeva così una «piena autonomia e totale separazione dei procedimenti e delle giurisdizioni»³⁰².

²⁹⁹ Cass., sez. VI, 18 giugno 2013, n. 15190, nella quale è ribadito l'ormai tradizionale orientamento per cui «l'efficacia vincolante del giudicato penale non opera nel processo tributario, poiché in questo, da un lato, vigono limitazioni della prova e, dall'altro, possono valere anche presunzioni inidonee a supportare una pronuncia penale di condanna»

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Cfr., A. TANZI, *Note in tema di rapporti tra processo penale e processo tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, pp. 33 ss. Il quale, effettuando un'attenta interpretazione sistematica del codice e riprendendo gli orientamenti giurisprudenziali vigenti al tempo, conclude circa il sacrificio, operato dal nuovo codice, della necessità di evitare il contrasto tra giudicati a favore di una diversificazione dei procedimenti giurisdizionali in funzione delle differenti situazioni in cui trovano applicazione

³⁰² P.RIVELLO, op.cit., p. 105

Con la nuova disciplina contenuta nel d.lgs. 74 del 2000, in sintesi, il giudicato formatosi in seguito a processo tributario rileva quale risultanza liberamente apprezzabile dal giudice³⁰³, come è stato di recente ribadito dalla Suprema Corte la quale afferma che «quanto risultante dalle decisioni del giudice tributario non rileva agli effetti penali, essendo tutt'al più valutabili, le decisioni del medesimo giudice, se definitive, ... ai sensi dell'art. 238 bis cod. proc. pen. (atteso che, in tema di prova documentale, le sentenze pronunciate dal giudice tributario, se non definitive, non hanno efficacia vincolante nel giudizio penale; diversamente, una volta divenute irrevocabili, sono acquisibili agli atti del dibattimento e valutabili ai fini della decisione a norma dell'art. 238 bis cod. proc. pen...»³⁰⁴.

Viceversa, come già rilevato, dall'altro angolo di visuale, il giudicato penale non esplica automaticamente nessun effetto vincolante per il giudice tributario, rilevando piuttosto «quale elemento indiziario che il giudice tributario dovrà apprezzare unitamente a tutti gli altri elementi indiziari, che saranno separatamente (e poi, complessivamente) valutati secondo il suo libero convincimento»³⁰⁵.

La separazione tra i due comparti di giurisdizione non ha però, neanche sotto tale regime, un carattere assoluto, aspetto che, come vedremo nel dettaglio, è diventato determinante nella ricostruzione effettuata dalla recente giurisprudenza sovranazionale al fine di determinare se la duplicazione di procedimenti in merito allo stesso fatto sia legittima³⁰⁶.

I rapporti tra processo penale e tributario sono collocabili su un piano di coordinazione, reso concreto dalla possibilità di circolazione del materiale probatorio in maniera bidirezionale, che soggiace al generale principio, riconosciuto tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, del necessario apprezzamento libero e autonomo di ciascun giudice, scongiurando forme di recepimento automatico delle conclusioni raggiunte in sede differente, al fine di

³⁰³ Cfr., A. COMELLI, op. cit., p.1278

³⁰⁴ Cass. Pen., 15 febbraio 2016, n. 6113, § 8 considerato in diritto

³⁰⁵ Cit, A. COMELLI, op. cit., p. 1280

³⁰⁶ Secondo il criterio elaborato dalla Corte di Strasburgo relativamente al sistema

non svuotare le differenze che intercorrono tra le discipline che regolamentano i due riti³⁰⁷.

Prevedere espedienti di raccordo, e magari dettare una disciplina più analitica per permettere il transitare del materiale probatorio tra i due riti è esigenza sempre più avvertita, potendosi menzionare come paradigmatico il dibattito acuitosi in dottrina riguardo al possibile utilizzo dei risultati frutto di intercettazioni che, seppur a norma dell'art. 270 c.p.p. non possono generalmente essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposte, sarebbero legittimamente acquisibili in sede tributaria ed annoverabili tra il materiale probatorio e indiziario che il giudice deve valutare.

La conclusione è criticata, pur se la giurisprudenza sembra aver fatto propria la tesi per cui non vi siano aspetti di illegittimità, dato che l'art. 270 c.p.p. dispiega la sua efficacia esclusivamente nel contesto del processo penale, essendo posto a tutela del diritto di difesa.

Non essendo la sede adatta per approfondire una questione tanto delicata quale quella delle garanzie necessarie affinché prove o elementi indiziari possano legittimamente costituire materiale valutabile dal giudice, ci limitiamo a riprendere a grandi linee quello che sembra essere l'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità in materia di intercettazioni, al fine di evidenziare come sia necessaria la predisposizione di regole più analitiche finalizzate a rendere pienamente coerenti con i principi enunciati in costituzione, tra cui quello del giusto processo e relativi corollari, che non dovrebbe essere relegato all'ambito penale, le discipline di coordinamento tra differenti giurisdizioni, ed in particolare le regole che disciplinano il transitare di prove ed elementi di prova (regole che peraltro sono ad oggi assenti, se non si considera il generico e non sempre sufficiente principio che permette/impone ad ogni giudice di valutare il materiale a sua disposizione a seconda del contesto in cui esso si trova inserito).

³⁰⁷ Cfr., COMELLI, op. cit., p. 1285. Sul punto diffusamente vedi anche F.TESAURO, *Ammissibilità nel processo tributario delle prove acquisite in sede penale*, *Rass. Trib.*, n.2/2015, pp. 323 ss.

Riprendendo lo specifico aspetto su cui ci si sta focalizzando, si può menzionare una sentenza della Corte di Cassazione³⁰⁸, che ha alimentato le critiche della dottrina. Dalla pronuncia in questione, emerge «che la giurisprudenza reputa non applicabili al processo tributario le garanzie del giusto processo, e reputa che ciò sia possibile declassando il valore delle prove assunte senza garanzie»³⁰⁹.

Riprendendo le parole della Corte, «il difensore del contribuente non è chiamato a partecipare alla formazione della prova racchiusa nell'atto trasmesso, in quanto, nel processo tributario, l'atto acquisito non è destinato ad assumere il valore probatorio che ad esso è riconosciuto nel processo penale».

Pur condividendo la necessità di differenziare discipline ed anche garanzie, stante la grande differenza intercorrente tra le due giurisdizioni, tanto in ragione dei diritti su cui esse possono incidere che di quelli da esse tutelati, non ci si può esimere dal rilevare la necessità di una disciplina sistematica che regolamenti il problema in questione. Riprendendo le posizioni critiche della dottrina appena richiamate, partendo dal presupposto che quantomeno il diritto di difesa sia un principio fondamentale di qualsiasi processo, in tema di intercettazioni dovrebbe essere positivamente garantito che i difensori, in un processo tributario, godano dei diritti enunciati nei commi 6° e 8° dell'art. 268 c.p.p., dunque di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni, estrarre copia delle trascrizioni³¹⁰.

La questione non è esente da problematiche neanche se osservata dall'opposto versante, ovvero quello del processo penale, il quale, pur se caratterizzato da più stringenti congegni garantistici, tra i quali l'art. 220 disp. att. c.p.p.³¹¹, in base al quale, quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza emergano indizi di reato, ogni atto necessario per assicurare le fonti di prova o raccogliere quanto si ritenga

³⁰⁸ Cass. Civ. sez. trib., 7 febbraio 2013, n. 2916,

³⁰⁹ Così, F.TESAURO, op. cit., p 7

³¹⁰ Cfr., F.TESAURO, op.cit., Per considerazioni analoghe, P.RIVELLO, op.cit., p. 114, il quale più in generale dissente «con le affermazioni in base alle quali potrebbero essere utilizzate, nel processo tributario, delle prove considerati invece inutilizzabili in quello penale.

³¹¹ Art. 220 Disp. Att., rubricato Attività ispettive e di vigilanza recita: 1. Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza prevista da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.

utile per l'applicazione della legge penale debba essere svolto in armonia con le disposizioni del codice di procedura, non è del tutto immune da rischi.

È infatti situazione comune che nel corso delle attività ispettive o di vigilanza gli indizi che fanno sospettare si sia in presenza di un reato emergano al termine delle verifiche, trattandosi generalmente di elementi indicativi del superamento della soglia al di sopra della quale l'evasione tributaria acquisti rilevanza penale, potendo emergere anche alla luce di una postuma valutazione delle risultanze dell'istruttoria amministrativa, che è quindi condotta senza che abbia operato il congegno dell'art. 220 disp.att., e dunque in maniera irrispettosa delle garanzie previste dal codice di procedura penale³¹².

Le esigenze di una disciplina organica che regolamenti tanto la circolazione delle prove, quanto altri aspetti di intersezione tra i procedimenti, è opera sempre più auspicabile, data la rilevanza che la connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo tra i procedimenti, come vedremo, ha assunto in materia di *ne bis in idem*, che non si ritiene violato qualora tra i due procedimenti sussista la predetta connessione. Tra gli indici indicativi della connessione sufficiente vi è la necessità che sul piano procedurale non si verifichi una duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove, circostanza che, pur potendosi in concreto verificare, non sembra opera di facile messa in atto in maniera sistematica. Affronteremo tale tema diffusamente, analizzando le recenti pronunce della Corte di Strasburgo. Basti qui ribadire che una struttura procedimentale quale quella del d.lgs. 74 del 2000, concepita inizialmente come struttura finalizzata a creare un doppio binario perfetto, sancito all'art. 20, in base al quale i procedimenti, amministrativo o tributario non possono essere sospesi in ragione della pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipenda la relativa definizione, applicabile tanto ai procedimenti che alle sentenze³¹³, pur se

³¹² Posizione critica assunta da P.RIVELLO, op. cit., p. 115, sulla questione si veda, C.CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. Pen.*, 1993, pp. 218 ss.

³¹³ Infatti le sentenze emanate in sede tributaria non possiedono automaticamente efficacia vincolante per il giudice penale, e viceversa

mitigata dai correttivi operati nel tempo dalla giurisprudenza, quale la circolazione delle prove e la rilevanza di accertamenti provenienti da altra sede, non sembra idonea a garantire quella connessione temporale e sostanziale richiesta.

È infatti indubbio che, nonostante le risultanze degli accertamenti svolti in sede amministrativa siano tenuti presente in sede di accertamento penale, e viceversa, tale connessione non sembra possa garantire l'obiettivo di evitare “*as far as possible*” duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove, anche in ragione delle ineliminabili differenze tra i due ambiti di giurisdizione.

Tale affermazione è corroborata da differenti dati di fatto, quali ad esempio l'inevitabile duplice valutazione della prova nelle due differenti sedi, anche come conseguenza dell'indispensabile regime peculiare che caratterizza il sistema penale nel regime di formazione della prova, improntato al principio del contraddittorio. Oltre a scaturire da modi di formazione differenti, le prove sono valutate autonomamente dai due organi giudicanti, i quali non di rado giungono a conclusioni differenti.

Guardando la questione da un punto di vista sostanziale, e quindi accostandoci al problema dell'*idem factum*, è utile analizzare brevemente le innovazioni apportate dalla già richiamata riforma del 2000.

La problematica del *ne bis in idem* in ambito tributario ha infatti assunto particolare pregnanza anche in conseguenza della riforma appena menzionata, operata dal d.lgs. 74 del 2000, la quale ha comportato un ripensamento non solo procedurale, teso a determinare quella separazione tra giurisdizioni di cui si è già accennato, ma anche una riforma a livello sostanziale, modificando la tradizionale tecnica di tipizzazione dei reati adoperata in tale ambito.

Si è infatti assistito ad un passaggio da un modello basato sulla «criminalizzazione delle violazioni formali e prodromiche»³¹⁴, incentrato su reati a consumazione anticipata, verso un modello fondato su reati di danno, connotati dal dolo specifico di evasione, e delimitati dalla previsione di soglie minime.

³¹⁴ Cit., G.TABET., *Collegamento tra fattispecie tributaria e fattispecie penale: riflessi di diritto processuale*, in *Rass. Trib.* 2/2015, pp. 303 ss.

È naturale dunque, che l'accertamento circa la sussistenza di un'evasione qualificata, quale quella connotata da dolo specifico e superamento della soglia minima, presume la formulazione di giudizi non solo su fatti storici, ma anche sulla posizione tributaria dell'imputato, rendendo ancor più gravoso e lungo il procedimento penale. Aspetto che merita essere richiamato è soprattutto quello della sovrapposizione tra «l'accertamento in ambito penalistico dell'imposta evasa e l'individuazione in ambito tributario dell'imposta dovuta»³¹⁵, il quale comporterebbe una duplicazione di sanzioni per lo stesso fatto.

Al fine, non raggiunto, di scongiurare tale duplicazione è stato introdotto dall'art. 19 d.lgs. 74/2000 il principio di specialità, operante in caso di concorso tra sanzione penale e amministrativa. Pur non specificando un criterio univoco per la composizione del conflitto sembra che il legislatore abbia espresso una presa di posizione circa la natura di norma speciale a favore della previsione penale.

La dottrina è giunta a conclusioni analoghe, propendendo per la specialità di quest'ultima, in quanto tendenzialmente connotata da taluni caratteri specializzanti, tra cui le soglie di punibilità, le peculiari modalità della condotta e la previsione di un elemento soggettivo ulteriore, quale il dolo specifico³¹⁶.

Il principio in questione si potrebbe dire sia rimasto lettera morta in tale contesto, essendo frequente, nella pratica, l'applicazione cumulativa delle sanzioni penali e amministrative, a causa di diversi fattori, tra cui una diffusa ritrosia della giurisprudenza a renderlo operante. Essa ha infatti seguito differenti percorsi interpretativi, tutti espressivi di quel *favor fisci* cui è ispirato tale orientamento³¹⁷, che caratterizza anche i giudici di Lussemburgo, i quali sono di recente giunti a risultati controversi proprio in nome della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

³¹⁵ Così, P.RIVELLO, op. cit. p. 106

³¹⁶ Cfr., A. CARINCI, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. Trib.*, 2/2015, pp. 499 ss., p.503

³¹⁷ Sul punto, Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 settembre 2015, pp. 15 ss.

Può essere interessante dare uno sguardo ad alcune delle più recenti pronunce della nostra giurisprudenza che mostrano come il principio di specialità, nella pratica, non sia congegno sufficiente, quantomeno nell'applicazione fattane fino ad ora, a scongiurare risultati di dubbia legittimità.

È però importante premettere che, pur se la giurisprudenza avesse applicato il principio di specialità per come previsto dal d.lgs. 74 del 2000, in virtù del combinato disposto tra art. 19, 20 e 21 del citato decreto, non si sarebbe giunti ad una soluzione capace di essere pienamente conforme al principio del *ne bis in idem* processuale, se considerato al netto delle contaminazioni di ordine sostanziale operate di recente dalla Corte sovranazionale.

Andando per ordine, analizziamo adesso nel dettaglio quale sia la portata applicativa delineata dalle norme appena richiamate del principio in questione.

È evidente da una lettura degli art. 20 e 21 d.lgs. 74/2000, che il *bis in idem* processuale sia esplicitamente ammesso. Ciò emerge sia dall'art. 20, il quale come abbiamo già evidenziato delinea i rapporti tra procedimento penale e processo tributario, affermando che procedimento amministrativo e tributario «non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa definizione», con il dichiarato fine di evitare dilatazioni del tempo di intervento della decisione ed effetti distorsivi conseguenti alle differenti regole probatorie. Il successivo art. 21 può essere letto come congegno posto a chiusura di tale struttura procedimentale, ed espressivo del *favor fisci* che impregna la materia. Esso prevede infatti che l'amministrazione finanziaria «irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di reato», sanzioni che però al 2° comma sono dichiarate come ineseguibili nei confronti dei soggetti ritenuti penalmente responsabili, a meno che il procedimento penale si chiuda con

provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto³¹⁸.

Da ciò può desumersi la perdurante tensione tra la suddetta disciplina ed il principio del *ne bis in idem* processualmente inteso, in particolare nel caso in cui sia pacificamente ammesso che abbia acquisito, anche nella materia in questione, ampiezza tale da essere applicabile a situazioni di litispendenza.

Spostando l'attenzione al versante della giurisprudenza di legittimità, le soluzioni cui si giunge sono nettamente a favore della sostanziale disapplicazione del principio di specialità, e dunque della sua ineffettività nella materia di cui si tratta. Si prendano in considerazione due pronunce contestuali della Consulta³¹⁹, la quale si è trovata a stabilire quali siano i rapporti tra gli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74/2000, rispettivamente concernenti omesso versamento di ritenute dovute o certificate ed omesso versamento di IVA, con l'omologo illecito di omesso versamento sanzionato in via amministrativa, e previsto dall'art. 13 d.lgs. 471 del 1997. Le Sezioni Unite sono giunte in entrambi i casi a conclusioni analoghe, nel senso della non sussistenza di alcun rapporto di specialità, ma piuttosto di progressione criminosa.

