

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLA EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE E DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Abstract: inglese

Abstract: Nel nostro ordinamento se il divieto di bis in idem, nella sua accezione processuale e sostanziale, come diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto trova applicazione nella materia penale, non può affermarsi altrettanto ove il medesimo fatto sia perseguito nei confronti della stessa persona in sede penale ed in sede amministrativa, riconoscendosi in tal caso ampia autonomia tra i procedimenti e tra le sanzioni amministrative e penali. Tuttavia, nella interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 aggiuntivo alla CEDU, la Corte di Strasburgo ha ritenuto applicabile il principio del ne bis in idem anche nel caso in cui il procedimento amministrativo si concluda con sanzione definitiva, alla quale debba riconoscersi natura penale in base ai criteri di qualificazione enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla sentenza Engel dell'8 giugno 1976. Ad un primo orientamento fatto proprio da tale Corte nella sentenza Grande Stevens ed altri del 4 marzo 2014, che faceva scattare il divieto di un nuovo procedimento dalla constatazione della definitività della sanzione irrogata nel primo procedimento ha fatto seguito un orientamento successivo, con sentenza A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016, che nega l'applicazione del principio del ne bis in idem allorché i due procedimenti siano avvinti da un legame sufficientemente stretto temporale e processuale, considerando anche i fattori normativi che interagiscono fra di essi. La giurisprudenza più recente della Corte di giustizia tiene conto del nuovo orientamento Corte EDU e, mentre per la materia tributaria (sentenza Menci del 20 marzo 2018) ravvisa l'esistenza di un coordinamento fra i procedimenti derivante dagli artt. 21 e 13 del d.lgs. n. 74/2000, con esclusione del divieto di bis in idem, nella materia finanziaria (sentenza Ricucci ed altri del 20 marzo 2018) non identifica alcun fattore normativo di coordinamento, ravvisando per lo più l'indipendenza dei procedimenti, con applicazione di detto divieto, sempre che le sanzioni residue siano effettive, proporzionate e dissuasive. Tuttavia, per i casi nei quali non è ravvisabile alcuna connessione rimane il problema se l'applicazione del ne bis in idem non violi il principio della determinatezza e legalità della sanzione penale (art. 25 Cost.), costituente un principio-cardine del nostro ordinamento costituzionale, che la stessa Corte di giustizia, con la sentenza Taricco 2 del 6 dicembre 2017, ha riconosciuto quale limite all'applicazione del diritto dell'Unione.

SOMMARIO: Premessa - 1. Basi normative del *ne bis in idem* - 2. Gli orientamenti della Corte EDU e primi arresti della Corte di cassazione - 3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE - 4. Funzione adeguatrice della Corte costituzionale - 5. Osservazioni conclusive

Premessa

Il principio del *ne bis in idem* è un principio generale di diritto (penale) presente in molti sistemi giuridici. In alcuni ordinamenti è riconosciuto quale principio di carattere costituzionale, come la clausola che proibisce la doppia punizione (*double jeopardy*) del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. In altri ordinamenti il divieto del doppio giudizio, nella sua accezione processuale e sostanziale, come diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto, è un concetto che, comunque, implica e sottende principi fondamentali di tutti gli Stati democratici: quello della certezza del diritto, da attivarsi anche mediante le statuizioni degli organi giudiziari; il diritto dell'individuo sottoposto a procedimento penale a non trovarsi illimitatamente esposto per lo stesso fatto alla pretesa punitiva dello Stato; il principio di economia processuale teso ad evitare il dispendio di risorse per l'accertamento di vicende già definite.

1. - Basi normative del *ne bis in idem*

La clausola del *ne bis in idem* trova il suo fondamento normativo innanzi tutto in fonti sovranazionali. L'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sancisce il diritto di non essere giudicato o punito due volte per il medesimo fatto, disponendo che: "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato". Tale norma è stata ripresa dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta anche "Carta di Nizza" dal luogo in cui fu proclamata, la prima volta, il 7 dicembre 2000 (successivamente, in una versione adattata, a Strasburgo il 12 dicembre 2007), secondo cui: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva".

L'art. 6, paragrafo 2, TUE riconosce alla Carta "lo stesso valore giuridico dei trattati"¹. Al paragrafo successivo è previsto che le sue disposizioni non estendono la tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione, rilevando tali disposizioni unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell'Unione è applicabile, come reiteratamente ribadito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia².

¹ Con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del "Trattato di Lisbona" fu attribuita alla Carta di Nizza "lo stesso valore giuridico dei trattati".

² Corte di Giustizia, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano*; sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10, *PUU, McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir*.

L'art. 52, paragrafo 3, della Carta statuisce poi che ove questa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". La norma della Carta, nel richiamare tali due concetti, intende appunto significare che occorre tener conto non soltanto del testo della Convenzione, ma anche della interpretazione che di essa è data dalla giurisprudenza della Corte EDU (cui è demandato tale compito), quando può considerarsi consolidata (Corte cost. n. 49 del 2015).

