

IL NE BIS IN IDEM TRA DIRITTO INTERNO E GIURISPRUDENZA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Sanzioni e principio di specialità: a) nella prospettiva nazionale – 2. (segue): b) secondo la prospettiva sovranazionale – 3. Possibili soluzioni di raccordo – 4. Il “nuovo” quadro di riferimento tracciato dalle recenti pronunce delle Corti europee.

1. Sanzioni e principio di specialità: a) nella prospettiva nazionale

Il tema del *ne bis in idem* nell’ambito delle sanzioni tributarie risulta ancora oggi, a seguito delle recenti pronunce delle Corti europee, di grande attualità, ed è per tale motivo che si vogliono svolgere alcune considerazioni, partendo da alcune doverose premesse.

La nozione di sanzione¹, tanto nella teoria generale del diritto come nelle discipline giuridiche particolari, indica la misura predisposta dall’ordinamento per rafforzare l’osservanza delle proprie norme ed eventualmente porre rimedio agli effetti della loro inosservanza. Possano configurarsi sanzioni afflittive, interdittive e ripristinatorie² (queste ultime caratterizzate da una restituzione diretta o risarcimento del danno e riparazio-

¹ Per una ricostruzione della nozione di sanzione, cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, in cui si legge che «Il termine deriva dal latino *sancire* che significa “rendere inviolabile, avvalorare qualche cosa” (...) Ciò che viene avvalorato, in quanto si cerca di impedirne la violazione, è il precetto, in cui l’ordine etico si risolve (...); in quanto l’ordine etico è sanzionato, non è più ordine etico nella sua semplicità o purezza; per virtù della sanzione diventa ordinamento giuridico».

In un senso tecnico, proprio del diritto costituzionale, si chiama “sanzione” l’atto con cui il Re (o il capo dello Stato) dà la propria approvazione ad una legge già approvata dal Parlamento: l’art.7 dello Statuto Albertino stabiliva che «Il re solo sanziona le leggi e le promulga». In una costituzione repubblicana, come quella vigente oggi in Italia, al potere di sanzione del Re si può far corrispondere, se pure con una certa approssimazione, il potere di veto, che può essere risolutivo, o solo sospensivo (ad es., art.74 della nostra Costituzione), del Presidente della Repubblica, con questa differenza, che: la sanzione in quanto espressione del potere legislativo del Re è un momento di formazione della legge; il potere di veto, in quanto esercitato dal capo dello Stato in funzione non legislativa, interviene quando la legge è già formata, per ottenerne l’annullamento o la revisione. Si veda, in tal senso, BOBBIO, *Sanzione*, Noviss. Dig. It., vol.XVI, Torino, 1969, p.530 ss.

² Parte della dottrina individua inoltre la categoria delle sanzioni premiali, concepite non come reazione alla violazione, ma come stimolo all’osservanza del precetto (si pensi alle gratificazioni o in genere alle ricompense e alle decorazioni nei vari rami del diritto amministrativo): si tratta, però, di misure che, sebbene esistenti nel diritto storico e in quello vigente, hanno poca o nulla rilevanza pratica, tanto da comprovare l’abitudine teorica per cui la sanzione si identifica in un «male inflitto a chi ha fatto del male». Tale categoria si può ritrovare in autori quali: BOBBIO, *Sanzione*, cit., p.530 ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p.24 ss.

Ancora, è possibile individuare sanzioni preclusive, ricorrenti spesso in fenomeni quali la nullità e l’inefficacia, che impediscono la produzione di determinati effetti giuridici non voluti o comunque non tutelati dall’ordinamento. In tal senso, così si esprime DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative del diritto tributario*, Milano, 1993: «Le sanzioni interdittive incidono su effetti già prodottisi (revoca, sospensione, ecc.), mentre le preclusive inibiscono la produzione di effetti».

ne dello stesso); e ancora, sanzioni di natura penale, civile e amministrativa. Esse sono tutte accomunate dalla finalità di conservazione dell'ordinamento³.

Le risorse punitive⁴ apprestate dal legislatore in caso di violazione della legge sono, alla luce di queste considerazioni, molteplici. Ed inevitabilmente, si pone, in concreto, il problema della possibile coesistenza, in relazione ad un medesimo fatto, di più sanzioni, di uguale o diversa qualificazione giuridica.

La questione si pone in ogni ambito del diritto, dal momento che ogni sistema normativo prevede delle reazioni alle infrazioni commesse. Taluni hanno ipotizzato che la disciplina sanzionatoria, data la vastità e trasversalità, possa addirittura considerarsi materia a sé stante, dotata di un proprio linguaggio e di proprie regole.

Ma è nel diritto tributario che le dimensioni del fenomeno sono notevoli e richiedono, probabilmente, più che in altri rami del diritto, che si presti attenzione al delicato equilibrio che il legislatore *in primis*, e la giurisprudenza poi, hanno cercato di creare tra le differenti sanzioni applicabili ad un medesimo fatto.

