



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Corso di dottorato di Ricerca in
“Istituzioni, mercati e comportamenti”

Curriculum “Istituzioni e azienda”

Ciclo XXXII

Le nuove frontiere del “*ne bis in idem*”.
Profili sostanziali e processuali dell’istituto alla
luce delle evoluzioni giurisprudenziali e relativo
ambito di applicazione

SSD: IUS/16

Coordinatore del corso:
Chiar.ma Prof.ssa Rosella Tomassoni

Supervisore:
Chiar.mo Prof. Gianrico Ranaldi

Dottorando:
Federico Gaito

Indice

<i>Introduzione</i>	5
---------------------------	---

Capitolo I

Il principio del ne bis in idem: significato e importanza

<i>1.- Premessa: le ragioni di una scelta</i>	9
<i>2.- Inquadramento generale dell'istituto</i>	13
<i>3.- Unico procedimento ed unica sanzione</i>	21
<i>4.- La ratio del principio</i>	25
<i>5.- Le radici storiche del principio di "ne bis in idem": dalle prime civiltà ai tempi moderni</i>	35
<i>6.- L'attuale disciplina del principio del "ne bis in idem": tra diritto positivo e relative interpretazioni</i>	47
<i>7.- Il c.d. ne bis in idem sostanziale</i>	53
<i>8.- Il principio del ne bis in idem applicato negli altri ordinamenti: in Francia</i>	57
<i>9.- Il principio del ne bis in idem applicato negli altri ordinamenti: in Germania</i>	63
<i>10.- Il principio del ne bis in idem applicato negli altri ordinamenti: in Spagna</i>	69
<i>11.- Il principio del ne bis in idem applicato negli altri ordinamenti: in Inghilterra</i>	75
<i>12.- Il principio del ne bis in idem applicato negli altri ordinamenti: negli U.S.A.</i>	81

Capitolo II

Il principio del ne bis in idem: le evoluzioni europee

<i>1.- La centralità della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i problemi di recepimento interno</i>	88
---	----

2.- Inquadramento del principio di <i>ne bis in idem</i> in chiave europea: cenni di una giurisdizione...senza barriere.....	96
3.- La regolamentazione sovranazionale del divieto di <i>bis in idem</i> : la previsione comunitaria degli artt. 54 C.A.A.S. e 50 C.D.F.U.E.....	99
4.- La tutela Convenzionale del divieto di <i>bis in idem</i> : l'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u.....	103
5.- Le applicazioni del divieto di <i>bis in idem</i> nella giurisprudenza di Strasburgo.....	106
6.- Le nozioni di “materia penale” e di “pena” ai sensi degli art. 6 e 7 C.e.d.u.: il leading case <i>Engel c. Paesi Bassi</i> e le sue ripercussioni.....	109
7.- Prospettive evolutive in tema di <i>idem factum</i> : il caso <i>Zolotukhin c. Russia</i>	120
8.- Il doppio binario sanzionatorio in materia di <i>market abuse</i> e la sua (in)compatibilità convenzionale.....	128
9.- L'interpretazione convenzionale 2.0 del concetto di “bis”: il caso <i>A. e B. c. Norvegia</i>	136
10.- Il <i>ne bis in idem</i> nel sistema dell'Unione europea: l'art. 50 CDFUE e le applicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea.....	146
11.- <i>Lost in translation</i> : Lussemburgo chiama, Strasburgo risponde?.....	160

Capitolo III

Il principio del *ne bis in idem*: recenti sviluppi giurisprudenziali e profili processuali

1.- Tentativi di applicazione del diritto sovranazionale e resistenze interne.....	165
2.- L'impatto della casistica della Corte di Strasburgo.....	169
3.- La risposta interna alla marea sovranazionale: il concetto di giurisprudenza “consolidata”.....	174
4.- Metamorfosi del concetto di <i>idem factum</i> ed <i>idem legale</i> : la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016.....	183
5.- Primi passi verso l'accoglimento interno dei criteri sovranazionali in tema di abusi di mercato.....	193

6.- Sulla scia del cambiamento: l'intervento del legislatore in materia di abusi di mercato.....	200
7.- Ulteriori sviluppi giurisprudenziali interni: in cerca di una traccia per il futuro.....	204
8.- Il principio del <i>ne bis in idem</i> e l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione.....	206
9.- Il sistema delle misure di prevenzione ed il divieto di <i>bis in idem</i>	211
10.- <i>Ne bis in idem</i> sovranazionale e Daspo: quali ripercussioni per il nostro ordinamento?.....	219
11.- <i>Ne bis in idem</i> e misure di sicurezza.....	223

Capitolo IV

Il principio del *ne bis in idem*: i futuribili

1.- Il dialogo conflittuale tra Corti.....	224
2.- Cosa resterà... prime ipotesi in prospettiva evolutiva.....	228
3.- Alcune riflessioni circa la rivoluzione del concetto di <i>idem fattuale</i>	232
4.- La crisi del concetto del c.d. "doppio binario": da un binario molteplice ad un binario morto?.....	238
5.- Verso l'infinito: il necessario superamento delle barriere "formali".....	242
6.- ...e oltre: l'esigenza di un'armonizzazione sistemica illuminata.....	247
 Bibliografia.....	 253

INTRODUZIONE

Il principio del *ne bis in idem*, nella sua declinazione processuale e sostanziale, si identifica nel diritto riconosciuto in capo all'individuo definitivamente prosciolto o condannato di non patire ulteriori procedimenti penali concernenti il medesimo fatto e a non riportare più condanne per gli stessi accadimenti: il fine ultimo è, dunque, quello di evitare una moltiplicazione di procedimenti e di sanzioni per identici fatti.

Il principio di civiltà, ragionevolezza e umanità fa sì che lo Stato si trovi innanzi all'impossibilità di avvalersi della macchina penalistica per affrontare nuovamente la medesima questione nei riguardi della stessa persona.

La *ratio* di fondo del divieto, volta alla completezza ed esaustività dei rimedi processuali previsti dall'ordinamento, oltre ad un'intrinseca esigenza di certezza del diritto e di non contraddizione dello stesso, predispone che, una volta esaurita la vicenda processuale, al soggetto vada riconosciuta per la vicenda che lo ha già visto protagonista di un procedimento, un'intangibile immutabilità e *firmitas* penalistica.

Un principio chiaro, almeno in apparenza, ma che, in realtà, risulta multiforme, in continua evoluzione, foriero di molteplici dubbi interpretativi.

In questo scritto si propone pertanto di delimitarne i confini, di indagarne la dimensione ontologica e teleologica, anche alla luce delle soluzioni ermeneutiche fornite sul punto dalla -sempre più imprescindibile- giurisprudenza europea.

La ricerca affronta numerosi profili in chiave storica, costituzionale, convenzionale, eurounitaria, comparatistica interna ed internazionale anche in relazione ad aspetti inizialmente ed all'apparenza estranei al concetto di materia penale, ma in realtà strettamente connessi al principio di cui trattasi.

Nel primo capitolo si analizzerà il fondamento del principio di "*ne bis in idem*", le origini storiche, la fenomenologia dell'istituto, la disciplina codicistica, la sua importanza, il suo ambito applicativo anche negli ordinamenti stranieri.

L'analisi verterà sulla ricostruzione e sull'approfondimento della significatività del principio in questione; sulle varie declinazioni ed interpretazioni fornite da legislatore, giurisprudenza e dottrina a proposito dell'ambito applicativo dello stesso all'interno del nostro ordinamento, con particolare attenzione ai confini soggettivi del divieto, alla nozione di medesimezza del fatto, nonché al concetto di duplicazione ed a quello di irrevocabilità.

La trattazione prevedrà un *excursus* storico-giuridico; dagli albori delle prime civiltà giuridicamente evolute, per arrivare alle più moderne codificazioni, sino all'entrata in vigore della Carta Costituzionale italiana e dell'odierno codice di procedura penale.

Si analizzerà la dimensione processuale e sostanziale del divieto, che si esplica nell'impossibilità e nel diritto, rispettivamente per lo Stato e per l'individuo, di comminare e non subire una duplice condanna penale in relazione al medesimo fatto, approfondendo la differenza fra *ne bis in idem* processuale e sostanziale: un confine a tratti mobile, ma pur sempre presente.

Nella seconda parte del capitolo si tenterà di dare uno sguardo alla dimensione del principio in alcuni dei principali paesi mondiali: dai sistemi di *civil law* più vicini ed affini al nostro, quale ad esempio Francia, Germania e Spagna, ci si affaccerà sul sistema anglosassone di *common law* e sull'ordinamento statunitense, dove, a differenza di quello italiano, la *double jeopardy clause* ("l'equivalente" del *ne bis in idem* nostrano) riceve una più salda tutela a livello costituzionale attraverso il V emendamento del *Bill of Rights*. Verranno quindi messe in rilievo le differenze e le somiglianze fra il grado di tutela assicurato dai vari ordinamenti, ponendo in particolar modo l'accento sulla comune difficoltà, per gli interpreti, nel delineare in maniera chiara i profili oggettivi e soggettivi della preclusione processuale.

Nel secondo capitolo si analizzeranno le influenze della giurisprudenza europea in materia: a partire dalle resistenze al recepimento del *dictum* sovranazionale all'interno del nostro ordinamento. In particolar modo si illustrerà l'incidenza dell'approccio sostanzialistico della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo nel modo di intendere il *ne bis in idem*, garantito all'art. 4, Prot. 7,

C.e.d.u.. Un approccio che è il risultato di un processo di sedimentazione giurisprudenziale, idealmente distinguibile in due fasi: la prima, caratterizzata da un maggiore slancio garantistico; seguita da una seconda fase nella quale si assiste ad una mitigazione delle precedenti posizioni.

Verrà studiato, al tempo stesso, l'atteggiamento seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretare portata e ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta di Nizza.

Attraverso l'analisi dei più importanti arresti giurisprudenziali in materia, si approfondirà come il *ne bis in idem* diventi il luogo giuridico in cui testare la tollerabilità convenzionale e eurounitaria del modello del c.d. «doppio binario sanzionatorio», e si presterà attenzione, in particolare, al difficile dialogo fra le Alte Corti.

Nel terzo capitolo ci si soffermerà sulle numerose declinazioni ed applicazioni pratiche dell'istituto, sia alla luce degli insegnamenti europei che di quelli delle Corti nostrane, all'interno dell'ordinamento e che possano *latu sensu* interessare l'orbita penalistica anche solo in maniera marginale o indiretta.

In particolar modo verranno affrontate le problematiche relative alla corretta interazione tra una pluralità di processi e lo strumento del doppio binario probatorio e sanzionatorio in materia, ad esempio, di procedimento amministrativo, procedimento tributario, misure di prevenzione personali e patrimoniali, misure di sicurezza personali e patrimoniali, sanzioni disciplinari, responsabilità erariale, reati c.d. da stadio e conseguenti condanne.

Si affronteranno, dunque, le varie questioni attraverso una necessaria attività di corretta qualificazione giuridica tanto interna quanto sovranazionale, inquadramento sistematico e relativa *ratio* sottesa ai differenti istituti ed alle esigenze di volta in volta in rilievo per l'ordinamento ed il settore interessato.

Infine il quarto ed ultimo capitolo, è dedicato alla proposizione delle conclusioni provvisorie e *rebus sic stantibus*: nello specifico si cercherà di fornire una soluzione esegetica “alternativa”, volta a “riscoprire” una sorta di sostanzialismo ed

“umanesimo” interpretativo propugnato ed auspicato in varie sentenze dalla Corte dei diritti dell’uomo, per arrivare a definire lo “stato dell’arte” all’interno del nostro ordinamento, con prospettive evolutive dello stesso ed ipotesi di tentata giustizia, anche al di là di un sistema, quale il nostro, improntato sul principio e sull’abuso del c.d. “doppio binario”.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM: SIGNIFICATO E IMPORTANZA

1.- Premessa: le ragioni di una scelta

Il presente progetto propone l'approfondimento delle novità circa l'applicazione del fondamentale principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano, che negli ultimi anni –ed in larga parte- sono dipese dalle influenze sovranazionali in materia. L'istituto rappresenta un vero e proprio limite alla potestà e alle pretese punitive da parte dello Stato: vincolando lo Stato ad affrontare, in maniera completa ed esaustiva, la responsabilità dell'accusato per lo stesso fatto in un solo processo, ed assolvendo -così- la funzione di impedire, in *extrema ratio*, la moltiplicazione incontrollata delle istanze punitive per un fatto già oggetto di giudizio definitivo. L'oggetto della ricerca si sviluppa prendendo spunto dalla forza espansiva dell'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, con i consequenziali notevoli impatti (e costi) sull'ordinamento italiano, al fine di ipotizzare e studiare gli sviluppi del divieto di *bis in idem*, così come interpretato a Strasburgo, sull'ordinamento interno nell'ambito non solo esclusivamente e prettamente processualpenalistico ma anche in altri contesti, come ad esempio il processo societario e tributario.

Difatti, le tematiche interessate all'interno del presente progetto per la molteplicità e la loro intrinseca complessità relazionale non possono che comportare una approfondita analisi di plurimi principi di diritto: se la sottrazione dell'individuo dalla spirale di reiterate iniziative penali e punitive per il medesimo fatto rappresenta la traduzione operativa di un principio di civiltà giuridica di generalissima applicazione, allora lo studio di essa si impone quale tema cruciale tra tavola dei valori, opzioni regolamentari e prassi¹.

¹ In questi termini RANALDI-F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio Penale*, 2017, 1. A tal proposito si articolava nel senso che «Delineare i rapporti tra divieto di doppia incriminazione e divieto di doppia sanzione costituisce esercizio ermeneutico complesso: infatti, cogliere ratio, elementi di contatto e spunti di relazione tra gli specifici limiti al libero dispiegarsi del potere giurisdizionale dello Stato impone, al

Tra i tanti aspetti degni di nota vi è senz'altro quello relativo al rinnovato ruolo dello Stato, che, in qualità di legislatore principale dei presupposti e limiti di operatività del *ne bis in idem*, soprattutto se considerato come una libertà fondamentale, deve essere rimeditato attesa la pluralità di documenti sovranazionali che ne delineano, in uno con le relative Corti, un quadro di tutela "multilivello": grazie all'integrazione raggiunta in ambito europeo, la tutela del *ne bis in idem* ha conosciuto nuovi (e inaspettati) livelli di effettività, sganciati dalle categorie formali del diritto penale nostrano, che si riflettono sulla *ratio* dell'istituto in esame e ne impongono una riconsiderazione sistematica².

È dato acquisito che il sistema processualistico *latu sensu* inteso miri alla prevenzione ed all'eliminazione *in nuce* di situazioni in cui siano duplicati tanto i procedimenti di accertamento, quanto le sanzioni per l'*idem factum*; di contro, è però lecito e necessario continuare ad interrogarsi sull'effettività e sull'efficacia di tali principi e meccanismi³; senza però dimenticare il contesto storico, politico e culturale, per il quale il *ne bis in idem* cessa di essere un fenomeno prettamente nazionale, per diventare un problema di dimensioni transnazionali.

Senonché, invalidato il principio per cui lo *ius puniendi* costituirebbe un attributo inscindibile dall'esercizio della sovranità statale, il processo di internazionalizzazione del diritto penale ha assunto tratti assolutamente peculiari, caratterizzandosi per una spiccata asimmetria.

Da un lato, infatti, si è assistito ad un'evidente tendenza alla armonizzazione penalistica, di cui il recente sviluppo del diritto internazionale penale costituisce la manifestazione più evidente; dall'altro, si è palesata una opposta spinta alla limitazione del potere punitivo, condotta sotto l'egida dei diritti dell'uomo.

contempo, di individuarne ragion propria ed implicazioni operative secondo una prospettiva che punti a conciliare – in maniera tendenzialmente compiuta – sistema, esegesi e diritto delle Corti».

² Per la prospettiva di tutela "multilivello", DI STASI, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella CEDU*, in Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, Padova, 2016, 3-6.

³ GAITO F., *L'idem factum e la sanzione penale in Italia: tra norma e prassi*, all'interno delle "Comunicaciones en el Congreso Internacional <<Confronto: Diálogo hispano-italiano sobre proceso penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz>>", 8-9.11.18".

È evidente che entrambi questi fenomeni si pongono in una naturale tensione dialettica con i principi di sovranità, territorialità e legalità che costituiscono i cardini del diritto penale moderno. D'altra parte, la crisi della sovranità statale, attraverso meccanismi sempre più incisivi di erosione dei "classici" poteri dello Stato, si manifesta nella perdita di assolutezza del potere punitivo nazionale.

Nella situazione vissuta odiernamente, in una fase di c.d. giustizia progressiva ed in evoluzione⁴ a seguito delle dirompenti conseguenze delle evoluzioni europeisticamente e convenzionalmente orientate in materia, non si può sottovalutare l'interrogativo che sorge spontaneo, ovvero se l'istituto in oggetto, nella generale accezione che gli viene riservata dai diversi documenti che lo prevedono, possa rappresentare un ennesimo –ed in un certo qual modo– definitivo banco di prova della (difficile) interazione fra ordinamenti giuridici multilivello.

Ma la *quaestio* appena menzionata, rischia di rappresentare in realtà solo una delle delicate controversie a cui dare una risposta esaustiva; in effetti l'approfondimento delle implicazioni nonché delle -discusse e discutibili- applicazioni del divieto di *bis in idem*, costituiscono il prezioso spunto per rivolgere lo sguardo –non solo e non tanto– verso una direzione transnazionale tendente all'armonizzazione sistemica sia verticale che orizzontale, quanto piuttosto verso noi stessi e verso lo stato "di salute" in cui versa ad ampio raggio l'ordinamento interno: dalle difficoltà di un legislatore schizofrenico, alle storture di una giurisprudenza –per scelta o per necessità– "*juscreativa*", fino probabilmente al cedimento delle convinzioni circa la bontà di un sistema che prevede, applica ed incentiva il meccanismo del c.d. doppio (ma in alcuni casi plurimo) binario, che ormai sembra aver segnato il passo.

⁴ GAITO A., *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Archivio Penale*, Pisa, 2019, 1. Nello specifico si parla di «una nuova percezione del sistema della giurisdizione penale come una sorta di meccanismo bifasico, nel senso che, da un lato, l'accertamento dei fatti di rilevanza penale sembra naturaliter spettare al giudice nazionale, dall'altro, la tutela finale, e quindi effettiva, dei diritti delle persone coinvolte nel processo, invece, riservata al giudice europeo. È come se, nel concreto, il sistema processuale penale non sia più autoreferenziale – 'prodotto' dell'ingegneria normativa interna e vergato caso per caso dalla penna dell'autorità giurisdizionale statale – ma sia attratto entro l'area del giurisdicente europeo, 'l'interlocutore ultimo', tanto da considerare oramai la Corte europea come 'Il Giudice' per eccellenza, legittimato alla 'parola finale' e, quindi e per ciò solo, più giusta. Sembra, anzi, che 'il giudice del fatto' sia quello nazionale, con il giudice di Roma deputato al controllo del rispetto della legge interna nel caso concreto, mentre 'il giudice del diritto' sia solo quello di Strasburgo, percepito come custode sicuro e garante effettivo dei diritti dell'accusato nel singolo Stato».

Nel tentativo di ritrarsi nelle proprie “corazze formalistiche”, nell’intenzione di ribadire separazione ed indipendenza –a mo’ di compartimenti stagni– delle varie e vaste aree e competenze giuridiche per il tramite di semplici ed apparenti (quanto fuorvianti) nomenclature sistemiche dei diversi procedimenti o il loro inquadramento nell’alveo del procedimento penale o amministrativo, civile, tributario che sia, si è infatti affievolita l’esigenza primaria e fondamentale: una razionalizzazione, non fine a sé stessa, bensì indirizzata al perseguire ed applicare un’ipotesi di giustizia effettiva e sostanziale verso cui qualunque sistema di diritto in generale deve tendere, e la cui realizzazione altro non è che l’auspicio degli “operatori” del settore e dei cittadini tutti.