Al riguardo è opportuno ricordare che l'ordinamento della CEDU è distinto da quello dell'Unione europea. Dalla Convenzione, come da ogni altro trattato internazionale, non derivano norme direttamente applicabili da parte degli Stati contraenti, ma soltanto l'imposizione agli stessi di conformare la legislazione interna ai vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali", pur essendo lasciati liberi di scegliere le misure più idonee al riguardo. La giurisprudenza costituzionale (a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007) è costante nel ritenere le norme della CEDU quali "norme interposte" tra il piano costituzionale e quello delle leggi ordinarie. Pertanto, ove si profili un eventuale contrasto tra norma interna e quella della Convenzione, il giudice nazionale deve innanzi tutto verificare la praticabilità di una interpretazione della prima "convenzionalmente" orientata e, se l'esito è negativo, non potendo a ciò rimediare tramite la semplice disapplicazione della norma interna contrastante, egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost. A sua volta la Corte Costituzionale, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, verifica se la norma della Convenzione confligga con le altre norme della Costituzione e, nel caso in cui ciò dovesse eccezionalmente verificarsi, ne esclude la idoneità ad integrare il parametro considerato.

Riguardo alle norme della Carta di Nizza, se dotate di efficacia diretta³, in quanto riferibili al parametro di cui all'art.11 Cost., spetta al giudice nazionale il potere-dovere di non applicare le norme interne che sono in contrasto con esse e, nel caso di incertezza, può (deve, se giudice di ultima istanza) rimettere la questione alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TUE, per verificare la compatibilità della norma nazionale.

Il nostro ordinamento, in materia penale reca l'art. 649, primo comma, c.p.p. che così recita: "L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze..."⁴.

In caso di concorso tra una sanzione penale ed una amministrativa astrattamente applicabili alla medesima fattispecie, risolve invece l'antinomia normativa in base al principio di specialità in virtù del quale la norma speciale deroga quella generale, prevalendo su questa, secondo quanto stabilito, in generale, dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981 ("Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale") ed, in particolare, in materia tributaria, dall'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000 ("Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II [*che disciplina i delitti tributari*] e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale")⁵.

2. - *Gli orientamenti della Corte EDU e primi arresti della Corte di cassazione*

In tempi recenti si è registrata una rinnovata attenzione da parte di giurisprudenza e dottrina per il principio del *ne bis in idem* nei settori dell'ordinamento caratterizzati da un doppio binario sanzionatorio sotto la spinta di alcune pronunce delle Corti europee ed, in particolare, della sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri c. Italia*.

In tale procedimento i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 in un caso in cui, già sanzionati in sede amministrativa avanti la CONSOB, per una "accusa in materia penale" di *market abuse* (manipolazione del mercato) prevista dall'art. 187 *ter* TUF (d.lgs. n. 58/1998 e successive modificazioni), venivano sottoposti a procedimento penale per il delitto di cui al precedente art. 185⁶. La Corte si esprimeva per la chiusura dei procedimenti penali per "porre fine alla violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7", il quale vieta la duplicazione dei giudizi penali e, conseguentemente, la doppia applicazione di sanzioni penali ed amministrative, se ritenute di natura penale, per i medesimi fatti. Ribadiva, in tale decisione, i principi elaborati in precedenza nella interpretazione di detta norma: a) per stabilire se i fatti oggetto di accertamento definitivo erano "i medesimi" per i quali si procedeva in altro giudizio, occorre avere riguardo non al fatto in senso giuridico, vale

³ Tale efficacia è pacificamente riconosciuta all'art. 50 della Carta dalla Corte di giustizia: vedi sent. 23 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*; sent. 20 marzo 2018, C-537/16, *Ricucci ed altri*.

⁴ Si tratta di una garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso soggettivo, in quanto nulla vieta al giudice di riconoscere l'*idem factum*, ad es., ai fini della prova di un diverso reato o in relazione alla posizione di altri imputati.

⁵ Il fatto cui fanno riferimento gli artt. 9, l. 689/1981 e 19, d.lgs. 74/2000 è inteso come "fatto tipico".

⁶ F. Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni* in *Dir. pen. cont.*, on line, 2016, 16 maggio 2016.

adire agli elementi costitutivi dell'astratta fattispecie normativa, ma al fatto in senso storico-naturalistico, ossia alla fattispecie concreta costituita dagli elementi fattuali inestricabilmente legati sul piano spaziale e temporale⁷; b) La sanzione amministrativa poteva essere assimilata alla sanzione penale alla stregua dei c. d. criteri *Engel*, costituiti dalla qualificazione giuridica dell'illecito da parte della norma nazionale, dalla natura dell'illecito, dalla natura e dal grado di severità della sanzione⁸; c) il presupposto cui era collegato l'effetto preclusivo era integrato dalla definitività del provvedimento; d) il *ne bis in idem* non si esauriva nel divieto di doppia sanzione, ma anche nel divieto di perseguimento ("nessuno può essere perseguito o condannato...") dello stesso soggetto, per lo stesso fatto, con due distinti procedimenti non coordinati tra loro e quindi suscettibili di separata conclusione⁹.