Il problema è stato storicamente avvertito con riferimento alla possibile applicazione di sanzioni penali e sanzioni amministrative, e data la natura punitiva di queste ultime, si è cercato di evitare un cumulo di sanzioni, appunto, omogenee, in capo al contribuente, con risultati differenti, anche notevolmente, nel corso dell'evoluzione legislativa⁵.

La tappa ultima di questo processo è data dall'introduzione, con l'art.19 del decreto legislativo n. 74 del 10 marzo del 2000, in materia di reati tributari, del principio

³ Il concetto di sanzione come strumento di conservazione dell'ordinamento si può comprendere solo partendo dall'assunto che, in ogni sistema normativo, ogni norma può essere violata e che, di fatto, la maggior parte delle disposizioni è, in maggiore o minore misura, disattesa da parte dei consociati. Di fronte a queste reiterate violazioni, il legislatore ha due strumenti a disposizione: o modificare la norma, in modo da renderla, quanto più possibile, aderente al tipo di condotta usualmente praticata in un determinato settore; ovvero, punire la condotta divergente per ricondurla entro i binari normativamente previsti. Quando un sistema si orienta verso la prima valutazione, mette in moto i meccanismi che provvedono alla propria trasformazione; quando si orienta verso la seconda, quelli che provvedono alla propria conservazione. Ed è proprio a quest'ultimo meccanismo che si dà, in genere, il nome di "sanzione". Per un approfondimento del tema cfr. BOBBIO, *Sanzione*, cit., p. 530 ss.

⁴ Si tratta di diverse espressioni della politica punitiva nazionale. «La comparazione (ndr. tra diversi ordinamenti) ci consegna questo primato dello *ius puniendi* in materia tributaria come parte integrante di una cultura tributaria europea. Nello stesso tempo serve a riconoscere il primato della politica punitiva degli Stati (...) Un primato, quello della politica punitiva che, formalmente, afferma in tutta Europa il rispetto della legalità come carattere qualificante e comune (...) La legalità, infatti, impone la definizione degli elementi costitutivi della violazione, dei profili soggettivi ed oggettivi, con conseguente tipicità delle condotte sanzionabili»: così si esprime DI PIETRO, *Diritto penale tributario: profili comparati*, Rass. Trib., 2015, p.334 ss.

⁵ Per un approfondimento dell'evoluzione legislativa, cfr. TABET, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Torino, 2012.

di specialità tra sanzioni⁶, a tenore del quale «quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una delle disposizioni che prevede una sanzione amministrativa si applica la disposizione speciale».

Il principio di specialità⁷ comporta, dunque, che in caso di concorso apparente tra norme sanzionatorie, dovrà essere preferita la risposta punitiva dotata, appunto, di elementi specializzanti rispetto all'altra, concorrente sul medesimo fatto. In questo senso, il principio di specialità può considerarsi una estrinsecazione della regola del *ne bis in idem* c.d. sostanziale⁸.

A rigore manca un criterio univoco e generale in base al quale operare tale scelta. È diffusa, però, in via generale, l'opinione per cui debba essere la sanzione penale a dover prevalere, in ragione di alcuni caratteri specializzanti, quali: le soglie di punibilità; le peculiari modalità della condotta; l'elemento soggettivo⁹.

Dal punto di vista sostanziale sembrerebbe, dunque, imporsi una "scelta" tra sanzioni.

Ciò che, però, viene a realizzarsi sul piano processuale è un regime di doppio binario. Infatti, ai sensi dell'art.20 del decreto legislativo del 2000, i due procedimenti, amministrativo e penale, rimarrebbero tendenzialmente autonomi, ossia, vi è la possibi-

⁶ Il criterio di specialità costituisce, insieme ai criteri cronologico e gerarchico, un criterio di soluzione delle c.d. antinomie normative (si veda, a tal proposito, la voce "*Criteri risoluzione delle antinomie*", in Enciclopedia giuridica treccani, www.treccani.it.). Il rapporto di *genus ad speciem* è disciplinato in modo espresso dall'art.15 del codice penale, secondo cui «quando più leggi penali o disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione della legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito». Cfr., per es., FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, p.te generale*, Bologna, 2011, *passim*; GIOVANNINI, *Principio di specialità, illecito tributario e responsabilità dell'ente*, Riv. Dir. Trib., 2000, p.860 ss.

⁷ Il principio di specialità, tradizionalmente inteso, si riferisce non alle ipotesi di concorso di reati (in cui, per esaurire il contenuto antigiuridico del fatto concreto, occorre necessariamente la contemporanea applicazione di più norme incriminatrici, poiché ciascuna di queste si riferisce soltanto ad una parte del fatto verificatosi); ma alle ipotesi di concorso "apparente" di norme. Cfr. MORETTI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem, ormai fronte aperto di riflessione della giurisprudenza delle Corti europee, e principio di specialità regolato dal diritto interno*, in AA. VV. *Il diritto d'autore*, 2015, p.363 ss.; CARINCI, *Specialità: tra crisi del principio e crisi del sistema*, Rass. Trib., 2015, p.500 ss.