2.- Inquadramento generale dell'istituto

Spesse volte, le analisi in materia di *ne bis in idem* iniziano con un tentativo di definizione, che tende a sfociare in una classificazione dell'istituto, destinata poi ad indirizzare il prosieguo della trattazione: si è detto, ad esempio, che il *ne bis in idem* rappresenta un principio di diritto che soddisfa un'esigenza basilare di giustizia; o che possa in qualche modo costituire un assioma logico⁵; oppure lo si è spesso inquadrato quale diritto fondamentale attribuito alla persona umana ed a garanzia della stessa⁶.

Allo stesso tempo si è sottolineato che esso risulta funzionale e necessario al fine di garantire esigenze basilari quali proporzionalità del sistema, libertà individuale dell'individuo o certezza del diritto⁷: difatti, il divieto di *bis in idem* costituisce un fondamentale principio di diritto volto a soddisfare una naturale esigenza di equità e correttezza⁸, una vocazione fondamentale di giustizia sostanziale⁹, un vero e proprio diritto inviolabile della persona, che risiede e viene valorizzato (o quantomeno dovrebbe esserlo) all'interno della sua sede naturale ovvero nella celebrazione del "giusto processo"¹⁰, impedendo che nei confronti di un soggetto già giudicato possa nuovamente instaurarsi un procedimento penale per lo stesso fatto¹¹.

Dunque potrebbe risultare riduttivo, e parzialmente fuorviante, cercare di considerare il principio in esame esclusivamente quale regola di naturale processuale, poiché sebbene sembri -a prima vista- operare strettamente in quella

⁵ DE LEON VILLALBA, *Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Murcia, 2007, 17.

⁶ GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 97 ss.

⁷ Si veda DE LA CUESTA, *Concurrent national and International criminal jurisdiction and the principle 'ne bis in idem'*. *General Report*, in *Rev. int. dr. penal*, 2002, 710.

⁸ GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 101. In tema cfr. anche CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 67.

⁹ ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, Torino, 2008, 733.

¹⁰ GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 102.

¹¹ Tra i tanti CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in Conso-Grevi-Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2016, 953; MARINELLI, *sub. Art. 649*, in Conso-Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., Padova, 2015, 2840.

sede, in realtà il ridetto principio è per intrinseca vocazione portato a rappresentare qualcosa di diverso e di ben più importante all'interno dell'ordinamento.

Quale preclusione che scaturisce dal giudicato, il *ne bis in idem*, nell'ambito degli ordinamenti nazionali, spesso rappresenta l'ultimo di una serie di rimedi utili a prevenire o risolvere situazioni di conflitto positivo di giurisdizione o di competenza, o talora anche di pura e semplice litispendenza¹².

Senza perdersi in nomenclature ed eccessivi formalismi dovuti all'uso/abuso di etichette, è però possibile affermare che le medesime esigenze e ragioni hanno animato molti dei Paesi giuridicamente più evoluti, tanto da poter considerare il divieto di *bis in idem* quale principio oramai generalmente affermato a livello internazionale, seppur con le dovute sfumature e inclinazioni figlie dei tempi e delle latitudini geografiche oltre che giuridiche.

Tra le *ratio* spesso invocate del principio, già poc'anzi citata, vi è infatti proprio quella di economia processuale¹³, per la quale evitare la duplicazione dei processi, con naturali conseguenze a trarsene anche in ottica temporale, fa sì che il divieto di *bis in idem* possa essere ricondotto per molteplici ragioni nell'alveo delle regole del "giusto processo"¹⁴: come visto, dunque, sono numerose ed eterogenee- seppur strettamente interconnesse- le esigenze poste alla base del divieto di *bis in idem*, tanto da poter facilmente desumere che non sembra potersi immaginare un sistema giudiziario garantista e perfettamente funzionante che possa prescindere dall'applicazione del principio.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, il divieto di *bis in idem* è stato inizialmente previsto mediante la sua prima codificazione nel codice del 1865, e in seguito tramite la sua riaffermazione in quelli del 1913 e del 1930.

Che si tratti di diritto imprescindibile del soggetto, di principio funzionale a istanze di libertà individuale e di certezza del diritto¹⁵, è dimostrato infatti dalla circostanza che esso, nonostante non abbia ancora, ad oggi, riconoscimento costituzionale

¹² PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in Gaito A.-Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018, 325 e ss.

¹³ Vedi LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, 68.

¹⁴ Così, tra gli altri, GALANTINI, *Il divieto del doppio processo*, cit., 101.

¹⁵ GALANTINI, *Il divieto del doppio processo*, cit., 102.

espresso da un articolo *ad hoc* all'interno della Costituzione, sia però dotato di un fondamento costituzionale in quanto legato all'esigenza del giusto processo¹⁶, così come delineato dagli artt. 111 e 117 della Costituzione, nonché in quanto espressione del diritto di difesa e funzionale alle garanzie legate allo sviluppo della personalità individuale¹⁷.

La locuzione *ne bis in idem* viene utilizzata, invero, dagli ordinamenti penali nazionali in un duplice significato: da una parte quello espresso dal brocardo *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, ossia il divieto di doppio processo per lo stesso fatto, e dall'altra quello del *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, vale a dire il divieto di addebitare più volte, mediante il ricorso a molteplice pena, lo stesso accadimento criminoso all'autore¹⁸.

Tale duplice essenza del principio si sostanzia nella distinzione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale: il primo volto a garantire la tendenziale intangibilità del risultato processuale mediante la funzione negativa del giudicato¹⁹, il secondo rappresentante invece quel principio di equità e certezza del diritto desumibile nel nostro ordinamento dall'art 15 c.p. e da altre disposizioni penali finalizzate a vietare la duplicazione di sanzioni²⁰.

La maggior parte dei sistemi giuridici di tradizione europeo-continentale, infatti, conosce un vero e proprio divieto di rinnovamento del processo, volto a garantire l'autorità della cosa giudicata²¹; a questa preclusione processuale si accompagna, sul piano sostanziale, un divieto di molteplice pena per lo stesso fatto: dunque, così come avviene nell'ordinamento italiano, viene riconosciuta la duplice essenza del

¹⁶ BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem, dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 11.

¹⁷ RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3810.

¹⁸ Cfr. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, 100 ss, ma anche MANTOVANI, *Diritto penale 2, Parte generale*, Milano, 2016, 482 richiamato da MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2840.

¹⁹ CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem, cit.*, 67.

²⁰ Cfr. MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2840. In tema anche PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, *cit.*, 269 in cui il principio, oltre ad essere declinato nella sua versione processuale e sostanziale, è definito quale una tipologia di diritto soggettivo "intersettoriale".

²¹ Cfr. ad esempio l'art. 6 del codice di procedura penale francese: «*l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par [...] la chose jugée*», ovvero «*l'azione pubblica per l'applicazione della sentenza è estinta [...] dalla res judicata*».

divieto di *bis in idem*, tanto processuale (per il divieto di instaurazione di una molteplicità di procedimenti per una situazione giuridicamente già esaurita), quanto sostanziale (con la necessaria irrogazione di un'unica pena).

Alla base della dicotomia appena evidenziata vi sono presupposti applicativi e valori diversi, tanto che la dottrina ha da sempre escluso la possibilità di una ricostruzione unitaria del principio²²: mentre il *ne bis in idem* sostanziale risponde ad esigenze di equità e, come detto, di giustizia sostanziale, essendo concentrato ad evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato²³, la sua dimensione processuale intende assicurare esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi²⁴. Negli ultimi anni, la materia è stata oggetto di approfondito studio²⁵ proprio per i connotati di tutta la sfera d'azione dell'*auctoritas res iudicatae*, nella sua doppia valenza coercitiva, cioè esecutiva (così detta *actio iudicati*)²⁶ e, negativa e cioè, appunto, preclusiva²⁷ del *bis in idem*. Se poi, solo per un attimo, si allarga il campo d'indagine sino a ricomprendere l'ampia famiglia dei sistemi di *common law*, i risultati non cambiano di molto. Anche qui il principio del *ne bis in idem* –così come inteso nella letteratura giuridica italiana– pare andare incontro ad un'evidente scissione: nella cultura giuridica anglo-americana, infatti, il divieto di molteplice pena per lo stesso fatto, pur essendo nato da una costola del divieto del c.d. *double jeopardy*, sembra essersi con il tempo emancipato dalla regola processuale fino a divenire un principio immanente al complesso procedimento di commisurazione della pena da parte del giudice²⁸.

²² Tra gli altri, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1977, 31.

²³ RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 11; cfr. in tema FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *www.archiviopenale.it.*, 2017, 7.

²⁴ Così, ASTARITA, *Voce "Ne bis in idem"*, cit., 735 che parla di diritto individuale da un lato ed esigenza pubblicistica di economia processuale, dall'altro.

²⁵ Cfr., PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, cit., 265.

²⁶ Si legga, difatti, RANALDI, *La ricerca di rimedi interni volti ad operare una restituzione in integrum dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo*, in Gaito A.-Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018.

²⁷ Si veda, anche, per una ricostruzione completa del principio, CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 3.

²⁸ Cfr. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 236 ss.

In particolare, la dottrina giuridica statunitense evidenzia come il divieto di doppio giudizio ed il divieto di *multiple punishment* per lo stesso fatto, pur muovendo da un'unica indicazione di diritto positivo contenuta nel V Emendamento della Costituzione americana, presentano una chiara autonomia di valore e applicativa²⁹. Il *ne bis in idem* processuale consiste, nel divieto di duplice giudizio per il medesimo fatto, tuttavia tale divieto assume sfumature particolarmente differenti nei sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*.

Nei paesi di tradizione europeo-continentale il *ne bis in idem* rappresenta –tra le altre caratteristiche- un *effetto* del giudicato, diretto ad attribuire alla pronuncia del giudice un carattere di intangibilità; il principio in parola, dunque, opera sul presupposto di una sentenza passata in giudicato e rappresenta una sorta di proiezione soggettiva del principio di consunzione. In questa prospettiva, poiché il divieto di *bis in idem* è espressione dell'autorità (negativa) del giudicato penale, la garanzia individuale sorge sul presupposto formale della definitività della pronuncia.

I sistemi anglosassoni, invece, conoscono un divieto di *double jeopardy*, che affonda le proprie radici nel *plea of autrefois acquit* e nel *plea of autrefois convict*. Il divieto di *double jeopardy* ha una connotazione più marcatamente garantista rispetto alla preclusione processuale vigente nei sistemi di *civil law*; esso è infatti espressione di una particolare relazione intercorrente tra lo Stato ed il cittadino, in forza della quale il primo vede limitate le proprie possibilità di pervenire ad una condanna. In particolare, il divieto di *double jeopardy* non presuppone una sentenza

²⁹ In tema KIRCHEIMER, *The Act, the Offence and Double Jeopardy*, in 58 *Yale Law Journal*, 1949, 513. Sul punto, cfr. anche *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in 65 *Yale Law Journal*, 1956, 341: “The substantive and procedural goals underlying the double jeopardy concept need no necessarily operate in the same case. An accused may be subjected to the harassment of successive prosecutions without ever being convicted, in which case the problem of multiple punishment never arises. On the other hand, as the result of a single prosecution he may be found guilty of, and punished for, several offences where his acts should only give rise to a single criminal liability” (“Gli obiettivi sostanziali e procedurali alla base del concetto di doppio pericolo non devono necessariamente operare nello stesso caso. Un imputato può essere soggetto alle molestie di successive azioni penali senza mai essere condannato, nel qual caso il problema della punizione multipla non si pone mai. D'altra parte, a seguito di un singolo procedimento giudiziario, può essere ritenuto colpevole e punito per diversi reati in cui i suoi atti dovrebbero comportare un'unica responsabilità penale”).

passata in giudicato e vieta all'ordinamento di mettere due volte in pericolo (di condanna) la stessa persona per la commissione del medesimo illecito.

Se questo è, in estrema sintesi, il contenuto del *ne bis in idem* processuale così come previsto nei sistemi penali nazionali, ciò che assume rilevanza e particolare interesse è un'indagine circa le motivazioni che hanno portato alla creazione di tale divieto: il principio in parola infatti riveste posizione di preminenza all'interno degli ordinamenti per gli interessi sottesi sia del sistema stesso, sia del singolo individuo, sia, infine, della società globalmente intesa.

Difatti, l'iniquità di un sistema giudiziario che possa esporre lo stesso individuo a un'incondizionata serie di processi aventi il medesimo oggetto³⁰ risulta evidente, così come l'importanza di una regola che ponga un divieto in tal senso è insita nel concetto di Stato di diritto ed espressione di civiltà giuridica da meritare riconoscimento, non solo a livello interno, ma anche e soprattutto sovranazionale: che nessuno possa essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva -conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato- è infatti previsto con affine formulazione dagli artt. 14, 7° corollario, del Patto internazionale sui diritti civili e politici³¹ e 4, 1° comma, del 7° Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³²; inoltre il divieto è stato inserito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³³. La stessa generale applicabilità del divieto di *bis in idem*, individuato quale principio di civiltà giuridica la cui importanza supera e si espande ben oltre i confini nazionali, ha fatto sì che negli ultimi anni si conquistasse un ruolo di primissimo

³⁰ Così, MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2840 e ASTARITA, voce "*Ne bis in idem, cit.*", 733 che sottolinea la gravità di un sistema che "esponga taluno a un continuo e potenzialmente illimitato potere di accertamento della responsabilità penale"; nonché DE LUCA, Milano, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 90, il quale riteneva la disciplina previgente, regolata dall'art. 90 c.p.p., un "espediente pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione personale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo".

³¹ Adottato dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. e reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881.

³² Firmato dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, a Strasburgo, il 22 novembre 1984.

³³ Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

piano nei sistemi di giustizia penale³⁴: un vero e proprio fulcro intorno al quale sono nati e continuano a svilupparsi dibattiti dottrinali e dialoghi giurisprudenziali - specialmente tra Corti nazionali ed europee- che hanno portato tale tema a trasformarsi e ad evolversi progressivamente, in un'oscillazione continua che ancora oggi non sembra fermarsi.

Tale evoluzione, seppure non senza problemi e nodi irrisolti, sembra condurre ad una trasformazione del *ne bis in idem* in una tipologia di diritto soggettivo che si potrebbe definire, in un certo qual modo “multidisciplinare” ed “intersectoriale”³⁵, perché oltre ad essere conosciuto, applicato e declinato nella sua duplice versione processuale e sostanziale³⁶, dispiega poi la sua efficacia anche nei confronti dell'intero ordinamento giuridico, considerato nella sua completezza, ovverosia, a prescindere dal fatto che il secondo procedimento sia etichettato e strutturato nell'ordinamento quale “nominalmente” e “strettamente” penale, presupposto - quest'ultimo- che era originariamente previsto quale caposaldo del principio. Dunque si assiste ad un mutamento dei concetti posti alla base dello stesso principio, e ad un'evoluzione quanto all'ambito applicativo dello stesso, caratterizzato da una sfumatura circa i confini tradizionali del diritto penale, civile e amministrativo, a discapito di una visione maggiormente unitaria.

Pertanto, attraverso il presente studio si cercherà di illustrare il principio del *ne bis in idem* a partire dalla sua dimensione interna fino ad arrivare alle sue evoluzioni

³⁴ Così, RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, cit., 3809 che sottolinea come la vorticoso elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni non abbia ancora fatto raggiungere al principio una stabilità.

³⁵ PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, cit., 325.

³⁶ Il *ne bis in idem* sostanziale, a livello di principio, nega che possa esserci più volte l'addebito di un medesimo fatto allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme cui il fatto in teoria corrisponde ne esaurisca l'intero contenuto di disvalore sul piano oggettivo e soggettivo, cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 179. Il *ne bis in idem* processuale esprime il principio per cui chi abbia sopportato i costi umani ed economici di un processo penale deve sapere che non sarà più chiamato a rispondere in giudizio del comportamento che ne ha costituito oggetto, cfr. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1181. Esso dovrebbe consentire, cioè, di garantire la certezza dei risultati dell'accertamento giudiziale (proprio come risolto dell'istituto del giudicato) e nel contempo tendere ad evitare che un soggetto, condannato o proscioltto, sia esposto *sine die* ad una possibile reiterazione di procedimenti penali per lo stesso fatto e, dunque, all'arbitrio dell'autorità penale, cfr. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 861.

concettuali ed applicative sia a livello nazionale che internazionale, dovendo perciò passare per un confronto con l'interpretazione che dell'istituto, ed in particolare dei concetti e della nozione di “*bis*” e di “*idem factum*”, è stata data a livello sovranazionale, e con gli esiti giurisprudenziali che ne sono derivati.

3.- Unico procedimento ed unica sanzione

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

Già presente nel codice di rito del 1930 all'art. 90, intitolato "*Inammissibilità di un secondo giudizio*"³⁷, è oggi disciplinato dall'art 649 del codice di procedura penale vigente, rubricato "*Divieto di un secondo giudizio*", il quale recita che «*L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 365. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato il procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo*».

L'articolo, nonostante riprenda in gran parte i contenuti del precedente art. 90 c.p.p., è connotato da novità assoluta per quel che riguarda la sua collocazione sistematica³⁸ e, allo stesso tempo, ha colmato una lacuna mediante il riferimento non solo alla sentenza definitiva ma anche al decreto penale divenuto irrevocabile (che non era invece richiamato nell'art. 90 c.p.p. abr.) ed anche alle sentenze pronunciate in esito ad un procedimento speciale nonché alle sentenze predibattimentali di proscioglimento.

Come già evidenziato, il principio del *ne bis in idem* è direttamente e indissolubilmente legato ad un altro istituto essenziale, quello della *res iudicata* ed al suo c.d. effetto *preclusivo* finalizzato a non far entrare nel mondo giudiziario un

³⁷ L'art. 90 del codice procedurale del 1930, statuiva che "*L'imputato condannato o prosciolto anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 19, 89 e 402*".

³⁸ RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 476, il quale evidenzia come lo spostamento della norma dal Libro I (Disposizioni Generali) al Libro X dedicato all'esecuzione avesse suscitato all'origine non poche perplessità, richiamando le critiche mosse nella Relazione al progetto del 1978.

provvedimento, che abbia lo stesso contenuto pratico di quello già assunto irrevocabilmente³⁹.

Mediante il principio in esame s'intende pertanto precludere, per l'appunto, l'instaurazione di un nuovo procedimento penale nei confronti di un soggetto che sia già stato raggiunto da una sentenza o da un decreto divenuti definitivi⁴⁰.

Il giudicato consiste esattamente in tale definitività, individuando, dunque, quella decisione giudiziaria che risulti ormai intangibile ed incontrovertibile, in quanto non più soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione, e che abbia così assunto forza esecutiva⁴¹.

Assicurare l'intangibilità del risultato finale del procedimento, consentendo la riapertura di quest'ultimo soltanto in casi tassativi, costituisce un'esigenza connaturata all'esercizio stesso della giurisdizione, non solo in campo penale⁴²: a fondamento della scelta del legislatore sono poste differenti necessità tra loro contemperate, tra le quali assume un ruolo primario la credibilità della funzione giurisdizionale e la salvaguardia del suo prestigio e della sua autorevolezza⁴³: questa verrebbe infatti minata qualora sussistesse la possibilità di un'indefinita pluralità di processi potenzialmente comportanti la coesistenza di pronunce fra loro incompatibili (il c.d. conflitto di giudicati)⁴⁴.