Negli stessi termini seguivano, tra le altre, le sentenze *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014, *Lucky Dev c. Svezia* del 27 novembre 2014, *Kiiveri c. Finlandia* del 10 febbraio 2015. Nella scia della sentenza *Grande Stevens* la Corte di cassazione sollevava, con due ordinanze, il problema della legittimità costituzionale dell'applicazione della doppia sanzione, per i medesimi fatti, in materia di *market abuse*, con riferimento all'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7¹⁰.

Nella prima ordinanza in data 15 gennaio 2015, la V Sezione penale della S.C., trovandosi a giudicare della responsabilità penale per un reato di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 TUF di un soggetto cui era stata inflitta, in via definitiva, la sanzione amministrativa per violazione dell'art. 187 *bis* TUF, ritenuta di natura penale, poneva due questioni di legittimità: la principale riguardante appunto l'art. 187 *bis*, nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "salvo che il fatto costituisca reato"; la subordinata, di legittimità dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede "l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli".

Nella seconda ordinanza di rimessione in data 25 gennaio 2015, la Sezione tributaria della stessa Corte, nel caso opposto di "condanna" con sentenza di "patteggiamento" per il reato di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 TUF, cui era seguita contestazione per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* TUF, sollevava questione di legittimità costituzionale di tale articolo, in quanto prevedeva, per lo stesso fatto, la comminatoria della sanzione amministrativa, ritenuta penale, dopo il passaggio in giudicato della sanzione penale.

Entrambe le ordinanze sottoponevano al vaglio della Corte costituzionale la eventuale incompatibilità del sistema del doppio binario, applicabile in materia di *market abuse*, con il cumulo delle sanzioni, alla luce dell'art. 4 del Protocollo n. 7 dalla sentenza *Grande Stevens*. Il Giudice delle leggi, con sentenza n. 102 del 12 maggio 2016, dichiarava inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate da entrambe le ordinanze.

Di particolare interesse risulta la motivazione sulla questione subordinata posta dalla V Sezione penale della S.C. Spiega la Consulta che tale questione, già definita dal giudice rimettente "*una incongrua soluzione di ripiego*", non era accoglibile perché avrebbe determinato una soluzione di incertezza e di casualità della risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito per primo, potendo dar luogo alla violazione di altri principi costituzionali, quali quelli di determinatezza e di legalità della sanzione penale (art. 25 Cost.), di ragionevolezza e di parità di trattamento (art. 3 Cost.). Dopo la pronuncia negativa della Corte costituzionale, la Sezione tributaria della S.C. rimetteva la questione, già portata avanti la Consulta, alla Corte di giustizia, con ordinanza del 13 ottobre 2016, n. 20657, in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TUE, per sottoporre a verifica la eventuale violazione dell'art 50 della Carta di Nizza, norma della quale chiedeva se fosse direttamente applicabile da parte del giudice nazionale. La risposta della Corte di giustizia interverrà con la sentenza in data 20 marzo 2018, C-537/16, *Ricucci ed altri*, come si vedrà esaminando la giurisprudenza di tale Corte.

Apparsa immediatamente evidente la *vis expansiva* della sentenza *Grande Stevens*, si è posto il problema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche in settori dell'ordinamento italiano che trascendevano la materia finanziaria degli abusi di mercato, a partire dal diritto tributario, ugualmente caratterizzato da un sistema di doppio binario di procedimenti amministrativi e penali. Si tratta di una serie di casi nei quali verosimilmente si

⁷ Già la Corte EDU (*Grande Camera*), in sentenza 10 febbraio 2009, causa *Zolotoukhin c. Russia*, aveva affermato che "l'accento sulla descrizione del tipo legale", cioè il confronto tra fattispecie astratte, era troppo restrittivo per garantire un'adeguata tutela ai diritti fondamentali dell'individuo, essendo invece necessario puntare la verifica "sull'insieme degli elementi fattuali del caso concreto, che coinvolgono la stessa persona e che sono inestricabilmente legati sul piano spaziale e temporale.

⁸ Trattasi dei c. d. criteri *Engel* elaborati per la prima volta dalla sentenza della Corte EDU (*Grande Camera*) 8 giugno 1976, causa *Engel ed altri c. Paesi Bassi*.

⁹ Come è riportato, non solo nella sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, ma anche nella sentenza successiva 20 maggio 2014, causa *Nykanen c. Finlandia*.

¹⁰ F. Vigano, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate* in *Dir. pen. cont.*, on line, 2016, 28 novembre 2016.

sarebbe potuta ravvisare una sovrapposizione di norme, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7, secondo l'interpretazione della sentenza *Grande Stevens*.