La Consulta considererebbe l'illecito amministrativo un elemento costitutivo di quello penale, senza però esserne integralmente assorbito, secondo il criterio della specialità, in conseguenza della presenza di «decisivi segmenti comportamentali che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo»³²⁰.

Rinvenendo, quali elementi di differenziazione rilevanti, tanto le soglie minime previste per integrare l'illecito penale, sia i diversi termini stabiliti perché l'illecito assuma rilevanza, rispettivamente più brevi per gli illeciti amministrativi rispetto a quelli necessari affinché si integri l'illecito penale. Tale ragione non

³¹⁸ Cfr., A.CARINCI, op. cit., p. 506; vedi anche S.BOLIS, *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vaexata questio del ne bis in idem?*, in *Riv.Trim. Diritto penale dell'economia*, 3-4/2017, pp. 384 ss.

³¹⁹ Cass. Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, in merito alla violazione di omesso versamento di ritenute dovute o certificate; Cass. Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, in caso di omesso versamento di IVA

³²⁰ Cass. Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424

sembrerebbe però determinante al fine di escludere un rapporto di specialità, ed è una riprova dell'atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza teso a prediligere il cumulo sanzionatorio, raggiunto però per mezzo di un espediente non condivisibile, il quale arriva a negare l'unicità del fatto in casi nei quali si potrebbe propendere per l'identità dello stesso.

Nelle sopracitate sentenze è stata infatti esplicitamente negata anche la sussistenza di un concorso apparente tra le due fattispecie, ritenendo legittime le due sanzioni sul presupposto che siano collegate a fatti diversi³²¹.

Visti gli art. 19, 20, 21 d.lgs. 74/2000, che costituiscono congegni tesi, da un lato a tutelare gli interessi dell'erario, dall'altro cercare di rendere operativo il principio del *ne bis in idem*, quantomeno inteso in chiave sostanziale, bisogna aggiungere ad essi quanto previsto dalle modifiche apportate dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. Ci si riferisce agli attuali art. 13 e 13 *bis* del d.lgs. 74/2000. Il primo³²² prevede una causa di non punibilità, secondo la quale i reati previsti agli art. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, e cioè quelli di omesso versamento di ritenute dovute o certificate, omesso versamento di IVA, ed indebita compensazione, non sono punibili qualora, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, vengano integralmente estinti i debiti tributari, comprensivi di sanzioni amministrative ed interessi.

Per i reati diversi da quelli di omesso versamento delle ritenute, omesso versamento di iva, e indebita compensazione, opera invece l'art. 13-*bis*, il quale prevede, alle medesime condizioni, soltanto un'attenuante, ammettendo la diminuzione delle pene fino alla metà, e la non applicazione delle pene accessorie previste all'art. 12. Tali previsioni, pur se non rivolte a tale scopo, rendono il cumulo di procedimenti meno problematico, sancendo da un lato, pur se operativa a procedimento iniziato, la non punibilità, e dall'altro, una commisurazione delle pene irrogabili in rapporto a quanto già sofferto dal soggetto.

³²¹ Cfr., S.BOLIS, op. cit., p. 413

³²² Che è stato tenuto in considerazione dalla Corte di Giustizia nella causa Menci, C-524/15, §54-57 ai fini della proporzionalità del cumulo sanzionatorio

3.1.2. Consob, poteri sanzionatori a tutela del mercato e conseguenti criticità

Come precedentemente accennato, oltre che nel settore tributario, anche in quello relativo al mercato finanziario si verificano problemi concernenti la duplicazione di risposte punitive a fronte di un medesimo fatto. Vista la crescente importanza delle transazioni finanziarie, negli anni, soprattutto su sollecitazione europea, si sono susseguiti diversi interventi normativi finalizzati a tutelare l'integrità del mercato, in particolare potenziando ed ampliando le competenze di quei soggetti istituzionali deputati a vigilare e verificare il rispetto delle norme da parte degli operatori³²³.

Pur collocandosi nel solco della sempre florida discussione portata avanti da economisti di differenti vedute, circa le migliori strategie in grado di rendere un mercato efficiente, è oramai unanimemente assunto quale presupposto indefettibile per un corretto funzionamento del mercato, la necessità di predisporre un'autorità di vigilanza capace di intervenire e vigilare sul mercato per garantirne l'integrità e la trasparenza, e l'ulteriore necessità di dotarla di adeguati poteri sanzionatori idonei a svolgere una funzione non solo repressiva ma anche deterrente. La proliferazione delle Autorità indipendenti³²⁴ ne è una riprova. Tale processo che può considerarsi avviato con l'istituzione della Consob nel 1974, rinvenendosi prima d'allora un'unica istituzione amministrativa non direttamente legata al governo, la Banca d'Italia.

Il numero delle autorità è progressivamente cresciuto, stimolato dalle spinte europeistiche, sempre propense a sottrarre la diretta gestione di taluni settori dell'economia al controllo diretto dello Stato con il dichiarato obiettivo di rendere più concorrenziale il mercato. Per il tema in oggetto l'attenzione va rivolta alla Consob, la quale nel 1998, con l'introduzione del TUF ha visto radicalmente

³²³ Cfr., D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, 2014, p. 27

³²⁴ La proliferazione di tali autorità comporta notevoli problemi, non solo relativi alla possibilità di duplicazione di procedimenti e sanzioni sostanzialmente penali, ma anche relativamente al rispetto del principio di legalità. Sull'argomento, ex multis, D.NOTARO, *Autorità indipendenti e norme penali. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Giappichelli 2010

ampliate le proprie competenze di «vigilanza attiva e indipendente su tre macro-settori: mercati, intermediari ed emittenti»³²⁵ ai quali vanno aggiunte le società di revisione. Inoltre, con il TUF, sono state chiariti i rapporti tra gli ambiti di competenza della Consob, e quelli che invece competono alla Banca d'Italia. Anche quest'ultima, di recente, ha visto ampliato il proprio apparato sanzionatorio, segnatamente con il d.lgs. 12 maggio 2015 n. 72, il quale ha sostituito l'art. 144 TUB con l'art. 144-ter TUB.

Recependo la direttiva 2013/36/UE concernente l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento è stata effettuata una modifica a quelle che erano le sanzioni previste dal TUB in materia di *governance* bancaria, gruppi bancari, vigilanza e attività creditizia³²⁶. Modifica che sembra aver attratto anche le sanzioni irrogabili dalla Banca d'Italia nella *matière pénale*, dato non solo l'enorme innalzamento dei massimali di dette sanzioni pecuniarie, ma anche la previsione di eventuali provvedimenti interdittivi irrogabili in parallelo³²⁷, i quali nel complesso sembrano integrare i requisiti di afflittività richiesti dalla Corte Edu per l'applicazione delle garanzie proprie dei procedimenti penali.

Rivolgiamo adesso l'attenzione alla Consob, dato che è in relazione alle sanzioni da questa comminate che si è pronunciata la Corte Edu, portando al centro dell'attenzione nazionale il problema della compatibilità tra doppio binario sanzionatorio e art. 4 prot. 7 Cedu.

Il sistema sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato è disciplinato dal d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. TUF), e,

³²⁵ Così, F.D'ALESSANDRO, op. cit., p. 264

³²⁶ Cfr. F.URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della suprema corte*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2017, p. 156

³²⁷ *Ibid.*, p. 157; il quale sottolinea come siano nettamente mutati i caratteri salienti delle sanzioni previste dall'ormai abrogato art. 144 TUB, sul quale si era pronunciata la Cassazione, nelle sentenze Cass. Civ., Sez. II, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656; e Cass. Civ., Sez. II, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, e sostiene che, riprendendo i passaggi argomentativi percorsi dalla Suprema Corte, e applicandoli all'attualmente vigente art. 144-ter TUB, la conclusione circa la natura sostanzialmente penali delle sanzioni attualmente irrogabili sia evidente

per quel che riguarda la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche si può rinvenire un semplice richiamo al reato nel d.lgs. 231 del 2001.

Più specificamente gli art. 184 e 185 TUF prevedono sanzioni penali, rispettivamente, per i reati di abuso di informazioni privilegiate, e per quello di manipolazione del mercato. Con i successivi articoli 187-bis e 187-ter vengono previste ulteriori sanzioni formalmente amministrative, ma «convenzionalmente penali, per i medesimi fatti materiali cui si riferiscono i summenzionati articoli contenenti sanzioni penali»³²⁸. Entrambe le previsioni normative da ultimo menzionate si aprono con la locuzione «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», ammettendo esplicitamente l'applicazione congiunta di sanzioni penali ed amministrative. Inoltre può notarsi come, anche le misure sanzionatorie amministrative accessorie previste dall'art.187-*quater* TUF³²⁹, le quali, agli occhi della Corte di Strasburgo rientrerebbero anch'esse nella materia penale³³⁰, si sovrappongono senza alcuna disciplina di coordinamento alle pene accessorie previste dall'art. 186 TUF, il quale rimanda agli art. 28, 30, 32-bis e 32-ter del codice penale. L'unica previsione che delinea un meccanismo di scomputo e coordinamento tra sanzioni pecuniarie è l'art. 187-*terdecies*, il quale prevede che, nell'applicare quelle discendenti da reato, il loro ammontare sia limitato alla parte eccedente quella già riscossa dall'Autorità amministrativa in ragione della sanzione non formalmente penale comminata per lo stesso fatto³³¹.

Tale deficit di coordinamento sembrerebbe ineludibile. Infatti, nonostante la possibilità di prevedere meccanismi di bilanciamento tra differenti sanzioni, data la grande differenza che intercorre tra sanzioni prettamente pecuniarie, pur se materialmente penali, e pene detentive, un'adeguata disciplina di coordinamento e

³²⁸ Cfr., M.L.DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. Pen.*, n.4, 2016, p. 1335 ss.

³²⁹ Costituite in particolare dalla perdita dei requisiti di onorabilità, dalla temporanea incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo, o dalla temporanea sospensione dall'esercizio dell'attività professionale.

³³⁰ Corte Edu, sent. 11 giugno 2009, *Dubus S.A. c. Francia*, §37, sulla configurabilità di sanzioni interdittive come sostanzialmente penali, in quel caso ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 Cedu

³³¹ Cfr., E.BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, *Dir. Pen. Cont.*, n.5, 2017, p. 280

commisurazione che tenga conto delle differenze tra le due tipologie di sanzioni sembra di difficile previsione, nonostante di recente i Giudici di Lussemburgo sembrerebbero richiedere un'opera in tal senso.

Guardando ai rapporti tra i due procedimenti, l'art. 187-*duodecies* detta la disciplina sul punto, prevedendo che il procedimento amministrativo non può essere sospeso per la contestuale pendenza di un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti, o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione. Posto dunque che i due procedimenti possono svolgersi in parallelo³³², è doveroso richiamare la disposizione dell'art. 187-*decies*, il quale, nel delineare i rapporti tra Consob e magistratura, prevede che le due autorità si informino reciprocamente. Da un lato, infatti, il p.m. che abbia notizia di reati previsti dal capo II TUF informa senza ritardo il presidente della Consob, dall'altro, la Consob informa il p.m., trasmettendogli contestualmente la documentazione raccolta, se rileva elementi che fanno presumere la esistenza di un reato. È inoltre prevista la generica possibilità di collaborazione tra Consob, autorità giudiziaria e guardia di finanza attraverso scambio di informazioni.

Ciò, come può notarsi, delinea semplicemente un sistema abbozzato, legittimante informative reciproche, senza tener conto delle criticità specifiche, in particolare quanto a garanzie processualpenalistiche. Senza dubbio, per poter integrare il requisito della *sufficiently close connection in substance and in time*³³³, considerato dalla Corte Edu come legittimante le duplicazioni di procedimenti e sanzioni, essendo indice di un grado di connessione tale da poter rinvenire *unitarietà di procedimenti*³³⁴, bisognerebbe predisporre dei meccanismi più completi di coordinamento, disciplinando la trasmigrazione sia del materiale probatorio, che degli esiti raggiunti al termine degli accertamenti da una sede all'altra, prestando particolare attenzione alle garanzie necessarie perché materiali

³³² Pur rimanendo un'utopia nella pratica, date le diverse cadenze temporali, i differenti regimi probatori, le differenti garanzie

³³³ Enunciato nel caso *A and B v. Norway*, 2016, n. 29758/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>

³³⁴ Aspetti su cui ci si concentrerà nel prossimo paragrafo

raccolti in sede amministrativa possano legittimamente entrare a far parte dell'impianto probatorio utilizzabile in sede penale.

Meritano una breve disamina le fonti europee approvate da Parlamento e Consiglio, che innovano la materia in questione. Ci si riferisce al Regolamento UE n. 596/2014, c.d. MAR, che abroga, oltre alla direttiva 2003/6/CE, anche le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE, e 2004/73/CE, ed alla contestualmente pubblicata Direttiva 2014/57/EU, c.d. CSMAD. Il Regolamento ha il dichiarato scopo di *stabilire un quadro più uniforme e più rigoroso per tutelare l'integrità del mercato ed evitare il rischio di potenziale arbitraggio normativo*³³⁵, rispecchiando tale finalità anche la scelta del tipo di fonte, che sostituisce il consueto utilizzo della direttiva. Ciò prova la rinnovata consapevolezza dell'imprescindibilità da una normativa che sia unitaria, prevedibile e certa³³⁶.

Anche la Direttiva risulta in particolare controtendenza rispetto al passato, arrivando, per la prima volta³³⁷, ad imporre la previsione di sanzioni penali³³⁸, pur se limitatamente ai casi più gravi, e commessi dolosamente, declassando le sanzioni formalmente amministrative a facoltative, nei casi in cui ne sia già prevista una di carattere penale. Nonostante ciò, si denota la mancata consapevolezza, da parte del legislatore, dei risvolti che l'evoluzione della definizione di un concetto di *ne bis in idem* avrebbe di lì a poco preso. Infatti, se in dottrina si è parlato di un sistema sanzionatorio unitario, «che assegna la pena criminale...soltanto per alcune condotte, e sanzioni amministrative... per altri comportamenti», garantendo la sua coerenza con il principio del *ne bis in idem* sulla base di canoni erroneamente propugnati come discretivi, quali una non molto

³³⁵ Considerando (4) Reg. 2014/596/UE

³³⁶ Cfr., F.MUCCIARELLI, *La nuova disciplina euounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 4, 2015, p. 296; il quale, in nota 13, rimanda a C. PEDRAZZI, *Diritto Penale*, vol. I, Scritti di parte generale, Giuffrè, 2003, riportando testualmente: «*l'imposition de limites pènalement sanctionnées est compatible avec la liberté d'initiative, à la condition qu'elle soient clairement et précisément établies. L'incertitude sur la vigueur d'une loi pénale en raison d'un possible conflit avec le droit communautaire ne fait que favoriser les entrepreneurs les moins scrupuleux, prêts à prendre le risque d'une condamnation. La concurrence en est évidemment faussée*»

³³⁷ Avvalendosi dei poteri ad essa conferiti dall'art. 83.2 TFUE, c.d. competenza penale indiretta

³³⁸ Considerando (10) Dir. 2014/57/UE

meglio definita gravità del reato, ed il c.d elemento psicologico del reato³³⁹, ciò non sembra condivisibile. Giova infatti ricordare, in breve, che, da un lato l'elemento psicologico è tradizionalmente estraneo al concetto di *idem factum*, e dall'altro, la gravità del fatto, a maggior ragione in un contesto dove questa è determinata da elementi eterogenei ed indefiniti³⁴⁰, quali «una conseguenza³⁴¹ del comportamento vietato, ovvero una condizione in cui versa il reo»³⁴², non possano considerarsi elementi discretivi ai fini della definizione di stesso fatto. Dunque, non sembra possibile ritenere che il legislatore credesse di operare stravolgimenti di tal genere. Aspetto che, al contrario, sembrerebbe favorire l'avvicinamento verso un'operatività coerente, pur sempre “condizionata” al “rango” degli interessi contrapposti, del *ne bis in idem* eterogeneo, potrebbe essere quello desumibile dall'utilizzo del termine reato in maniera impropria³⁴³. Parlandosi infatti di “reati meno gravi”, passibili di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, si adotta il punto di vista sostanziale adottato nel definire il concetto di materia penale.

Quanto viene esplicitamente affermato, dal legislatore comunitario, sul principio del *ne bis in idem*, è contenuto nel Considerando 23 Direttiva 2014/57.