³⁹ Cfr. ANDRIOLI, voce "ne bis in idem", in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 186 richiamato da RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem, cit.*, il quale interpreta il *ne bis in idem* come espressione del principio di consumazione o consumazione. Cfr. in tema anche SCALFATI, *Digesto del processo penale*, Torino, 2013.

⁴⁰ CERESA-GASTALDO, *Esecuzione, cit.*, 954 il quale sottolinea come il divieto di *bis in idem* rientri nella categoria delle preclusioni processuali e come il giudicato abbia la funzione di garantire l'intangibilità del risultato del processo.

⁴¹ CERESA-GASTALDO, *Esecuzione, cit.*, 955, che spiega come la forza esecutiva del provvedimento e la sua irrevocabilità, ex art. 648 c.p.p., nasca dalla chiusura della fase di cognizione, la quale si realizza nel momento in cui non sono più previsti mezzi di impugnazione avverso lo stesso (diversi dalla revisione) o sono spirati i termini per attivare i reclami ammessi (compresa l'opposizione al decreto penale), oppure, ancora, non è impugnata l'ordinanza che dichiara inammissibile il reclamo proposto.

⁴² Così, DELLA MONICA, voce "Giudicato", in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo I, Torino, 2008, 390 che specifica come la funzione del giudicato sia stata ampiamente esplicitata anche negli studi di diritto civile.

⁴³ DELLA MONICA, *Giudicato, cit.*, 391.

⁴⁴ DE LUCA, voce "Giudicato", in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1988, 2.

A tale *ratio* viene tradizionalmente ricollegata, così, un'altra finalità essenziale posta a ragione del principio in esame, vale a dire quella di assicurare la certezza obiettiva del diritto mediante la garanzia della stabilità delle decisioni⁴⁵.

È pacifica la circostanza per la quale il *ne bis in idem* processuale, impedendo l'instaurarsi di un nuovo procedimento *de eadem re*, è funzionale all'acquisizione, dell'autorità di cosa giudicata: autorità che –pertanto- risulta vincolante nei confronti del giudice penale, tuttavia non nel senso di prescrivere allo stesso di uniformarsi all'accertamento contenuto nella decisione irrevocabile, bensì in quello, ben diverso, di precludere una nuova persecuzione della stessa persona e per lo stesso fatto di reato⁴⁶; dunque non solo tutelando il soggetto attinto dal procedimento già definito ma anche utilizzando in tal modo la certezza del diritto in una fondamentale garanzia per l'individuo⁴⁷.

Trattasi, conseguentemente, di una garanzia *ad personam*: al giudice penale non sarà fatto divieto di rivalutare l'*idem factum* ai fini della prova di un diverso reato, o in relazione alla posizione di altri imputati⁴⁸, in quanto l'effetto preclusivo vale esclusivamente nei confronti di un dato soggetto (l'imputato contro il quale sia stato pronunciato il provvedimento passato in giudicato) senza produrre alcun "effetto riflesso" nei confronti di terzi, stante l'autonomia di ciascun rapporto come appena detto- in termini di coerenza logica tra provvedimenti.

Ne deriva che l'istituto del *ne bis in idem* non intende prevenire il rischio di un conflitto *teorico* di giudicati, bensì è volto a scongiurare un conflitto *pratico* tra più

⁴⁵ Cfr. tra gli altri, MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2841.

⁴⁶ CERESA-GASTALDO, *Esecuzione, cit.*, 954, in cui si specifica che la norma ex art. 649 c.p.p. non configura il giudicato penale analogamente a quanto viene stabilito invece per il giudicato civile dall'art. 2909 c.c. (il quale prevede che "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa").

⁴⁷ RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem, cit.*, 479 che richiama in tal senso LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, 86.

⁴⁸ CERESA-GASTALDO, *Esecuzione, cit.*, 954; in tal senso anche MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2840 il quale afferma che la preclusione operata dal *ne bis in idem* processuale non vieta di riconsiderare particolari aspetti dello stesso fatto storico "per valutarli liberamente ai fini della prova concernente un reato diverso da quello giudicato, in quanto ciò che diviene irretrattabile è la verità legale del fatto reato, non quella reale del fatto storico".

decisioni, assicurando⁴⁹ la certezza in senso soggettivo⁵⁰: garanzia dell'individuo evidenziata, oltretutto, dallo strumento ex art. 669 c.p.p. il quale impone al Giudice dell'esecuzione -in caso di violazione del divieto di *bis in idem* che abbia comportato la pronuncia di più sentenze irrevocabili contro la stessa persona e sul medesimo fatto- di ordinare l'esecuzione della sentenza meno grave, risolvendosi ciò in un'applicazione del principio di *favor rei*. Se è vero quindi che il *ne bis in idem* processuale si ispira a ragioni di certezza, le quali mirano ad evitare la perpetua instabilità delle decisioni giudiziali⁵¹, la riflessione appena svolta rende però necessario precisare che non di certezza *obiettiva* si tratta, bensì di certezza in senso *soggettivo*⁵²: il prodursi dell'effetto preclusivo di cui si è parlato è ricondotto al fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto⁵³.

La protezione dell'individuo risulta quale finalità intrinseca ed essenziale del principio di cui trattasi, anche sotto l'ulteriore profilo della giustizia sostanziale: evitare che un soggetto possa essere più volte sottoposto ad un procedimento penale, avente il medesimo oggetto, significa scongiurare quella vera e propria "pena" costituita dalle conseguenze che l'essere indagato e/o imputato comporta sempre sul piano personale e sociale⁵⁴.

⁴⁹ Cfr. MARINELLI, *sub. Art. 649, cit.*, 2842, il quale fa riferimento a una corrente dottrinale minoritaria che, per prevenire l'insorgenza di giudicati confliggenti, sosteneva l'efficacia *erga omnes* quantomeno del giudicato assolutorio, quindi anche nei confronti dei concorrenti rimasti estranei al reato.

⁵⁰ RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem, cit.*, 482 che sostiene come l'effetto preclusivo del giudicato non tenda a tutelare il "valore logico della sentenza" ma soltanto il suo momento imperativo, richiamando parte della dottrina (tra cui Chiovenda) che ha considerato come sarebbe stato idoneo prevedere un'automatica estensione a terzi dei risultati raggiunti col giudicato.

⁵¹ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1996, 21.

⁵² RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem, cit.*, 482.

⁵³ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale, cit.*, 125.

⁵⁴ ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", *cit.*, 735 ma anche, in tal senso, GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di doppio giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205.

4.- *La ratio del principio*

Storicamente il principio di *ne bis in idem* si esprime o declina nel divieto di instaurare nuovo o nuovi procedimenti sugli stessi fatti o circostanze già oggetto del precedente giudizio; nell'obbligo di "chiudere" quelli pendenti relativi ai medesimi accadimenti; nell'obbligo di riconoscere efficacia vincolante alla sentenza penale che abbia deciso in precedenza la questione⁵⁵.

Come è stato affermato a livello sovranazionale da Parlamento europeo e Corte di giustizia, il principio del *ne bis in idem* trae motivo dall'interesse, tanto per la società, quanto per l'individuo, che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo: in particolare, il principio poggia su due presupposti fra loro complementari, vale a dire la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei iudicatae* come elemento di pace sociale.

Pertanto, l'obiettivo è quello di assicurare la certezza del diritto, l'equo processo, la proporzionalità della pena rispetto all'offesa.

La *ratio* del principio è comune ai diversi profili per i quali può essere oggetto di esame: non solo per il profilo europeo, ma anche, e ancor prima, per quello nazionale.

Tuttavia, nella lunga disputa circa le ragioni e le caratterizzazioni del principio in esame sembra, in effetti, possibile individuare due concezioni del divieto di doppio giudizio: la prima di tipo *ontologico*, che pretende di ancorare il principio ai diritti fondamentali della persona, indipendentemente dai suoi legami col giudicato, e la seconda di tipo *sistematico*, in quanto descrive la *ragione* del divieto in funzione della certezza e della razionalità proprie dell'ordine pubblico processuale.

Si tratta, in breve, della distinzione tra la c.d. concezione *soggettiva* del divieto, posto in difesa ed a tutela dei diritti della persona lesi –o messi in pericolo, fa lo stesso- dal (possibile) plurimo esercizio dell'azione penale, e la c.d. concezione

⁵⁵ NASCIMBENE, *Ne bis in idem. Diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3.

oggettiva dello stesso, che riverbera la propria efficacia derivante dal valore e dagli effetti del giudicato sostanziale, finalizzato ad armonizzare il sistema e dunque ad evitare decisioni incompatibili per garantire l'unità della giurisdizione e l'economia processuale.

Sarebbe, dunque, possibile rintracciare nel divieto di *bis in idem* l'essenza costituzionale di un diritto fondamentale⁵⁶, in quanto dietro una semplice regola processuale è dato pur sempre rinvenire la persona con le sue inalienabili ragioni di tutela⁵⁷, da proteggere di fronte al potere giudiziario dello Stato, tutte le volte in cui plurime cognizioni penali *in idem* rendano arbitrario il suo esercizio.

Secondo altra impostazione, invece, il divieto potrebbe rappresentare un criterio razionale dell'agire⁵⁸, posto a presidio della stabilità della decisione *definitiva*, e che non trova giustificazione autonoma se non alla luce di essa, rispondendo all'esigenza pratica di prevenire duplicazioni e garantire al principio di non contraddizione piena cittadinanza nel processo penale.

Insomma, le variazioni della dottrina, sul tema del *bis in idem* processuale, in ultima analisi sembrano riconducibili alla possibilità, talvolta affermata e altre volte negata, di riconoscere un deciso spazio di autonomia concettuale al divieto, per trasformarlo in principio pienamente operante anche quando non si accompagna pedissequamente alle ragioni di tutela dell'ordine pubblico processuale, espresso dall'irrevocabilità⁵⁹.

Le conseguenze dell'una o dell'altra prospettiva si evidenziano, in particolare, nella scelta del momento in cui scatta il divieto: se infatti si valorizza la concezione sistematica, il principio opererà solo in funzione di presidio di inamovibilità della decisione definitiva, e dunque solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza da cui non può prescindere; viceversa, se viene valorizzata la concezione ontologica, che trova maggiori consensi nei sistemi di *common law*, ecco che il divieto, in quanto diritto civile e politico inalienabile dell'individuo, scatta

⁵⁶ Questa prospettiva si avvicina maggiormente alla concezione che del divieto fornisce il sistema anglo-americano di *common law*.

⁵⁷ Come sottolineato nella parte motiva da Corte Cost. 31 maggio 2016, sent. n. 200.

⁵⁸ RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 856.

⁵⁹ Per questa evoluzione un significativo apporto è giunto con Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Donati e altro, in www.italgiureweb.it, punto 2 del *Considerato in diritto*.

necessariamente già con l'esercizio dell'azione penale⁶⁰ o, in una soluzione intermedia, con la prima decisione di accertamento, anche se non definitiva.

Dal punto di vista soggettivo, il *ne bis in idem*, come puro divieto processuale, viene considerato quale corollario del diritto della persona –idealmente collocabile fra quelli inviolabili dell'art. 2 della Costituzione– di non subire plurime persecuzioni, sul presupposto che l'individuo non può tollerare un reiterato intervento dello Stato nella sua sfera privata, risultando altrimenti lese le garanzie che gli riconosce la Legge fondamentale: dal momento che il soggetto è inserito in un ordinamento di cui subisce le norme, in termini di liceità o illiceità, egli deve essere garantito circa l'unicità dell'accertamento processuale, in relazione ad ogni singolo episodio della vita suscettibile di valutazione penale⁶¹.

Seppur non espressamente sanzionata in Costituzione, la duplicazione di processi *in idem* viola una serie di valori costituzionali, tra i quali spicca il diritto di difesa, oltre che il più ampio principio del giusto processo⁶², di cui è una componente essenziale: le maggiori convergenze sul punto, infatti, si riscontrano proprio nell'ancorare il divieto in parola all'art. 111 della Carta fondamentale, che sancisce il giusto processo, atteso che *«nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì [...] il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto»*⁶³.

È stato notato, inoltre, come da un certo punto di vista il divieto in parola sia speculare al principio di *irretroattività* della legge penale, e per certi versi ad esso accostabile, in termini di garanzie fondamentali, e questo perché il divieto di doppio giudizio, presidiando la decisione giudiziaria, avrebbe la funzione di garantire e

⁶⁰ RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 857.

⁶¹ Cfr. GALANTINI, *L'evoluzione del principio ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1567.

⁶² Sul tema FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, 33. L'Autore sottolinea che, in punto di metodo, è corretto affermare che alcuni Principi, seppur non sanciti a chiare lettere dal disposto costituzionale, debbano comunque ritenersi indirettamente tutelati dal giusto processo - com'è appunto il caso del divieto di doppio giudizio - senza però giungere all'estremo opposto di ritenere che la formula consenta di trarre conseguenze indefinite.

⁶³ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, *Donati* e altro, cit.

costituire la decisione del caso concreto, ponendo il singolo al riparo da ripensamenti dello stesso o di altro giudice *in idem*.

Insomma, come l'irretroattività costituisce il principale argine che incontra il potere legislativo nei confronti della generalità dei consociati, modificando *ex post* l'inquadramento penale delle loro condotte, parimenti il divieto di *bis in idem* processuale limita il potere giudiziario di un nuovo accertamento della rilevanza penale delle medesime condotte già oggetto di giudizio: la persona vede concretizzarsi nei suoi confronti l'accertamento funzionale all'applicazione della legge penale⁶⁴, che sia in caso di condanna e sia in caso di assoluzione, si condenserà in una decisione che, una volta divenuta definitiva, rende immutabile la valutazione penalistica di quel fatto.

Alla luce di questa premessa, dunque, si comprendono le ragioni della similitudine e in particolare il perché i due principi svolgano una funzione analoga, pur agendo in tempi diversi, l'uno al momento della produzione normativa e l'altro al momento successivo della sua applicazione, l'irretroattività con riferimento al *tempus commissi delicti* e il divieto processuale in relazione all'esercizio della giurisdizione, atteso che entrambi partecipano della stessa natura fondamentale, poiché entrambi vietano una nuova valutazione penale del fatto già verificatosi⁶⁵, l'una in termini normativi e l'altro in termini decisorii.

⁶⁴ Come ampiamente sottolineato in letteratura, il diritto penale ha la caratteristica specifica di poter trovare attuazione solo mediante il processo, laddove il diritto civile di norma opera a prescindere dal suo accertamento giudiziale. Ne consegue che in assenza di un esercizio dell'azione penale, in capo al giudice non si verifica il dovere, né tantomeno la possibilità, di punire: dunque l'azione penale rappresenta il tramite necessario fra la norma incriminatrice e il giudicato. Sul punto, *ex plurimis*, CORDERO, *Contributo allo studio dell'ammnistia nel processo*, Milano, 1957, 37, che pone la questione, più nettamente, in termini di "rilevanza" del fatto giuridico sostanziale: «Regola che vale ancor più imperiosamente rispetto ai fatti giuridici penali, i quali si può ben dire che vivano in simbiosi col processo, dal momento che l'unica ipotizzabile vicenda giuridica, in questo settore, si identifica colla costituzione di un dovere degli organi giurisdizionali, il cui accertamento rappresenta il tema predestinato del processo».

⁶⁵ Sul principio di irretroattività e divieto di *bis in idem*, D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Milano, 2003, 160-161. Secondo l'Autore, inoltre, entrambi i profili di tutela, sostanziale e processuale, sono riconducibili a un più generale «interesse alla quiete penalistica, nel senso che il cittadino deve poter contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale) stabile». Cfr. anche MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 408.

Considerando il problema in prospettiva generale, si può osservare che questo tipo di ricostruzioni, al di là della maggiore o minore solidità dell'aggancio costituzionale, tema ad oggi ancora discusso, hanno la valenza di riconsiderare l'antico divieto di doppio giudizio, frutto di interessi politici variegati a seconda dell'ordinamento giuridico in cui si è inserito nel tempo, nella più moderna ottica costituzionale delle garanzie fondamentali per l'individuo, il quale deve essere messo al riparo da una incontrollata pretesa punitiva, costituendo una preclusione che non sia riconducibile in maniera diretta all'esistenza del giudicato⁶⁶.

La Costituzione, infatti, ruota attorno a un'impostazione personalistica, espressa *in primis* dall'art. 2, il quale inverte il tradizionale rapporto Stato-cittadino per porre al centro del sistema normativo la *persona*: in questa opposta prospettiva, dunque, saranno i pubblici poteri a dover essere funzionalizzati, nelle modalità in cui trovano estrinsecazione, alla massima tutela dei singoli⁶⁷.

Per comprendere più efficacemente i termini del problema, è sufficiente ripercorrere alcuni degli arresti giurisprudenziali più significativi che nel tempo si sono susseguiti in tema di *bis in idem*, i quali hanno testimoniato una sensibilità ed un livello di tutela della persona sempre maggiore in materia.

Un primo gruppo di risalenti sentenze affermava la stretta correlazione fra l'istituto in parola e il valore obiettivo del giudicato, in una visione sistematica del principio, in particolare evidenziando che questo «*vivesse in funzione di esigenze non solo di giustizia ma anche di certezza giuridica: il ne bis in idem si ricollega infatti essenzialmente all'efficacia preclusiva del giudicato in senso formale o processuale*»⁶⁸.

Successivamente, i giudici costituzionali hanno maturato una maggiore attenzione per le ricadute che il *ne bis in idem* inevitabilmente ha nella sfera dei diritti della persona, giungendo a definirlo un principio di civiltà giuridica⁶⁹ e rimarcandone la

⁶⁶ In questi termini LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 144.

⁶⁷ Cfr. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 304-305.

⁶⁸ Così Corte cost., 25 marzo 1976, sent. n. 69.

⁶⁹ Corte cost., 5 aprile 1995, ord. n. 150.

natura di garanzia personale⁷⁰, ancorandolo in particolar modo al novero di diritti fondamentali gravitanti nell'orbita del “*fair trial*” ovvero del giusto processo.

E proprio nell'ambito del sindacato di legittimità dell'art. 649 c.p.p., in relazione al parametro fornito dalla Convenzione europea, di cui si dirà, si è posta in primo piano, infatti, la necessità non di asservire il divieto processuale a ragioni esclusivamente “interne” al sistema penale, dal momento che esso rappresenta, nella sua dimensione costituzionale, un importante presidio per l'individuo. Si è, difatti, affermato che il divieto di *bis in idem* rientra ormai a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali e impone di delineare un canone ermeneutico più stringente nell'individuare le condizioni di ammissibilità di ulteriori accertamenti, onde evitare «*l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale*»⁷¹.

Come già anticipato, il divieto di cui si parla è stato spesso classificato quale principio afferente la sentenza definitiva, comportando un suo *effetto* diretto e dunque nell'esclusiva ottica di efficacia propria della *res iudicata*, che ha per scopo principale il presidio della stabilità maturata dalla decisione, una volta divenuta irrevocabile⁷²: una prospettiva che risolve il tema prevalentemente nella dottrina della cosa giudicata e della sua forza preclusiva, rintracciando il fondamento del

⁷⁰ Corte cost., 11 ottobre 2006, sent. n. 381.

⁷¹ Così Corte cost., 31 maggio 2016, sent. n. 200.