Per essi, invece, la Corte di cassazione, in un primo tempo, ha escluso anche l'applicazione del principio di specialità, riconoscendo il cumulo delle sanzioni¹¹. Così le Sezioni Unite, sentenza n. 37424/2013, riguardo al reato di omesso versamento di iva (art. 10 *ter* del d.lgs. n.74/2000) e la corrispondente violazione amministrativa (art. 13, primo comma, del d.lgs. n. 471/1997) hanno ritenuto che, divergendo gli elementi costitutivi dei due illeciti in alcune componenti essenziali, il rapporto fra tali illeciti andava ricostruito in termini di progressione criminosa. Con la stessa motivazione le Sezioni Unite, sentenze n. 37425/2013 e n. 40526/2014, hanno escluso il rapporto di specialità tra il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 *bis* del d.lgs. n. 74 del 2000) e la violazione amministrativa dell'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili. Nella stessa linea di una diversità di condotta prevista dalla fattispecie penale rispetto a quella della violazione amministrativa, la Sezione III, sentenza n. 30267/2014, (conforme a Sez. III n. 42462/2010) ha ritenuto non applicabile il principio di specialità tra il delitto di indebita compensazione, previsto dall'art. 10 *quater* d.lgs. n. 74 del 2000 e l'illecito amministrativo introdotto dall'art 27, comma 18, del d.l. n. 185 del 2008¹².

Diversa ed anticipatrice è stata invece la motivazione data successivamente dalla stessa Sezione III, sentenza, n. 20887/2015, in relazione ad un procedimento penale di omesso versamento di iva, nonostante l'avvenuto accordo per il pagamento rateizzato dell'imposta evasa. In tale sentenza la S.C. ha escluso la rilevabilità della violazione del divieto di *bis in idem*, affermando che nella giurisprudenza della Corte EDU (con espresso riferimento alla sentenza *Nykanen c. Finlandia*) la violazione di tale principio presupponeva che i procedimenti accertassero gli stessi fatti, ma anche che fossero indipendenti tra loro e si sviluppavano in successione, ovvero in modo che uno dei due proseguisse o iniziasse quando l'altro era divenuto definitivo. Il che non accadeva, normalmente, nel nostro ordinamento, dove i due procedimenti erano paralleli e, soprattutto interagivano tra loro, in quanto l'avvenuto pagamento del debito tributario incideva sull'entità della sanzione penale, come risultava dall'art. 13 (*ante* riforma) del d.lgs. n. 74 del 2000 (¹³), oltre che dagli artt. 19, 20, 21 dello stesso decreto, dai quali emergeva appunto che i procedimenti, penale ed amministrativo, non sembravano essere totalmente indipendenti.

La suddetta decisione anticipa, in qualche modo, quel concetto di connessione elaborato dalla sentenza 15 novembre 2016 della Corte EDU, *A e B c. Norvegia* tra i procedimenti, penale ed amministrativo, ritenuta una circostanza preclusiva del divieto di *bis in idem*. Infatti, con tale sentenza, irrompe nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo un nuovo parametro valutativo costituito dalla connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti sufficientemente stretta ("*sufficiently close connection in substance and time*"), rimanendo punti fermi le nozioni ormai consolidate di "materia penale" e di "*idem factum*"¹⁴. Si tratta di una nuova via per dirimere la questione della violazione del *ne bis in idem*. A tale scopo vengono individuati alcuni criteri di riferimento per valutare la sussistenza del nesso temporale e del nesso sostanziale. Sotto il profilo temporale la connessione non deve tradursi necessariamente in contemporaneità dei procedimenti, ma la consecutività deve essere tanto più stretta quanto più si dilatano i tempi dell'accertamento. Sotto il profilo sostanziale sono indicati quali indici rilevanti per ritenere la connessione: a) la esistenza di una impostazione sanzionatoria che risulti il prodotto di un sistema integrato che permetta di collocare i diversi aspetti dell'illecito nel quadro di una strategia unitaria; b) la pluralità di procedimenti come conseguenza prevedibile della stessa condotta; c) la conduzione dei procedimenti in modo da evitare duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove; d) soprattutto, la considerazione nel procedimento successivo della sanzione imposta nel procedimento definito anteriormente¹⁵.

Nell'ambito dei fattori rilevanti per l'accertamento della connessione sostanziale vengono dunque in evidenza, nel nostro ordinamento, alcuni indici normativi, come gli artt. 13 e 13 *bis* del d.lgs. n.74 del 2000, che a seguito dell'estinzione del debito tributario e delle sanzioni prevedono rispettivamente una causa di non punibilità ed una speciale circostanza attenuante (a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 158/2015).

Al fine di un coordinamento tra i procedimenti, è altresì stata fatta menzione anche dell'art. 187 *terdecies*, TUF, che prevede l'applicazione della sanzione pecuniaria penale soltanto per la parte eccedente quella riscossa

¹¹ Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione n. 26/2017, intitolata *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*.

¹² In dottrina su tali primi orientamenti della Corte Suprema, cfr. A. Giovannini, *La Corte ribadisce il divieto di doppia sanzione* in *Corr. Trib.*, 2015, 905.

¹³ Tale articolo nella versione iniziale prevedeva una speciale circostanza attenuante fino alla metà della pena.

¹⁴ Per la verità il tema della connessione non è nuovo, essendo già presente in sentenze precedenti della Corte EDU (ad es. *Boman c. Finlandia* del 17 febbraio 2015, *Rivard c. Svizzera* del 4 ottobre 2016), ma si trattava di precedenti così specifici (condanna penale per reato stradale seguito da ritiro di patente in via amministrativa) da non incidere sul significato della norma interposta, in quanto caratterizzati da un'applicazione della seconda sanzione quale conseguenza automatica dell'irrogazione della prima pena.