Dopo aver ribadito che per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, pur sempre a carattere penale, previste nel Regolamento 596/2014 non sia necessario il dolo o la gravità dell'illecito, e che le condotte in cui sono rinvenibili tali caratteristiche debbano essere punite secondo le sanzioni formalmente penali richieste dalla Direttiva, viene genericamente affermato che gli Stati, nell'implementare i due

³³⁹ Di tali opinioni, F. MUCCIARELLI, op. cit., p. 309 ss.

³⁴⁰ Ci si riferisce a: Considerando (11) e (12) Dir. 2014/57/UE

³⁴¹ Conseguenze che, riprendendo i 2 Considerando, vanno dalla misura del danno cagionato al mercato, dipendente anche da fattori imprevedibili, alla presenza di precedenti penali per reati simili. Potendosi aggiungere che, secondo l'art. 133 c.p., la gravità dipenderebbe anche dall'intensità del dolo o dal grado della colpa, servendo in tale contesto solo da indice di commisurazione della pena

³⁴² Così, F. MUCCIARELLI, op. cit. p. 309

³⁴³ Al Considerando (8) Dir. 2014/57/UE, parlando di sanzioni penali per reati gravi commessi con dolo, si presuppongono reati meno gravi ai quali conseguono sanzioni che il legislatore ritiene formalmente amministrative nell'ottica del Reg. 596/2014, ma come sostanzialmente penali ai fini dell'operatività del *ne bis in idem*, inteso oramai quale concetto ibrido tra il sostanziale ed il processuale

strumenti legislativi debbano garantire il rispetto del *ne bis in idem*, specificamente nell'irrogazione di sanzioni penali ed amministrative per i reati previsti. Mancano però previsioni che predispongano quantomeno la cornice di un meccanismo di valutazione circa la proporzionalità del carico sanzionatorio complessivo, o criteri, sia temporali che operativi, indicativi della possibile *reductio ad unum* dei procedimenti.

Sarebbe stato possibile anche prevedere sanzioni formalmente amministrative con finalità tali da poter essere espunte dall'ambito di attrazione del concetto di materia penale, non essendo in tal caso preclusa l'irrogazione di sanzioni penali, che, a quel punto, si sarebbero magari dovute modulare secondo differenti criteri.

Un aspetto di indubbia innovazione, di necessaria sottolineatura, è l'ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina relativa al *market abuse* nel suo complesso, non più limitata ai soli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato, ma anche a quelli ammessi alla negoziazione sui sistemi multilaterali di negoziazione (MTF), o sui nuovi sistemi organizzati di negoziazione (OTF).

Spostando lo sguardo verso il ruolo svolto dalla Consob, possono notarsi una serie di aspetti alquanto contraddittori, relativamente ai quali la dottrina ha svolto varie considerazioni critiche. In particolare può menzionarsi la censurata commistione di ruoli in capo a tale autorità nella procedura di *enforcement*, che vede avvocati a sé i compiti di svolgere l'istruttoria, contestare il fatto, infliggere la conseguente sanzione, ed infine riscuoterla³⁴⁴. Se ciò non bastasse, pur ritenendo il contrario, per considerare lesi i principi di indipendenza ed imparzialità, tra l'altro enunciati all'art. 6 CEDU, il quale risulterebbe applicabile alle materie in questione, si possono evidenziare ulteriori profili di criticità. Si ricordano infatti gli aspetti inerenti il meccanismo di nomina dei commissari e del presidente, i quali sono strettamente legati alla potestà amministrativa strettamente intesa. Ancora, altro aspetto su cui si è ampiamente discusso, è la potestà concessa alla Consob di

³⁴⁴ Cfr., F. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 372

rivestire il ruolo di parte civile nel processo penale, per ottenere una somma a titolo di risarcimento in ragione del danno cagionato alla integrità del mercato.

Le critiche a tale meccanismo, contenuto nel 2° comma dell'art. 187-*undecies* TUF, introdotto con l. 18 aprile 2005 n. 62, art. 9, sono state sin da subito intense. Si è infatti sostenuto che «mai prima d'ora si era visto che il soggetto che aveva condotto una determinata istruttoria e sanzionato le imputazioni (ancorché in sede semplicemente amministrativa³⁴⁵), potesse poi costituirsi parte civile nel procedimento penale che da quelle medesime contestazioni aveva preso avvio»³⁴⁶. La necessaria partecipazione della Consob al processo penale è senza dubbio un presupposto indefettibile per un'adeguata repressione degli illeciti, date le specificità della materia, e le particolari risultanze che l'Autorità può apportare in punti di fatto; ma ciò non implica il fatto che essa debba essere garantita concedendo tale peculiare posizione. È infatti evidente come, così facendo, si ottenga una «deresponsabilizzazione della Commissione»³⁴⁷, la quale vede trasfigurato l'inadempimento del proprio dovere, costituito dalla repressione di condotte illecite, a presupposto di un risarcimento del danno che si suppone faccia capo ad essa. L'interesse al buon funzionamento ed alla trasparenza dei mercati, è infatti classificabile tra i c.d. interessi diffusi, potendosi considerare, quali soggetti titolari di tale situazione soggettiva, la moltitudine degli operatori del settore, i quali, in teoria, confidano nell'integrità dello stesso, pur rimanendo possibile, di volta in volta, individuare i soggetti specificamente lesi dalla condotta illecita³⁴⁸. Perplessità in merito sono state mostrate anche dalla Corte di Cassazione³⁴⁹, la quale afferma lapidariamente che «non può plausibilmente sostenersi che CONSOB possa agire per il ristoro patrimoniale delle conseguenze di un illecito

³⁴⁵ Sede che, giova ribadirlo, dato che al tempo di chi scrive non si erano ancora pienamente apprezzate le ripercussioni dell'espansione delle norme Cedu, riteniamo oramai rientrate nella materia penale

³⁴⁶ Così, A. CRESPI, *Le argomentazioni «en forme de poire» e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. delle Società*, n.3, 2007, p.1362

³⁴⁷ D'ALESSANDRO, op. cit., p. 367

³⁴⁸ Cfr., *Ibid.*, p. 366; il quale sul punto si esprime nel senso che «a fronte di una condotta lesiva delle ragioni del mercato, dunque, si delinea un insuccesso della Consob, non una lesione delle sue prerogative»

³⁴⁹ Cass., Sez. V, sent. 20 gennaio 2010, n. 8588

che non vulnera la sua soggettività o la sua sfera patrimoniale», e che, inoltre, «per quanto siano encomiabili gli sforzi interpretativi per farsi ragione della volontà normativa, la lesione dell'integrità del mercato non riesce, secondo i normali criteri di imputazione causale, a trasformarsi in danno all'integrità dell'ente pubblico di vigilanza: vorrebbe dire giungere all'identificazione dell'oggetto del compito tutorio con il soggetto ad esso preposto».

Viene dunque lamentata una vera e propria incongruenza logica, frutto delle scelte del legislatore, il quale scinde, in maniera inconsueta, il soggetto titolare del diritto leso, ovvero il mercato, entità che la CONSOB è deputata a tutelare, ed il soggetto titolare a rivendicare l'indennizzo conseguente alla lesione (la CONSOB). A censura di tale meccanismo, i giudici di legittimità, evidenziano la mancanza di previsioni deputate a trasferire alla CONSOB poteri di sostituzione nell'esercizio dei diritti dei risparmiatori, richiamando, a riprova di ciò, l'assenza di disposizioni che garantiscano il refluire di quanto assegnato a titolo di risarcimento alla CONSOB a favore degli operatori di borsa concretamente lesi dal reato. Riprendendo il rischio di deresponsabilizzazione accennato, pare chiaro che, essendo deputata a vigilare sul mercato, gli insuccessi dell'autorità, più che costituire motivo di doglianza, dovrebbero costituire base sulla quale essa debba essere chiamata a rispondere di inadempimenti e danni ad essi conseguenti, non sembrando opportuno adottare una presunzione assoluta circa il corretto operato del controllore³⁵⁰. Sotto altra prospettiva, il ruolo rivestito dall'Autorità di controllo del mercato nel processo penale, acuisce ancor di più i deficit di terzietà ed imparzialità già evidenziati. Si aggiungerebbe, alle già critica mescolanza di ruoli in sede di procedimento amministrativo, l'ulteriore aggiunta di una posizione, in sede penale, antagonista rispetto all'imputato, che non può conciliarsi con le funzioni giudicanti e sanzionatorie riservate alla CONSOB. Ovvio che, dati il tecnicismo, le specificità ed anche la novità del settore, sia necessario prevedere un apposito organismo dotato di poteri, oltre che decisionali e sanzionatori, anche

³⁵⁰ Per considerazioni critiche di tale tenore, cfr. F. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 368; A. CRESPI, op. cit., p. 1364

legislativi, per regolare l'intricato e delicato settore. Ma ciò non dovrebbe comportare compromissioni di interessi costituzionalmente o convenzionalmente protetti.

3.2. La Corte di Strasburgo sul doppio binario, dal caso Grande Stevens c. Italia ad A e B c. Norvegia, la necessità di limitare l'applicazione del principio.

Passiamo adesso ad analizzare nel dettaglio la più volte richiamata pronuncia della Corte Edu che ha riguardato direttamente il nostro Paese, la quale ha subito innescato dibattiti circa le possibili strade percorribili per rimediare alla violazione in cui il nostro paese sarebbe incorso in casi analoghi a quello portato davanti ai giudici di Strasburgo. La risposta del legislatore nazionale si potrebbe dire sia stata, come non di rado avviene, inesistente.

Le necessità di riformare i settori in cui si verifica il c.d. doppio binario sanzionatorio sembrano essersi via via affievolite, in ragione del *revirement* operato dalla Corte Edu nel caso A e B c. Norvegia, del quale ci occuperemo dopo aver analizzato la precedente posizione assunta nel caso Grande Stevens. Potremo poi effettuare un parallelismo tra quelle che sono state le conclusioni raggiunte dai giudici di Strasburgo rispetto alle più recenti pronunce emanate a Lussemburgo.

Il caso Grande Stevens³⁵¹ riguarda l'applicazione degli art. 185 e 187-*ter del TUF*, i quali, come già evidenziato, prevedono rispettivamente sanzioni penali ed amministrative per gli illeciti di manipolazione del mercato. È utile esporre brevemente il caso sottoposto alla Corte Edu, prima di analizzare gli aspetti della disciplina nazionale da essa censurati. Il caso riguardava la responsabilità, appunto a titolo di manipolazione del mercato, per la diffusione al pubblico di comunicati riguardanti un'intricata vicenda finanziaria relativa ad un prestito contratto da FIAT s.p.a. con un gruppo di banche, al quale era annesso un accordo in virtù del quale, nel caso di mancato rimborso del prestito, il debito sarebbe stato

³⁵¹ Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>

automaticamente convertito in azioni. La mancata menzione di tale accordo, o meglio la sua esplicita smentita, sarebbe stata finalizzata ad evitare possibili effetti che la diffusione al pubblico dell'informazione avrebbe comportato, ed a garantire il mantenimento del controllo della società FIAT da parte dei precedenti azionisti di maggioranza³⁵².

I procedimenti, amministrativo e penale, sono dunque stati instaurati a carico dei soggetti che hanno concorso alla diffusione del comunicato. Il procedimento amministrativo, naturalmente conclusosi per primo, ha comportato l'inflizione, con delibera della Consob, delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 187-ter TUF e di quelle accessorie ex art. 187-quater TUF, divenute definitive con il rigetto del ricorso da parte della Corte di Cassazione, in seguito ad una riduzione dell'entità delle sanzioni operata dalla Corte d'Appello di Torino. Il binario penale, per l'accertamento della sussistenza del reato di cui all'art. 185 TUF, ha seguito un percorso più intricato e lungo, essendo, tra l'altro, ancora pendente il ricorso in Cassazione al momento della trattazione del caso da parte della Corte Edu.

Nella sentenza emessa dalla Corte Edu viene unanimemente riscontrata la violazione, da parte dell'Italia, sia dell'art. 6§1 CEDU, che dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. Quanto al primo profilo, basti qui dire che i giudici di Strasburgo hanno accertato che il procedimento amministrativo svoltosi davanti alla CONSOB, e definito con sentenza passata in giudicato³⁵³, si sia svolto in violazione del diritto ad un equo processo, ex art. 6 CEDU. Ciò in quanto esso aveva ad oggetto una sanzione sostanzialmente penale, e dunque si sarebbe dovuto conformare alle garanzie che l'art. 6 CEDU prescrive per i processi penali. A nulla rileva che il caso sia poi stato esaminato da un organo terzo ed imparziale, quale la Corte d'Appello di Torino, non essendosi svolta davanti a quest'ultima un'udienza pubblica, dato che le udienze sono state svolte secondo la modalità della camera di consiglio, non assimilabile alla pubblica udienza.

³⁵² Per un'analisi dettagliata della vicenda, si veda T.TRINCHERA-G.SASSAROLI-F.MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, in *Dir.Pen.Cont.*, 24 settembre 2013

³⁵³ Cass. Sez. Un. Civili, n. 20935, 30 settembre 2009

Il presupposto di fondo per considerare applicabile tanto l'art. 6 Cedu che l'art. 4 Prot. 7, concerne l'appartenenza alla *matière penale* del procedimento davanti alla CONSOB. La conclusione positiva viene raggiunta facendo applicazione dei criteri Engel. In particolare, determinante non è tanto la sanzione concretamente irrogata, ma il grado di severità (terzo criterio Engel) delle sanzioni in concreto irrogate, oltre che astrattamente applicabili³⁵⁴. L'elevata afflittività deriva inoltre dalle sanzioni accessorie collegate a quella principale, le quali avrebbero ripercussioni notevoli sugli interessi del condannato³⁵⁵.

A riprova della conclusione raggiunta, la Corte prende in considerazione la natura dell'infrazione (secondo criterio Engel), rinvenendo nelle sanzioni imposte uno scopo non soltanto riparatorio o preventivo, ma anche repressivo, quest'ultimo indice della natura sostanzialmente penale delle sanzioni.

Ma venendo all'accertata violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU, il percorso argomentativo della Corte si apre con la verifica circa la medesimezza del fatto. Adottando il consueto approccio naturalistico, essa giunge alla conclusione per cui i fatti contestati, costituiti dalla diffusione di informazioni false, siano materialmente gli stessi in entrambe le sedi di giudizio. Più specificamente, la Corte evidenzia come la verifica sia da svolgere non attraverso il raffronto tra le tipizzazioni delineate dagli art. 185 e 187-ter TUF, ma per mezzo della verifica circa i fatti contestati davanti alla Consob e al giudice penale, ed in particolare accertando se essi siano riconducibili alla medesima condotta³⁵⁶. La Corte Edu condanna l'Italia che deve adoperarsi per chiudere nel più breve tempo possibile il procedimento penale. Di fatto, il procedimento penale si è definito per accertata prescrizione del reato, dunque senza l'esplicita pronuncia circa la sussistenza di un *bis in idem* e la conseguente declaratoria di non procedibilità.

Spunti interessanti, utili per comprendere l'evoluzione delle posizioni delle due Corti sovranazionali in materia di doppio binario sanzionatorio possono essere

³⁵⁴ Cfr., A.F. 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 *Dir. Pen. Cont.*, 9 marzo 2013

³⁵⁵ § 97, 98, 99, Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10

³⁵⁶ Vedi, §224 Sent. Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10

ricavati dal raffronto tra la pronuncia di cui si è appena trattato ed una, di quasi contestuale emanazione, della Corte di Giustizia dell'UE.

Ci si riferisce alla pronuncia Åkerberg Fransson, richiamata, a riprova delle proprie posizioni, dalla Corte Edu nella pronuncia Grande Stevens³⁵⁷.

La Corte di Lussemburgo si pronunciò su una questione pregiudiziale posta da un giudice svedese, riguardante la compatibilità con l'art. 50 CDFUE, di un procedimento penale per frode fiscale aggravata nei confronti di un soggetto a cui era già stata irrogata una sovrattassa dall'amministrazione tributaria per i medesimi fatti di falsa dichiarazione.

Un punto fondamentale della pronuncia in questione è il ruolo che i giudici di Lussemburgo riservano a quelli nazionali.

In sintesi, ribadendo che l'art 50 CDFUE si applica esclusivamente quando i provvedimenti adottati con la decisione divenuta definitiva siano di natura penale, e che i criteri da adottare per verificare detta natura siano quelli da essa enunciati nel caso Bonda³⁵⁸, si delega ai giudici nazionali di prima istanza il compito di valutare la natura delle sanzioni. Le conclusioni sostanziali cui si dovrebbe pervenire sembrerebbero analoghe a quelle fino a quel momento raggiunte a Strasburgo, avendo sancito, la Corte di Lussemburgo, che l'art. 50 CDFUE, se da un lato non osta a che uno Stato membro imponga, per lo stesso fatto, una combinazione di misure amministrative e penali, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e l'effettività del sistema di riscossione dell'Iva, esso preclude comunque tale doppia sanzione se quella formalmente amministrativa (le sovrattasse) assurga al rango di sanzione di natura penale³⁵⁹.