⁷² Il regime dell'irrevocabilità, secondo l'art. 648 c.p.p., riguarda le sentenze pronunciate in giudizio, ossia in dibattimento o all'esito dei riti speciali nell'ambito dell'udienza preliminare, oltre che il decreto penale di condanna. Il novero dei provvedimenti giurisdizionali suscettibili di conseguire lo stesso esito è stato ampliato dalla giurisprudenza, che ha elaborato la categoria del giudicato “allo stato degli atti”, un'ipotesi di irrevocabilità scissa dall'autorità di cosa giudicata, idonea a generare comunque una preclusione *rebus sic stantibus* e vincibile solo se mutano i presupposti che portarono alla pronuncia della decisione: si tratta di ordinanze cautelari, in materia di esecuzione – anche penitenziaria – e di misure di prevenzione. In sintesi, alla luce del combinato disposto con l'art. 650 c.p.p., che disciplina l'esecutività, si afferma la tendenziale coincidenza tra irrevocabilità ed esecutività della sentenza o del decreto penale, salvo le eccezioni previste da quest'ultima norma. Tuttavia, il divieto di *bis in idem*, pur riguardando di norma provvedimenti che sono anche esecutivi, non può dirsi sempre agganciato anche a questo ulteriore requisito, dal momento che per la sua operatività è sufficiente, secondo la *littera legis* e salvo quanto si dirà, il carattere della irrevocabilità. Per questa ricostruzione, RANALDI, *Il procedimento di esecuzione*, in Gaito A.-Ranaldi (a cura di), *Esecuzione penale*, Milano, 2016, 68-71.

divieto nelle ragioni di tutela della funzione giurisdizionale, da un lato, e del principio di non contraddizione, dall'altro.

La norma costituisce un presidio fondamentale per garantire la certezza dei diritti e la coerenza dell'ordinamento processuale penale, dal momento che, in sua assenza, sarebbe ipotizzabile una proliferazione di procedimenti penali *de eadem re et persona*, suscettibili di produrre decisioni vincolanti in conflitto pratico tra loro, generando così un grave *vulnus* al funzionamento del sistema giuridico: da questo punto di vista, quindi, il fondamento del divieto in parola si rinviene agganciandolo alla funzione costituzionale del giudicato, poiché esso, insieme all'irrevocabilità, è funzionale allo scopo di coerenza evidenziato⁷³.

In questa prospettiva, il divieto di *bis in idem* completa ed integra la tutela procedimentale che già vede nel concetto e nell'efficacia della *res iudicata* il suo cardine: in senso lato, conferisce sostanza all'irrevocabilità, presentandosi come un suo attributo, poiché un'ulteriore ed eventuale parentesi procedimentale minerebbe la validità e la *firmitas* dalla prima decisione, privandola così della definitività.

In un significato più stringente, poi, il divieto in parola interviene sul secondo procedimento e, imponendo di arrestarne lo svolgimento, completa la tutela dell'irrevocabilità, impedendo che si arrivi a una seconda decisione conflittuale con la prima, già definitiva: in questo secondo aspetto, il divieto non è un attributo del giudicato formale ma è funzionalmente collegato ad esso, rappresentandone un corollario, cioè il c.d. giudicato sostanziale.

Se è vero, dunque, che l'irrevocabilità impedisce ulteriori impugnazioni del provvedimento decisorio e stabilizza l'esito del giudizio, in realtà solo il divieto di doppio giudizio, in senso stretto, si frappone alla continuità della catena decisoria,

⁷³ Sul punto, *ex plurimis*, RIVELLO, *sub art. 649*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1991, VI, 423. L'Autore sottolinea che mentre nel codice di procedura penale abrogato l'istituto in parola era collocato nell'ambito della disciplina concernente l'imputato (art. 90), la nuova collocazione sistematica che ha nel codice vigente, nel libro X sull'efficacia esecutiva delle sentenze, confermerebbe ancor di più la solidità del vincolo con il giudicato.

vietandola: senza il *ne bis in idem* così inteso nessuna decisione, per quanto irrevocabile e rimasta intatta, potrebbe garantire la certezza propria del giudicato⁷⁴. Spostando il discorso sulla *funzione* del giudicato, si sottolinea che esso, allo stesso tempo, assicura la certezza del diritto in senso soggettivo⁷⁵, oltre che la tenuta del sistema processuale, e di *riflesso* la protezione apprestata alla statuizione terminativa si riverbera, per proprietà transitiva, sullo *status* giuridico dell'individuo⁷⁶: egli potrà contare sulle garanzie derivanti dall'istituto per evitare non solo l'incertezza soggettiva che comportano nuove decisioni *in idem*, ma più ampiamente per essere posto al riparo dal processo in sé, venendo così definitivamente sottratto ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo⁷⁷.

D'altra parte, inquadrata così la questione, non vi è chi non veda come l'art. 649 c.p.p. risulti connotato *anche* da una funzione di garanzia individuale⁷⁸, oltre che sistematica.

Tuttavia tale ricostruzione, pur presentando indubbi rilievi nonché basi di fondo, non si presta ad essere risolutiva, almeno a livello di completezza e tutela dei diritti fornite dal sistema giuridico all'individuo: infatti, per il caso della condanna,

⁷⁴ RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 860. L'Autore sul punto sottolinea la necessità di non sovrapporre concettualmente i due poli della irrevocabilità e della inammissibilità di un secondo giudizio.

⁷⁵ Critica questa tradizionale costruzione dottrinale, CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., 72-73.

⁷⁶ Più nettamente «come riflesso soggettivo di una regola generale della giurisdizione», 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, Milano, 2005, 554.

⁷⁷ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 89-90. L'Autore, inoltre, sottolinea la complementarità dei due aspetti, dal momento che la certezza in senso oggettivo promana dalla struttura della norma, che nella sua generalità e astrattezza valuta in maniera eguale tutti i comportamenti e, allo stesso tempo, evita l'arbitrio del caso concreto; la certezza soggettiva, poi, si pone come «un riflesso o, se si vuole, la proiezione sul piano individuale della certezza così intesa».

⁷⁸ In questo senso anche Cass. Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, *P.M. in proc. Gatto*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 2015, 2, 975 ss., con nota di VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, secondo i giudici l'efficacia del giudicato penale nasce dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, sicché si esprime essenzialmente nel divieto di *bis in idem*, e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona.

potrebbero verificarsi ipotesi paradossalmente foriere di maggiore o minore garanzia soggettiva del relativo giudicato.

Se è vero che il sistema tutela il soggetto penalmente responsabile dalla riapertura di un ulteriore procedimento a suo carico e di una seconda sanzione o una pena maggiormente afflittiva ai suoi danni; è altrettanto vero che potrebbe verificarsi l'ipotesi per cui la medesima preclusione *in idem* si verificherebbe anche se un ulteriore processo potesse giovare al condannato, ad esempio per far valere un grave errore di giudizio o il mancato riconoscimento di una circostanza attenuante, salve le circoscritte ipotesi di accesso ai rimedi straordinari previsti dal codice o, in ultima istanza, di ricorso alla Corte di Strasburgo, per violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁹.

Ad eccezione, dunque, dei rimedi straordinari previsti dall'ordinamento interno o predisposti dalle norme sovranazionali, l'effetto preclusivo dell'art. 649 c.p.p. può valere in ipotesi anche favorevoli al soggetto, operando di fatto *contra reum*⁸⁰.

Ecco che, allora, il principio del *ne bis in idem* sembra avere una *ratio* non unitaria ed anzi composita, posto che dietro al divieto rivolto al secondo giudice risultano esservi tanto le ragioni dell'individuo, da tutelare nel suo rapporto col pubblico

⁷⁹ Sul punto RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., 861-862.

⁸⁰ Per ragioni di completezza, occorre riportare anche un'altra posizione dottrinale, che pretende di coniugare la funzione di certezza soggettiva, propria del giudicato penale, con la funzione preventiva del conflitto pratico di giudicati, propria del *ne bis in idem*. Sul punto, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 797-801, giustifica lo scopo di tutela soggettiva del divieto di *bis in idem* alla luce di un argomento sistematico, partendo da un'analisi della disciplina apprestata dal codice per il conflitto di giudicati ed evidenziando il differente trattamento a seconda che esso sia logico o pratico, per affermare conseguenzialmente che il giudicato sostanziale, svincolato dall'efficacia di accertamento contenuto nella sentenza, non mira ad evitare un contrasto logico di giudicati ma, al contrario, si preoccupa unicamente di garantire la certezza del soggetto sottoposto a procedimento, mettendolo al riparo dal rischio del nuovo processo, oltre che della nuova decisione, sul solo presupposto della irrevocabilità della decisione. E infatti mentre di fronte a decisioni definitive in conflitto logico tra loro, a causa del contenuto accertativo, il codice non pretende di porvi sempre e comunque una soluzione, riservando ad esso il solo rimedio della revisione, prevista dall'art. 630 c.p.p., limitatamente alla sentenza di condanna che successivamente si riveli ingiusta, al contrario si preoccupa di eliminare in ogni caso il conflitto pratico, che si verifica fra due 'comandi' *de eadem re et persona*, in via preventiva con l'art. 649 c.p.p. e in via repressiva con l'art. 669 c.p.p. In altri termini, visto che l'art. 649 c.p.p. si disinteressa del contenuto di accertamento, ai fini della preclusione, ciò dimostrerebbe che esso vuole prevenire in ogni caso il conflitto pratico; da questo punto di vista, dunque, la irrilevanza del contenuto accertativo sarebbe un'osservazione vincente per dimostrare, che il divieto di *bis in idem* non è uno strumento predisposto per tutelare la coerenza logica fra più accertamenti, ma unicamente per proteggere l'individuo dalla soggezione al processo, quando l'addebito sia già stato giudicato con decisione definitiva.

potere, quanto le ragioni di coerenza e di armonizzazione del sistema processuale. Per i casi in cui impedisce un trattamento peggiorativo della persona –sia nel senso della rimozione dell’assoluzione che in quello del trattamento sanzionatorio più consistente– il divieto garantisce certezza al soggetto e lo sottrae dall’iperattività processuale in suo danno. L’istituto in parola, se inteso come preclusione-consumazione del potere di azione, si pone come presidio imprescindibile e individua i limiti concreti di attività della pubblica accusa, contro la stessa persona e per il medesimo fatto: se al contrario fosse conferita al pubblico ministero la più ampia discrezionalità nel tracciare i confini del suo potere di dar vita a catene procedimentali, parallele o consecutive, ne risulterebbero lesi, inoltre, entrambi i profili fondativi evidenziati.

Ma nella misura in cui non consente un miglioramento dello *status* penale dell’individuo, invece, la preclusione sembra più esattamente riconducibile alla tutela dell’ordine pubblico processuale, in termini di coerenza e di razionalità dell’esercizio della giurisdizione⁸¹.

Dunque nell’analisi del divieto si finisce per riscontrare, da un lato, il principio di legalità e i caratteri essenziali del giusto processo, che comprende, soprattutto alla luce dei contenuti normativi delle fonti internazionali in materia, il diritto dell’imputato a non subire plurime persecuzioni⁸²; e dall’altro la tenuta dell’ordinamento e la sua fisiologia giudiziaria, turbata dalla presenza di ulteriori e reiterati accertamenti dello stesso fatto, che oltre a rappresentare dal punto di vista teorico una incoerenza, da quello empirico aprono la strada al conflitto pratico di giudicati e, *in extremis* al *bis* sanzionatorio.

⁸¹ Così CAPRIOLI, *Il principio di ne bis in idem*, in Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 73. L’Autore sottolinea che in questa seconda accezione il divieto realizza anche la finalità dell’economia processuale, razionalizzando i tempi e i costi della giurisdizione. Cfr. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., che non ritiene pertinente il richiamo al divieto di *bis in idem* per soddisfare la finalità richiamata, la quale risulta invece soddisfatta dalle (limitrofe) categorie della irrevocabilità e dalla preclusione processuale, atteso che il divieto in parola salvaguarda solo la certezza del giudicato, puramente intesa. Molto efficacemente, l’Autore sottolinea che ove le risorse, in un mondo ideale, fossero notevolmente sovrabbondanti, non per questo si potrebbe dismettere, nell’esercizio della giurisdizione, il criterio razionale della non reiterazione di quanto già accertato, e quindi ritenere logicamente tollerabile la proliferazione di processi relativi allo stesso fatto.

⁸² Cfr. A.GAITO, *Esecuzione*, cit., 940.

*5.- Le radici storiche del principio di “ne bis in idem”:
dalle prime civiltà ai tempi moderni*

Per poter meglio comprendere le evoluzioni storiche del principio è necessario analizzare compiutamente il percorso che ha visto protagonisti una molteplicità di sistemi giuridici nel corso dei secoli: in effetti, cenni indiretti di concetti volti alla stabilità delle decisioni ed alla necessità di escludere una molteplicità di azioni, possono essere in un certo qual modo riscontrati già nelle più antiche civiltà mediterranee e mesopotamiche.

Nel sistema babilonese previsto con il codice di Hammurabi (databile intorno al XXI secolo a.C.), già particolarmente sviluppato con la previsione della divisioni delle controversie civili-penali nonché dotato di regole rudimentali circa quello che oggi sarebbe il c.d. onere probatorio e riguardo l'esecuzione delle pene, non vi era un espresso riferimento al limite della potestà punitiva del sovrano: tuttavia è indirettamente ricavabile un riferimento –con le dovute proporzioni- alla fermezza ed unicità delle sentenze dalla mancata previsione di meccanismi di riapertura del processo, e dai prodromi di un obbligo in capo al decidente di proclamare una statuizione giusta, pena altrimenti il pagamento delle conseguenze da parte dell'estensore⁸³.

Analogamente, anche in Oriente, in particolar modo nell'India del c.d. *codice Manu-Yajnavalkya* (datato tra il II secolo a.C. ed il II secolo d.C.) si ritrova abbozzato un rudimentale concetto di certezza della statuizione del principe/sovrano in contrapposizione con la sentenza emanata da un giudice, revocabile una volta dimostrata l'ingiustizia della decisione, con il diritto senza limiti di tempo di appellare la controversia affinché venisse decisa dal re, la cui ultima decisione era ovviamente immutabile e definitiva senza alcuna possibilità di riapertura della controversia⁸⁴.

⁸³ MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Torino, 2013. In tema anche BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi Re di Babilonia*, Milano, 1903, laddove si sottolinea come il sistema babilonese nasceva da esigenze di razionalizzazione di una civiltà che fino ad allora aveva sempre considerato quale unico rimedio esperibile rispetto a qualsivoglia controversia la vendetta privata.

⁸⁴ MEZZETTI, *Diritti e doveri*, cit., v. anche DONINGER, *Le leggi di Manu*, (trad. it a cura di Ripepi), Milano, 1996.

Tuttavia gli esempi riportati non sono in grado di costituire una vera e propria eccezione della “cosa giudicata”, rappresentando semmai i sintomi dell’assolutezza e dell’incontrovertibilità del potere decisorio, che invece comincerà ad affacciarsi con civiltà giuridicamente più evolute⁸⁵.

Difatti l’esigenza di porre dei limiti allo *ius puniendi* esercitabile dal sovrano e dallo Stato *latu sensu* inteso, cominciò ad avvertirsi già in epoca romana⁸⁶, dove alla decisione definitiva era ricollegato un effetto di fondamentale importanza: precludere la possibilità che un medesimo soggetto venisse nuovamente giudicato in relazione allo stesso episodio.

Si legge, a titolo esemplificativo, nella *lex repetundarum*⁸⁷: «(quei ex h.l. condemnatus) aut absolutus fuerit, quom eo h.l. nisei quod post ea fecerit aut nisei quod prevaricationis causa factum erit aut (nisei de lei tibus) aestumandis aut nisei de sanctione hoiusce legis, actio nei esto».

Si tratta appunto di quell’effetto che, in dottrina ma anche in giurisprudenza, viene indicato con l’espressione latina “*ne bis in idem*”, traducibile in “non due volte nella stessa cosa”, poi tramandato fino al diritto moderno in tutte le sue latitudini⁸⁸: si sosteneva infatti che “*bis de eadem re ne sit actio*”, propugnando la necessaria assenza di una molteplicità di *actiones* per la *eadem rem*, che aveva il suo naturale corollario nell’ulteriore brocardo per cui “*non debet bis puniri pro uno delicto*”.

⁸⁵ BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem, dottrina e giurisprudenza*, cit., 10 e ss.

⁸⁶ Si veda NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher Volume VI, Torino, 2009, 10; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 4. Per un approfondimento sulle origini greco-romane del principio e dell’istituto del giudicato, si rinvia a CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 59-83.

⁸⁷ Richiamata da NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, cit..

⁸⁸ Cfr. ad esempio la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (C.D.F.U.E.), «ARTICOLO 50: Nessuno potrà essere processato o punito nuovamente nei procedimenti penali per un reato per il quale è già stato assolto o condannato definitivamente nell’Unione conformemente alla legge»; in tema comparatistico VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, 2, 2005, 100-118. Quanto alle origini del principio, cfr. LOPEZ, *Not twice for the same crime: How the dual sovereignty doctrine is used to circumvent non bis in idem*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 33 (2000) 1263-2000, 1272: «Although the idea that no man shall be twice prosecuted for the same conduct is a well ccepted tenet of American Constitutional law as well as one of the oldest recognized legal norms in western civilization, its origin remains a matter of speculation. Tracing the evolution of this doctrine is difficult at best».

Il principio ha un riferimento alle due situazioni processuali nella procedura antica dei romani, segnate coi termini *litis contestatio* e *res iudicata*: si pensa che il primo termine (*litis contestatio*) abbia designato il momento in cui le parti consentivano la risoluzione della controversia attraverso il giudizio, comportando la consunzione del potere di denuncia/querela, senza che questa –una volta esercitata- potesse esser riproposta; il secondo concetto (*res iudicata*) rifletteva la forza definitiva della sentenza passata in giudicato a seguito della celebrazione del rituale processo.

Difatti, a seguito della pronuncia dello *iudex* a ciò deputato e ricondotto dalla dottrina nel collegio sacerdotale dei *feciales*⁸⁹, lo stesso processo non poteva più esser riaperto e riecebrato, donde l'assunto per cui *res iudicata pro veritate accipitur*⁹⁰.

Detto con altre parole, i valori di *litis contestatio* e *res iudicata* assicuravano l'efficacia del principio *ne bis in idem*, che già veniva percepito quale fondamento cardine della società giuridica⁹¹ tanto che autorevolmente si riteneva come *status enim rei publicae maxime iudicatis rebus continetur*, ovvero che la stabilità di un sistema politico dipende dalla osservanza soprattutto delle sentenze⁹², che esprimeva il lungimirante timore che l'instabilità delle decisioni, dovuta alla possibile riapertura e moltiplicazioni di procedimenti per gli identici accadimenti, potesse naturalmente comportare un chiaro *vulnus* per un sistema giuridico, facendolo propendere al caos ed all'anarchia.

⁸⁹ La sacralità e la solennità sono riportate da Tito Livio (LIVIO, I.32: *Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum*), che le descrive nell'occuparsi delle formule sacerdotali che comportavano l'invocazione degli Dei quali testimoni dell'attività processuale, senza che fosse permessa alcuna ripetizione di tale procedimento, rappresentano lo stretto legame tra religione e *litis contestatio*.

⁹⁰ ULPIANO, *Digesto*, I.5. 25.

⁹¹ Sono molteplici i testi giuridici che riportano anche solo frammenti relativi all'applicazione del divieto di bis in idem: GAIO, *Institutiones*, 3.181, *Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim*; GAIO, *Institutiones*, 4.108, *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*; ULPIANO 7 de off. procons., D. 48.2.7.2: *Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divus Pius Salvio Valenti rescripsit*.

⁹² Cfr. CICERONE, *Pro Sulla*, 63, in tema MARRONE, *Riflessioni in tema di giudicati: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in Vacca (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo: giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914 -1995)*, Padova 2008, 61-80.

Una formulazione più precisa dell'istituto si ha nel *Corpus Iuris* Giustiniano, ove la regola è recepita nel senso che “*qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem deferrari non potest*”⁹³.