⁸ «Il principio del *ne bis in idem* sostanziale trova attuazione all'interno del nostro sistema penale generale mediante l'adozione del criterio di specialità ad opera dell'art.15 c.p. e, nel settore tributario, ad opera dell'articolo 19 del decreto legislativo n. 74 del 2000; con una differenza non trascurabile rispetto al principio comunitario. Invero, le due disposizioni suddette assumono ad oggetto dell'illecito il fatto in senso astratto, e cioè individuato avendo riguardo all'astratta fattispecie normativa; in sede comunitaria, invece e come la giurisprudenza comunitaria in argomento non ha mancato di evidenziare, quel che rileva ai fini dell'operatività del principio in questione è il fatto in concreto (...) La conseguenza è dunque che il principio medesimo copre una sfera applicativa più ampia alla stregua del diritto comunitario rispetto a quella propria del diritto interno»: così si esprime RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, Riv. dir. trib., 2016, p.31 ss.

⁹ Con riferimento al principio di specialità, cfr., ad es., BOBBIO, *Lacune del diritto*, Contributi ad un dizionario giuridico, Torino, 1994; MORETTI, *Profili di una indagine* cit., p.363 ss.; CARINCI, *Specialità: tra crisi del principio e crisi del sistema*, cit., p.500 ss.

lità che proseguano in parallelo¹⁰.

Inoltre, ai sensi dell'art.21 del decreto legislativo del 2000, dapprima menzionato, le sanzioni amministrative tributarie debbono comunque essere irrogate; tuttavia, la loro concreta riscossione deve restare sospesa, fintantoché i soggetti responsabili vengano assolti o prosciolti in via definitiva con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. Fino a quando, in altri termini, il processo penale si concluda con una pronuncia che escluda la rilevanza penale della condotta. La norma introduce, però, solo una sospensione nella riscossione, e di conseguenza l'atto di irrogazione della sanzione amministrativa, sebbene emesso in pendenza del procedimento penale, dovrà essere impugnato nei termini ordinari in quanto suscettibile di divenire definitivo. Questa soluzione, che sembra contraddire il meccanismo insito nella specialità tra sanzioni, risponde all'esigenza di assicurare la tempestività all'azione amministrativa, e di conseguenza di tutelare gli interessi dell'erario¹¹.

2. (segue):b) secondo la prospettiva sovranazionale

Già da una prima ricognizione del decreto legislativo appena esaminato, sembra che il principio di specialità introdotto dal legislatore sul piano formale, risulti poi, concretamente, disatteso.

Ma è soprattutto alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo che il sistema normativo interno rivela forti criticità.

Con riferimento alle fonti normative, è necessario menzionare le ben note Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e rispettivamente la previsione dell'art.4 del Protocollo 7 per la prima, l'art.50 per la seconda. L'art.4 sopra citato afferma: «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dai giudici dello stesso Stato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla

¹⁰ Ai sensi dell'art.20 del D. lgs. n. 74 del 2000 «Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione».

¹¹ Cfr. art.21 D. lgs. n. 74/2000, cc.1 e 2 : « L'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato.

Tali sanzioni non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati dall'articolo 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. In quest'ultimo caso, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice che li ha emessi».

procedura penale di tale Stato»¹². L'art.50 della Carta Europea dei diritti fondamentali (c.d. "Carta di Nizza") stabilisce che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente a legge».

Tornando alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, diremo che il problema del *ne bis in idem* è stato, a partire dagli anni '70, oggetto di numerose pronunce. Tra i casi più rilevanti, citiamo *Grande Stevens c. Italia*, del 4 marzo 2014¹³, e *Lucky Dev c. Svezia*, del 27 novembre 2014¹⁴, nei quali viene ripresa una nozione di materia penale originariamente delineata dalla Corte a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta con le note pronunce *Engel* ed *Ozturk*¹⁵, e che è il risultato di un approccio al fatto di tipo "storico-naturalistico": si fa, infatti, riferimento al caso concreto, alla unicità ed omogeneità della condotta illecita. Ciò significa che, al fine di verificare se un medesimo fatto venga sanzionato due volte, l'indagine si concentra esclusivamente sulla condotta materiale: ad essere oggetto d'esame è l'azione od omissione "naturalisticamente" intesa, a prescindere dalla qualificazione giuridica di diritto interno, e da eventuali circostanze secondarie dell'azione od omissione considerata. In questa operazione, devono essere applicati quelli che vengono definiti, in base all'omonima sentenza, criteri *Engel*, secondo i quali una sanzione verrà considerata afflittiva, al pari della sanzione penale, a prescindere dalla qualificazione giuridica, ma guardando alla natura e al grado di severità della sanzione stessa¹⁶. Infatti, il criterio della qualificazione giuridica, essendo frutto della sovranità nazionale, e avendo, dunque, valore convenzionale e relati-

¹² Si tratta della traduzione dal testo originale «No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State». La CEDU, come è noto, è un trattato internazionale redatto in due lingue, inglese e francese, i cui due testi fanno egualmente fede. La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai dodici Stati ai tempi membri del Consiglio d'Europa, ed è entrata in vigore per l'Italia il 10 ottobre 1955.