¹⁵ F. Amatucci, *Le sanzioni amministrative tra principio di proporzionalità e ne bis in idem*, in *Relazione in Atti del convegno di Parma 23 marzo 2017* a cura di A. Comelli, in *Studi AIPDT*, Aracne, 2018.

dall'autorità amministrativa. Tale norma fu espressamente richiamata dalla difesa italiana nel processo *Grande Stevens*, senza però sortire alcun esito.

3. - *L'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia vi è stata una evoluzione dei criteri con i quali affrontare la questione del *ne bis in idem*.

Nella sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, riguardante un caso in cui un soggetto, già sanzionato in via definitiva con l'irrogazione di una sovrattassa in sede amministrativa, era imputato per frode fiscale in sede penale, la Corte di giustizia (Grande Sezione) affermava che l'art. 50 non ostava a che uno stato membro imponesse, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di iva, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, dal momento che, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'iva e tutelare, in tal modo, gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri disponevano di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, fra amministrative e penali oppure entrambe. Ribadiva che una volta riconosciuta alla sovrattassa, divenuta definitiva, natura penale in base ai criteri *Engel* (richiamati dalla sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*), l'art. 50 della Carta precludeva l'avvio dei procedimenti penali, per gli stessi fatti, nei confronti di una stessa persona. Aggiungeva che, comunque, spettava al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, l'applicazione del cumulo in base agli *standard* di tutela nazionali, oppure considerare il cumulo contrari a detti *standard*, a condizione che le rimanenti sanzioni fossero effettive, proporzionate e dissuasive.

Dalla sentenza *Fransson* emerge una interpretazione del *ne bis in idem* parzialmente diversa da quella espressa dalla Corte EDU nella sentenza *Grande Stevens* (ed in quelle conformi)¹⁶, in quanto oggetto di valutazione da parte del giudice nazionale non è più la sola natura penale della sanzione fiscale, da cui scatta, in caso di risposta positiva, la preclusione processuale ex art. 50 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 4 del Protocollo n. 7, ma il cumulo tra sanzione penale e tributaria (di natura penale) per lo stesso fatto. Tale verifica del carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni complessivamente applicate apre la strada ad una valutazione che incrina la portata meramente processuale della regola¹⁷.

Sul sistema di duplicazione di procedimenti e sanzioni la Corte di giustizia ritorna con tre recenti sentenze in data 20 marzo 2018, ribadendo alcuni principi consolidati in materia fiscale (nel concorso tra l'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997 e 10 *ter* d.lgs. n.74/2000) ed in materia finanziaria (nel concorso tra gli artt. 184-185 e 187 *bis*-187 *ter* del TUF): la possibilità di assimilare la sanzione amministrativa ad un a sanzione penale, per la sua severità in chiara funzione repressiva; la considerazione dell'*id factum* sotto il profilo storico-naturalistico; l'ammissibilità del cumulo delle sanzioni quale limite al diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta, sempre che un tale limite, da prevedere per legge, sia necessario e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (¹⁸), secondo il disposto dell'art. 52, paragrafo1, della Carta.

Nella sentenza, C-524/15, *Menci*, nella quale alla irrogazione di una sanzione amministrativa per omesso versamento di iva era seguito un procedimento penale per lo stesso fatto, la Corte ha ritenuto che la legge italiana prevede il cumulo dei procedimenti con scopi complementari in tema di illeciti fiscali, giustificato dall'interesse generale di assicurare la riscossione integrale dell'iva dovuta, richiamando le norme di coordinamento che garantiscono che la severità delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario alla gravità dell'illecito (proporzionalità). A tale riguardo menziona l'art. 21, d.lgs. n. 74/2000, che non si limiterebbe a prevedere la sospensione dell'esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale, nel corso del procedimento penale, ma osterebbe definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell'interessato, ed il precedente art. 13 (poi sdoppiato in 13 e 13 *bis*), che fa discendere dall'integrale pagamento del debito tributario effetti sul procedimento penale. Affida, comunque, al giudice del rinvio ogni valutazione, spettando al giudice europeo solo definire i parametri astratti entro cui la norma nazionale può essere conforme al diritto europeo.

Nella sentenza, C-537/16, *Ricucci ed altri*, in cui ad una sentenza di "patteggiamento" per illecita manipolazione del mercato faceva seguito l'applicazione di una sanzione amministrativa, la Corte di giustizia ha dato risposta alla questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di cassazione, con l'ordinanza del 13 ottobre 2016, affermando che, pur in presenza di un interesse generale della normativa nazionale mirante a tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, l'art. 50 va interpretato nel senso che esso *osta ad una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa, di natura penale, per condotte illecite di manipolazioni del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva*, nei limiti in cui tale condanna sia idonea a reprimere detto reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Esclude un coordinamento tra i procedimenti in virtù dell'art 187 *terdecies* del TUF (che, in caso di applicazione di multa e sanzione amministrativa pecuniaria, limita

¹⁶ A. Giovannini, *Il ne bis in idem per la CEDU*, in *Rass. Trib.*, 2014, 1164.