Leggendo tra le righe, le divergenze non sono così nascoste. Posto che, nella sentenza in questione non si rinveno espliciti richiami, da parte dei giudici di Lussemburgo, tanto a norme quanto a giurisprudenza riconducibile

³⁵⁷ Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10, § 92

³⁵⁸ Bonda, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, nella quale furono enunciati criteri analoghi ai c.d. criteri Engels

³⁵⁹ Cfr, Corte giust. 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, § 34

all'ordinamento giuridico facente capo a Strasburgo, può anche notarsi l'utilizzo di lessico e ad argomentazioni che potrebbero definirsi quantomeno ambigui.

Pur se la conclusione sembra la medesima, le parole utilizzate dai giudici di Lussemburgo rispetto a quelle usate dai giudici della Corte Edu, lasciano intendere un approccio più permissivo in materia, non solo riservando esplicitamente ai giudici nazionali il compito di determinare autonomamente la natura delle sanzioni, ma anche ribadendo la libertà degli Stati di adoperare doppi binari sanzionatori, pur menzionando la riserva circa la natura delle sanzioni.

La pronuncia Fransson è stata esplicitamente citata dalla Corte Edu nel caso Grande Stevens, in risposta alle obiezioni del Governo Italiano, il quale ha, non senza ragioni, sostenuto che il ricorso ad una doppia sanzione amministrativa e penale sia esplicitamente ammesso dal legislatore europeo, in particolare per la tutela del mercato finanziario, o in generale, per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Non sono mancate letture critiche nei confronti della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, o meglio, letture tese ad evidenziarne i tratti discordanti, pur se non palesati in maniera evidente, rispetto alla giurisprudenza della Corte Edu³⁶⁰.

Può essere utile ribadire alcuni aspetti che si deducono dalla pronuncia Grande Stevens, i quali, se letti alla luce del successivo brusco e netto mutamento di rotta effettuato dalla Corte Edu, lasciano abbastanza perplessi in merito alle ragioni di un così repentino cambiamento di posizioni. In particolare, nella sentenza Grande Stevens la Corte considera irrilevante la presenza, nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato, dell'art. 187-*terdecies* TUF, il quale prevede esplicitamente lo scomputo, in sede penale, della sanzione pecuniaria già inflitta in sede amministrativa³⁶¹. Si menziona tale aspetto poiché è uno dei maggiormente dissonanti rispetto alla successiva pronuncia emanata a Strasburgo.

³⁶⁰ Cfr., G.DE AMICIS-P.GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, *Cass. Pen.*, n. 2, 2017, p. 475; i quali evidenziano come le posizioni assunte dalla Corte Edu possano essere viste come una sorta di "resa" a Lussemburgo, attraverso un allineamento alle posizioni di quest'ultima, che, come può intuirsi, sono più permissive rispetto a quelle fino a quel momento assunte a Strasburgo

³⁶¹ Si vedano i punti, Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10, §§ 65-66

L'occasione, per la Corte Edu, di tornare sui propri passi ha origine da un ricorso presentato da due cittadini norvegesi contro il loro Stato nazionale³⁶², originato dalla loro sottoposizione a giudizio sia in sede penale che amministrativa per gli stessi fatti³⁶³. Contestualmente alla irrogazione di una sovrattassa, da parte dell'autorità amministrativa norvegese, pari al 30% dell'imposta evasa, alla mancata impugnazione del provvedimento, e all'integrale pagamento della sanzione da parte di entrambi i ricorrenti, veniva esercitata l'azione penale nei loro confronti per i medesimi fatti. Circa la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate la Corte Edu, in definitiva, ha statuito in senso positivo, nonostante le peculiari rimostranze avanzate dal governo norvegese, il quale contestava l'applicabilità *tout court* dei criteri Engels, delineati in relazione all'art. 6 CEDU.

Secondo le argomentazioni del governo norvegese, dato l'ambito di applicazione dell'art. 6, più ampio rispetto a quello proprio dell'art. 4 Prot. 7, all'origine pensato per disciplinare i procedimenti penali in senso stretto, sarebbero più idonei, al fine di determinare i casi di applicazione del principio del *ne bis in idem*, i criteri enucleati dalla Corte in relazione all'art. 7 CEDU³⁶⁴.

A sostegno delle posizioni norvegesi, sono intervenuti i governi di altri sei paesi³⁶⁵, i quali, sottolineando, da un lato analogie terminologiche e finalistiche tra art. 4 prot. 7 e art. 7 CEDU, e dall'altro le differenze tra i suddetti articoli e l'art. 6 CEDU, propugnano l'utilizzo di un più ampio ventaglio di criteri per determinare la natura penale delle sanzioni, in modo da rendere più stretto l'ambito applicativo dell'articolo deputato a garantire il principio del *ne bis in idem*³⁶⁶.

Tali posizioni sono state in definitiva sconfessate dalla Corte, che ha concluso ritenendo la sussistenza di un più stretto legame tra art. 6 e art. 4 prot. 7 CEDU, ed

³⁶² A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>

³⁶³ Si trattava specificamente di evasione fiscale commessa da due cittadini Norvegesi, i quali avevano occultato entrate ricavate dalla vendita di una società trasferendole direttamente a due società off-shore, eludendo la tassazione norvegese

³⁶⁴ Art. 7 Cedu, *Nulla poena sine lege*

³⁶⁵ Si trattava dei governi di Francia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Svizzera e Moldavia

³⁶⁶ Si vedano §88 a §93, A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11

applicando i consueti criteri Engel. Viene dunque dichiarata la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa, costituita dalla sovrattassa del 30 %, conclusione tra l'altro analoga a quella in precedenza prospettata dalla Corte Suprema norvegese³⁶⁷.

L'aspetto peculiare della sentenza A e B c. Norvegia risiede nel successivo aspetto affrontato dalla Corte, la quale, nel verificare se si è avuta una illegittima duplicazione di procedimenti, riprende un criterio che, seppur già in precedenza utilizzato³⁶⁸, non aveva avuto un carattere determinante, in particolare per materie quale quella tributaria. Sorprende ancor di più se si rammenta come, tanto nell'affare Grande Stevens, quanto nella giurisprudenza antecedente, l'enfasi è stata posta soprattutto sulla nozione sostanzialistica di materia penale, la quale resta comunque invariata nella sua definizione dopo la sentenza A e B c. Norvegia, anche se si aggiunge un ulteriore tassello fondamentale, la cui verifica è necessaria al fine di determinare la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Il criterio applicato riprende il c.d. Nilsson test³⁶⁹, introdotto in quell'occasione dalla Corte, e richiamato esplicitamente anche nella sentenza A e B c. Norvegia³⁷⁰. Con tale requisito ulteriore diviene dunque necessario, una volta appurato che ci si trovi in presenza di più sanzioni di natura sostanzialmente penale, e che esse siano riferibili al medesimo fatto naturalisticamente inteso, se esse siano state irrogate all'esito di procedimenti che, seppur distinti, siano tra loro sufficientemente connessi sotto il profilo temporale e quello sostanziale.

La Corte sottolinea come il criterio summenzionato sia funzionale a garantire un equo bilanciamento tra esigenze contrapposte, in particolare tra il diritto del

³⁶⁷ Per una ricostruzione del caso di cui si tratta, ex multis 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 *Giur. Pen. Web*, 2017, 1

³⁶⁸ Ci si riferisce ai casi Boman v. Finland, 2015, n. 41604/11 in tema di circolazione stradale, Nykänen v. Finland, 2011, n. 11828 nel quale è stata rinvenuta l'illegittimità del doppio binario tributario e penale verificando la sussistenza di una connessione sostanziale tra procedimenti

³⁶⁹ Nilsson v. Sweden, 2005, n. 73661/01, nel quale il ricorso fu dichiarato inammissibile, pur riconoscendo la natura penale di entrambe le sanzioni irrogate dalle autorità penale ed amministrativa, sulla base della sufficiente connessione sostanziale e temporale tra procedimenti

³⁷⁰ § 113, 96, A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11

singolo garantito dal principio del *ne bis in idem*, e quello proprio degli Stati, e della Comunità Europea nel suo complesso, ad apprestare adeguate normative finalizzate a garantire adeguate risposte sanzionatorie.

Il riferimento non è generico, dato l'esplicito rimando alle osservazioni svolte dall'avvocato Generale davanti alla Corte di Giustizia nel caso Fransson³⁷¹, il quale evidenziava come sia caratteristica comune agli Stati membri la predisposizione di una doppia sanzione, penale ed amministrativa, in relazione al medesimo fatto, senza menzionare che, in determinati settori, quali quello tributario e della tutela del mercato finanziario, sia lo stesso legislatore europeo a legittimare, se non imporre, la previsione di una sanzione penale ed una amministrativa.

La Corte allora sottolinea che la Convenzione, e la relativa giurisprudenza, non precludono agli Stati membri la scelta di come strutturare il loro sistema legale, inclusa la procedura penale, permettendo dunque la separazione di processi sanzionatorio-decisionali relativi ad un unico caso, pur se entrambi di natura penale secondo la Convenzione, e finalizzati ad irrogare più sanzioni tra esse complementari³⁷².

I giudici si spingono oltre, affermando che la legittimità di tali procedimenti paralleli non è esclusa neppure se uno dei due processi si sia concluso per primo, nonostante in quel caso sembrerebbe scontata l'operatività dell'art. 4 prot. 7 CEDU, il quale richiede la presenza di una sentenza divenuta definitiva.

È fondamentale riprendere il ragionamento della Corte, ed i relativi richiami a casi precedenti in materia, per riempire di significato la formula della c.d. connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

Va evidenziato come entrambi gli aspetti, temporale e sostanziale, devono essere soddisfatti affinché le risposte sanzionatorie siano legittime. Vengono enumerati diversi aspetti indicativi della connessione necessaria affinché i procedimenti possano essere considerati come finalizzati ad irrogare una risposta sanzionatoria

³⁷¹ Corte giust. 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

³⁷² §120 A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11

coerente ed unitaria. In particolare la Corte afferma che la sufficiente connessione sostanziale e temporale sia soddisfatta qualora³⁷³:

- (a) I differenti procedimenti perseguano obiettivi complementari e siano finalizzati a sanzionare diversi aspetti della condotta antigiuridica, non soltanto in astratto ma anche in concreto
- (b) La duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile, tanto secondo la legge quanto nella pratica, della specifica condotta
- (c) I differenti procedimenti vengano condotti in maniera tale da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova, in particolare grazie ad un'adeguata interazione tra le varie autorità competenti, in modo che le risultanze fattuali raggiunte in una sede vengano utilizzati anche nell'altra
- (d) La sanzione irrogata all'esito del processo che per primo è divenuto definitivo venga presa in considerazione al momento di commisurare la sanzione frutto del secondo procedimento, così da evitare che il soggetto condannato non debba sopportare una pena eccessivamente gravosa, rischio meno probabile prevedendo meccanismi che permettano di garantire che la misura complessiva delle pene sia proporzionata.

Dal punto di vista temporale, i giudici affermano che la sufficiente connessione non implica la necessità che i procedimenti vengano condotti simultaneamente dall'inizio alla fine³⁷⁴. Al contrario è lasciata la possibilità agli Stati di condurli secondo stadi progressivi, quando ciò è motivato da esigenze di efficienza o corretta amministrazione della giustizia. Nonostante ciò tale connessione deve sempre sussistere, tutelando l'individuo da indebiti ritardi e protratte situazioni di incertezza, e gravando sullo Stato un onere di giustificazione tanto maggiore quanto più debole è la connessione temporale tra i procedimenti.

³⁷³ I criteri seguenti vengono sinteticamente esposti dalla Corte Edu, in § 132 A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11

³⁷⁴ § 134, A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11

Nel caso di specie, posto che la Corte ha precedentemente accertato l'irrogazione di due sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto, la verifica circa la sussistenza della sufficiente connessione, secondo i criteri appena enumerati, si è conclusa in senso positivo. Tale conclusione è stata raggiunta sulla base del fatto che la sanzione amministrativa e penale avevano finalità differenti, avendo la prima una natura deterrente e compensatoria, mentre la seconda, una finalità punitiva, essendo conseguente ad un comportamento connotato da un elemento addizionale rispetto a quello sanzionato in sede amministrativa, segnatamente l'intenzione fraudolenta. Viene dunque sottolineato come, la risposta sanzionatoria ad un comportamento connotato dall'intenzione fraudolenta, essendo connotato da un più elevato disvalore sociale, sia giustamente riservata al settore penale, piuttosto che a quello amministrativo.

Viene inoltre rilevato come la duplice risposta punitiva fosse prevedibile da parte del ricorrente, e che i due procedimenti sono stati condotti in parallelo, tanto nella circolazione delle prove, quanto nella commisurazione complessiva della pena, avendo tenuto in considerazione, nell'irrogare la sanzione penale, la sovrattassa irrogata dall'amministrazione³⁷⁵.

Non sono mancate critiche e perplessità conseguenti alla decisione di cui si è detto, le quali hanno per lo più evidenziato come una tale ricostruzione del principio sancito dall'art. 4 prot. 7 CEDU rischia di snaturare la ratio di fondo del *ne bis in idem* processuale. Quello che si potrebbe dire essere il primo aspetto di contraddizione è la presenza, tra i criteri sopra enumerati, della valutazione circa la proporzionalità della pena. Come sappiamo, tale valutazione, costituisce il fulcro su cui ruota l'azione del *ne bis in idem* inteso in senso sostanziale, il quale è appunto un criterio valoriale deputato a garantire la proporzionalità della pena, ed operante sul piano del diritto sostanziale, disciplinando rapporti tra varie fattispecie di reato tra le quali intercorrono rapporti di concorso apparente.

³⁷⁵ Ibid., § 146

Al contrario, valutazioni di tal genere, fondate su giudizi di valore, sarebbero tradizionalmente estranee al principio del *ne bis in idem* nella sua accezione processuale, il quale, come abbiamo ampiamente evidenziato, non operando sul piano del diritto sostanziale, non dovrebbe guardare, in linea di massima, a quale sia stato l'esito conclusivo del primo procedimento, e dunque, tanto meno all'entità della sanzione concretamente irrogata. Ciò sarebbe pienamente valido se si guarda al principio per come è stato concepito in origine dall'ordinamento nazionale, essendo inserito nell'impianto codicistico processuale penale, e dunque avendo come naturale ambito operativo quello del diritto penale formalmente inteso, secondo il *nomen iuris* che la normativa nazionale attribuisce al procedimento e alla sanzione con cui ci si trova a fare i conti.

La Corte Edu si spinse molto oltre, adottando quell'autonomo concetto di procedimento-sanzione penale, e quindi attraendo nell'area operativa del *ne bis in idem* convenzionale procedimenti che lo Stato definisce come amministrativi, e per i quali dunque non sarebbe stato concepita l'operatività del principio *de quo*. Se si aggiunge che tali procedimenti amministrativi, sono legittimamente ammessi, se non incentivati, dall'ordinamento comunitario, soprattutto quando si tratta di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, si comprende facilmente quanto la presenza di un regime di doppio binario, tanto in campo tributario che in quello della tutela del mercato, sia una caratteristica comune alla maggioranza degli Stati membri. Partendo da queste premesse potrebbe sottolinearsi come i recenti sviluppi giurisprudenziali cui si è assistito in materia, sarebbero definibili come necessari per rispondere ad una situazione di fatto che necessitava, e necessita tuttora, di trovare un punto di equilibrio.

Con ciò si vuole dire che, essendo, quello della previsione di un doppio binario sanzionatorio un approccio così diffuso all'interno degli ordinamenti nazionali, peraltro avallato dal legislatore comunitario e dalla Corte di Giustizia, si sia reso necessario un approccio più elastico sul punto, tra l'altro sollecitato anche dai Governi intervenuti nella causa A e B c. Norvegia.

Verrebbe da dire che l'introduzione del criterio di valutazione incentrato sulla proporzionalità poteva essere previsto come conseguenza necessaria della espansione del principio del *ne bis in idem* a materie che gli sono state tradizionalmente estranee secondo la tradizionale accezione processuale del principio. Si è così verificata una contaminazione tra accezione processuale e sostanziale del principio, quantomeno in ottica convenzionale, che dovrebbe in teoria garantire ai governi un più ampio spazio di manovra nella predisposizione di sanzioni parallele in ordine ad un medesimo fatto, rappresentando, il trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato, insieme ad altri criteri di carattere più strettamente processuale, una sorta di ancora di salvezza del doppio binario rispetto al rischio di violazione del *ne bis in idem*³⁷⁶.