¹³ Oggetto della sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* è un complesso caso di manipolazione del mercato, che vede come protagoniste alcune società per azioni della FIAT s.p.a, facenti capo a Giovanni Agnelli & c. S.p.a, nel loro tentativo di conservare il controllo azionario della nota casa torinese produttrice di automobili. Per una descrizione dettagliata del caso, con i relativi commenti, vd. BOZZI, *Il principio del ne bis in idem si applica anche nel concorso tra illeciti penali e illeciti amministrativi*, Cass. pen., 2014, p.633 ss.

¹⁴ La ricorrente, la signora Lucky Dev, a seguito della presentazione di dichiarazioni di imposta infedeli, aveva subito l'instaurazione di due "processi" relativi rispettivamente alla sanzione amministrativa e a quella penale. In sede penale, le venivano, inoltre, contestate, oltre a violazioni inerenti alla presentazione di una dichiarazione di imposta infedele, anche delle violazioni contabili. Per un commento alla sentenza, cfr. D'ANGELO, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie*, Rass. trib., 2015, p.253 ss.

¹⁵ Cfr. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*. Il caso *Engel* si riferisce alle sanzioni disciplinari militari; il caso *Ozturk* alle sanzioni pecuniarie per violazioni stradali.

¹⁶ Cfr. MORETTI, cit., p.369 ss.

vo, avrà un minor peso rispetto agli altri due criteri, di natura sostanziale¹⁷.

Occorrerà, da un lato, valutare la natura della risposta punitiva, che sarà configurabile come “penale” quando la norma che la contiene abbia portata generale e astratta: abbia, cioè, come destinatari, la totalità dei cittadini, non una ristretta categoria di soggetti, e sia dunque volta a tutelare interessi generali della collettività¹⁸.

Dall’altro, si procederà a valutare la natura e il grado di severità della sanzione. Secondo la Corte, questa va qualificata come penale se ha carattere non meramente indennitario o risarcitorio, ma repressivo e preventivo¹⁹, tanto più se essa è di considerevole gravità²⁰. Gravità, che andrà valutata non soltanto con riferimento all’ammontare della sanzione effettivamente inflitta nel caso di specie, ma anche a quello massimo previsto in astratto dalla relativa norma²¹. È da tenere in considerazione, inoltre – benché non si tratti di un fattore decisivo – l’eventuale ripercussione, e il grado della stessa, sulla libertà personale: nel caso delle sanzioni pecuniarie, va presa in considerazione la loro convertibilità o meno in pene privative della libertà personale²². I due criteri sostanziali sono alternativi e non cumulativi. È dunque sufficiente che sussista almeno uno di questi requisiti; e soltanto laddove l’applicazione di uno dei due criteri non porti ad una conclusione definitiva, si ricorrerà ad una valutazione cumulativa degli stessi.

Le conseguenze di questa peculiare visione del *ne bis in idem* si ripercuotono anche sul piano processuale²³: una volta che una autorità pubblica abbia preso una decisione definitiva sulla punibilità di un soggetto per una determinata condotta, nessuna altra azione punitiva potrà essere iniziata o proseguita nella stessa o da altra autorità nei suoi confronti e per la medesima condotta. La decisione definitiva produce, pertanto, un effetto preclusivo/estintivo di ogni altro procedimento sanzionatorio. Tale peculiare configurazione del *ne bis in idem* trova, inoltre, riscontro nel testo della Convenzione, che espressamente riferisce il divieto di nuovo giudizio e nuova condanna all’ipotesi in cui un individuo sia stato già «assolto o condannato a seguito di una sentenza definiti-

¹⁷ Cfr. anche FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, Rass. trib., 2014, p.12 ss.

¹⁸ «...not towards a given group possessing a special status, but towards all citizens» è quanto si legge al paragr. 53 della sentenza *Ozturk* sopra citata.

¹⁹ «Indeed, the sanction ...seeks to punish as well as to deter», sempre in *Ozturk*, cit., paragr. 53.

²⁰ Cfr. Corte EDU, sent. *Engel*, cit., paragr. 82.

²¹ Corte EDU, sent. *Engel*, cit., paragr. 82.

²² Cfr. Corte EDU, sent. 4 ottobre 2007, *Anghel c. Romania*, paragr. 52; sul fatto che la convertibilità delle pene pecuniarie in pena privativa della libertà personale non sia un criterio decisivo ai fini della determinazione della natura, penale o meno della sanzione, cfr. Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic c. Italia*, paragr. 41.