Come accennato poc'anzi, attraverso la formulazione solenne di *litis contestatio* veniva esaurita nel sistema delle *legis actiones* il potere di denuncia in capo all'individuo in riferimento alla *res deducta in iudicium*, tale da causare *ipso iure* una preclusione all'ulteriore riproposizione della domanda: il processo formulare consentiva inoltre la possibilità di eccepire la *consumptio* dell'azione anche qualora non si fosse ancora pervenuti al giudicato sull'oggetto del giudizio e dunque in situazioni di litispendenza, mentre laddove fosse effettivamente intervenuta una statuizione definitiva sulla controversia, era esercitabile dal giudicato l'*exceptio rei iudicatae*.

È stato sostenuto che parte dell'origine del principio del *ne bis in idem* derivi dal diritto greco antico⁹⁴, dove si può trovare l'idea di un principio analogo: secondo Demostene, infatti, “*le norme legali vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile*”⁹⁵.

In realtà, che la provenienza dei rudimenti di quello che poi si sarebbe evoluto e trasformato nel principio di *ne bis in idem* debba esser ricondotta, quantomeno parzialmente, anche al diritto ellenico è pressoché assodato, considerata anche la circostanza per cui gli stessi Romani quando decisero di redigere le prime fondamentali norme che avrebbero poi costituito le XII Tavole, proposero di inviare una delegazione in Grecia per studiare il sistema legislativo di Atene, e nello specifico le leggi di Solone (594 a.C.)⁹⁶.

⁹³ Cfr. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., nonché FORAMITI, *Corpo del diritto civile*, Napoli, 1844.

⁹⁴ Cfr. KOSTOVA, *Ne bis in idem: le origini del principio*, in *Diritto e Storia*, XII, 2013.

⁹⁵ Cfr. DE LEON VILLALBA, *Acumulacion de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcellona 1998. L'argomentazione si affida a un frammento dell'orazione di DEMOSTENE (384–322 a.C.), *Contro Leptino*, 47: οἱ νόμοι δ' οὐκ ἔωσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ' εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶναι (*Le norme legali vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile*).

⁹⁶ Laddove era prevista la facoltà riconosciuta al cittadino di difendersi dall'accusa per mezzo di eccezioni tra cui compare quella di valenza della cosa decisa, secondo la definizione che ne riporta Giulio Polluce di “*exceptio quae eadem et traslatio testium dicitur*”, ovvero di “*ne res acta apud iudices repetetur*”.

In Grecia veniva avvertita la necessità di limitare il potere punitivo della *polis* nei confronti del singolo individuo, spesso per ragioni di natura politica, nonché l'esigenza di ridimensionare l'insorgenza di faide tra privati: dalle concezioni più risalenti secondo cui l'autorità della sentenza era strettamente riconducibile alla divinità. Non potendosi dubitare in alcun modo dell'operato sovrumano, si è passati poi ad una concezione più evoluta in grado di interrogarsi sul valore della cosa giudicata in ottica sociale e di ordine pubblico, di cui dà prova sempre Demostene secondo cui “*togliere alla cosa giudicata il suo carattere irreversibile. Attentare ad esso, sia pure per mezzo di una legge o di un decreto del popolo è un delitto spaventevole, un atto empio, un attentato ai principi fondamentali del governo del popolo*”⁹⁷.

Nelle fonti si trova un dettaglio molto curioso e importante legato alla figura di Ermodoro di Efeso⁹⁸, intimo amico e fautore del pensiero del contemporaneo Eraclito con cui condivideva la concezione circa le leggi che governavano l'Universo⁹⁹, il quale a suo tempo era stato *legum interpretes* al punto che la propria statua era collocata nel Comizio¹⁰⁰. Una volta esiliato dal suo paese comunicò le sue cognizioni ai legislatori di Roma¹⁰¹: tanto che nell'*Enchiridion*, il giurista Pomponio definì Ermodoro quale rispettabile *legum auctor* delle leggi, composte dal collegio decemvirale¹⁰².

Risulta ipotizzabile che la ripetizione della procedura, espressa in latino utilizzando il verbo *agere*, sia stata considerata in contraddizione con la regola universale propria del filosofo greco del “*panta rei*” secondo cui nessun uomo può bagnarsi

⁹⁷ DEMOSTENE, *Contro Timocrate*, in Canfora (a cura di) *Discorsi e lettere di Demostene*, Torino, 2000.

⁹⁸ Menzionato come *princeps Ephesiorum*, cfr. CICERONE, *Tusc. 5.36(105): Est apud Heraclitum physicum de principe Ephesiorum Hermodoro.*

⁹⁹ In particolare la teoria di Eraclito del moto continuo, per cui “*tutto scorre, non ci si può immergere due volte nello stesso fiume*”, da ritenere quindi alla base della creazione di un modo pratico e conveniente per decidere nell'ambito di rapporti pubblici, attinenti alla sfera della giurisdizione, fondamentale per la vita di una società.

¹⁰⁰ PLINIO, *Nat. Hist.*, 34.11.21: *fuit et Hermodori Ephesii in comitio, legum, quas decemviri scribebant, interpretis, publice dicata.*

¹⁰¹ PIGNOTTI, *Storia della Toscana sino al principato: con diversi saggi sulle scienze, lettere e arti*, vol. 2, 1820, 286.

¹⁰² POMPONIO, D. 1.2.2.4 (Pomponius *l.S. enchir.*): *quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris hermodorum quandam ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt.*

nello stesso fiume per due volte, perché né l'uomo né le acque del fiume saranno più gli stessi: così che la procedura giuridica esprimerebbe in effetti la legge universale indicata dal Eraclito, poiché il diritto di querela - una volta esercitato - a seguito della *litis contestatio* si estinguerebbe, causando l'*extinctio actionis* e il divieto di ripetere la stessa querela; dando ulteriore forza al convincimento¹⁰³ per cui sia stata proprio l'idea filosofica del "tutto scorre", concepita in Grecia, ma recepita ed interpretata anche nel diritto romano, ad aver dato i rudimenti per il principio di *ne bis in idem*, che poi col tempo ha acquistato maggior validità giuridica, sin dalla determinazione di indipendenza della giurisdizione.

In epoca medievale, l'affermazione e l'evoluzione del principio di cui trattasi, sconta il quadro storico-politico dei tempi che prevedeva un forte ridimensionamento dell'individuo, al cospetto del potere dello Stato assoluto, schiacciato dalla pretesa di raggiungere, attraverso il processo penale, una – altrettanto assoluta ed incontestabile- verità fattuale, con l'ineludibile rischio, nei casi ritenuti ad insindacabile giudizio del *princeps* di dubbia soluzione, di una perpetua riapertura della medesima vicenda processuale¹⁰⁴.

Tracce di tale principio vengono scorte anche in epoca medievale (XIV secolo), nell'opera di Bartolo da Sassoferrato e, in epoca moderna, è stato ovviamente ripreso per poi poter essere affermato nella Costituzione di molti Paesi aderenti al sistema di *common law*, rappresentando una delle conquiste di maggior valore del costituzionalismo di matrice liberal democratica, oltre che in vari strumenti di diritto internazionale¹⁰⁵.

La prima enunciazione di un principio equivalente nella *Common law* risalirebbe alla disputa, nel XII secolo, fra l'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket e il re Enrico II, con il primo che, ispirato dall'opera di San Girolamo (391 d.C.) secondo

¹⁰³ Secondo Cicerone i principi giuridici non devono trarsi né dal editto del pretore, né dal testo delle dodici tavole, ma dalla fonte più profonda, che per l'oratore era la filosofia; cfr. CICERONE, *De leg.*, I.17: (ATTICUS) *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris dixerunt putas?*

¹⁰⁴ Sul punto, si veda CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 83 e ss.

¹⁰⁵ Per una breve rassegna, anche delle norme costituzionali, cfr. COSTANZO-TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in www.consultaonline.it; per riferimenti si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, causa C-467/04, *Gasparini e altri*, EU:C:2006:406, punto 72.

il quale “*Dio non giudica due volte per la stessa offesa*”, sosteneva che i chierici condannati dalle corti ecclesiastiche erano esenti da ulteriori punizioni da parte dei giudici del re: ed in effetti, i giudici del re iniziarono ad applicare tale massima come principio di diritto.

Altri giuristi anglosassoni si lanciarono nella presa di coscienza circa la necessità di arginare le pretese punitive del Sovrano attraverso la predisposizione di un sistema tendente alla parità delle “armi” tra Stato ed individuo: così fu per Henry Bracton (XIII sec.), Sir Edward Coke (XVII sec.), Sir Matthew Hale e Sir Willian Blackstone (XVIII sec.)

Le radici della c.d. *double jeopardy clause* vengono fatte addirittura risalire ai tempi della *Magna Charta Libertatum*¹⁰⁶, ma il menzionato principio venne poi sviluppato a tutti gli effetti solo successivamente ed attraverso il *Bill of Rights* e il quinto emendamento della Costituzione americana, con cui si cercò un rimedio al rischio di subire un doppio processo per i medesimi accadimenti¹⁰⁷.

Proprio la Costituzione americana¹⁰⁸ ha rappresentato il primo esempio di una espressione codificata del divieto di *double jeopardy*, al fine di tutelare la persona tanto nei casi di assoluzione, quanto nei casi di condanna, dalla proliferazione di procedimenti per l'*idem factum*: evidente la *ratio* sottesa, la libertà dell'innocente (operante quale presunzione di legge) può esser posta in “pericolo” solamente un'unica volta per ciascun addebito; se la persona viene assolta la presunzione d'innocenza si consolida e non può più esser messa in discussione, residuando – quale prezzo da pagare per la garanzia di libertà- anche la possibilità di lasciare a piede libero un effettivo colpevole.

¹⁰⁶ Circostanza in parte smentita dalla maggioranza della dottrina, cfr. THOMAS, *Double jeopardy. The history, the law*, 2000, 71 ss.

¹⁰⁷ Proprio la nozione di *double jeopardy*, di radice francese, nasce in stretta connessione con il concetto di “rischio, pericolo” e così è stato tramandato fino ai giorni nostri; in tema cfr. WARD, *The double jeopardy clause of the fifth amendment*, in *American criminal law review*, 1989, 1477.

¹⁰⁸ Il quinto emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America prevede che “*No person shall (...) be subjected for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*” (Nessuna persona può essere soggetta allo stesso reato per essere messo due volte a rischio della vita o dell'incolumità).

Tornando ai sistemi di *civil law*, è solo sul finire del XVIII secolo che assistiamo ad una diversa positivizzazione del divieto¹⁰⁹.

Innanzitutto si può osservare come, con la Rivoluzione francese, venne rovesciato l'istituto del *plus amplement informé* (o *absolutio pro nunc*)¹¹⁰, in base al quale, nell'ipotesi in cui non fosse stato convinto dell'innocenza dell'imputato, il giudice sarebbe stato tenuto ad emettere una pronuncia sì assolutoria, ma allo stato degli atti e sempre controvertibile, dunque non preclusiva rispetto ad un secondo processo *in idem*¹¹¹.

Con la Rivoluzione, il legislatore francese negò dunque cittadinanza giuridica a tale meccanismo per soppiantarlo con un esplicito divieto di celebrazione di un nuovo giudizio nei confronti dell'imputato assolto in via definitiva in relazione al medesimo fatto¹¹². E così, il divieto in discorso venne prima sancito dalla *Loi concernant la Police de Sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jures* del 1791, e poi ribadito sia nell'art. 253 della Costituzione del 5 Fruttidoro che nel *Code Merlin*, entrambi del 1795; per essere infine inserito all'interno del testo del Codice Napoleonico del 1808¹¹³.

Invero, il *Code d'instruction criminelle* del 1808, all'art. 360 stabiliva: «*toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*» (*Qualsiasi persona che è stata assolta dalla legge non può essere ripresa o accusata a causa dello stesso atto*). A sua volta l'art. 246: «*le prévenu à l'égard duquel la cour impériale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au revoi à l'une de ces cours, ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne*

¹⁰⁹ Si vedano AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, lib. III, I, Lione, 1642, 22; PROST DE ROYER, *Dictionnaire de Jurisprudence et de l'Arrets*, Lione, 1781, XXX; BRISSOT DE WARVILLE, *Theorie des lois criminelles*, Neufchatel, 1781, 219.

¹¹⁰ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 95 ss.

¹¹¹ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 89-94, il quale, in particolare osserva: «*In realtà in ossequio al metodo inquisitorio classico, dove ogni esito processuale è perfettibile ad infinitum, si affermava coerentemente l'idea operativa per cui, qualora manchino premesse adeguate alla decisione di condanna, debbano sortire conclusioni provvisorie e l'absolutus ab observatione iudicii rimanga per sempre perseguibile*». Sul punto si veda pure DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, 2001, 127, il quale osserva che «*l'istituto dell'amplius cognoscendum [...] nel processo penale di diritto comune permetteva al giudice di rinviare a tempo indeterminato la formazione della cosa giudicata*».

¹¹² Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., 95 ss.

¹¹³ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. 96-99. Quanto detto viene rilevato, in maniera concisa ma efficace, anche da MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit..

surviennent de nouvelles charges» (l'imputato per il quale la corte imperiale ha deciso che non è necessario rivedere una di queste corti, non può più essere tradotto lì per lo stesso fatto, a meno che non si verificano nuove accuse).

Sul fronte italiano i codici preunitari, in un primo momento, e il codice di procedura penale del 1865, successivamente, si ispirarono fortemente alla codificazione napoleonica, prendendo ampio spunto da questa¹¹⁴.

L'art. 518 del c.p.p. del 1865 affermava come «*L'accusato assolto o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato, pel medesimo fatto*».

Di analogo tenore l'art. 540, volto a riconoscere efficacia preclusiva anche alle sentenze definitive di assoluzione pronunciate *in absentia*¹¹⁵: «*L'accusato che sarà stato assolto con la sentenza in contumacia od a riguardo del quale si sarà dichiarato di non essere stato luogo a procedere non potrà più essere sottoposto a processo, né accusato, pel medesimo fatto*».

Infine, specularmente rispetto a quanto sancito dal *Code d'instruction criminelle*, anche nel Codice italiano del 1865 si ritrovavano delle disposizioni, gli artt. 266 e 445, che sancivano la minor portata preclusiva delle decisioni istruttorie, ammettendo in caso di decisioni di non luogo a procedere la riapertura del procedimento in presenza di nuove prove.

Dunque, nelle codificazioni ottocentesche, l'efficacia preclusiva della *res iudicata* veniva strettamente ricondotta esclusivamente alle pronunce assolutorie definitive; diversamente, con ciò riferendosi alle sentenze di condanna divenute immodificabili, il legislatore non specificava alcunché quanto alle possibilità di

¹¹⁴ Osserva, infatti, MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 6: «*Il passo dalle legislazioni preunitarie, prima, al codice di procedura penale del Regno d'Italia, poi, fu breve: i testi forgiati in questo periodo risentirono per struttura e contenuto dell'influenza della dominazione francese e delle legislazioni napoleoniche, sino a riprodurne quasi letteralmente le previsioni fondanti*». Cfr. SALUTO, *Commenti al Codice di procedura penale*, Vol. IV, Torino, 1878, 27-28, commentando l'art. 518 c.p.p. del 1865, affermava: «*Senza dubbio, questo principio [...] ben corrispondea col sistema stabilito in Francia in forza della legge del 3 brumaio, anno IV*». Analogamente, si veda ancora CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*: cit., 100.

¹¹⁵ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit.; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., 102.

svolgimento, nei confronti del medesimo individuo, di un ulteriore controversia penale vertente sulla medesima vicenda¹¹⁶.

Discorso analogo è a dirsi quanto alle disposizioni disciplinanti l'istituto del giudicato nel codice di procedura penale del 1913 ove, però, il legislatore specificò circa la nozione di *idem factum*, che questi dovesse esser inteso, ai sensi dell'art. 435, anche «*se esso venga diversamente definito per titolo, grado o quantità del reato*»¹¹⁷.

La ragione per la quale i codici ottocenteschi, ma anche il codice del 1913¹¹⁸, non riconobbero esplicitamente efficacia preclusiva anche alle sentenze di condanna si rinviene, secondo la ricostruzione dottrinale, nelle finalità cui la legislazione di questo periodo storico-politico era preposta: assicurare la libertà dell'individuo.

E, quindi, in contrapposizione rispetto alla logica delle *assolutiones pro nunc* dell'*ancien regime*, espressione di un processo di stampo inquisitorio, la *ratio* principale dell'istituto del giudicato a quei tempi era quella di far sì che, in ossequio ad una concezione orientata al "*favor libertatis*", una volta che l'imputato fosse stato assolto definitivamente, l'innocenza di costui non potesse più esser messa in discussione¹¹⁹.

Con il codice del 1930 (c.d. Codice *Rocco*), si ebbe una più compiuta ricostruzione del principio del *ne bis in idem*, il cui ambito di operatività venne espressamente esteso anche alle pronunce di condanna: difatti, l'art. 90 c.p.p. del 1930 riportava che «*L'imputato condannato o prosciolto anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il*

¹¹⁶ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit. 102-103; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit..

¹¹⁷ A tal riguardo, osserva CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1201: «*Fin dall'incipiente giurisprudenza ottocentesca risulta chiaro cosa significhi "fatto", quanto al ne bis in idem: pura condotta, senza interno psichico, individuata dall'oggetto fisico nei reati cosiddetti materiali; non interessano gli eventi*».

¹¹⁸ Con riferimento al Codice del '19, MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit. 7-8, ci tiene però a precisare che «*non si rinveniva ancora traccia di un'equiparazione delle pronunce di condanna a quelle di proscioglimento, per la semplice ragione che, nel comune sentire, appariva ovvio il divieto della duplice punizione per il medesimo fatto*».

¹¹⁹ Di tale avviso CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: cit.*, 104.

titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto è disposto negli art. 17, 89 e 402»¹²⁰.

Tuttavia, il Codice fascista di procedura penale, non focalizzava la propria attenzione sul diritto del singolo individuo, bensì considerava l'intera materia nell'ottica dello stato totalitario, dunque in una visione secondo cui il giudicato era espressione della forza, dell'imperatività e della definitività del sistema processualpenalistico¹²¹: pertanto, è la necessità di effettuare e di assicurare l'ordine giuridico stabilito dalle leggi dello Stato a costituire l'essenza teleologica della cosa giudicata; di contro, l'esigenza di tutela dell'imputato passa in secondo piano, divenendo "l'effetto secondario" dell'imperatività dei comandi legislativi e della verità materiale, che il legislatore del '30 considera raggiunta in esito al procedimento di stampo inquisitorio.

D'altra parte, tale concezione si riscontra anche per quanto riguarda l'istituto della revisione, previsto non a salvaguardia dei diritti dell'individuo incrinati da una decisione di condanna che si palesasse ingiusta, bensì quale rimedio eccezionale volto a non compromettere la coerenza delle statuizioni all'interno dell'ordinamento, ed a garantirle nel tempo¹²².

Diversa impostazione prende campo con l'affermazione dello Stato costituzionale e con il progressivo smantellamento dell'impianto inquisitorio del processo penale fascista, laddove vengono invece esaltate le prerogative e le esigenze di tutela della persona a fronte invece della precedente affermazione di primazia della macchina

¹²⁰ Prosegue la norma: «Se ciononostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del procedimento pronuncia sentenza con cui dichiara non doversi procedere perché l'azione penale non poteva essere esercitata». Per un'analisi della disposizione citata, si veda MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1934, 287.

¹²¹ In tal senso MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 8. Cfr. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., 11, che afferma: «Il codice del 1930 [a differenza di quello del '13] poneva a fondamento dell'intangibilità [del giudicato] l'imperatività della legge e il dovere di cieca obbedienza del singolo, con conseguente compressione delle garanzie individuali, nella esaltazione delle istanze, di carattere generale e superindividuale, della difesa sociale».