La fisionomia distorta, ed a dir poco sfumata, assunta di recente dal principio di cui si tratta, è dato innegabile, dato il carattere altrettanto indefinito del test vertente sulla sufficiente connessione sostanziale e temporale, e dell'ancor più astratto, ed ancorato a criteri non predeterminati, giudizio circa la proporzionalità complessiva di più risposte sanzionatorie cumulative.

Ciò può asseverarsi sottolineando che la Corte Edu, trovandosi a dover statuire circa la legittimità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio, ed in particolare formulando un giudizio circa la proporzionalità complessiva delle risposte sanzionatorie, non può andare oltre la semplice constatazione che il giudice nazionale abbia avuto modo di conoscere, e quindi prendere in considerazione, le sanzioni già irrogate per il medesimo fatto.

Vero è che quello concernente la proporzionalità costituisce esclusivamente uno degli indici indicativi della sufficiente connessione, e che come tale, non permette, da solo considerato, di giungere ad una conclusione circa la legittimità del doppio binario. Tale affermazione emerge in tutta la sua portata in una pronuncia della Corte Edu successiva ad A e B c. Norvegia, segnatamente si tratta della pronuncia

³⁷⁶ Cfr. sul punto, A.F.TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. It. Dir. Proc.Pen.* n. 3, 2017., pp. 1047 ss., p. 1068

Jóhannesson e Altri c. Islanda³⁷⁷, nella quale è stato ritenuto non soddisfatto il test della sufficiente connessione.

In particolare, a sostegno di tale conclusione, la Corte adduce specificamente due motivi. Il primo riguarda l'aspetto temporale della connessione, sottolineandosi come i due procedimenti si siano svolti complessivamente lungo un arco temporale di circa nove anni e tre mesi, e che una sovrapposizione tra i due procedimenti si è avuta soltanto per poco più di un anno.

Tale limitata coincidenza temporale tra i due procedimenti non è ritenuta sufficiente dai giudici³⁷⁸. Il secondo motivo di censura ha invece preso di mira l'assenza di coordinamento delle indagini, svoltesi separatamente, e dunque la duplicazione nella raccolta delle prove, dato che l'indagine di polizia si era svolta in maniera indipendente rispetto alla verifica fiscale.

In base a quest'ultima pronuncia citata, nessuno dei criteri su cui si basa la verifica circa la sufficiente connessione ha un carattere prevalente, ma basta la violazione di uno di essi per ritenere non soddisfatto il requisito.

Ovviamente, nonostante ciò, dato l'approccio casistico adottato dalla Corte, e l'indeterminatezza dei criteri di cui si parla, non è facile affermare previamente ed in astratto la legittimità di un regime sanzionatorio di doppio binario.

Anzi, questa sembrerebbe una strada quasi impraticabile, dato che, nell'ultima pronuncia richiamata è assente ogni riferimento al quadro normativo che disciplina i procedimenti e le relative interconnessioni³⁷⁹, avendo esclusivamente riguardo al dato temporale del caso specifico, aspetto che può essere influenzato da una moltitudine di fattori altamente eterogenei e variabili caso per caso.

Le critiche nei confronti della sentenza A e B c. Norvegia, e dunque della ricostruzione del *ne bis in idem* in essa adottata, non sono provenute

³⁷⁷ Jóhannesson and Others v. Iceland, 2017, n. 22007/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5722769-7265794>

³⁷⁸ La differenza, da questo punto di vista, con il caso A e B c. Norvegia è palese, dato che in quell'occasione lo svolgimento complessivo dei procedimenti ha avuto durata di 5 anni, e che il procedimento penale, conclusosi per ultimo, ha proseguito in maniera autonoma, dopo la definizione di quello tributario, per due anni

³⁷⁹ Si veda, anche per una breve ricostruzione della vicenda, F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 maggio 2017

esclusivamente dalla dottrina nazionale, ma anche dalla Corte stessa, ed in particolare con l'opinione dissenziente formulata in quell'occasione dal giudice Pinto de Albuquerque. Si tratta di una dissertazione molto articolata, che prende le mosse dalle origini storiche del *ne bis in idem*, indagandone le *rationes*, e che prova ad attribuire ad esso il rango di principio del diritto internazionale consuetudinario. Quel che preme riprendere in questa sede è la seconda parte dell'opinione, nella quale viene esplicitata un'aspra critica sia alla decisione della Corte che ai percorsi argomentativi seguiti per pervenirvi.

Si arriva infatti ad affermare che, seguendo la ricostruzione adottata dalla Corte, il principio perderebbe il suo carattere *pro persona*, a favore di una connotazione *pro auctoritate*, non essendo più ricostruito quale garanzia individuale, ma piuttosto come congegno teso a scongiurare che il soggetto nei cui confronti sono instaurati i procedimenti consegua l'impunità o manipoli a suo favore il principio *de quo*³⁸⁰. Nella medesima *dissenting opinion* è stigmatizzata inoltre l'introduzione del criterio della proporzionalità, il quale, sostanzialmente, per come formulato dalla Corte, implicherebbe semplicemente il fatto che venga tenuta in considerazione la sanzione amministrativa, precedentemente irrogata, nel momento in cui viene stabilita l'ulteriore sanzione in sede penale.

Oltre ad evidenziare il contenuto a dir poco indefinito del criterio, si sottolinea come esso sia stato tradizionalmente estraneo al principio del *ne bis in idem* (nella sua connotazione processuale)³⁸¹. Altro aspetto censurato è la già accennata contraddittorietà rispetto alla strada seguita nel caso Grande Stevens, quando, come il giudice Pinto sottolinea, non fu dato alcun peso alle argomentazioni portate avanti dal governo italiano, il quale sottolineò come, in quel caso, fosse assicurata la proporzionalità complessiva della pena, grazie alla presenza dell'art. 187-*terdecies* TUF, la cui operatività comportò lo scomputo, in sede penale, dell'ammontare delle sanzioni irrogate in sede amministrativa³⁸².

³⁸⁰ Si veda, A and B v. Norway, 2016, n. 29758/11, § 79 dissenting opinion

³⁸¹ Ibid., §80

³⁸² Ibid., §66; si veda anche Grande Stevens c. Italia, 2014, n. 18663/10, § 218

La Corte ritenne non rilevante l'avvenuto scomputo, ordinando al governo italiano di concludere al più presto il procedimento senza conseguenze pregiudizievoli per il ricorrente. Al contrario, nella pronuncia A e B c. Norvegia, la proporzionalità complessiva ed il fatto che vengano tenute in considerazione le sanzioni già irrogate assume rilevanza centrale, pur in carenza di adeguate motivazioni, che sembrerebbero inesistenti dal punto di vista strettamente giuridico, a giustificazione di una tale contraddizione rispetto alla da poco emanata sentenza. Da non sottacere, quantomeno in prospettiva di possibili nuovi sistemi sanzionatori nelle materie in questione, è il fatto che la Corte di Strasburgo dichiarò esplicitamente il favore per la riunione dei due procedimenti e l'irrogazione delle sanzioni da parte di una medesima autorità. Ciò rimane comunque impraticabile nel nostro sistema, pur potendosi prospettare, quantomeno nel diritto penale dell'economia, linee evolutive non facilmente determinabili, che si auspica dovrebbero tendere a rendere organico il sistema sanzionatorio in questione.

3.2.1. Applicazione interna dei principi enunciati a Strasburgo e conseguenti profili di criticità

Quanto è stato affermato dai giudici Edu nella sentenza A e B c. Norvegia non ha tardato a ripercuotersi sulle posizioni adottate dai giudici nazionali, i quali, seppur in modalità variamente articolate, e sotto certi aspetti criticabili, hanno cercato di introdurre nella giurisprudenza nazionale quel test valutativo della connessione, il quale manca di omogeneità in quanto ai parametri in esso valutabili, e che desta dunque numerose incertezze. In particolare, non sono mancate le critiche, da parte della dottrina, nei confronti di quelle pronunce nazionali che, richiamando detto orientamento giurisprudenziale di Strasburgo sembrerebbero dare per scontato che esso sia espressivo di un orientamento consolidato, e come tale vincolante per

l'opera interpretativa dei giudici nazionali³⁸³. Viene infatti giustamente evidenziato come il semplice fatto che sia stata la grande camera a pronunciarsi, non sia sufficiente ad integrare quanto richiesto perché l'orientamento assurga al rango di diritto consolidato. Meno che mai nel caso in cui l'orientamento sconfessato dalla recente pronuncia possa essere considerato come espressivo di diritto consolidato, già a partire dal 2009³⁸⁴.

Le senza dubbio legittime critiche nei confronti di tale aspetto sembrerebbero, almeno in parte, poter essere mitigate, in ragione del fatto che la Corte di Giustizia ha ripreso, seppur con diversità di accenti, l'orientamento di Strasburgo.

Tale convergenza è rinvenibile quantomeno nella idea di fondo secondo cui il doppio binario sanzionatorio possa essere giustificato sulla base di quei criteri che abbiamo definito vaghi, di cui numerosi analoghi a quelli enunciati in A e B, ed ancorati principalmente, da un lato al concetto di proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, dall'altro alle non eccessive limitazioni del diritto previsto all'art. 50 CDFUE rispetto agli interessi ad esso contrapposti.

Nonostante ciò, rimane senza dubbio ampiamente criticabile quello che è divenuto, seguendo l'orientamento tanto dei giudici di Strasburgo che di quelli comunitari, il concreto ambito operativo del *ne bis in idem* eterogeneo.

Questo è dovuto al fatto che in tale ambito non è individuabile con sufficiente certezza, compromettendo alla base quell'esigenza «di prevedibilità della condotta degli organi pubblici da parte del cittadino, benché la natura garantistica di simile esigenza di prevedibilità sia stata ripetutamente messa in luce dalla giurisprudenza europea»³⁸⁵.

La diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE propugnata dai giudici di Lussemburgo dunque, non condurrebbe a risultati realmente auspicabili, dato che, come vedremo più nel dettaglio, arriva a far dipendere l'operatività del *ne bis in idem*, da fattori

³⁸³ Cfr., F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. Pen. Giust.*, n. 6, 2017, p.1106

³⁸⁴ Ci si riferisce al caso *Zolotukhin c. Russia*, 2009, n. 1493/03; per tale ricostruzione cfr. F. Cassibba op. cit. p. 1107 (per la verità, credo di averlo scritto io, prima di Cassibba...)

³⁸⁵ Così, F. CASSIBBA, op. cit., p 1107

non predeterminabili, tra i quali potrebbe dirsi rientri anche il semplice ordine cronologico secondo cui si concludono i due procedimenti.

Se è stato affermato che, quando sia il processo penale a concludersi per primo, e dunque le corrispondenti sanzioni ad essere irrogate prima di quelle amministrative, queste ultime devono essere considerate come illegittime a norma del principio del *ne bis in idem*; ma se si inverte l'ordine in cui i processi giungono a conclusione non si giunge ad una medesima conclusione.

Passiamo adesso ad esaminare brevemente alcune pronunce della Corte di legittimità nazionale emanate posteriormente alla nuova presa di posizione dalla Corte Edu, evidenziandone alcuni tratti critici. Il primo caso sotto esame ha avuto ad oggetto il controverso rapporto tra sanzione disciplinare, nella specie carceraria, e sanzione penale. Come è stato correttamente evidenziato in dottrina, guardando ai «provvedimenti disciplinari *tout court*, dovremmo concludere che essi non rientrano nella materia penale di estrazione europea»³⁸⁶, potendo pervenire, se si concludesse in senso contrario, ad effetti che «sarebbero devastanti»³⁸⁷.

Nel contesto dei provvedimenti propri dell'ordinamento carcerario la conclusione può però essere differente, dato l'indubbio carattere punitivo sovente posseduto da detti provvedimenti, nonostante non vi sia un orientamento univoco in seno ai giudici di Strasburgo. Nel caso di cui si tratta³⁸⁸, la Corte di Cassazione, pur precisando che tale «valutazione non può essere generalizzata ed estesa a tutte le sanzioni disciplinari», essendo necessaria una verifica caso per caso, conclude circa la natura penale della sanzione disciplinare irrogata nel contesto dell'ordinamento carcerario, costituita dall'isolamento diurno per cinque giorni, ex art. 39 ord. penit., in ragione della significativa gravità.

³⁸⁶ Così R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. Pen.*, n. 10, 2017, p. 3832

³⁸⁷ *Ibid.*, a sostegno della tesi esposta viene riportato un caso esemplificativo da cui emergono in tutta evidenza i risultati cui potrebbe pervenirsi. In particolare viene ipotizzato il caso in cui una pubblica amministrazione licenzi un proprio dipendente per furto, irrogando così il provvedimento disciplinare più afflittivo possibile. Se si comprendesse tale provvedimento nella materia penale, verrebbe precluso l'accertamento del reato, conclusione senza dubbio non condivisibile.

³⁸⁸ Cass.Sez. II, sent. 15 dicembre 2016, n. 9184

Tale sanzione disciplinare era stata irrogata come conseguenza del danneggiamento di una finestra della casa circondariale in cui era detenuto in regime di custodia cautelare. Il procedimento di fronte la Corte di Cassazione aveva dunque ad oggetto la compatibilità tra detta sanzione disciplinare, e un procedimento penale per cui era stata esercitata l'azione con l'imputazione per danneggiamento.

Vista la conclusione raggiunta dai giudici di legittimità circa la natura penale dell'isolamento diurno per la durata di 5 giorni, l'affermazione della legittimità del doppio procedimento viene argomentata facendo leva sui criteri atti a verificare la sufficiente connessione. Più specificamente, l'elemento evidenziato in relazione al caso concreto è la contiguità temporale tra procedimenti³⁸⁹, non potendosi ancora nulla dire riguardo la proporzionalità complessiva della sanzione, dato che al momento della decisione non era ancora stata irrogata quella formalmente penale. Rispetto a tale contiguità affermata dalla Corte non sono mancate critiche in dottrina. In particolare è stato evidenziato come, conclusosi il procedimento disciplinare nel 2014, quello penale si è protratto per più di due anni dalla conclusione del primo³⁹⁰.

La Corte opera anche una valutazione, in astratto, circa il legame materiale sussistente tra le procedure in questione, concludendo a favore della sussistenza dello stesso, in ragione delle differenti finalità delle sanzioni, della prevedibilità in merito alla plurioffensività della condotta, e della possibilità di sospensione del giudizio finalizzato ad irrogare la sanzione disciplinare.

Altra contraddizione censurata è costituita da un aspetto che probabilmente tanto farà discutere. Ci si riferisce alla difficile compatibilità tra l'affermare da un lato la natura materialmente penale di una sanzione formalmente amministrativa, sostenendo nello stesso tempo che essa persegue finalità diverse da quelle

³⁸⁹ Ibid., § 5.3

³⁹⁰ Cfr., per una ricostruzione del caso e relative criticità, 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- disciplinare (penitenziaria)*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 4, 2017, p. 298

preventive proprie della sanzione formalmente penale³⁹¹. Ed è stato proprio questo il ragionamento adottato dalla Corte nel caso di specie, la quale si riconosce natura penale alla sanzione disciplinare, ma afferma poi che essa ha la limitata funzione di presidiare l'ordine interno all'istituto penitenziario.

L'apparente contraddizione non sembra insanabile, ma senza dubbio non può non rimarcarsi la difficoltà di giungere a conclusioni che assicurino un buon grado di predeterminabilità delle decisioni.

Passando ad un contesto differente, si può richiamare un'altra pronuncia della Cassazione, la quale si è trovata, come non di rado avviene, ad esprimersi sul rapporto tra sanzioni penali e sanzioni tributarie.

Il caso d'esame riguardava specificamente il cumulo tra l'irrogazione di una sanzione amministrativa e lo svolgimento di un procedimento penale per i delitti previsti agli art. 2 e 8 del d.lgs. 74/2000. Anche in questo caso il mutamento giurisprudenziale è determinante, e conduce a conclusioni che non sarebbero state prevedibili al momento della proposizione del ricorso, dato che è stato effettuato dopo l'emanazione della sentenza Grande Stevens ma prima della pronuncia A e B c. Norvegia.