²³ Così PEPE, *Sistema sanzionatorio*, cit., p.495 ss.

va».

3. Possibili soluzioni di raccordo

A fronte della situazione di *impasse* che si è venuta a creare, sarebbe stato auspicabile l'intervento del legislatore: probabilmente, una prima ipotesi risolutiva sarebbe potuta consistere in una maggiore definizione della specialità delle fattispecie penali rispetto a quelle amministrative, specialità che, soprattutto in tempi recenti, a causa anche dell'abbassamento delle soglie, risulta meno netta. Questo anche al fine di giustificare meglio la ragione dell'intervento penale rispetto a quello amministrativo²⁴. E si sarebbe potuta cogliere l'occasione data dalla riforma attuata dal D.lgs. n. 158 del 24 settembre del 2015, ma così non è stato.

Senonché, nell'attesa di indicazioni da parte del legislatore, sono state avanzate in dottrina, così come in giurisprudenza, delle possibili soluzioni ermeneutiche, e tra queste sembrerebbe opportuno indicarne, essenzialmente, tre²⁵: la via di una interpretazione dell'art. 649 c.p.p. in modo conforme alla Convenzione, nel senso di estendere la previsione anche ai provvedimenti di irrogazione di sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali, secondo i criteri Engel già esaminati²⁶; la via della que-

²⁴ Cfr. CARINCI, *Specialità*, cit., p.515 ss. L'abbassamento delle soglie è stato determinato dal D.L.13 agosto 2011, n.138, convertito con legge 14 settembre 2011, n.148.

²⁵ Cfr. PEPE, *Sistema sanzionatorio*, cit., p.505 ss; DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?* Dir. pen. contemp., 2014; BOLOGNESE, *Commento alla sentenza Corte EDU, sez. IV, causa Rinas c. Finlandia, 27 gennaio 2015, n. 17039*, Riv. trim. dir. trib., p.770 ss.; VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art.50 della Carta?* Commento a Corte EDU, sez. II, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a c. Italia*, www.penalecontemporaneo.it. Si vedano, inoltre, le riflessioni di FLORA, in *Ne bis in idem "europeo" e sistema sanzionatorio tributario: devastante tsunami o vento che spazza le nuvole?*, Rass. trib., 2016, p.1007 ss., in cui «Le vie di soluzione che in concreto sono state percorse...sono essenzialmente tre: a) il ricorso per interpretazione alla Corte di Giustizia affinché statuisca se l'art. 649 c.p.p. è compatibile con il diritto dell'Unione ed eventualmente imponga al giudice domestico di conferire alla disposizione un significato compatibile con l'assetto europeo (ad es., Trib. Bergamo, 16 settembre 2015); b) il ricorso alla Corte Costituzionale...c) la diretta interpretazione costituzionalmente orientata (conforme ai principi fondamentali sanciti dalla EDU e dalla Carta fondamentale dei diritti di mediata rilevanza anche costituzionale) da parte del giudice nazionale, senza necessità di instaurare un previo giudizio, né dinanzi alla Corte di Giustizia, né dinanzi alla Corte costituzionale domestica (Trib. Terni, Sez. pen., 12 giugno 2015, dep. 1 settembre 2015; Trib. Asti, Sez. pen., 10 aprile 2014, dep. 7 maggio 2015). A mio parere, la soluzione preferibile sarebbe proprio quest'ultima (...) Ed in verità il processo di completo adeguamento del nostro "diritto vivente" alla configurazione euro-unitaria del *ne bis in idem*, sembra incontrare non poche resistenze».

²⁶ Con riferimento alla prima soluzione, la dottrina favorevole ad una interpretazione estensiva sottolinea che, sebbene una lettura estensiva potrebbe sembrare in contrasto con l'art. 25 della Costituzione (dal quale si può desumere la riserva di legge), tale estensione avverrebbe non *in malam partem* ma, al contrario, a maggior garanzia del reo. Tuttavia, voci discordi in materia continuano a sottolineare il fatto che l'interpretazione conforme alla CEDU non sarebbe coerente con la lettera, la storia e la *ratio* dell'art.649 c.p.p., e di tale avviso è anche la Corte di Cassazione, in una sua recente pronuncia (Cass. Pen. sez. III., 22 giugno 2016, n. 25815). Il giudice di legittimità, chiamato ad intervenire su una sentenza del Tribunale penale di Asti, in materia di omesso versamento dell'IVA (ex art.10-ter, D. lgs. n. 74/2000),

stione di legittimità costituzionale dell'art. 649 appena menzionato, per violazione dell'art.117 Cost., con riferimento ai vincoli internazionali (e dell'art.4, protocollo 7 della CEDU, quale norma interposta), nella parte in cui non prevede l'estensione alle sanzioni sostanzialmente penali²⁷; infine, la via di una diretta applicazione dell'art.50