¹⁷ S. Dorigo, *Il rapporto tra sanzione tributaria e sanzione penale secondo la corte di giustizia* in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, 219.

¹⁸ Le limitazioni possono essere apportate anche se rispondano "all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

l'esazione della prima soltanto alla parte eccedente la sanzione pecuniaria riscossa in sede amministrativa), in quanto tale articolo non garantisce che la severità del cumulo delle sanzioni, sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato.

Con la sentenza, C- 596/16 e 597/16, *Di Puma ed altri*, in cui nel contesto di procedimenti intesi all'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'art. 187 *bis* del TUF, erano avviate azioni penali, la Corte ha dichiarato che, secondo il disposto dell'art. 50 della Carta, la tutela conferita dal principio del *ne bis in idem*, non si limita alla situazione in cui l'interessato sia stato oggetto di una condanna penale, ma si estende anche a quella in cui lo stesso sia stato definitivamente assolto. Nell'osservanza di tale principio, la Sezione II civile della S.C., in sentenze nn. 31632 e 31633, ha escluso l'accesso all'applicazione della sanzione amministrativa per l'illecito di *insider trading* (artt.187 *bis* TUF) in presenza di sentenza penale definitiva di assoluzione "perché il fatto non sussiste", in questo caso dispiegandosi pienamente il divieto di perseguire (logicamente anteriore al divieto di sanzionare) in sede amministrativa fatti già giudicati in sede penale.

4. - Funzione adeguatrice della Corte costituzionale

Importante è stata la funzione della Corte costituzionale di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi della CEDU in tema di *ne bis in idem*.

Se pacifico è stato il recepimento della possibilità di valutare di natura penale anche una sanzione amministrativa secondo i criteri *Engel*, soprattutto in relazione alla severità ed alla funzione repressiva della sanzione, più contrastata è stata la definizione della "medesimezza" del fatto, in quanto ad un orientamento basato sul confronto "formalistico" tra elementi costitutivi di fattispecie tipiche astrattamente considerate, si contrapponeva un approccio "sostanzialistico", ritenendosi che la questione da risolvere non era quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti erano identici, ma se i fatti ascritti in sede penale ed amministrativa erano riconducibili o meno alla stessa condotta storico-naturalistica.

Interviene la Corte costituzionale che, con sentenza 31 maggio 2016, n. 200, si allinea alla giurisprudenza di Strasburgo, optando per la soluzione del fatto storico, dichiarando costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui escludeva che il fatto fosse il "medesimo" per la sola circostanza che sussisteva un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per il quale era iniziato il nuovo procedimento. Chiarisce il Giudice delle leggi che non viola la garanzia del divieto di *bis in idem* l'attribuzione all'imputato di tutti gli illeciti consumati con un'unica condotta commissiva od omissiva. La preclusione non riguarda il *simultaneus processus*, ma una seconda iniziativa penale, laddove il fatto sia già stato oggetto di una pronuncia divenuta definitiva. Precisa altresì che il fatto storico oggetto del nuovo giudizio, è il medesimo solo se si riscontra la coincidenza di condotta - nesso causale - evento naturalistico.

Sulla rilevanza della connessione tra procedimento penale e procedimento amministrativo, ai fini della esclusione del divieto di *bis in idem*, si è pronunciata la Consulta, sia prima che dopo la sentenza della Corte di Strasburgo *A e B c. Norvegia* del 15 novembre del 2016, con ordinanza 8 marzo 2016, n. 112, e sentenza 2 marzo 2018, n. 43. In entrambi i procedimenti era stata posta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n.7 alla CEDU, nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio per il caso nel quale all'imputato sia già stata applicata per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale. Il Giudice delle leggi, in entrambi i casi, ha trasmesso gli atti al rimettente, ai fini di una nuova valutazione delle ricadute che nei rispettivi giudizi, specie in termini di rilevanza, derivano dal d.lgs. n. 158/2015, come ritenuto nel primo provvedimento, e dalla nuova regola dettata dalla sentenza *A e B c. Norvegia* in ambito convenzionale, come ritenuto nel secondo provvedimento¹⁹.

Con la ordinanza, si evidenzia che il decreto legislativo n. 158 ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra illeciti penali e amministrativi in questione, modificando alcune delle disposizioni prese in considerazione dal rimettente e, segnatamente, quelle degli artt. 10 *ter* e 13 del d.lgs. n.74 del 2000, introducendo fra l'altro una causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative.

Con la sentenza, la Consulta poneva a raffronto il precedente orientamento della Corte EDU con il nuovo da essa inaugurato. In quello antecedente la efficacia del *ne bis in idem* non era mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori, ma si rimetteva esclusivamente alla constatazione che un fatto, colto nella sua componente naturalistica (*idem factum*), era già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento.

¹⁹ F. Vigano', *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su bis in idem e doppio binario sanzionatorio* in *Dir. pen. cont.* on line, 2016, 18 novembre 2016.