Da ciò discenderebbero considerazioni critiche relative alla possibilità di applicare la legge più favorevole al reo. Nel decidere, i giudici di legittimità, se da un lato ripercorrono le argomentazioni enunciate a Strasburgo, nel verificare la rispondenza della situazione concreta a queste ultime, si limitano ad effettuare un succinto richiamo al dato temporale. Viene infatti affermato che la violazione dell'art. 4 prot. 7 non sarebbe prospettabile sulla base del semplice fatto che può rinvenirsi “quella stretta connessione temporale tra i due procedimenti che costituisce l'elemento per ritenere che le due sanzioni irrogate possano essere considerate quali parti di un unico sistema sanzionatorio adottato da uno Stato per sanzionare la commissione di un fatto illecito”³⁹².

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Cass., Sez. III, sent. 22 settembre 2017, n. 6993, §6

Stante l'assenza di un effettivo esame riguardo alla sussistenza della connessione sotto il profilo sostanziale, sembrerebbe che la Corte rovesci «la prospettiva metodologica implicitamente avallata dalla decisione Jòhannesson e a. c. Islanda»³⁹³, contraddicendo in maniera palese la necessità di verificare la sussistenza della connessione tanto dal punto di vista sostanziale che da quello temporale³⁹⁴, dovendosi ritenere sussistente soltanto nel caso in cui vengano soddisfatti tutti gli indici richiesti. Senza dubbio, così facendo, si adotta una interpretazione ancor più restrittiva di quella già di recente ridotta dai giudici della Convenzione.

Ma è anche vero che, ad un attento sguardo, gli indici da essi enumerati, fanno sorgere numerose perplessità, anche riguardo alla loro efficacia ed effettiva capacità di fungere da criteri realmente discretivi, con conseguenti difficoltà applicative per i giudici interni, che si trovano a fare i conti con criteri altamente indefiniti.

3.3. La Corte di Lussemburgo sul doppio binario: la possibilità di limitare il diritto garantito dall'art. 50 CDFUE. Condizioni di legittimità della limitazione

Di recente, la Corte di Lussemburgo, come preannunciato, si è espressa in materia di *ne bis in idem*, ed in particolare riguardo alla compatibilità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio presenti in Italia, nelle materie di tutela del mercato e del diritto tributario, con l'art. 50 CDFUE. L'occasione è scaturita dalle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dai giudici italiani, in particolare una dal Tribunale di Bergamo, e le altre due dalla Corte di Cassazione Sez. civile.

³⁹³ Così, A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 3, 2018, p. 272

³⁹⁴ *Ibid.*, p.273 per considerazioni critiche circa la posizione assunta dai giudici di legittimità

Il contesto nel quale si inseriscono tali pronunce è quello di poco successivo alla pronuncia A e B c. Norvegia, nonostante il rinvio fosse stato fatto antecedentemente alla emanazione di quest'ultima. Il tempismo seguito dai giudici di Lussemburgo è stato infatti particolarmente felice, nel senso che, se si fossero pronunciati in tal modo antecedentemente all'innovativa pronuncia emanata a Strasburgo, il contrasto tra gli orientamenti seguiti nelle due sedi sarebbe stato al tempo particolarmente marcato.

A tal proposito può ricordarsi come nella causa Menci vi sia stata ordinanza di riapertura della fase orale proprio in conseguenza della nuova ricostruzione del *ne bis in idem* operata dalla Corte Edu. Pare opportuno riprendere sommariamente le vicende ed i punti di diritto trattati nei singoli casi, per poi cercare di delineare unitariamente quella che è la posizione assunta dai giudici comunitari riguardo al problema del doppio binario³⁹⁵.

Si parta proprio dal caso Menci³⁹⁶, originato dal rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Bergamo, con il quale si interroga la Corte di Giustizia chiedendole testualmente «se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 [protocollo] n. 7 [della 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».

In particolare, il ricorrente, all'esito ad un procedimento amministrativo, ha visto inflitta nei suoi confronti da parte dell'Amministrazione finanziaria, una sanzione amministrativa pari al 30 % dell'importo evaso³⁹⁷, in aggiunta al dovere di versare l'importo dell'IVA dovuto. Divenuta definitiva tale decisione, è stato avviato un procedimento penale per i medesimi fatti, integranti anche i reati di omesso

³⁹⁵ Per una sommaria ricostruzione delle pronunce, cfr., A. GALLUCCIO, *La grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, n.3, 2018, pp. 286 ss.; ancora, F. CONSULICH- C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto euorunitario e convenzionale*, in *Giur. Pen.*, n. 4, 2018

³⁹⁶ Corte Giust., 20 Marzo 2018, Menci, C-524/15

³⁹⁷ Sanzione irrogata a norma dell'art. 13 comma 1° del decreto legislativo n. 471/97

versamento di ritenute dovute o certificate ed omesso versamento d'IVA, previsti rispettivamente dagli art. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000.

La Corte di Giustizia afferma in via preliminare la pertinenza della materia in questione al campo d'applicazione della Carta di Nizza, ricordando l'obbligo gravante in capo agli Stati membri di adottare tutte le misure legislative ed amministrative necessarie per garantire l'integrale riscossione dell'IVA dovuta nei rispettivi territori³⁹⁸. Enfatizza tale obbligo menzionando anche l'art. 325 TFUE, il quale «impone loro di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari»³⁹⁹.

Nel conformarsi a tale obbligo gli Stati godono di un'ampia discrezionalità, in particolare nella scelta delle sanzioni applicabili, essendo liberi di optare per sanzioni penali, amministrative, o per una combinazione delle due⁴⁰⁰.

Altra questione preliminarmente affrontata dalla Corte scaturisce proprio dalle parole utilizzate dal giudice italiano nel formulare il rinvio pregiudiziale il quale, nel richiedere la compatibilità del sistema nazionale con l'art. 50 CDFUE, prospetta un'interpretazione di quest'ultimo effettuata compatibilmente con la CEDU e la sua giurisprudenza. I giudici comunitari, pur non statuendo univocamente ed in maniera generale, affermano che «l'esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, in particolare, del suo articolo 50»⁴⁰¹.

Affermano quanto detto dopo aver rammentato che, nonostante quanto previsto dall'art. 6 par. 3 TUE, la Convenzione Edu non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, a nulla rilevando il fatto che il summenzionato art. 6 del

³⁹⁸ Obbligo che discende dagli art. 2 e 273 della direttiva 2006/112, relativa appunto al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, letti in combinato disposto con l'art. 4 par. 3 TUE, concernente il principio di leale cooperazione tanto nei rapporti interstatali, che in quelli intercorrenti tra Stato membro e istituzioni dell'Unione

³⁹⁹ Corte Giust., 20 Marzo 2018, Menci, C-524/15, § 19

⁴⁰⁰ Ibid., § 20; Corte giust. 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, § 34

⁴⁰¹ Ibid., §24

TUE attribuisca ai diritti previsti dalla Convenzione il rango di principi generali del diritto dell'Unione.

Vengono poi analizzati dalla Corte i due tradizionali punti nodali delle situazioni di *bis in idem*, ovverosia la natura penale di procedimenti e sanzioni, e l'identità del reato. Sul primo punto, facendo ricorso ai consueti criteri, si conclude circa il carattere penale delle sanzioni, facendo soprattutto leva sul carattere repressivo della sanzione e sull'afflittività della sovrattassa irrogata.

Circa l'identità fattuale, la conclusione affermativa viene raggiunta facendo riferimento al tradizionale concetto di fatti materiali, intesi come circostanze concrete ed inscindibilmente collegate tra loro, e negando la rilevanza dell'ulteriore elemento psicologico richiesto affinché sia integrata la fattispecie penale. Argomentazione determinante per la decisione della Corte è stata quella che i giudici hanno affrontato in ultima battuta. In particolare, essi hanno concluso a favore della legittimità del cumulo procedimentale e sanzionatorio semplicemente affermando che ciò non rappresentasse una violazione dell'art. 50 CDFUE, ma soltanto una limitazione del diritto in esso sancito, ammissibile a norma dell'art. 52 par. 1 CDFUE. È quindi di fondamentale importanza analizzare i presupposti legittimanti la compressione dei diritti sanciti nella CDFUE, per poi trasporli nel caso concreto, e metterli a raffronto con la normativa in materia fiscale.

L'art. 52 prevede espressamente la possibilità di predisporre limitazioni ai diritti enunciati nella Carta, subordinandone la legittimità al fatto che siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale dei diritti compressi, e rispondano al principio di proporzionalità. Intendendo, con il rispetto del criterio di proporzionalità, che le limitazioni vengano apportate solo in quanto siano necessarie, rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui.

Analizzando le circostanze del caso di specie viene rilevato come, indubbiamente, fosse rinvenibile una disposizione di legge che prevedesse il cumulo di procedimenti l'uno formalmente amministrativo e l'altro penale ed esclusivamente

a condizioni tassativamente indicate, potendosi così considerare, secondo le parole della Corte, rispettato il contenuto essenziale del diritto.

Circa la rispondenza della limitazione del *ne bis in idem* ad un interesse generale, i giudici si pronunciano in senso positivo, essendo quello della riscossione integrale dell'IVA, e più in generale quello della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, un interesse a cui viene fatto costante riferimento nella giurisprudenza comunitaria. Inoltre, riprendendo un criterio enunciato a Strasburgo, pur se introducendolo con un avverbio alquanto ambiguo per collocazione, viene affermato che il cumulo di procedimenti può essere giustificato «allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardano, in vista della realizzazione di un obiettivo siffatto⁴⁰², scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»⁴⁰³.

Passando al principio di proporzionalità, la Corte prova, pur se in maniera inevitabilmente evanescente, visto il concetto di cui si parla, a riempirlo di un significato palpabile. Essa afferma che, per rispettare tale criterio, il cumulo di procedimenti e sanzioni previsto non debba superare i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi. Inoltre, nel caso in cui vi sia la possibilità di scegliere tra una pluralità di misure appropriate, bisogna prediligere la meno restrittiva, evitando che il destinatario delle misure subisca ripercussioni sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti dalla normativa di riferimento⁴⁰⁴.

Anche nelle argomentazioni della Corte di Lussemburgo diviene dunque centrale, in tema di *ne bis in idem*, il concetto di proporzionalità, pur se in un contesto ancora più esteso rispetto a quello in cui si inseriva nella pronuncia della Corte Edu, la quale parlava esclusivamente di proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate rispetto al reato. Dai giudici comunitari il concetto viene sì considerato

⁴⁰² La Corte si riferisce all'obiettivo, di interesse generale, della riscossione integrale dell'IVA dovuta

⁴⁰³ Corte Giust., 20 Marzo 2018, Menci, C-524/15, §44

⁴⁰⁴ Ibid., 46

come criterio di valutazione della misura complessiva delle pene irrogate, che devono essere appunto proporzionate rispetto al grado di gravità del reato⁴⁰⁵, ma anche come criterio generale di bilanciamento tra differenti diritti garantiti dalla Carta.

Riguardo la commisurazione delle pene, nel caso di specie, viene considerato determinante il meccanismo previsto dall'art. 21 d.lgs. 74/2000, prevedendo quest'ultimo l'ineseguibilità delle sanzioni amministrative irrogate, nel caso in cui il soggetto interessato subisca una condanna in sede penale.

Altra analogia riscontrabile mettendo a confronto le argomentazioni delle due Corti è quella relativa alla necessità di un coordinamento tra i procedimenti, pur potendosi evidenziare rispetto a tale requisito una divergenza.

A Strasburgo, infatti, per stabilire se siano adeguatamente coordinati tra loro, si guarda soprattutto al concreto svolgimento dei procedimenti, mentre, la Corte di Lussemburgo, mette in primo piano l'esistenza di una normativa che preveda in astratto una coordinazione finalizzata a ridurre allo strettamente necessario l'onere che il cumulo comporta per l'interessato⁴⁰⁶.

Nonostante ciò viene esplicitamente sancito, lasciando dunque teoricamente ad esso l'ultima parola, che il giudice del rinvio abbia il compito di esaminare il concreto andamento dei procedimenti, la proporzionalità delle pene e degli oneri aggiuntivi gravanti sull'interessato.

Più in generale sarà quindi il giudice nazionale a verificare se, quanto considerato astrattamente legittimo sul piano della legislazione da parte della Corte di Giustizia sia, nella sua applicazione concreta, effettivamente rispondente ai requisiti previsti dai giudici sovranazionali o dalle Carte di riferimento.

Ricapitolando quanto esposto, i giudici concludono affermando che può considerarsi legittima, ai sensi dell'art 50 CDFUE, una normativa che preveda la possibilità di instaurare un procedimento penale a carico di un soggetto già

⁴⁰⁵ La Corte al punto §55 della sentenza in esame richiama infatti l'art. 49 par. 3 CDFUE, il quale recita testualmente che «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»

⁴⁰⁶ Ibid., 54§

sanzionato in via amministrativa, pur con sanzione di natura penale, per omesso versamento d'IVA, purché tale doppio binario persegua un obiettivo di interesse generale, procedimenti e sanzioni abbiano scopi complementari, i procedimenti siano coordinati in modo tale da ridurre al minimo gli oneri aggiuntivi per l'interessato, e siano presenti norme deputate a garantire la proporzionalità delle pene rispetto alla gravità del reato.

Tale argomentazione, pur con le rilevanti differenze di cui si darà conto di qui in seguito, orienta il filo conduttore delle due pronunce relative al settore degli abusi di mercato, quantomeno nelle ragioni giustificatrici della compressione del diritto. In particolare, ci si riferisce agli altri due casi scaturiti da altrettanti rinvii pregiudiziali effettuati entrambi dalla giurisdizione di ultimo grado, che è necessario analizzare separatamente.

Il caso *Garlsson Real Estate*⁴⁰⁷, scaturito da un rinvio operato dalla Cassazione civile in pendenza di un procedimento di opposizione avverso un provvedimento sanzionatorio emanato dalla CONSOB per l'illecito amministrativo ex. art. 187-ter (avente natura penale), porta la Corte di Giustizia a prendere posizione circa la compatibilità del regime di doppio procedimento e doppia sanzione per il reato di manipolazione del mercato. I ricorrenti avevano infatti già definito, mediante patteggiamento, un procedimento penale instaurato nei loro confronti per il reato di cui all'art. 185 TUF che, come abbiamo in precedenza osservato, è integrato dal medesimo fatto richiesto per l'art. 187-ter.

La Corte ripercorre, analogamente a quanto fatto nella sentenza *Menci*, i principali punti interpretativi propedeutici alla decisione sul punto.

In sintesi, verificata l'applicabilità dell'art 50 al caso di specie, essendo l'art. 187-ter attuativo della direttiva 2003/6/CE, accertata la natura penale delle sanzioni da quest'ultimo previste, presentando, esse, una non celata finalità repressiva⁴⁰⁸, ed affermata la medesimezza del fatto, facendo riferimento all'identità delle condotte

⁴⁰⁷Corte di Giust., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16

⁴⁰⁸ In tal caso la sanzione amministrativa pecuniaria oscillava dai ventimila euro ai cinque milioni, con l'eventualità che in certi casi fosse aumentata fino al triplo, o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito

di manipolazione integranti i due illeciti, i giudici passano a vagliare la legittimità della limitazione del diritto al *ne bis in idem* rispetto ai canoni enunciati nell'art. 52.

Non si comprende, a questo proposito, il rimando al caso Spasic⁴⁰⁹, dato che i presupposti della limitazione al diritto furono radicalmente differenti, trattandosi di un caso transnazionale, per il quale vige espressamente la condizione dell'esecuzione, non contemplata nel contesto nazionale.

Tornando al caso in esame, nell'affermare la sussistenza di un interesse generale alla cui protezione sono preordinate le limitazioni al diritto, la Corte, stavolta, rinviene tale interesse nella tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari.

Da un lato, la Corte, come nel caso Menci, ribadisce la discrezionalità riguardo alle scelte sanzionatorie in capo agli Stati, sottolineando la legittimità di duplicità di sanzioni per un medesimo fatto di manipolazione del mercato, e rimarcando la necessità che quelle penali siano riservate a violazioni più gravi, particolarmente dannose per la società.

La legislazione nazionale è giudicata coerente con tali presupposti.

Viene inoltre rispettato da quest'ultima il criterio per cui è necessaria la presenza di previsioni chiare e precise idonee a predeterminare i casi in cui sia possibile il cumulo di procedimenti⁴¹⁰. Si ricorda, per inciso, che tale aspetto costituisce anche indice di legittimità per i giudici di Strasburgo, che lo considerano, tra gli altri, indicativo della sufficiente connessione.