ha infatti chiarito che, in primo luogo, il principio di *ne bis in idem* trova applicazione solo in materia penale, dato che risulta disciplinato dalle norme sui conflitti positivi di competenza (artt. 28 ss c.p.p.), sul divieto di un secondo giudizio (artt. 649 c.p.p.) e sulle ipotesi di pluralità di sentenze per il medesimo fatto (art.669 c.p.p.). In tutti questi casi, infatti, si tratta di norme ideate per procedimenti dinanzi al giudice penale. Inoltre, a sostegno di questo argomento sovrviene - sempre secondo le indicazioni della Corte - il dato letterale: il testo dell'art.649 c.p.p. parla di "sentenza o decreto penale", precludendo, per ciò stesso, l'estensione ai casi in cui il primo giudizio avesse natura extra-penale. In tal senso si sono espressi: con riferimento alla dottrina, FLICK, *op. cit.*, p.17 ss., per cui «Si tratta di una ampia problematica relativa all'esigenza di smussare la concezione "formale" della legalità penale, propria del nostro sistema (sulla scia della tradizione continentale) e la visione sostanzialistica del medesimo concetto (...). La concezione sostanziale della legalità è apparentemente meno garantista per le oscillazioni cui può dar luogo; ma ha portato in realtà ad un risultato di ampliamento delle garanzie. La concezione formale all'apparenza è più garantista in termini di certezza del diritto». Sembrerebbe auspicabile una combinazione "virtuosa" delle due prospettive.

Con riferimento alla giurisprudenza, si veda, ad es., Trib. Brindisi, sez. pen., sent.17 ottobre 2014.

Si vedano, inoltre, le considerazioni di FLORA, *Ne bis in idem "europeo"*, cit., Rass. trib. 2016, p.1007 ss., che a proposito delle vie percorribili per un adeguamento del sistema domestico al diritto europeo, così si esprime: «La necessaria premessa della soluzione è costituita dal principio della prevalenza della norma europea vivente, espressione di un diritto fondamentale della Convenzione EDU e della Carta fondamentale dei diritti delle persone (di rilevanza costituzionale per il tramite dell'art.117 Cost.) sulla norma interna (così come correntemente interpretata) che con essa si pone in conflitto, o comunque non vi si trova perfettamente allineata. E non v'è dubbio che l'art.649 c.p.p. che disciplina l'effetto preclusivo di una duplice sottoposizione a pena per il medesimo fatto nel sistema "interno", si pone in tensione con il corrispondente principio del *ne bis in idem* di matrice europea. E ciò sotto un duplice profilo: fa riferimento ad un giudizio e ad una sanzione "formalmente" penali; considera "medesimo" non il fatto così come si è svolto concretamente ma il fatto inteso come fattispecie astratta (salvo i "temperamenti" di cui si è detto)».

²⁷ Con riferimento alla seconda soluzione, riguardante una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art.649 c.p.p., diremo che essa si è rivelata difficile da praticare, sia per la difficoltà di prospettare la questione stessa (per cui il rinvio si fermerebbe di fronte alla pronuncia di inammissibilità da parte della Corte) sia, probabilmente, per ragioni culturali. Alcuni autori sostengono che già presso la Cassazione sussisterebbe una certa tendenza a derogare ai principi del diritto punitivo, in virtù di un certo "particolarismo fiscale"(cfr., in questo senso, PEPE, *op. cit.*, p.509 ss.). Inoltre, l'atteggiamento "inerte" della Corte Costituzionale spesso è dovuto alla volontà di rimettere la questione alla pronuncia del legislatore. Tali difficoltà emergono, infatti, dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 102 del 12 maggio 2016, con cui la Consulta si è dovuta pronunciare su una questione, sollevata dalla Cassazione, di compatibilità costituzionale della normativa italiana in materia di abusi di mercato, per contrasto con il principio del *ne bis in idem*, per come elaborato dalla giurisprudenza CEDU alla luce, soprattutto, del caso *Grande Stevens*. La Consulta ha, però, lasciato sopravvivere il doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale in materia di abusi di mercato, con una pronuncia di inammissibilità delle questioni prospettate che le è valso, da parte di alcuni autori (cfr. SCAPIN, *Market abuse: inammissibilità delle questioni costituzionali e conseguente salvezza del doppio binario sanzionatorio*, www.giurisprudenzapenale.com) l'affermazione per cui, in questo caso, sembrerebbe che essa abbia "deciso di non decidere", probabilmente in attesa di una pronuncia futura da parte del legislatore stesso. Affermazione che, secondo il punto di vista dottrinale sopra menzionato, sembra opportuno sostenere, tanto più se messa a confronto con quanto verificatosi nell'ordinamento francese, in cui il Consiglio Costituzionale francese (l'equivalente, per così dire, della nostra Consulta), chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità tra la disciplina positiva

della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea (con contestuale disapplicazione dell'art.649 c.p.p.), in virtù di una recezione del principio del *ne bis in idem* “europeo” sia come principio generale (ex art.6 TUE) che come diritto fondamentale (ex art.50 CDFUE).