Con la nuova regola – come già rilevato – il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza. Il *ne bis in idem* cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato ad un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti perché in presenza di una “*close connection*” è permesso proseguire nel nuovo giudizio nonostante la definizione dell'altro. Pertanto non può più riconoscersi al divieto di *bis in idem* carattere esclusivamente processuale, “*giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale, è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata*” (Corte cost. n. 43/2018).

5. - Osservazioni conclusive

Dal quadro normativo e giurisprudenziale descritto è emerso che numerosi sono i casi in cui il medesimo fatto storico integra gli estremi di reato e di illecito amministrativo, con possibilità che si instaurino distinti procedimenti, penale e amministrativo, non escludendosi che l'uno possa essere avviato o proseguito anche dopo che l'altro si è definitivamente concluso (doppio binario).

La normativa vigente prevede dunque una fisiologica duplicazione dell'attività sanzionatoria, realizzando un fenomeno di *bis in idem* processuale. Ben può accadere che il processo penale si instauri dopo che l'esito del procedimento sanzionatorio amministrativo, vertente sul medesimo fatto, è divenuto definitivo, o viceversa, senza che ciò comporti violazione del divieto di *bis in idem*, desumibile dalla Costituzione soltanto in relazione alla materia strettamente penale, dovendosi riconoscere l'esistenza di un'ampia autonomia tra sanzioni amministrative e pene.

Tuttavia sanzioni di natura amministrativa secondo il diritto nazionale possono rivestire carattere penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, sulla base dei criteri di qualificazione enunciati dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea, a partire dalla sentenza *Engel* dell'8 giugno 1976. Al tempo stesso la Corte EDU ha costantemente ritenuto che tra le garanzie assicurate dalla Convenzione vi sia enunciato il divieto di procedere nuovamente per il medesimo fatto già giudicato in via definitiva.

Inizialmente è prevalso un orientamento della Corte di Strasburgo secondo il quale il divieto di *bis in idem* discendeva semplicemente dalla constatazione che un fatto, identificabile nella sua componente naturalistica (*idem factum*) era già stato giudicato in via definitiva, così precludendo l'avvio di un nuovo procedimento. Tale approccio divergeva da quanto statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza *Fransson* del 26 febbraio 2016) che subordinava l'efficacia del divieto di *bis in idem* ad un verifica del carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione applicata: se questa appariva inadeguata il giudice poteva procedere al secondo giudizio, anche se il primo fosse già esaurito.

Successivamente, con la sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016, la Corte EDU imprime una nuova svolta alla propria giurisprudenza, enunciando il principio secondo cui il *ne bis in idem* non opera quando fra i procedimenti esiste una connessione materiale e temporale sufficientemente stretta ed elenca una serie di indici rivelatori di tale legame²⁰. Dal punto di vista temporale i procedimenti, se non contemporanei, devono essere strettamente consecutivi. Dal punto di vista materiale i procedimenti devono essere complementari, coordinati nell'istruttoria e nella valutazione delle pene, e soprattutto la seconda sanzione deve essere commisurata, tenendo conto della prima. Il *ne bis in idem* cessa di avere un carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è pur sempre quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata.

Nella scia di tale pronuncia la Corte di giustizia dell'UE, con la sentenza *Menci* del 20 marzo 2018, evidenzia quali fattori normativi rilevanti nel nostro ordinamento, ai fini della connessione fra un processo tributario in materia di iva (per omesso versamento) ed il successivo procedimento penale per lo stesso fatto, gli artt. 21 e 13 del d.lgs. n. 74 del 2000, integranti un coordinamento che riduce allo stretto necessario la severità della risposta sanzionatoria risultante dal cumulo delle sanzioni, con conseguente preclusione del *ne bis in idem*. Rileva altresì che il cumulo delle sanzioni, costituente una limitazione al diritto fondamentale garantito dall'art. 50 della Carta, ben può essere giustificato, ai sensi del successivo art 52, paragrafo 1, nel rispetto del principio di proporzionalità, da finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, che, nella specie, è quella di assicurare la riscossione integrale dell'iva dovuta (e quindi di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione). Pur spettando ogni valutazione finale – come sentenzia la Corte – al giudice del rinvio, può affermarsi, in via di prima approssimazione, che in materia tributaria, nel nostro ordinamento, sembra trovare conferma il sistema di duplicazione di procedimenti e sanzioni.

²⁰ Per un'analisi degli effetti derivanti dal recepimento di tale orientamento della Corte EDU nel nostro ordinamento tributario cfr. F. Amatucci, *Doppio binario e “connessione sufficiente” tra procedimento tributario e penale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, 275.