Arriviamo al punto su cui la Corte di Giustizia si è soffermata, rinvenendo in esso l'elemento di frizione tra garanzia prevista nella Carta e sistema interno. L'aspetto censurato, pur in maniera poco chiara, tale da non consentire di trarne criteri capaci di predeterminare con sufficiente certezza future posizioni sull'argomento, è

⁴⁰⁹ Corte di Giust., 27 maggio 2014, Spasic, C-129/14

⁴¹⁰ Corte di Giust., 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate, C-537/16, §52-53. La Corte considera integrato il requisito in conseguenza della presenza dei due art. 185 e 187-ter TUF, i quali predeterminano le condizioni alle quali le condotte di manipolazione diano luogo alla irrogazione delle sanzioni rispettivamente in essi previste

quello della eccedenza delle sanzioni irrogate rispetto a quanto sia ritenuto strettamente necessario per garantire la tutela degli interessi generali di fatto collidenti con quello all'unicità della persecuzione.

In particolare, nel caso di specie, può notarsi l'attenzione della Corte a non effettuare una presa di posizione univoca sull'argomento, limitandosi a censurare quanto avvenuto nel caso concreto, ma affermando nello stesso tempo che quanto in tale contesto è ritenuto illegittimo, non è generalmente precluso dall'art. 50 CDFUE. Il determinante utilizzato per giustificare tale distonia di affermazioni è rinvenibile nell'art. 14 della direttiva 2003/6/CE.

Posto che tale disposizione richiede agli Stati membri di permettere l'irrogazione di sanzioni amministrative in aggiunta a quelle penali per violazioni della direttiva, il punto rilevante per la decisione ritorna ad essere il principio di proporzionalità. In chiusura viene infatti statuito, dalla norma richiamata, che *gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive*.

È in relazione a tali criteri che la Corte censura la normativa italiana, lasciando comunque al giudice del rinvio uno spazio di manovra per così dire "condizionato", riservando a quest'ultimo la parola definitiva circa la proporzionalità delle sanzioni irrogate. I giudici di Strasburgo affermano infatti esplicitamente che, lo svolgimento di un procedimento per l'irrogazione della sanzione pecuniaria ex art. 187-ter, quando il soggetto sia già stato condannato penalmente in maniera definitiva ex art. 185, sia eccedente rispetto a quanto strettamente necessario per tutelare gli interessi generali concernenti il mercato finanziario, ciò, a patto che, la sanzione penale irrogata sia idonea a reprimere l'infrazione in modo efficace, proporzionato e dissuasivo⁴¹¹.

Nel caso di specie, evidentemente, la sanzione irrogata dall'autorità giudiziaria in sede penale sembrerebbe essere stata considerata come efficace, proporzionata e dissuasiva, ritenendo infatti eccessiva l'instaurazione del procedimento amministrativo.

⁴¹¹ Ibid., §57-59

Più in particolare, i giudici hanno vagliato la presenza di un meccanismo idoneo a garantire la proporzionalità complessiva delle pene, segnando un altro punto in comune con gli indici enunciati nella sentenza A e B c. Norvegia.

La previsione deputata a tale funzione è costituita, nel settore del mercato finanziario, dall'art. 187-*terdecies* TUF, il quale però si occupa esclusivamente dello scomputo, dall'importo delle sanzioni pecuniarie irrogate in sede penale, di quanto già subito a fronte di sanzioni applicate dall'autorità amministrativa.

La Corte di giustizia ritiene dunque quanto segue: «detto articolo non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione»⁴¹².

Ciò anche in ragione del fatto che l'illecito penale ex art. 185 prevede la pena della reclusione, da un minimo di uno ad un massimo di sei anni, oltre che una multa.

Occupandosi però l'art. 187-*terdecies* esclusivamente della compensazione tra sanzioni pecuniarie, benché entrambe di natura penale, e nulla dicendo in merito a misure detentive, non sembra adatto ad assicurare un bilanciamento tra le sanzioni.

Denunciando l'inidoneità di detta norma a garantire una complessiva proporzionalità delle sanzioni la Corte sembra voler lasciare intendere l'auspicabilità di un meccanismo che permetta un bilanciamento tra pene detentive e pecuniarie, e che equipari sanzioni che formalmente, secondo il nostro ordinamento, sarebbero di natura penale, a sanzioni che invece consideriamo amministrative, trattandole di conseguenza in maniera differente. Tale strada non è facilmente percorribile, quantomeno al netto di numerosi inconvenienti, ingiustizie e mancanza di efficienza del sistema, che stenta a trovare un punto di equilibrio. Infatti, il diritto penale ha tradizionalmente posseduto la peculiarità di poter incidere sul fondamentale diritto della libertà personale, da quando gli è stato reso indisponibile quello della vita; pensare di metterlo sullo stesso piano degli altri rami dell'ordinamento, quantomeno dal punto di vista delle garanzie

⁴¹² Ibid., 60

necessarie a strutturare un sistema sostanziale e procedurale che collida al minimo con quello che è il comune sentire del momento, sembra scelta alquanto rischiosa. In nome di un innalzamento degli standard di tutela, obiettivo cui tendenzialmente sembra comunque volersi dirigere, si rischia di comportarne uno svilimento.

Così facendo la Corte da un lato “sancisce”, o meglio tutela, l’autorità negativa del giudicato formalmente penale nel caso di specie, ma nello stesso tempo lo relativizza, allacciando il suo effetto preclusivo ad un apprezzamento tipicamente rientrante nel campo del diritto sostanziale, ed avente carattere valoriale, dunque che pecca senza dubbio di predeterminabilità.

Adottando un concetto sostanziale di materia penale il rischio che si corre è quello di creare dei gravi squilibri nel sistema giuridico nazionale, anche in termini di giustizia e legalità, sia formale che sostanziale. Queste considerazioni possono apparire più plausibili dopo aver esaminato il terzo pronunciamento dei giudici di Lussemburgo sul tema. Originato da due rinvii pregiudiziali contestualmente effettuati dalla Corte di Cassazione, concernenti questa volta gli illeciti previsti dagli art. 184 e 187-*bis* TUF, relativi alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate.

Il caso in questione è originato precisamente nel contesto del giudizio di opposizione contro i provvedimenti sanzionatori CONSOB, ex art. 187-*bis*, effettuato da due soggetti che erano già stati assolti in sede penale dall’imputazione contenente lo speculare reato previsto dall’art. 184, integrato dal medesimo fatto storico previsto per l’illecito amministrativo, con sentenza pronunciata nel senso che i fatti integranti il reato non erano provati.

Al centro della questione, per come prospettata dalla Suprema Corte nazionale, si inserisce anche l’art. 654 c.p.p., il quale prevede «l’efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi», segnatamente nei confronti di imputato, parte civile e responsabile civile che si sia costituito o sia intervenuto nel processo penale.

L’efficacia dell’accertamento effettuato in sede penale, ai fini del rinvio pregiudiziali davanti i giudici di Lussemburgo, assume rilevanza centrale, data la

peculiare e da più parti criticata posizione della CONSOB nei processi penali relativi ai reati di abusi di mercato.

Essa ha infatti facoltà di costituirsi parte civile⁴¹³, a norma dell'art. 187-*undecies* TUF, richiedendo, a titolo di riparazione, i danni cagionati all'integrità del mercato. Il rinvio pregiudiziale vede dunque i giudici nazionali di ultima istanza porre alla Corte di Giustizia un tale quesito: «se l'art. 50 CDFUE vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali»⁴¹⁴. Ad essere messa in discussione è dunque l'autorità positiva di cosa giudicata disciplinata dall'art. 654 c.p.p., che a chiare lettere imporrebbe, anche nella situazione concreta, l'efficacia di giudicato della sentenza penale irrevocabile, pronunciata a seguito di dibattimento, in sede di giudizio amministrativo. La prima condizione richiesta, oltre alla senza dubbio riscontrabile posizione di imputato e parte civile rivestita dalle parti nel giudizio penale, è l'identità materiale dei fatti che furono oggetto di detto giudizio, purché in esso rilevanti ai fini della decisione, rispetto ai fatti dal cui accertamento dipenda l'accertamento del diritto o interesse su cui si controverte in sede amministrativa. Identità materiale che senza alcun dubbio sarebbe riscontrabile dal raffronto, che ne mostra una totale sovrapponibilità, tra le condotte tipiche previste dagli art. 187-bis e 184 TUF.

La Corte di Giustizia, nel rispondere al quesito, ne opera una riformulazione, interrogandosi sul se l'art. 14, par. 1 dir. 2003/6, il quale legittima limitazioni al principio del *ne bis in idem*, letto alla luce dell'art. 50 CDFUE, debba intendersi nel senso che esso osti ad una normativa nazionale come quella delineata dall'art. 654 c.p.p., ai sensi della quale un procedimento finalizzato ad irrogare una

⁴¹³ Si veda supra, cap. 3.1.2

⁴¹⁴ Corte di Giust., 20 marzo 2018, Di puma e Zecca, cause riunite C-596/16 e C-597/16

sanzione amministrativa non può essere instaurato a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione, nella quale è stata dichiarata la non provata sussistenza dei fatti dai quali origina tanto l'illecito penale quanto quello amministrativo. Verificata positivamente la sussistenza del *bis* e dell'*idem factum*, come nelle altre pronunce, l'aspetto cruciale risiede nella valutazione circa la legittimità della limitazione ex art. 52 CDFUE del diritto previsto all'art. 50.

Pur ribadendo, analogamente a quanto fatto nella sentenza *Garlsson Real Estate*, che l'interesse all'integrità dei mercati e la fiducia del pubblico negli stessi sia obiettivo idoneo a fondare limitazione del diritto in questione, nel caso di specie, «la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo»⁴¹⁵, ciò alla luce del fatto che è già stata emanata una «sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione».

Nel giungere a tale conclusione, i giudici di Lussemburgo operano un richiamo ad una precedente giurisprudenza⁴¹⁶ che, in linea con la rilevanza del principio di autorità della cosa giudicata, si è più volte pronunciata nel senso che «il diritto dell'Unione non impone di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale»⁴¹⁷.

Tale affermazione sembrerebbe perdere assolutezza guardando le successive parole della Corte, a rigore delle quali, «nella fattispecie, nessuna circostanza particolare dei procedimenti principali, giustifica un approccio diverso»⁴¹⁸.

La Corte, però, nell'argomentare, riserva un posto di rilievo al rispetto del principio della cosa giudicata, sottolineando che tale efficacia positiva, secondo l'art. 654 c.p.p., è limitata alle affermazioni in punto di fatto, e frutto di sentenze penali pronunciate in contraddittorio. A corroborare la conclusione raggiunta viene

⁴¹⁵ Ibid., §44

⁴¹⁶ Il richiamo va alle pronunce: Corte di Giust., 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, §58-59; e Corte di Giust., 6 ottobre 2015, *Társia*, C-69/14, §28-29

⁴¹⁷ Corte di Giust., 20 marzo 2018, *Di puma e Zecca*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, §31

⁴¹⁸ Ibid., §32

anche menzionata la possibilità, garantita alla CONSOB, di partecipare al procedimento penale in veste di parte civile. Attraverso questa facoltà, e l'ulteriore dovere, per l'Autorità di controllo del mercato, ex art. 187-*decies* TUF, di trasmettere alle autorità giudiziarie la documentazione raccolta nell'esercizio della propria attività, sarebbe reso possibile alla CONSOB di accertare che la sentenza penale venga pronunciata «tenendo conto di tutti gli elementi di prova di cui dispone detta autorità ai fini dell'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*bis* TUF»⁴¹⁹.

Ribadendo, in conclusione, la posizione della Corte è nel senso che l'art. 50 CDFUE, nel caso in esame, osti alla prosecuzione del procedimento amministrativo, teso ad irrogare una sanzione di natura penale, dato che, contrariamente facendo, si violerebbe il principio di proporzionalità e si andrebbe oltre quanto necessario per perseguire l'obiettivo di tutela dei mercati, in quanto una pronuncia definitiva emanata in sede penale riteneva i fatti integranti entrambi gli illeciti non provati.

In sintesi, i giudici di Lussemburgo, adottano il classico approccio tenuto dalle varie Corti deputate a dare concreta attuazione ed a riempire di significato principi generali a volte alquanto generici, quali sono i diritti previsti nelle varie Carte Costituzionali. È infatti consueto che, nell'attribuire un contenuto ai diritti contenuti tanto nella Costituzione, quanto nella CEDU, i rispettivi organi giurisdizionali si trovino sovente a dover operare un bilanciamento, sia tra diritti previsti all'interno di esse, che tra detti diritti ed esigenze della collettività, ispirandosi in genere a concetti teorici e di valore, non essendo rinvenibili previsioni chiare e unanimemente riconosciute che delineino una sorta di gerarchia tra diritti, pur essendo rimarcabile l'affermazione di un nucleo essenziale di diritti c.d. incompressibili⁴²⁰.

⁴¹⁹ Ibid., § 33

⁴²⁰ Cfr., C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, 2013, pp. 71 ss.

È infatti «connaturato alla fenomenologia dei diritti fondamentali»⁴²¹ il prevedere la possibilità che essi siano limitabili in quanto confliggenti con altri diritti o interessi collettivi, pur subordinando tale operazione ad un canone di proporzionalità; in quanto, essendo delineati quali «norme di principio, come tali destinate ad avere un campo di applicazione assai esteso ovvero non del tutto determinato»⁴²², diventa inevitabile operare un continuo bilanciamento in caso di conflitti tra alcuni di essi.

Nel caso specifico, la Corte comunitaria, effettua un bilanciamento tra il diritto al *ne bis in idem* ed altri obiettivi di interesse generale⁴²³, individuati, di volta in volta, nella integrale riscossione dell'IVA, o nella tutela dell'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Tali interessi contrapposti, sembrerebbero entrambi funzionali al tutelare le finanze dell'Unione considerata nel suo complesso, sia unitariamente intesa, che considerando i singoli Stati.

Si sancisce dunque l'idoneità sia degli interessi economici comunitari, che di quelli aleatori propri della generalità degli operatori del mercato, a fondare limitazioni dell'art. 50 CDFUE inteso in senso processuale. Tale limitazione viene comunque subordinata a determinati criteri, i quali peccano però di univocità e determinatezza. Non ci si riferisce solo al criterio di proporzione, rilevante tanto nel bilanciamento tra differenti diritti reciprocamente confliggenti, quanto nella sua connotazione quale canone di commisurazione della pena, compendiato nell'estrinsecazione negativa sancita all'art. 49 CDFUE⁴²⁴, concetto che per sua natura rimane inestricabilmente legato al caso concreto, dipendendo tanto dai diritti in gioco, che dalla gravosità delle limitazioni ad essi imposte.

Anche i criteri materiali e temporali indicativi della legittimità della limitazione, o, per Strasburgo, della *fictio iuris* della *reductio ad unum* dei procedimenti

⁴²¹ A. F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2017, p. 1074

⁴²² Ibid.

⁴²³ Corte Giust., 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, §65

⁴²⁴ Art. 49 CDFUE 3° c., recita: Le pene inflitte non devono essere sproporzionate al reato

paralleli, lasciano notevoli incertezze dato che spesso peccano di carattere discrezionale⁴²⁵, di determinatezza⁴²⁶, o di effettivo contenuto⁴²⁷.

È senza dubbio auspicabile, per quanto possibile, una valorizzazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Posto che la violazione del *ne bis in idem* processuale eterogeneo sembra poter divenire, quantomeno nei settori esaminati, ancor più frequente di quanto già si riscontri, sembrerebbe che il criterio di proporzionalità giochi un ruolo di primaria importanza in tale contesto⁴²⁸.

3.3.1. La rilevanza del mero dato temporale secondo il quale vengono emanate le sentenze, ed il macroscopico ruolo del giudice nazionale

Sembra utile, una volta esaminate le tre recenti pronunce dei giudici comunitari in materia, cercare di estrapolare da esse dei punti il più possibile capaci di costituire parametri quantomeno tendenzialmente univoci e duraturi che fungano da criteri indicativi e orientativi per risolvere le questioni di doppio binario.

Posto che in due casi la prima autorità ad essersi pronunciata con una sentenza definitiva è stata quella penale, dalle due decisioni concernenti tali situazioni può emergere un orientamento teso a garantire la preminenza del giudicato formalmente penale. Nonostante ciò, nulla viene affermato con univocità, se non che un accertamento in sede penale circa la mancata prova dei fatti integranti gli illeciti amministrativo e penale, renderebbe operativo l'art. 50 CDFUE, dovendosi in quel caso ritenere preclusa l'instaurazione del giudizio amministrativo.