Ed è proprio l'ultima soluzione che, probabilmente, si presenta come la più agevole da percorrere.

Rimarrebbe aperta la questione se il principio del *ne bis in idem*, per come risulta formulato, abbia la stessa estensione di quello enucleato dalla CEDU (art.4 protocollo 7 CEDU): se, cioè, il “diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato” e il cui testo recita «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge», abbia il medesimo contenuto dell'articolo della CEDU, e debba comunque essere interpretato in maniera conforme alle indicazioni del Giudice di Strasburgo, con riferimento, in particolare, alle nozioni di “fatto storico” e di “materia penale”.

Una soluzione affermativa sembrerebbe imporsi in base al tenore letterale della stessa Carta: l'art.52, paragr.3, dispone infatti che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Inoltre, le “Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali” (delle quali, ai sensi dell'art.6, paragr.1 TUE, occorre tener conto nella sua interpretazione) aggiungono che il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli.

Pertanto, in virtù di questa lettura, si arriverà alla seguente conclusione: il giudice penale dovrà pronunciare in diretta applicazione dell'art.50 CDFUE, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere strutturalmente identica a quella che il giudice dovrebbe emettere ai sensi dell'art.649 c.p.p.; allo stesso modo dovrà comportarsi l'autorità amministrativa o quella giurisdizionale eventualmente adita nelle ipotesi in cui si sia già formato il procedimento penale²⁸.

4. Il “nuovo” quadro di riferimento tracciato dalle recenti pronunce delle

interna sulla fattispecie di aggio e la CEDU, ha delineato alcune condizioni affinché venga risolto il rischio di violazione di *ne bis in idem* in ipotesi di doppio binario sanzionatorio per una medesima fattispecie (cfr., per un approfondimento della questione, le considerazioni di POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione persa*, Giur. it., 2016, p.1711 ss.; FLORA, *Ne bis in idem “europeo”*, cit., p.1007 ss.

²⁸ Cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio*, cit.

Corti europee

4.1. Il quadro interpretativo appena delineato, deve essere riconsiderato ed integrato alla luce di due importanti decisioni, entrambe del 15 novembre 2016: una è data dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU, che meglio specifica il principio esaminato, così contribuendo a risolvere qualche dubbio applicativo; l'altra è data da un rinvio pregiudiziale che la Seconda Sezione Civile della Cassazione ha operato alla Corte di Giustizia, al fine di chiarire, una volta per tutte, la portata dell'art.50 della Carta di Nizza.

Con riferimento alla pronuncia *A. e B. c. Norvegia* della Grande Camera²⁹, la Corte ha esaminato un medesimo fatto di evasione fiscale che è stato oggetto, in un primo tempo, di sanzione amministrativa e, successivamente, sottoposto a processo penale: si è escluso che nello specifico – ed è qui che la sentenza si distingue dalle precedenti – l'imposizione di una duplice sanzione, amministrativa e penale, costituisca *bis in idem*. La Corte ha, infatti, colto l'occasione per chiarire che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Prot.7, non impedisce, di per sé, agli Stati contraenti di configurare un "doppio binario sanzionatorio" (amministrativo e penale) con riferimento agli illeciti fiscali (e non solo), a patto che esso venga valutato alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte (a proposito, per esempio, dei casi *Nilsson v. Svezia* del 2005 e *Nykanen c. Finlandia* del 2014). In particolare, secondo la Corte, al fine di escludere la violazione del *ne bis in idem*, occorre verificare che i due procedimenti – quello amministrativo e quello penale – siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo («sufficiently connected in substance and in time»: cfr. par.131 della decisione).

La formula utilizzata dalla Corte può risultare poco chiara. Ed è per questo motivo che la stessa fornisce un elenco esemplificativo di criteri da seguire; così bisognerà valutare: se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto, ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale; se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta; se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare «per quanto possibile» ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una «adeguata interazione tra le varie autorità competenti» in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento; e infine, se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia

²⁹ Cfr., per una trattazione più approfondita, VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, Corte EDU (Grande Camera), sent. 15 nov. 2016, ric. n. 24130/11 e 29758/11, www.penalecontemporaneo.it.

tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (paragr.133 della sentenza)³⁰.

4.2. Ora, lo stesso giorno nel quale la Grande Camera ha pubblicato la sentenza appena commentata, la Seconda Sezione Civile della Cassazione formulava due nuovi quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia, ed in particolare uno avente ad oggetto il diritto al *ne bis in idem*, nella accezione fornita dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il quesito è, peraltro, in parte analogo a quello formulato, nel settembre 2016, dalla Sezione Tributaria³¹, con riferimento ad una ipotesi di manipolazione del mercato, nonché a quelle sollevate da alcuni giudici di merito italiani in materia di violazioni tributarie.