¹²² NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., afferma a tal riguardo: «Alla sentenza definitiva si attribuiva l'attitudine a regolare con valore assoluto gli interessi da apprezzare nel processo penale e, a sua volta, l'impugnazione straordinaria svolgeva unicamente funzione di salvaguardia dell'esigenza di coerenza logico-formale dell'ordinamento nei casi più evidenti di errore».

statale, tanto che lo stesso divieto di *bis in idem* acquisisce centralità¹²³, con la progressiva adozione di un modello processuale di stampo (tendenzialmente) accusatorio, forgiato a colpi di pronunce del Giudice delle Leggi, di interventi legislativi e, infine, modellato dal Codice Vassalli¹²⁴.

Nel processo accusatorio, l'individuo e la necessità che questo riceva piena tutela in tutte le fasi procedurali e processuali vengono ad assumere carattere preminente; e così il giudicato stesso viene avvertito come espressione di garanzia di certezza giuridica, ma anche, e soprattutto, come presidio della libertà del singolo, che l'ordinamento giuridico sottrae alla possibilità di essere per infinite volte accusato e processato per lo stesso fatto.

¹²³ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 12, il quale asserisce: «L'idea secondo cui il processo penale è garanzia di libertà e misura di salvaguardia dell'individuo inizia a far capolino soltanto a seguito della caduta del regime fascista e in conseguenza della successiva entrata in vigore della Costituzione repubblicana».

¹²⁴ MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 12, precisa che «Non muta tanto la portata precettiva, quanto l'atteggiamento di base riguardo al fondamento e all'immutabilità del giudicato e alla presunzione pressoché assoluta di verità che lo caratterizzerebbe [...]».

6.- *L'attuale disciplina del principio del "ne bis in idem":
tra diritto positivo e relative interpretazioni*

Il divieto di *bis in idem* processuale penale, disciplinato nell'ordinamento nazionale dall'art. 649 c.p.p., costituisce –come accennato- l'effetto negativo-preclusivo dipendente e scaturente dal passaggio in giudicato della sentenza penale.

L'esecuzione penale trae la sua essenza dal concetto di *res iudicata*, vale a dire dalla identificazione del provvedimento che abbia assunto i caratteri della irrevocabilità ed esecutività, crismi imprescindibili e che affondano le proprie radici nell'impronta classica¹²⁵: da ciò è derivata l'incontrovertibilità del *dictum* del giudice, considerato da sempre come un obiettivo fondamentale di organizzazione armonica della società civile¹²⁶.

La sentenza penale pronunciata in giudizio¹²⁷, parafrasando l'art. 648 c.p.p.¹²⁸, diviene (tendenzialmente) irrevocabile, nel momento in cui: sono esauriti tutti i mezzi di impugnazione ordinari esperibili dalle parti o i termini per avvalersene sono spirati; sono inutilmente trascorsi i termini per impugnare l'ordinanza che afferma l'inammissibilità dell'impugnazione; è dichiarato inammissibile o rigettato

¹²⁵ Storicamente si considerava l'intangibilità del giudicato non solo su basi giuridiche ma anche su processi governati dal *iudicium Dei*, nonché influenzati dal principio tramandoci da Ulpiano, secondo cui "*res iudicata pro veritate accipitur*".

¹²⁶ Cfr. CALLARI, *La relazione dialettica tra l'irrefragabilità del giudicato penale ed il giudizio di revisione*, in IP, 2006, 230.

¹²⁷ Ossia «*quell[a] emess[a] in dibattimento ovvero all'esito di riti speciali celebrati in udienza preliminare, nonché quell[a] deliberat[a] ex art. 469 c.p.p.*», cfr. RANALDI, *Il procedimento di esecuzione*, cit., 2016, 68.

¹²⁸ Ai sensi del quale «*sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile*».

il ricorso da parte della Cassazione¹²⁹. A partire da questo istante essa, appunto, passa in giudicato¹³⁰.

Dunque è necessario analizzare anzitutto concetti e distinzioni relativamente ad “irrevocabilità”, “esecutività” e “definitività”: quest’ultima pare caratterizzarsi per l’assenza di una necessità automatica di prosecuzione del procedimento, mentre il significato di “irrevocabilità” risulta connesso all’esaurimento della situazione giuridico processuale collegandosi di regola alla cosa giudicata¹³¹, dovendosi intendere tale caratteristica non tanto -e non solo- in senso formale di esaurimento delle possibilità di impugnare la statuizione, quanto dal punto di vista sostanziale come intangibilità dell’accertamento effettuato. La “esecutività” dei provvedimenti è normalmente coincidente con la loro “irrevocabilità”¹³² sebbene nella loro sostanza i fenomeni si distinguano nettamente¹³³: il termine “esecutività” indica la capacità del provvedimento ad essere messo in esecuzione, intendendo per “esecuzione” -nel senso classico dell’enunciato- l’adempimento della deliberazione presa nel corso nel processo penale a cui vi è l’obbligo di conformarsi.

Il concetto di “irrevocabilità”, che viene cristallizzato nell’art. 648, nel senso di “immutabilità” indica la qualità che il provvedimento acquisisce all’esaurimento della garanzia della giurisdizione cognitiva ordinaria; rappresenta il dato terminale

¹²⁹ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1199 e ss.; VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, Dominioni Corso Gaito e altri, Torino, 2018, 852. Sul punto, si veda LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2018, 453.

¹³⁰ Come osservato da GIOVENE, *Giudicato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, 1991, Torino, 426: «Sebbene il termine “giudicato” non vi compaia, l’art. 648 c.p.p. traduce il senso di “cosa giudicata formale” [...]». Quanto al decreto penale di condanna, questo passa in giudicato quando non sia sollevata per termini l’opposizione o non venga impugnata tempestivamente l’ordinanza che la dichiara inammissibile. Cfr. CORSO, *Codice di procedura penale*, Piacenza, 2018, 1989. Sul punto e per un approfondimento, si veda anche MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit.

¹³¹ Cfr. DI GIOVANNI, *L’esecuzione nel nuovo processo penale*, Napoli, 1989, 26.

¹³² Relativamente alla non necessaria coincidenza tra irrevocabilità ed esecutività, è opportuno considerare la lettera dell’art. 650, 1° co., il quale stabilisce che ogni provvedimento irrevocabile è esecutivo salvo che la legge disponga altrimenti: attraverso questa clausola di salvezza, il legislatore ammette ipotesi in cui alcuni provvedimenti revocabili possano essere esecutivi; una di queste eccezioni è rappresentata dalla sentenza di non luogo a procedere che, pur prevedendo un particolare regime di revoca ex artt. 434 ss., acquista ex lege forza esecutiva nel momento in cui non risulta più soggetta ad impugnazione. Cfr. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2008, 519.

¹³³ A.GAITO, *Esecuzione*, cit., 918; ID., *In tema di “irrevocabilità” ed “esecutività” della sentenza penale*, in GPC, 1990, 1, 94.

del giudizio di cognizione e fissa il momento in cui, concluso il processo, il giudice decide e la sua statuizione deve essere eseguita.

I concetti di irrevocabilità ed esecutività della sentenza hanno animato il dibattito giurisprudenziale ed il dialogo tra Corti interne e sovranazionali degli ultimi anni, dovendosi registrare un consistente affievolimento del concetto di *firmitas* proprio della *res iudicata*: laddove, infatti, entrino in conflitto -da un lato- esigenze sistematiche di certezza del giudicato ed esaurimento delle situazioni processuali con -dall'altro lato- le necessarie ed imprescindibili garanzie di giustizia sostanziale dell'imputato/condannato, quest'ultime sono da ritenere preminenti¹³⁴.

La finalità del giudicato penale è duplice: da un lato tutelare l'individuo, sottraendolo alla possibilità di essere perseguito senza limiti di tempo in relazione ad un certo fatto storico ad egli addebitato (*ne bis in idem*); dall'altro, garantire la certezza dei rapporti giuridici tra i consociati, assicurando stabilità alle decisioni assunte in esito alla vicenda processuale¹³⁵.

A questo orientamento, se ne contrappone uno diverso che ritiene come, in realtà, la finalità cui è preposto l'istituto della cosa giudicata penale sia prevalentemente, se non esclusivamente, quella di assicurare la sicurezza dei diritti, indipendentemente dalla stabilità dei rapporti giuridici¹³⁶. Secondo tale ricostruzione ermeneutica, la pronuncia definitiva sarebbe volta, in via prioritaria,

¹³⁴ In tal senso Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, n. 42858, secondo cui «L'efficacia del giudicato penale nasce dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, sicché si esprime essenzialmente nel divieto di "bis in idem", e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona».

¹³⁵ Cfr. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 177-178, in cui si legge: «In particolare, l'intangibilità della sentenza irrevocabile adempie ad una duplice funzione: offre al singolo individuo il beneficio della sicurezza dei diritti; garantisce ed assicura la pace sociale e la stabilità delle relazioni umani [...] In altri termini, l'irrefragabilità del giudicato penale non solo cristallizza e garantisce i diritti e le aspettative di giustizia dei soggetti del reato e di quegli altri individui sui quali il reato incide, bensì costituisce l'egida processuale della libertà dell'onore e della vita della generalità dei cittadini».

¹³⁶ Così DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 92. Dello stesso avviso LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2018, 451-452, ove si legge: «il legislatore non persegue la certezza in senso oggettivo, giacché se così fosse si preoccuperebbe di risolvere sempre il conflitto teorico di giudicati».

a tutelare la quiete penalistica¹³⁷ dell'individuo, rimanendo sullo sfondo l'esigenza di certezza giuridica in senso oggettivo¹³⁸.

Pur nella divergenza di vedute circa la portata teleologica del giudicato, entrambe le posizioni dottrinali sono concordi nel riconoscere un'importanza fondamentale all'effetto negativo-preclusivo che la *res iudicata* produce; quella appunto di sottrarre il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo¹³⁹.

Il *ne bis in idem* processuale è indiscutibilmente preposto a garantire l'individuo da indebite reiterazioni del potere repressivo dello Stato: alla decisione dell'autorità giudiziaria penale definitivamente stabilizzatasi ex art. 648 c.p.p., il successivo art. 649 c.p.p. fa corrispondere la "caducazione del titolo" per agire *in idem* nei confronti della medesima persona, con conseguente consunzione¹⁴⁰ dello *ius puniendi* statale.

Il canone positivizzato dall'art 649 c.p.p., statuisce che: «*L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo*».

Il primo comma di questa disposizione può essere idealmente scomposto in tre parti. Con la prima si identifica il soggetto nei confronti del quale la preclusione processuale opera; ossia l'imputato irrevocabilmente prosciolto o condannato. Con la seconda vengono chiariti quelli che in dottrina sono definitivi come i limiti

¹³⁷ Questa espressione viene mutuata da D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, 163.

¹³⁸ Cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., 92; LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, cit.

¹³⁹ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit. 91.

¹⁴⁰ Cfr., MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit..

oggettivi del divieto¹⁴¹. Infine, la disposizione, operando un richiamo ad altre due norme codicistiche, individua le “eccezioni” all’operare dell’efficacia negativa del giudicato.

Quanto ai profili soggettivi del divieto¹⁴², si deve evidenziare, così come ormai affermato in maniera pressoché unanime in dottrina e in giurisprudenza, che il divieto di doppio giudizio riguarda esclusivamente quel soggetto nei confronti del quale la decisione penale irretrattabile viene pronunciata; senza che sia possibile pensare ad una estensione anche ai terzi concorrenti nel reato (fermo restando quanto disposto dall’art. 630 c.p.p.) degli effetti ostativi ad un nuovo procedimento *in idem*¹⁴³.

Il riferimento al titolo sta ad indicare all’interprete che la medesimezza fattuale deve essere ravvisata anche nel caso in cui lo stesso fatto viene diversamente qualificato dal punto di vista giuridico; ossia a prescindere dal *nomen iuris* ad esso attribuito¹⁴⁴. E così, in dottrina, si afferma che il passaggio da una fattispecie legale ad un’altra non implica diversità nell’ottica preclusiva¹⁴⁵.

Infine, la menzione delle circostanze significa che il divieto trova applicazione anche se il fatto viene nuovamente considerato in relazione ai c.d. elementi accidentali del reato¹⁴⁶. In altre parole, l’individuo destinatario di una sentenza irrevocabile non potrebbe ricoprire per una seconda volta la veste di imputato per il solo fatto che l’accusa scoprisse l’esistenza di circostanze aggravanti non precedentemente contestate¹⁴⁷.

¹⁴¹ Così, tra gli altri, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 85.

¹⁴² NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, cit., 41.

¹⁴³ Cfr. DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche, Aggiornamento*, I, Assago, 2008, 400; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 82-83; RIVELLO, *Art. 649 – Divieto di un secondo giudizio*, in Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 1991, 426; LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2018, 455.

¹⁴⁴ Cfr. VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, cit., 2018, 858.

¹⁴⁵ Cfr. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit.

¹⁴⁶ Cfr. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 46, la quale afferma che «La diversità di circostanze, infine, presenta minori spunti problematici, facendo riferimento alla consolidata nozione di *accidentalia delicti*, inclusiva tanto delle circostanze che determinano la variazione della specie di pena irrogata, tanto di quelle che incidono sul regime della procedibilità». Analogamente VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, cit., 859.

¹⁴⁷ Cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 86.

Dunque, dall'analisi dei tre elementi specificanti il concetto di "fatto", si evincerebbe che il legislatore intenda tutelare nella maniera più ampia il soggetto irrettabilmente giudicato, facendo corrispondere alla locuzione "fatto" quella di condotta: se, infatti, la vicenda deve essere considerata la stessa, a prescindere dalla qualificazione giuridica ad essa attribuita, dall'aggravamento dell'offesa e dalle circostanze, ciò che resta sarebbe, almeno ad una prima e immediata interpretazione, proprio la sola azione od omissione del soggetto agente.

Si è detto che l'articolo 649 c.p.p. prevede due deroghe¹⁴⁸: il verificarsi delle condizioni esplicitate agli artt. 69, co. 2, e 345 c.p.p. fa venir meno la preclusione processuale e consente un "nuovo" esercizio dell'azione penale *de eadem re et persona*.

Quanto alla prima deroga, l'art. 69, co. 2, c.p.p. contempla quelle ipotesi in cui il processo si è chiuso definitivamente a seguito della declaratoria di estinzione del reato per morte dell'imputato: laddove sopraggiungesse l'accertamento della perdurante esistenza in vita di costui, il divieto di *bis in idem* verrebbe meno, con conseguente "riapertura" della medesima vicenda processuale¹⁴⁹.

L'eccezione dell'art. 342 c.p.p., fa riferimento alle situazioni in cui la vicenda processuale si sia conclusa con una sentenza dichiarativa dell'improcedibilità per difetto delle condizioni di procedibilità: laddove la condizione mancante (ad esempio la querela) venisse riscontrata prima del relativo termine di decadenza, anche in questo caso il p.m. ben potrebbe (o meglio, dovrebbe *ex art. 112 Cost.*) esercitare "*ex novo*" l'azione penale nei confronti del medesimo individuo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Quanto al reale carattere eccezionale delle ipotesi contemplate dall'art. 649 c.p.p., si registrano due filoni interpretativi in dottrina: il primo sostiene che in questi casi si possa effettivamente e a pieno titolo parlare di un'eccezione al *ne bis in idem* (cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 78-80); il secondo ritiene, all'opposto, che il richiamo operato dall'art. 649 sia ultroneo, in quanto a rigore nelle ipotesi *sub art. 69* e *sub art. 345 c.p.p.* anche senza l'esplicito riferimento legislativo ci si troverebbe al di fuori del raggio di applicazione dell'impedimento processuale *de quo* (cfr., tra gli altri, GIOVENE, *Giudicato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, 1991, Torino, 427, la quale, a tal riguardo, parla di «pseudo-eccezioni»; TRANCHINA, *L'esecuzione*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, 613-614).

¹⁴⁹ Cfr. VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, cit. 2018, 859; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 79.

¹⁵⁰ Cfr. VIGONI, *Il giudicato*, in *Procedura penale*, cit. 861; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 77; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 489-492.

7.- Il c.d. *ne bis in idem* sostanziale

Come si è avuto modo di analizzare, il fine ultimo del principio di *ne bis in idem* è quello di impedire che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo¹⁵¹.

Pertanto, nulla osta, sul piano delle opzioni statuali di politica criminale, a che un'unica azione ovvero omissione infranga diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un disvalore autonomo che il legislatore, nell'esercizio dei poteri e delle prerogative che gli appartengono per il ruolo ricoperto, ha ritenuto di attribuire e distribuire in molteplici e corrispondenti reati nonché di sanzionare con la previsione delle relative pene, seppur sempre nell'ambito di operatività previsto dall'art. 81 c.p., posto a presidio delle garanzie dell'individuo attinto dal processo. L'art. 649 c.p.p. fa espresso riferimento alla dimensione "processuale" del principio di *ne bis in idem*, impedendo la celebrazione di un secondo giudizio sui medesimi accadimenti.

Storicamente, per quanto riguarda l'ordinamento italiano è all'interno della discussa area del concorso apparente di norme¹⁵² e sulle sue risoluzioni che trova cittadinanza tradizionalmente la tematica del *ne bis in idem* sostanziale inerente il divieto di irrogare plurime sanzioni per gli stessi fatti: tuttavia il riferimento a tale generalissimo criterio equitativo di "giustizia"¹⁵³, trova cittadinanza, come accennato nelle pagine precedenti, anche in numerosi e diversi ordinamenti seppur con le rispettive declinazioni e approfondimenti¹⁵⁴, sia continentali che di *common*

¹⁵¹ Cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit..

¹⁵² Cfr. in tema SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Archivio Penale*, 2019, 1.

¹⁵³ In questo senso, PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1392; ROMANO, *Commentario sistematico al Codice Penale*, Milano, 2004, I, 179; CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 73.

¹⁵⁴ VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *European Criminal Justice in the post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice (with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori)*, Trento, 2014, 168 ss; ESER, *Konkurrierende*

law, ove il celebre divieto di *double jeopardy* si sviluppa tanto nella dimensione processuale quanto in quella sostanziale¹⁵⁵.

Circa poi le fonti, alcuni ordinamenti assegnano al principio rango costituzionale (come la Germania all'art. 103 abs 3 GG) a differenza di altri in cui esso è tutelato solamente a livello di legge ordinaria.

In Italia, come noto e poc'anzi ricordato, il principio trova riconoscimento esclusivamente nella sua dimensione processuale, a livello di legge ordinaria, mentre manca una espressa norma che lo tuteli nella sua accezione sostanziale.

In tale contesto di sistema, allora, il divieto di sanzionare due o più volte l'*eadem persona* per l'*idem factum* assume rilevanza nelle disposizioni previste agli artt. 15, 84, 61, 62, prima parte, 68, 581, 2° co., c.p. che esprimono il criterio per cui non può aver luogo, a fronte della medesimezza del fatto, l'irrogazione di una sanzione molteplice, ogniqualvolta la natura del reato (ritenuto e sanzionato), il bene giuridico da esso tutelato e l'evento in senso giuridico che esso contempla, esauriscono integralmente -sia per tipicità che colpevolezza- il disvalore dell'azione o dell'omissione¹⁵⁶.

Fondamentale, inoltre, la rilevanza che esso assume nella sua duplice anima sia nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 50, che nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art. 4 Prot. VII: al riguardo, va rilevato che le citate disposizioni del VII Protocollo C.e.d.u. e della Carta dei Diritti

nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von “ne bis in idem” und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in SIEBER-SATZGER-VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden Baden, 2014, 646.