⁴²⁵ Ci si riferisce alla predeterminazione delle sanzioni secondo la legge. Cfr., R.A. RUGGIERO, op. cit., p. 3837

⁴²⁶ Dato che quel nesso temporale sufficientemente stretto non è definito in maniera univoca dalle due Corti sovranazionali

⁴²⁷ La riduzione a quanto strettamente necessario degli oneri gravanti sul soggetto in conseguenza del cumulo può assumere connotazioni diametralmente opposte a secondo dello specifico contesto in cui si trovi ad essere considerato

⁴²⁸ Per una condivisibile visione a favore della valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale, tanto in relazione a due procedimenti, l'uno formalmente amministrativo e l'altro penale, che nel contesto di un unico procedimento penale, si veda ancora, A.F. TRIPODI, op. cit., p.1079 ss.

Nulla di nuovo, dato che così facendo si avalla semplicemente il disposto dell'art. 654 c.p.p., che tra l'altro presupporrebbe, al contrario, l'instaurabilità del procedimento amministrativo. Ma, dato che nel caso di specie i fatti su cui si controverte nelle due sedi sono identici, sembrerebbe ragionevole concludere in tal senso. Tale situazione potrebbe cambiare, poiché, su impulso del legislatore comunitario, l'illecito penale dovrebbe contenere l'aggiuntivo elemento psicologico del dolo (o è già richiesto?).

In tal caso non potrebbe considerarsi preclusa l'apertura di un procedimento amministrativo, anche se non fossero provati i fatti alla base dell'imputazione visto che, pur se non fosse provata la sussistenza del reato, potrebbe essere integrato l'illecito amministrativo.

Nel caso *Garlsson Real Estate*, analogamente a quanto avvenuto in quello appena richiamato, la prima procedura ad essere pervenuta ad una decisione definitiva è stata quella penale, con la differenza che in tal caso si trattò di una sentenza di condanna patteggiata. Nel caso di condanna, i giudici europei richiedono che, per dispiegare efficacia negativa nei confronti del procedimento formalmente amministrativo, la condanna irrogata in sede penale presenti i caratteri richiesti dalla normativa comunitaria di riferimento.

In particolare ci si riferisce agli oramai noti criteri di efficacia, proporzionalità e dissuasività. Tali parametri presentano caratteri senza dubbio aleatori, poco chiari, e di difficile definizione.

In conseguenza di una tale ricostruzione, risulta compromesso il principio di legalità, ed anche quello di prevedibilità delle pene, tanto caro alle istituzioni europee, e soprattutto alla Corte Edu.

Il primo è infatti continuamente messo sotto pressioni e forzature in conseguenza di spinte comunitarie, ma ciò è una quasi ineludibile conseguenza di un sistema che persegue scopi di integrazione così ambiziosi, i quali hanno sempre un rovescio della medaglia, data anche l'eterogeneità dei destinatari delle disposizioni normative. Sembrerebbe evidente che, per quanto riguarda il problema in esame, nei casi in cui sia emanata una sentenza penale di condanna, la possibilità di

precedere in sede amministrativa per lo stesso fatto dipenda dalla valutazione compiuta dal giudice in sede penale circa la proporzionalità, dissuasività ed efficacia delle sanzioni.

Un giudizio di tal genere, proprio del *ne bis in idem* sostanziale, intriso di apprezzamenti fondati su criteri di valore, e che stenta ad avere un formale riconoscimento anche nell'ambito del concorso apparente di norme in ambito strettamente penale, è primariamente riservato all'organo legislativo. Nell'effettuare una valutazione complessiva che tenga conto di differenti specie di pene, tra sanzioni pecuniarie che rientrano nel concetto di materia penale sovranazionale e pene in senso stretto, sembra difficile operare un bilanciamento tra misure detentive e pecuniarie. Un aspetto da cui emergono particolari criticità, è anche quello relativo al concreto ruolo svolto dal giudice nazionale.

La Corte di Giustizia ha infatti più volte affermato, nelle sentenze esaminate, la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE, considerandolo una garanzia direttamente invocabile dall'individuo, essendo attributivo di diritti ai soggetti dell'ordinamento. Ciò in quanto norma di diritto primario che sembrerebbe imporre obblighi precisi e categorici che non richiedono di alcun intervento ulteriore delle autorità comunitarie o nazionali⁴²⁹, quantomeno nelle materie regolate da norme attuative del diritto dell'Unione.

Pur essendo una posizione prevedibile ed anche da più parti auspicata, dato che tale è il generale regime del diritto primario dell'Unione, il conferire al giudice nazionale di prima istanza la possibilità di disapplicare disposizioni nazionali contrastanti con il diritto sovranazionale nella materia in questione presenta particolari risvolti.

I giudici di Lussemburgo hanno infatti costantemente sottolineato che spetti al giudice interno l'ultima parola circa la proporzionalità della limitazione del diritto ex art. 50 CDFUE, valutando la non eccedenza della limitazione rispetto a quanto necessario per perseguire gli obiettivi generali con essa confliggenti.

⁴²⁹ Corte di Giust., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16, §65

In tal modo, nel determinare la legittimità della compressione del diritto in questione, il giudice è tenuto a prendere in considerazione non più il solo «contrasto formale tra norma interna e discipline eurounitarie»⁴³⁰, ma con maggiori risvolti critici, ad effettuare un giudizio «di adeguatezza sostanziale della tutela rispetto agli standard di garanzia tracciati dal combinato disposto dell'art. 50 CDFUE e 4 prot. 7 CEDU»⁴³¹.

Ciò significa, non solo effettuare un bilanciamento tra contrapposte esigenze, il quale sembra, per le istituzioni dell'Unione, propendere sempre per la maggiore tutela di interessi a carattere economico, ma anche valutare, in relazione alla gravità dell'illecito, il carico «sanzionatorio e processuale sostenibile dall'accusato»⁴³².

Di recente, la Corte di Cassazione⁴³³, ha avuto l'occasione per pronunciarsi sull'applicazione del *ne bis in idem* nell'ambito degli abusi di mercato, recependo quelle che sono state le recenti posizioni delle due Corti sovranazionali, ed in particolare quanto statuito dai giudici di Lussemburgo nelle tre pronunce che abbiamo esaminato. In particolare viene in rilievo una situazione di doppia sanzione relativamente ai reati previsti dagli art. 185 e

187-ter del d.lgs. n. 58 del 1998, rispettivamente concernenti sanzioni penali ed amministrative per il medesimo fatto di manipolazione del mercato.

Dopo aver affermato la legittimità della doppia sanzione in ordine al medesimo fatto, subordinandola al rispetto del principio di proporzionalità, in linea con le posizioni dei giudici di Lussemburgo, passa a statuire circa la possibilità, per i giudici di legittimità, di vagliare il rispetto del canone della proporzionalità.

A tal proposito la Corte afferma che essa può «valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, c. 1°, lett. l), c.p.p., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto»⁴³⁴.

⁴³⁰ F. CONSULICH-C. GENONI, op. cit. p. 16

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid.

⁴³³ Cass., Sez. V, ud. 16 luglio 2018

⁴³⁴ *La Cassazione su manipolazione del mercato e ne bis in idem, dopo la Corte di Giustizia (informazione provvisoria)*, in *Dir.Pen.Cont.*, 23 luglio 2018

Con ciò si comprende il rinnovato interesse per la «costruzione di uno statuto della proporzionalità penale realmente forte»⁴³⁵, che vedrebbe i giudici comuni attori di un processo passibile di risvolti variamente valutabili.

In particolare, se da un lato si avrebbe un abbassamento della già carente certezza del diritto, dall'altro potrebbe aversi una maggiore attenzione per la legalità intesa in senso sostanziale. Ma quest'ultimo rimane comunque un obiettivo meramente eventuale, dipendente da un numero cospicuo di fattori non prevedibili, e che non necessariamente giustificano la perdita di certezza del diritto e legalità formale, funzionali anch'esse a garantire un'adeguata legalità sostanziale.

Tornando ad altra criticità conseguente a tali evoluzioni giurisprudenziali, può notarsi una contraddizione nel fatto che se la Corte di Giustizia sembra voler tutelare l'autorità di cosa giudicata delle sentenze penali, pur se in maniera indiretta, delineando una presunzione, non assoluta, di sufficienza della sanzione penale se irrogata per prima, non si spiega come, nel caso in cui sia la sanzione formalmente amministrativa ad essere irrogata per prima, sembra si lasci spazio all'irrogazione di sanzione penale. Quasi a voler rimettere in dubbio quel concetto di materia penale lungamente eletto a baluardo di un approccio sostanziale al diritto penale.

Ciò poteva sembrare una conclusione prevedibile, non essendo plausibile la previsione di un'efficacia negativa, nei confronti di giudizi penali, discendente da decisioni formalmente amministrative.

Pur potendosi rinvenire una certa bontà di fini, bisogna comunque sottolineare che, la ricerca di un equilibrio fondato su criteri sostanziali di valore, non analiticamente predeterminabili per definizione, debba auspicabilmente passare per degli adeguati congegni formali, al fine di scongiurare una totale indeterminazione del diritto e un'arbitrarietà nelle decisioni.

Con ciò non vuole dirsi che debbano necessariamente essere mantenuti congegni altamente formalizzati, ma che se da un lato è utile una contaminazione tra i due

⁴³⁵ A. F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3, 2017, p. 1079

piani, essa debba essere messa in atto con gradualità e non abbandonando le fondamentali garanzie previste dal nostro ordinamento giuridico.

Bibliografia

AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, in *Collana di testi e documenti di diritto europeo*, Giuffrè, 2006

ANDRIOLI V., voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.* vol. XI, Utet, 1965

BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, *Dir. Pen.Cont.*, n.5, 2017, pp. 271 ss.

BELLAVISTA G.-TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1987

BOLIS S., *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vaexata questio del ne bis in idem?*, in *Riv.Trim. Dir. Pen. Economia*, 3-4/2017

BONTEMPELLI M., *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2009

BURSTEIN M., *The will to enforce: An examination of the political constraints upon a regional court of human rights*, in *Berkley Journal of international law*, 2006, vol. 24

CALLARI F., *La Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009

CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008

CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Jovene, 1994

CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2005

CARBONE M., *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.2, 2008, p.239 ss.

CARINCI A., *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2015, pp. 499 ss.

- CARLI L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Soluzioni e proposte interpretative nei dibattiti della dottrina e della giurisprudenza*, Giuffrè, 1999
- CARNELUTTI F., *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 293 ss.
- ID., *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell'Ateneo, 1949
- ID., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161 ss.
- CASSIBBA F., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. Pen. Giust.*, n. 6, 2017, pp. 1098 ss.
- CATALANO E.M., *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004
- CESARI A., *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. Pen.*, n. 1, 1993, pp. 215 ss.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1923
- COMELLI A., *Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Utet, 2017
- CONTI C., *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014
- CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2016
- CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 2015
- CONSULICH F.-GENONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. Pen.*, n. 4, 2018
- CORBÌ F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2012
- CRESPI A., *Le argomentazioni «en forme de poire» e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv.Soc.*, n. 3, 2007
- CRISTIANI A., *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, 1991

D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, (collana diretta da), Dolcini-Fiandaca-Musco-Padovani-Palazzo-Sgubbi, Giappichelli, 2014

DANIELE M., *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005

DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, n. 2, 2017, pp.469 ss.

DEAN G., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004

DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963

DEL VECCHIO A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci, 2015

DI BITONTO M.L., *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, *Cass. Pen.*, n. 4, 2016, pp. 1335 ss.

FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, *Giur. Pen. Web*, n. 1, 2017

FERRUA P., *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in *Quest. Giust.*, 2003, p. 459 ss.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale: parte generale*, Zanichelli, 2014

FINOCCHIARO F., *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5, 2017, pp. 344 ss.

FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. Trib.*, n. 5, 2015, pp. 939 ss.

FOCARELLI C., *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, 2013

GAITO A.-RANALDI G., *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2005

GALANTINI N., *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Giuffrè, 1984

GALLUCCIO A., *La grande sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, n.3, 2018

- GIALUZ M., *Il ricorso straordinario per Cassazione*, Giuffrè, 2005
- ID., *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte Costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3308 ss.
- GIARDA A.-SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, V ed.
- GIOSTRA G., *L’archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, 1994
- GREVI V., *Archiviazione per “inidoneità probatoria” e obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, pp. 1309 ss., 1990
- ILLUMINATI G., a cura di, *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno “L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea”*, Bononia University Press, 2009
- ID., *Costituzione e processo penale*, *Giur. It.*, 2008, n. 2, Cedam, 2008
- KLIPP A., *European Criminal Law: An integrative approach*, Intersentia, 2012
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale, vol. III*, Jovene, 1961
- LEVI A., *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Cedam, 1950
- LORUSSO S., *Provvedimenti «allo stato degli atti» e processo penale di parti*, Giuffrè, 1995 COLLANA
- LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974
- ID., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2017
- LUPARIA L., *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, 2012
- MACCHIA A., *Nota a Corte cost. 12 gennaio 1995, n. 27*, in *Cass. Pen.*, 1995
- MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012

- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966
- MARANDOLA A., *Mancato opposizione delle parti e appellabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1622 ss.
- MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir.Pen.Cont.*, n. 4, 2015
- NORCIO L., *L'autorizzazione ex art. 414 c.p.p., tra garantismo apparente e garantismo reale*, in *Cass. Pen.*, 2001, pp. 40 ss.
- NORMANDO R., *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, a cura di L.Kalb, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G.Spangher, vol. VI, Utet, 2009
- NOTARO D., *Autorità indipendenti e norme penali. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Giappichelli 2010
- PADULA L., *L'archiviazione: modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005
- PEDRAZZI C., *Diritto penale, vol. I, Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003
- PISANI M., *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Giuffrè, 2005
- PROCACCINO A., *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in *Regole europee e processo penale*, Wolter Kluwer CEDAM, 2016
- RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p.621 ss.
- RANALDI F.- GAITO A., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2017, pp.103 ss
- RIVELLO P.P., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M.Chiavario, Utet, 1991
- ID., *Analisi in tema di ne bis in idem.*, *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1991, pp. 476 ss.
- ID., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1/2018, pp. 101 ss.

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2015, pp. 325 ss.

RUGGIERO R.A., *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. Pen.*, n. 10/2017, pp. 3809 ss.

SEGUIN J., *The case for transferring territorial jurisdiction in the European Union*, *Criminal Law forum*, 2001

SOTIS C., *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, *Ind. Pen.*, n.2, 2017, pp. 461 ss.

SPANGHER G., *Trattato di procedura penale, vol. VI, Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, L. Kalb (a cura di), Utet, 2009

SPIELMANN-TSIRLI-VOYATZIS, *La convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant*, Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, 2011

TABET G., *Collegamento tra fattispecie tributaria e fattispecie penale: riflessi di diritto processuale*, in *Rass. Trib.*, n. 2, 2015, pp. 303 ss.

TANZI A., *Note in tema di rapporti tra processo penale e processo tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, pp. 31 ss.

TEDESCHI A., *In tema di riapertura delle indagini a seguito di archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 2000, pp. 253 ss.

TESAURO F., *Ammissibilità nel processo tributario delle prove acquisite in sede penale*, *Rass. Trib.*, n. 2, 2015, pp. 253 ss.

TRANCHINA G., *Diritto processuale penale*, D.Siracusano-A.Galati-G.Tranchina-E.Zappalà, Giuffrè, 2013

TRINCHERA T.-SASSAROLI G.-MODUGNO F., *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, in *Dir.Pen.Cont.*, 24 settembre 2013

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 marzo 2014

ID., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 3, 2017, pp. 1047 ss.

ID., *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in Dir. Pen. Cont., n. 3, 2018, pp. 270 ss.

UBERTIS G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in Arch. pen., n. 1, 2012

URBANI F., *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della suprema corte*, in Dir. Pen. Cont., 2/2017

VAN BOCKEL B., *The ne bis in idem principle in EU law*, Kluwer Law International, 2010

VAN DER WILT H., *The european arrest warrant and the principle ne bis in idem*, in R. Blekxtoon & W. Van Ballegooij, *Handbook on the european arrest warrant*, Asser Press, 2005

VERVAELE J. , *The transnational ne bis in idem principle in EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in Utrecht law review, 2005, p. 100 ss.

VICOLI D., *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 2, 2015, pp. 1006 ss.

VIGANÓ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in Dir. Pen. Cont., 2016

ID., *La consulta e la tela di Penelope*, in Dir. Pen. Cont., 2/2015, pp. 333 ss.

ID., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in Dir. Pen. Cont., 2017

VIGONI D., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009

WYNGAERT-STESSENS, *The international Non bis in idem principle: Resolving some unanswered questions*, in International and Comparative Law Quarterly, 1999

ZAGREBELSKY V., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i diritti nazionali*, Incontro di studio su I diritti fondamentali e le corti in Europa, 2005

ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016

ZUFFADA E., *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 *Dir. Pen. Cont.*, n. 4 , 2017, pp. 295 ss.