Nel caso in questione, la peculiarità sta nel fatto che il *ne bis in idem* veniva invocato da parte di una persona fisica già giudicata e assolta in via definitiva in sede penale per un fatto di abuso di informazioni privilegiate, per il quale aveva invece subito dalla Consob le sanzioni amministrative ora oggetto del ricorso in Cassazione.

La Corte di Cassazione ha rilevato che la condotta oggetto del procedimento penale e quella per la quale sono state inflitte le sanzioni dalla CONSOB siano, in realtà, la medesima condotta; e, appurato che le sanzioni irrogate, per il loro carattere particolarmente afflittivo, siano sostanzialmente penali, conclude per la sussistenza, nel caso in esame, di una potenziale violazione del *ne bis in idem*. La Corte si domanda se la questione debba essere risolta sul piano europeo³², attraverso una applicazione diretta dell'art.50 CDFUE, e ciò escluderebbe il ricorso alla questione di legittimità costituzio-

³⁰ Bisogna dire che il criterio esaminato non è nuovo per la Corte: in passato, infatti, la sua applicazione aveva condotto ad esiti differenti, determinando in alcuni casi la sussistenza di una violazione del *ne bis in idem* (si pensi alla recente sentenza *Nykanen*, del 2014), in altri, escludendola (si pensi ai casi *R.T c. Svizzera*, del 2000; *Nilsson c. Svezia*, del 2005; nonché del recente *Boman c. Finlandia*, del 2015). Tuttavia, è proprio l'aleatorietà, per così dire, del risultato, che ha sollevato numerose critiche, a cominciare proprio da quelle mosse dal giudice Pinto de Albuquerque, unico dissenziente nella sentenza in esame.

Nell'argomentare la sua tesi, nella quale non manca di indagare sulle origine storiche e sulle possibili *rationes* del *ne bis in idem*, egli sottolinea, infatti, come i criteri-esemplificativi, peraltro indicati dalla Corte per l'individuazione della "connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta", siano vaghi, e dunque manipolabili *ad libitum* dall'interprete. Cfr. VIGANO', *La grande camera*, cit., www.penalecontemporaneo.it.

³¹ Cfr. Cass., sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014.

³² Si legge, infatti, a pag. 22 della sentenza : «Come sottolineato dalla Corte Costituzionale italiana, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, il presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo (...). Ebbene, nella fattispecie si verte in materia che rientra nella competenza dell'Unione (venendo in questione norme interne emanate in attuazione di una direttiva comunitaria) e, pertanto, l'efficacia diretta dell'art.50 è fuori questione».

nale dell'art.187 t.u.f, per violazione dell'art.117 Cost. e dell'art.4, prot.7, quale norma interposta (come richiesta, invece, in via subordinata dal ricorrente). Applicando l'art.50 CDFUE, infatti, ne deriverebbe, per il giudice italiano, l'obbligo di disapplicare la norma di diritto interno incompatibile con quanto statuito dalla norma di matrice europea.

E tuttavia, il giudice di legittimità rileva come, ad oggi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non abbia ancora avuto modo di esprimersi circa l'ambito applicativo dell'art.50 CDFUE; se questo offra il medesimo livello di tutela garantito dall'art.4 prot.7 CEDU, né se, in particolare, una sua attuazione possa escludere categoricamente la duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni, qualora abbiano natura omogenea e particolarmente afflittiva, secondo i criteri *Engel* già esaminati.

Ad oggi, una risposta netta sembrerebbe, secondo la Corte, da escludere. È pur vero che, in virtù del richiamo espresso operato dall'art.52, paragrafo 3 della Carta di Nizza, vi sarebbe un principio di corrispondenza minima³³ tra il contenuto delle disposizioni della Carta stessa e quello delle parallele disposizione della Convenzione e dei relativi protocolli; tuttavia, «a questa identità di fondo della regola del *ne bis in idem* fa da contraltare il principio, interno al diritto dell'Unione e logicamente estraneo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti, per cui l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (p.28). E tale principio risulta enunciato e ribadito, rispettivamente, nelle sentenze *Melloni*³⁴ e *Fransson*³⁵.

Simona Valvo

³³ Secondo la Suprema Corte, infatti, «tornando ai rapporti tra quest'ultima disposizione (l'art. 50 CDFUE) e l'art. 4, prot. 7 CEDU, deve dirsi che una piena corrispondenza applicativa del principio del *ne bis in idem* in ambito convenzionale e in ambito euro unitario pare che sia tuttavia da escludere» (p.23 dell'ordinanza interlocutoria).

³⁴ Per il caso *Melloni*, cfr. la sentenza Corte EDU (Grande Camera) del 26 febbraio 2016.

³⁵ Cfr. sentenza Corte EDU (Grande Camera) del 26 febbraio 2013.