¹⁵⁵ Per un riepilogo dell'evoluzione in Gran Bretagna e del riconoscimento nel Criminal Justice Act del 2003 (nonché della sua prima applicazione Regina v. Dunnlop, 2007), cfr. DE BRACCIO, *The Double Jeopardy Clause, Newly Discovered Evidence, and an “Unofficial” Exception to Double Jeopardy: a Comparative International Perspective*, in *Albany Law Review*, 2012-2013, 1823 ss. Circa gli Stati Uniti e la *Double Jeopardy Clause*, SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963, 183 ss.; FRIELAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969, 5 ss.; CARLTON III, *The Constitution Versus Congress: Why Deference to Legislative Intent is Never an Exception to Double Jeopardy Protection*, in *Howard Law Journal*, 2014, 605; ADLER, *Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem*, in *The Yale Law Journal*, 2014, 450.

¹⁵⁶ Cfr. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *Archivio penale*, 2017, 1, 6. Inoltre LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 67 ss.; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, 5, 1183.

Fondamentali dell'Unione Europea colgono, all'evidenza, il legame e la separazione che insistono fra il divieto del secondo giudizio e il divieto della seconda condanna.

È chiaro che il *ne bis in idem* sostanziale risponde ad esigenze di equità e di giustizia essendo concentrato ad evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato¹⁵⁷, mentre il *ne bis in idem* processuale tende ad assicurare, anzitutto, esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi¹⁵⁸.

Il *vulnus* definitorio e sistematico del principio nella sua dimensione sostanziale, comporta evidentemente che il canone risulti debole rispetto al suo "corrispondente" processuale, il quale, oltre a trovare espressa tutela legislativa, presenta confini più precisi.

La nebulosità che caratterizza così il *ne bis in idem* sostanziale consente anche nei tempi recenti a taluna dottrina di dubitare della sua stessa esistenza (in termini di protezione prevista a livello codicistico), ovvero della sua concreta afferrabilità¹⁵⁹.

Il *ne bis in idem* sostanziale, in particolare, assume diverso significato nelle teorie degli studiosi che si occupano di concorso apparente di norme. In questo senso, allora, si afferma che non è possibile parlare di un *ne bis in idem* con funzione prioritaria bensì che il principio del *ne bis in idem* sostanziale discende solo dall'individuazione dei criteri che regolano il concorso apparente¹⁶⁰.

Chiarito che il principio nella sua accezione sostanziale manca di un preciso portato informativo o esplicativo, va segnalato che nel tempo ci si è riferito al principio in chiave sostanziale con diverse sfumature, utilizzando differenti accezioni e

¹⁵⁷ In tal senso, FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, cit., 8.

¹⁵⁸ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1205, il quale rileva che «Anche i penalisti postulano un *ne bis in idem*: attribuiremmo due volte lo stesso atto all'autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall'altra ("concorso apparente"); la figura legale "omicidio", ad esempio, include "lesioni" e "percossa". Ma il divieto d'un secondo giudizio sulla eadem res ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l'azione, l'attore la consuma. Assolto N dall'accusa d'aver ucciso colposamente P, nessuna regola penale vieta ridefinizioni dolose: sono figure indipendenti».

¹⁵⁹ Si vedano ad esempio SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Indice penale*, 2017, 467; o TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 1053.

¹⁶⁰ LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., 84.

attribuendovi così maggiore o minore ampiezza, secondo l'antica questione in ordine al valore relativo ovvero assoluto dello stesso¹⁶¹. Mentre nella prima ipotesi il canone assume mero valore orientativo e di aspirazione equitativa, nel caso del c.d. valore assoluto diviene canone idoneo a risolvere il concorso apparente di norme. I sostenitori della portata meramente relativa¹⁶² insistono, invece, sul rischio di rendere altrimenti non più configurabile il concorso formale di reati, nonché sul fatto che si tratterebbe di una trasposizione giuridicamente non fondata del principio processuale, del tutto distinto e indipendente invece rispetto a quello sostanziale¹⁶³. Stando così le cose, il rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale sembra delinearci nel senso che l'operatività del divieto di doppia sanzione assicura effettività al divieto di doppia incriminazione, ove si consideri che non si può procedere *ex novo* nei confronti di colui che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto¹⁶⁴; di contro, il *ne bis in idem* processuale non esclude che, nell'ambito del medesimo procedimento, colui nei cui confronti si procede possa essere giudicato, a fronte dell'*idem factum*, per molteplici reati e, per l'effetto, sanzionato con l'irrogazione delle relative pene, nonostante il criterio di favore posto dall'art. 81 c.p.¹⁶⁵; inoltre, la violazione del divieto di doppia incriminazione non determina, di per sé, la trasgressione del divieto di doppia sanzione, potendo il secondo giudizio definirsi con un proscioglimento¹⁶⁶.

¹⁶¹ Richiamano simile distinzione, PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 11; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 72, 426 ss., il quale evidenzia, tuttavia, come appunto le teorie assolute risultino aprioristiche perché danno per postulato ciò che invece debbono dimostrare.

¹⁶² Cfr. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Firenze, 1971, 748; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Torino, 1961, 61 ss.; LOZZI, *Fatto antecedente e successivo, non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 941 ss.; e CONSO, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Torino, 1955, 101.

¹⁶³ CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 101; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., 61 ss.

¹⁶⁴ Cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit.

¹⁶⁵ In tema, per gli interessanti spunti di riflessione, CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Archivio Penale*, 2016, 3, 15; GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 1, 222; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183; BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità nel processo per gli abusi di mercato*, in *Archivio Penale*, 2016, 2, 5.

¹⁶⁶ CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183, il quale rileva che «le istanze garantistiche che ispirano il divieto di secondo giudizio non coincidono

8.- Il principio del *ne bis in idem* applicato negli altri ordinamenti: in Francia

Dopo aver osservato la dimensione del principio del *ne bis in idem* all'interno del nostro ordinamento, è opportuno soffermarsi seppur sinteticamente sullo studio dell'istituto in un'ottica comparata, illustrando brevemente quale sia la portata che il *ne bis in idem* assume nei principali Paesi europei di civil law nonché nell'ordinamento anglo-americano. Ciò al fine di dimostrare come la pluralità di soluzioni previste dai singoli ordinamenti nazionali vada a mettere in crisi ed a scalfire, in un certo senso, quella unitarietà e convergenza dei sistemi giuridici suggerita dallo sviluppo del diritto sovranazionale.

La differente fisionomia e incidenza che il principio assume all'interno dei diversi ordinamenti dipende in gran parte dalla copertura costituzionale (o meno) del divieto e dalla circostanza per cui, non tutti i Paesi membri hanno ratificato il Protocollo aggiuntivo n.7 C.e.d.u.: in determinate nazioni, infatti, è possibile notare come le tradizioni giuridiche tendano a prendere il sopravvento, evitando l'allineamento con le posizioni espresse in ambito sovranazionale dalla Corte di Strasburgo¹⁶⁷.

In particolare si può notare una marcata differenza tra Paesi che adottano un Sistema di civil law e quelli invece di derivazione anglosassone, facenti parte della famiglia giuridica di *common law*: in questi ultimi ordinamenti, che pongono il “*fair trial*” a cardine della struttura processuale, è decisamente avvertita l'esigenza di consacrare il *ne bis in idem* quale principio naturalmente inerente al processo “giusto”, ed è

con la sola necessità di evitare che sia condannato due volte un soggetto che la legge consente di punire una sola volta. Ovvio, in altre parole, che non si possa instaurare un secondo giudizio quando non vi siano più sanzioni penali legittimamente applicabili: ma sarebbe un errore limitare questi soli casi la sfera di incidenza del ne bis in idem processuale».

¹⁶⁷ PASETTO, *Inghilterra*, in Passaglia (a cura di) *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, 2016, in www.cortecostituzionale.it, 55, che specifica: «l'alternativa tra la ratifica e la mancata ratifica ha un'incidenza decisiva sulla stessa impostazione della tematica, non fosse altro perché, da un lato, la vigenza di una regolamentazione di matrice europea impone, agli ordinamenti in cui la ratifica si è avuta, di confrontarsi costantemente con l'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale (...), mentre, dall'altro lato, l'assenza di una specifica normativa sovranazionale che sia direttamente applicabile nell'ordinamento interno consente di mantenere un impianto più legato alla tradizione del sistema, valorizzandone le peculiarità» riferendosi in quest'ultimo caso all'Inghilterra.

proprio in ragione della prevalente logica della *fairness* che il principio in questione ha trovato riconoscimento ed espressa consacrazione anche a livello costituzionale¹⁶⁸.

Nell'ordinamento francese, il principio del *ne bis in idem* è sancito, nella sua dimensione prettamente interna, dall'art. 368 del Codice di procedura penale ed è codificato anche nella sua dimensione "esterna", che prevede l'applicazione del principio stesso in caso di cumulo di procedimenti in due Stati differenti¹⁶⁹.

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

Anche in Francia il principio in esame non ha ricevuto espresso riconoscimento a livello costituzionale, e nemmeno il *Conseil constitutionnel* sembra essersi mai espresso in favore di tale conferimento di valore: siffatta assenza ha fatto sì che all'interprete francese fosse lasciato un ampio margine di discrezionalità nella delimitazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, e che quest'ultimo fosse individuato in via tendenzialmente ristretta¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 101 ss. che opera il riferimento alla Costituzione americana, "dove il quinto emendamento consacra il divieto della *double jeopardy*, inteso come diritto, per il soggetto, di non veder posta due volte in pericolo (*rectius*, rischio) la sua vita o la sua persona per uno stesso reato", specificando anche come l'istituto trovi la sua origine nel diritto canonico inglese della fine del XII secolo.

¹⁶⁹ Cfr. TORRISI, *Francia*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, 2016, 14, in www.cortecostituzionale.it. L'art. 368 del Codice di procedura penale francese stabilisce che "nessuna persona assolta legalmente può essere rinviata a giudizio o accusata per gli stessi fatti, anche se con una diversa qualificazione dei fatti"; per quanto riguarda la dimensione esterna del principio, invece, questo è disciplinato dagli artt. 113-9 del Codice penale e 962 del Codice di procedura penale, a norma dei quali "nessun procedimento può essere iniziato nei confronti di una persona che dà conto di essere stata giudicata in via definitiva all'estero per gli stessi fatti, e, in caso di condanna, che la pena è stata scontata o prescritta".

¹⁷⁰ TORRISI, *Francia*, cit., 15-16, che specifica come il *Conseil constitutionnel* francese non abbia mai conferito valore costituzionale al principio, nonostante numerosi casi abbiano invocato il *ne bis in idem* (in particolare il riferimento è ai casi Wildenstein e Cahuzac, nn. 2016-545 QPC e 2016-546

Anzitutto, ponendo il divieto di instaurare un procedimento per fatti già oggetto di un procedimento divenuto definitivo, il *ne bis in idem* non preclude, secondo la giurisprudenza francese, la possibile plurima qualificazione di un medesimo fatto come reato: in altri termini, il concorso ideale di reati non è considerato incompatibile con la regola che vieta l'instaurazione di un doppio procedimento nei confronti di un soggetto già condannato o assolto in via definitiva¹⁷¹.

Inoltre, l'operatività del *ne bis in idem* è rimasta per lungo tempo confinata al procedimento penale o al procedimento amministrativo, considerati autonomamente e, dunque, senza che il principio potesse incidere ed esplicitare il suo effetto preclusivo in caso di cumulo di procedimenti di diversa natura: una concezione restrittiva, improntata all'autonomia ed indipendenza vicendevole dei due tipi di procedimenti, acuita dall'utilizzo di sistemi c.d. a doppio binario, e che ha costituito il motivo della riserva posta dalla Francia all'art 4 Protocollo n.7 C.e.d.u.¹⁷². In altre parole, anche in Francia veniva data prevalenza alla qualificazione formale dei procedimenti e delle relative sanzioni, posto che il concetto di "*criminal proceedings*", così come individuato dalla Convenzione, era considerato strettamente radicato all'ambito penale¹⁷³.

Pertanto, il cumulo di procedimenti e di sanzioni caratterizzate da una diversa

QPC). Viene sottolineato inoltre come lo stesso Consiglio sembra aver avuto una prima inflessione con la decisione n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*, in www.conseil-constitutionnel.fr, in cui il *ne bis in idem* è stato definito per la prima volta quale "principio" e non quale "regola": nonostante ciò, però, il *Conseil* non ha specificato niente di più e non ha elevato il divieto di *bis in idem* a principio autonomo suscettibile di essere costituzionalizzato.

¹⁷¹ TORRISI, *Francia, cit.*, 16 in cui si sottolinea che il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 2010-604 DC del 25 febbraio 2010, ha stabilito che il principio del *ne bis in idem* non osta a che il legislatore preveda che alcuni fatti possano dare luogo a plurime qualificazioni come reato.

¹⁷² Sul punto, TORRISI, *Francia, cit.*, 13: la riserva proposta dallo Stato francese all'articolo della Convenzione che sancisce il *ne bis in idem* prevede che "solo le infrazioni che, nell'ordinamento francese, sono di competenza dei tribunali penali, devono essere considerate come infrazioni ai sensi degli articoli 2 a 4 del presente Protocollo". Tale riserva, si specifica, risulterà indebolita dopo la sentenza della Corte E.d.u. nel caso "Grande Stevens".

¹⁷³ Cfr. NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 656: evidentemente, la Francia rientra nella categoria di quei Paesi che hanno adottato una concezione ristretta di "materia penale", sulla base della quale due procedimenti o due sanzioni inerenti allo stesso fatto, di cui una non formalmente qualificata come penale, non violano il divieto di *bis in idem*.

qualificazione ma concernenti il medesimo fatto illecito, è sempre stato ammesso dal diritto francese: questo risultava accettabile alla luce del principio di proporzionalità delle pene, tanto che le sole questioni di legittimità costituzionale accolte dal *Conseil constitutionnel*, riguardanti il cumulo di sanzioni amministrative e penali, avevano imposto delle limitazioni a siffatto cumulo per salvaguardare l'esclusiva esigenza di evitare il rischio di sanzioni sproporzionate rispetto ai fatti, trascurando del tutto il riferimento al principio del *ne bis in idem*¹⁷⁴.

La giurisprudenza francese è così stata a lungo determinata e coerente nel limitare significativamente l'operatività del *ne bis in idem*, riconoscendo ampiamente diverse tipologie di cumulo sanzionatorio¹⁷⁵.

Tale coerenza giurisprudenziale ha resistito a lungo nonostante l'orientamento contrario che cominciava a farsi strada nelle Corti europee, iniziando però a vacillare dopo la sentenza "Grande Stevens" della Corte di Strasburgo: quest'ultima, infatti, rappresentando una grande censura a livello sovranazionale del sistema del cumulo sanzionatorio, ha avuto un forte impatto anche

¹⁷⁴ TORRISI, *Francia, cit.*, 17-18, che descrive con ampi particolari la situazione giurisprudenziale francese inerente al cumulo sanzionatorio, prima delle censure poste in essere a livello sovranazionale: con la decisione *Thépaç* del *Tribunal des conflits* (14 gennaio 1935) venne stabilita per la prima volta la possibilità di sottoporre la condotta di un dipendente pubblico ad un doppio procedimento, penale e disciplinare, e conseguentemente ad una doppia sanzione; mentre la possibilità di cumulare sanzioni penali e amministrative è stata invece riconosciuta dalla decisione *Sieur Haye* del 9 marzo 1951, pronunciata dal *Conseil d'État*. Il cumulo era ritenuto compatibile con il principio di proporzionalità delle pene: significativa è infatti la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 89-260 DC del 28 luglio 1989 con cui lo stesso Consiglio, pur rifiutandosi di qualificare le sanzioni pecuniarie erogate dalla COB (*Commission des opérations de bourse*) come sanzioni di natura penale, ha ammesso che le stesse fossero "sanzioni afflittive", accogliendo la questione di legittimità costituzionale e stabilendo che "se l'eventualità di un doppio procedimento può condurre ad un cumulo di sanzioni, il principio di proporzionalità implica che, in ogni caso, l'importo globale delle sanzioni eventualmente erogate non superi l'importo più elevato di una delle sanzioni cui si sia soggetti". Il *Conseil* non ha dunque mai voluto contrapporsi al cumulo delle sanzioni penali e amministrative, preoccupandosi solo di mitigare l'eventuale asprezza delle sanzioni stesse.

¹⁷⁵ A dimostrazione di ciò, si richiamano sentenze che sanciscono il cumulo, oltre che tra sanzioni penali ed amministrative (*Cass., crim.*, 01-03-2000, n.99-86299), anche tra sanzioni penali e disciplinari (*Conseil d'État*, 27-01-2006, n.265600) e tra sanzioni penali e fiscali (*Cass., crim.*, 04-06-1998, n.97-8062): le pronunce sono richiamate da TORRISI, *Francia, cit.*, 18. In tema v. anche RONTCHEVSKY, *La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet une nouvelle fois le cumul de poursuites et de sanctions des abus de marché*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014, 159 ss.; BOULOC, *Abus de marché. Cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014, 435 ss.; LASSERRE CAPDEVILLE, *Sanctions administratives et sanctions pénales des abus de marché: confirmation de l'admission du cumul*, in *Actualité juridique du droit pénal*, 2014, 180 ss.

sull'evoluzione dell'istituto nell'ordinamento francese¹⁷⁶.

Una vera svolta nell'orientamento giurisprudenziale delle Corti francesi si è verificata con la decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil constitutionnel*, la cosiddetta sentenza EADS: le questioni concernevano il reato di *insider trading*, punibile sia dal giudice penale sia dalla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari, e dunque possibile oggetto di duplice sanzione¹⁷⁷. L'importanza della pronuncia appena menzionata risiede nel fatto che, tramite la stessa, il *Conseil* ha riaffermato l'ammissibilità del cumulo di procedimenti in ordine alla stessa condotta (ritenuto sempre compatibile con il principio di necessità e proporzionalità delle pene), ma ha ridefinito, allo stesso tempo, i limiti entro cui lo stesso cumulo possa considerarsi realmente accettabile.

Affinché il doppio procedimento e la doppia sanzione per lo stesso fatto non determinino una violazione del *ne bis in idem*, non devono -secondo il *Conseil* francese- sussistere congiuntamente l'identità dei fatti, l'identità del bene giuridico tutelato, l'identità della natura delle sanzioni e l'identità dell'organo giudicante, essendo sufficiente anche la mancanza di uno solo di tali criteri perché il cumulo possa ritenersi illegittimo¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Sul punto, TORRISI, *Francia, cit.*, 19 ss. in cui viene illustrato con precisione l'orientamento giurisprudenziale francese anteriore alla sentenza "Grande Stevens": tra il 2010 e il 2014, infatti, nonostante le prime censure mosse dalla Corte di Strasburgo (pronuncia "Zolotukhin c. Russia") e da quella di Lussemburgo (pronuncia "Bonda"), la Corte di cassazione francese e il *Conseil d'État* erano fermi nel non voler devolvere le questioni di costituzionalità relative al cumulo dei procedimenti e delle sanzioni al *Conseil constitutionnel*: esempio di ciò è la decisione dell'8 luglio 2010 (*Court de cassation, Assemblée plénière*, 08-07-2010, 10-10.965), con cui la Corte di cassazione ha disatteso la censura riguardante l'instaurazione di un procedimento amministrativo suscettibile di cumularsi con un procedimento penale, sull'assunto che il cumulo riguardava due procedimenti di natura diversa. Siffatta interpretazione è stata confermata anche in seguito (*Conseil constitutionnel*, decisione n.2012-289 QPC, 17-01-2013, *M. Laurent D.*) e confermata ancora dalla Corte di cassazione nel 2014 (sentenza del 22 gennaio 2014, n.12-83.579 che, come specifica l'Autrice, è stata oggetto di numerose critiche in dottrina).