Recentemente, la Sezione III penale della Corte di cassazione, sentenza n. 52142/2018, nell'esaminare il ricorso proposto da un imputato avverso la sentenza d'appello che aveva applicato il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, con sentenza n. 37425/13, secondo cui è legittima la duplicazione di tutele previste nell'ordinamento italiano – penale e tributaria – perché il reato di cui all'art. 10 *ter* del d.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento di iva) presenta presupposti fattuali e temporali da porre in rapporto non di specialità ma di progressione, ha annullato la decisione impugnata, adeguandosi alla sentenza della Corte costituzionale n. 43/2018, che si è richiamata alla sentenza della Corte di Strasburgo *A e B c. Norvegia*. Contrastando il principio ribadito dalla Corte territoriale di Brescia, ha rimesso al giudice del rinvio di verificare se il giudizio penale fosse legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale. Senza alcuna considerazione per fattori normativi di coordinamento tra fattispecie penale e fattispecie amministrativa, richiamati dalla Corte EDU e identificati, nell'ordinamento tributario italiano, dalla sentenza *Menci* della Corte di giustizia negli artt. 21 e 13 del d.lgs. n. 74/2000 ⁽²¹⁾.

Con la coeva sentenza *Ricucci ed altri*, la Corte di giustizia esclude invece che, in materia finanziaria, in un caso di manipolazione del mercato, definito con sentenza di “patteggiamento”, seguita da un procedimento per l'applicazione di una sanzione amministrativa, possa individuarsi nell'art. 187 *terdecies* del TUF un fattore di coordinamento fra i procedimenti, suscettibile di limitare la severità dell'insieme delle sanzioni a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato, in quanto sembra ad avere oggetto solamente il cumulo delle sanzioni pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa di natura penale e di una pena alla reclusione. Pertanto ritiene che la normativa nazionale che, come quella del caso di specie, permette, dopo una condanna penale divenuta definitiva, la celebrazione di un procedimento di applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, ecceda quanto strettamente necessario per la tutela dell'integrità del mercato finanziario e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, pur affidando la relativa valutazione al giudice del rinvio. In materia finanziaria, dunque, appare tendenzialmente più ampio l'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, trattandosi di procedimenti, penale ed amministrativo, per lo più indipendenti. Si osserva però che di recente, in una ipotesi di illecita manipolazione del mercato, la Sezione V penale della Cassazione, sentenza n. 45829/2018, effettuando d'ufficio il “giudizio di proporzionalità” delle sanzioni irrogate nell'ambito dei due procedimenti, ha ritenuto l'applicabilità del cumulo tra le sanzioni penali inflitte nel minimo edittale per quanto riguarda la pena detentiva della reclusione, prevista dall'art. 185 TUF, e le sanzioni amministrative applicate dalla CONSOB, che avevano assorbito le multe fissate a carico degli imputati in misura inferiore alle sanzioni pecuniarie *ex art. 187 ter* TUF, a causa del meccanismo di compensazione previsto in fase di esecuzione dall'art. 187 *terdecies* TUF.

Tuttavia, in tutti i casi in cui venga a mancare un legame temporale e materiale fra i procedimenti, rimane sempre attuale la necessità di un intervento legislativo, cui spetta di “stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni” che il sistema del c.d. doppio binario “genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU” (Corte cost. n. 102/2016), donde l'invito ad intervenire rivolto al legislatore dalla Consulta in chiusura della sentenza del 2 marzo 2018, n. 43, riprendendo quanto già riportato nella precedente sentenza dell'8 marzo 2016, n. 102. In tale ultima decisione il Giudice delle leggi richiamava l'argomentazione già sviluppata dalla Corte rimettente che aveva sottolineato come l'applicazione del divieto di *bis in idem* comportava che la preclusione del secondo procedimento scattasse in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, dipendente dalla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. E ciò in contrasto con i principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, dettati dall'art. 25 Cost.

L'invito della Consulta è divenuto vieppiù cogente dopo che la Corte di giustizia dell'UE, con la sentenza *Taricco 2* del 6 dicembre 2017 ⁽²²⁾, ha riconosciuto che il principio di legalità dei reati e delle pene costituisce un principio-cardine dell'ordinamento costituzionale italiano, statuendo che il giudice nazionale non debba dare applicazione ad una norma di diritto primario dell'Unione che comporti la violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa di una insufficiente determinatezza della legge applicabile ²³.

DOTT. ENNIO ATTILIO SEPE

²¹ Cfr. Cass. pen. 6993/2018 sempre in materia tributaria che giustifica l'irrogazione della doppia sanzione in base alla stretta connessione temporale tra i due procedimenti.

²² Con la sentenza *Taricco 1* dell'8 settembre 2015, la Corte di giustizia aveva ritenuto che i nostri meccanismi di prescrizione impedivano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di iva che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, in violazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato. Seguiva l'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, con la quale la Corte costituzionale rimetteva alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se l'omessa applicazione della normativa nazionale sulla prescrizione si ponesse in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro. Con la *Taricco 2* la Corte di giustizia ha accolto l'impostazione proposta dalla Corte italiana, confermando la regola della *Taricco 1*, ma statuendo che la disapplicazione della normativa italiana non può avere luogo quando dalla stessa derivi una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene ove si tratti di un principio-cardine dell'ordinamento nazionale a causa di una insufficiente determinatezza della legge applicabile.

²³ E. A. Sepe, *Ne bis in idem: in attesa di soluzione tra Corte di Giustizia e legislatore nazionale* in *Il fisco*, 2016, 46, 4448.