¹⁷⁷ TORRISI, *Francia, cit.*, 21: la decisione (QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*) fu pronunciata in risposta a una questione di legittimità costituzionale trasmessa per la prima volta al *Conseil* dalla Corte di cassazione, in relazione alla possibilità di cumulo tra sanzioni erogate dall'AMF e le sanzioni penali concernenti il medesimo fatto.

¹⁷⁸ TORRISI, *Francia, cit.*, 22 ss.: l'Autrice specifica dettagliatamente ognuno dei criteri individuati dal *Conseil constitutionnel*: interessante, in particolare, è notare come l'organo francese abbia seguito la posizione della Corte E.d.u. e della Corte di Giustizia in relazione alla nozione di "natura delle sanzioni", ritenendo che la differenza debba essere individuata considerando la severità della sanzione.

Sebbene l'innegabile novità apportata dall'elaborazione di siffatti parametri abbia fatto sì che le disposizioni sanzionatorie oggetto della sentenza fossero dichiarate contrarie alla Costituzione, occorre osservare come il ragionamento del *Conseil* non possa dirsi di portata generale e come, di conseguenza, gli effetti della decisione EADS siano da considerarsi piuttosto limitati, in quanto strettamente inerenti ai reati di mercato e non esplicabili nei confronti delle varie situazioni di cumulo tra due procedimenti di natura diversa¹⁷⁹.

La posizione della giurisprudenza francese in merito alla compatibilità tra il cumulo di sanzioni e il principio del *ne bis in idem* rimane dunque aperta, anche se le Corti sembrano ancora restie ad adeguare del tutto il proprio sistema sanzionatorio in direzione degli *input* sovranazionali¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Per un'ampia ricostruzione degli effetti che la decisione EADS ha comportato nell'ordinamento francese, e per numerosi riferimenti dottrinali, v. TORRISI, *Francia, cit.*, 26 ss: in particolare, si specifica come la questione si sia in seguito estesa anche all'ambito dei reati fiscali, spesso oggetto di doppio procedimento (penale e fiscale). Nonostante la trasmissione della questione di legittimità costituzionale, il *Conseil* ha dichiarato il cumulo di procedimenti penali e fiscali conforme a costituzione: "*Il Conseil, nella decisione, non ha dunque riservato al principio del ne bis in idem un ruolo centrale, sia perché l'argomentazione si è dipanata essenzialmente sulla base del principio di necessità delle pene e del principio di proporzionalità, sia perché (...) ha riaffermato la sua posizione di tendenziale equidistanza tra la necessità di rispondere alle esigenze poste dalla Corte E.d.u. e la volontà di proteggere il regime interno di applicazione delle doppie sanzioni*".

¹⁸⁰ cfr. TORRISI, *Francia, cit.*, 32 ss. Per uno sguardo sulle recenti posizioni della giurisprudenza francese in merito al cumulo di sanzioni penali e fiscali, VILLEMOT, *Non bis in idem n'est pas français*, in *GFP*, 2017, 101.

9.- Il principio del *ne bis in idem* applicato negli altri ordinamenti: in Germania

In Germania il principio del *ne bis in idem* trova espresso riconoscimento a livello costituzionale: l'art. 103, comma 3, della Legge fondamentale (LF) prevede infatti che “*per la medesima azione, nessuno può essere punito più di una volta in base alle leggi penali di carattere generale*”, limitando i suoi effetti al territorio nazionale¹⁸¹.

Per quanto riguarda l'esercizio dell'azione penale e dell'eventuale sanzione ne consegue che l'emissione di una sentenza definitiva -di assoluzione o di condanna- costituisce un ostacolo processuale insormontabile per l'instaurazione di qualsiasi altro procedimento penale nei confronti del medesimo soggetto e in ordine allo stesso fatto, e che -allo stesso tempo ed *ex adverso*- affinché si instauri un qualsiasi procedimento è necessaria la mancanza di un suo analogo precedente per lo stesso reato ai sensi dell'art. 103, comma 3, LF¹⁸².

L'espressione utilizzata dalla Legge fondamentale è quella di “medesima azione”, nozione dal significato piuttosto incerto ed ambiguo ma che secondo la giurisprudenza tedesca è da identificare nell'evento storico su cui si basa sia l'accusa, sia la decisione di apertura del procedimento: ecco che sembra emergere così una concezione “naturalistica” di medesimezza del fatto, secondo quella che viene chiamata “*natürliche Lebensauffassung*”, vale a dire una “*prospettiva naturale della vita*”¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr. ROERIG, *Germania*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* 2016, in www.cortecostituzionale.it, che specifica come la disposizione in concreto impedisca che, all'interno della Repubblica federale tedesca, un soggetto possa più volte essere punito penalmente o essere sottoposto più volte ad azione penale.

¹⁸² ROERIG, *Germania, cit.*, 35-36, in cui l'Autrice aggiunge anche che occorre distinguere, per definire al meglio la portata del principio all'interno dell'ordinamento tedesco, tra effetto preclusivo totale (*Sperrwirkung*) e limitato: si avrà preclusione totale in caso di emissione di una sentenza di merito sul medesimo fatto, mentre si produrrà una preclusione limitata nel caso di determinate archiviazioni, o di decisioni che non statuiscono nulla in ordine alla definizione sostanziale del fatto e che dunque non abbiano trattato la fattispecie in maniera esaustiva. Inoltre, si sottolinea che l'art.103, comma 3, LF non esclude la possibilità di una riapertura del processo sulla base di nuovi elementi che vadano a favore del soggetto e che incidano sullo stesso fatto giudicato.

¹⁸³ Sul punto, ROERIG, *Germania, cit.*, 36-37: un ulteriore elemento per stabilire l'identità del reato è la necessaria commissione del reato da parte del soggetto, in qualità di autore o di co-autore del reato, con una definizione che non coincide necessariamente con quella prevista dagli

Tuttavia la disposizione di cui alla Legge fondamentale comporta il divieto di plurima sanzione per il medesimo reato nell'ambito del diritto penale, senza però precludere l'imposizione di sanzioni di diversa natura nell'ambito di settori dell'ordinamento diversi da quello penale, quali quello amministrativo, o quello relativo alle misure preventive o alle sanzioni professionali e/o disciplinari¹⁸⁴.

Vale la pena soffermarsi, in particolare, sulla disciplina tedesca riguardante gli illeciti amministrativi e sul rapporto intercorrente tra questi e il principio del *ne bis in idem*: in Germania, la legge sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz*- OWiG) è stata emanata nel 1968 (poi modificata nel 1987 sino ad arrivare ai giorni nostri) per regolamentare quei comportamenti che, sebbene non pericolosi per l'ordinamento tanto quanto quelli previsti dal Codice penale, sono tuttavia ritenuti socialmente pericolosi e, di conseguenza, sanzionati dall'autorità amministrativa soprattutto tramite il ricorso a pene pecuniarie¹⁸⁵; inoltre, la stessa legge si preoccupa anche di regolare, all'art. 84, gli effetti derivanti dalla compresenza di una fattispecie di illecito amministrativo e di reato, stabilendo che qualora il verbale che impone l'ammenda amministrativa sia divenuto esecutivo, o se l'azione sia stata giudicata definitivamente come illecito amministrativo o come reato, la stessa azione non potrà essere oggetto né di nuovo

artt. 52 e 53 del Codice penale (StGB) sulla concorrenza dei reati (quest'ultima infatti persegue una diversa finalità, ossia quella di bilanciare la colpa e la sanzione e garantire un'adeguata giustizia).

¹⁸⁴ Così, ROERIG, *Germania, cit.*, 38, in cui si osserva che “*in queste branche del diritto, poiché accanto a una misura disciplinare può essere applicata, se necessaria, una sanzione amministrativa (art.47 OwiG), la plurima imposizione di sanzioni amministrative o di misure disciplinari trova tuttavia un limite nel rispetto del principio dello stato di diritto e della proporzionalità*”. Parte della dottrina sostiene la possibilità di un'applicazione in via analoga dell'art.103, comma 3, LF anche all'illecito amministrativo, cfr. SHMIDT-ABMANN, in *Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Beck-online, 2015. Art.103.

¹⁸⁵ Per un'attenta e ampia analisi circa la disciplina prevista dalla legge tedesca sugli illeciti amministrativi (OWiG), cfr. ROERIG, *Germania, cit.*, 38-40; per una prospettiva ancora più dettagliata, v. KAPPELLER, *Sanzioni amministrative (Ordnungswidrigkeiten) nella RFT-Breve esposizione*, 2015, su www.altalex.com, che specifica come, a seguito della riforma del 1968, le *Übertretungen* (specie di infrazioni meno gravi) siano “scomparse” dall'ordinamento penale della RFT e sia stata istituita altra *Ahndungszuständigkeit* (competenza) per le fattispecie comprese nella legge sugli illeciti amministrativi o disciplinate dallo stesso.

procedimento amministrativo (1° comma), né di nuovo procedimento penale (2° comma)¹⁸⁶.

La stessa legge prosegue con la previsione per cui, in caso di emissione di un provvedimento che infligga un'ammenda amministrativa nei confronti di un soggetto, e quest'ultimo sia stato giudicato per lo stesso fatto in un processo penale, il verbale dev'essere revocato, e le somme pagate o raccolte sulla base del verbale stesso devono essere detratte dalla sanzione penale¹⁸⁷. Di conseguenza, se un fatto viene inizialmente contestato come illecito amministrativo, ciò non significa che l'esito del processo non possa consistere in una condanna penale: l'importante è che, essendo naturalmente mutata la condizione processuale del soggetto, quest'ultimo abbia il diritto di avvalersi della facoltà di adattare la propria difesa alla diversa qualificazione¹⁸⁸.

In linea generale dunque, può affermarsi che il principio del *ne bis in idem* è tutelato nell'ordinamento tedesco non solo all'interno del procedimento penale, ma anche nell'ambito amministrativo e nei rapporti tra i due procedimenti concernenti lo

¹⁸⁶ Sul punto, ROERIG, *Germania, cit.*, 40-41, che richiama l'art. 84 OWiG, in base al quale: "Se il verbale che impone un'ammenda amministrativa (*Bußgeldbescheid*) è diventato definitivo, o se il giudice ha deciso, con *res iudicata*, l'azione come illecito amministrativo o come reato, l'azione stessa non può essere più perseguita come illecito amministrativo. La decisione passata in giudicato sulla violazione come illecito amministrativo deve precludere anche la sua persecuzione come reato penale. La decisione ai sensi dell'art. 72 [decisione con ordinanza senza dibattimento], nonché la decisione del giudice sul reclamo concernente la violazione come illecito amministrativo, deve essere ritenuta equivalente alla sentenza passata in giudicato".

¹⁸⁷ Così è previsto dall'art. 86 OWiG: "(...) Lo stesso vale se una condanna non è inflitta nel procedimento penale, ma le conclusioni del giudice, che egli adotta nella decisione finale, si pongono contro (la inflizione) di una ammenda amministrativa. Somme di denaro pagate o raccolte sulla base del verbale che infligge l'ammenda amministrativa revocata devono essere prima detratte da una accertata sanzione penale, poi dalle conseguenze accessorie ordinate che obbligano il trasgressore all'effettivo pagamento, e infine dai costi del procedimento penale".

¹⁸⁸ Cfr. ROERIG, *Germania, cit.*, 42 che si riferisce in tal senso all'art. 81 della legge sugli illeciti amministrativi, sulla base del quale il giudice, qualora ravvisi i presupposti per l'imputazione di un reato, può modificare la qualificazione giuridica del fatto. A quel punto, l'interessato (*Betroffene*) diventerà imputato (*Angeklagter*) e quest'ultimo sarà avvisato circa la facoltà di poter adattare la propria difesa; dall'altro lato tutto il materiale probatorio fino a quel momento acquisito dall'autorità amministrativa precedente resterà utilizzabile a fini decisorii. Sul rapporto tra illecito amministrativo e reato, v. anche DEL MONACO, *la prova dell'alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. trim.)*, 2015, 268.

stesso fatto illecito: l'ostacolo processuale del *ne bis in idem* è garantito e tutelato dalla costituzione e dalla normativa in materia e dev'essere rispettato d'ufficio, tanto che eventuali violazioni a riguardo possono costituire oggetto di un procedimento di riapertura ossia di revisione del giudicato, di un ricorso costituzionale diretto o di una verifica nell'ambito dell'esecuzione ai sensi dell'art. 458 del Codice di procedura penale (StPO)¹⁸⁹.

Giungendo, poi, alla rilevanza che l'interpretazione delle Corti sovranazionali, e in particolare quella della Corte E.d.u., in materia di *ne bis in idem* assume nella giurisprudenza nazionale tedesca, occorre anzitutto osservare che la C.e.d.u. e i suoi Protocolli integrativi, introdotti nell'ordinamento tedesco tramite legge formale, hanno il rango di semplice legge federale e pertanto inferiore rispetto alla Legge fondamentale¹⁹⁰.

Nella pratica, però, l'importanza delle sentenze della Corte di Strasburgo, quale ausilio interpretativo essenziale per le autorità giudiziarie nazionali, è stata affermata dal Tribunale costituzionale federale, il quale ha rilevato l'effetto vincolante delle decisioni della Corte nei confronti di tutti gli organi statali, obbligati "a non violare la Convenzione, nonché a stabilire una situazione (a livello di diritto nazionale) che vi si conformi"¹⁹¹.

¹⁸⁹ ROERIG, *Germania, cit.*, 43 ss: l'autrice spiega dettagliatamente tutta la disciplina prevista dalla legge tedesca sugli illeciti amministrativi (OWiG), specificando anche quali siano in particolare i provvedimenti da cui, ai sensi della legge stessa, derivi l'effetto preclusivo tipico del principio del *ne bis in idem*. Deve trattarsi, infatti, di decisioni formalmente definitive e dunque non impugnabili all'interno della medesima procedura, nonché di decisioni che scendano nel merito, affrontando la "sostanza" del caso (ad esempio, non esplicano effetti preclusivi quelle decisioni di archiviazione adottate alla luce di soli ostacoli processuali, le cosiddette *Prozessentscheidungen*). L'Autrice conclude l'argomentazione, poi, osservando come il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 84 OWiG non si applichi di regola nei rapporti con la giurisdizione straniera ("*le decisioni di autorità amministrative straniere esplicano solo in casi eccezionali un effetto preclusivo per le autorità tedesche*") e segnalando la sussistenza di casi eccezionali in cui, nonostante l'emissione di un verbale d'ammenda divenuto definitivo, il procedimento in merito allo stesso fatto può essere riaperto e la condanna definitiva eccezionalmente revisionata (art. 85 OWiG).

¹⁹⁰ ROERIG, *Germania, cit.*, 46: "*La corte EDU non è gerarchicamente superiore alle Corti nazionali tedesche e queste ultime- almeno in teoria- non sarebbero neppure vincolate alle decisioni della stessa Corte per l'interpretazione della Convenzione e dei diritti fondamentali garantiti a livello nazionale*".

¹⁹¹ Così ha stabilito il Tribunale costituzionale federale nella decisione 2 BvR 1482/04, richiamata da ROERIG, *Germania, cit.*, 46. L'Autrice richiama anche altre sentenze, tra cui 3 BvR 2365/09 e 2 BvR 740/10, nelle quali lo stesso Tribunale ha sancito che, nonostante la

Muovendo l'attenzione, in particolare, sulla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 C.e.d.u., non si può non rilevare come un ruolo essenziale sia svolto dalla mancata ratifica da parte della Germania, di tale protocollo: ciò infatti ha determinato, quale inevitabile conseguenza, una limitazione all'impatto e agli effetti della giurisprudenza di Strasburgo relativa all'interpretazione del divieto di *bis in idem*, nonché un mancato allineamento dell'ordinamento nazionale ai concetti sovranazionali di "reato" e di "offesa"¹⁹².

Tuttavia, occorre effettuare qualche considerazione ulteriore in merito ai rapporti tra l'ordinamento nazionale tedesco e l'art. 50 della Carta di Nizza: quest'ultimo, ripropone, quantomeno letteralmente, il tenore dell'art. 4 del menzionato Protocollo integrativo alla Convenzione ponendosi, a differenza di quest'ultimo, come pienamente vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri¹⁹³.

Orbene, considerata la diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea negli stati membri, e accertato che lo stesso art. 50 C.D.F.U.E. ripropone il contenuto minimo del diritto al *ne bis in idem* sancito

C.e.d.u. abbia nell'ordinamento nazionale tedesco un rango inferiore rispetto alla Legge fondamentale, quest'ultima dev'essere interpretata sempre in un'ottica di favore nei confronti dei trattati internazionali: *"La CEDU e l'interpretazione che ne dà la Corte europea devono quindi considerarsi un sostegno interpretativo per la determinazione del contenuto e dell'ambito dei diritti e principi fondamentali della Costituzione tedesca"*.

¹⁹² ROERIG, *Germania, cit.*, 7. In particolare, vale la pena evidenziare come la Germania, in sede di firma del Protocollo, abbia rilasciato la seguente dichiarazione: "Con i termini "reato" e "offesa" di cui agli artt. 2-4 del presente Protocollo, la Repubblica Federale di Germania intende solo quei fatti che sono considerati reato nel proprio ordinamento". Il testo completo della dichiarazione resa dalla Germania in data 19 marzo 1985 è consultabile al sito www.coe.int.

¹⁹³ A tal proposito, v. ROERIG, *Germania, cit.*, 48 ss. Infatti la Carta di Nizza, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha ottenuto il medesimo valore giuridico dei trattati ai sensi dell'art.6 TUE, ponendosi come direttamente applicabile e vincolante all'interno dei singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri. L'Autrice, sul punto, riporta anche la presa di posizione dell'avvocato generale Niilo Jääskinen presentata il 2 maggio del 2014 nella causa "Zoran Spasic" (C-129/14 PPU), in www.curiaeuropa.eu, in cui si legge come: *"É pacifico che la carta deve essere interpretata in conformità alle corrispondenti disposizioni della CEDU. Tuttavia, la questione che si pone è se tale approccio sia parimenti applicabile nel caso in cui una disposizione della CEDU non vincoli tutti gli Stati membri. (...) A mio avviso, la mancata ratifica del protocollo n.7 da parte di taluni Stati membri non può incidere sull'interpretazione dell'art. 50 della carta, in quanto tale fatto non può modificare la portata di quest'ultima disposizione. In caso contrario, ciò equivarrebbe a riconoscere agli stati membri un potere di interpretazione unilaterale quanto al contenuto del regime dei diritti fondamentali dell'Unione"*.

dall'art. 4 del Protocollo n. 7 C.e.d.u., ne consegue che la Germania, sebbene non direttamente vincolata al Protocollo che non ha firmato, non può di certo non confrontarsi con l'interpretazione che del principio è stata fornita a livello comunitario.

10.- Il principio del *ne bis in idem* applicato negli altri ordinamenti: in Spagna

Nell'ordinamento spagnolo il *ne bis in idem* è riconosciuto quale diritto fondamentale: seppur nei fatti manchi un'esplicita disposizione in materia nella Costituzione, generalmente secondo l'interpretazione fornita dal Tribunale costituzionale, la tutela del ridetto principio è fatta rientrare implicitamente all'interno del canone positivizzato all'art. 25, comma 1, Cost. che sancisce a sua volta il principio di legalità¹⁹⁴.

Tuttavia, in tema non sono mancati i dibattiti circa la possibile riconducibilità del principio del *ne bis in idem* nell'alveo del principio di proporzionalità, o di certezza del diritto ed esaurimento dello stesso, o ancora in quello di colpevolezza¹⁹⁵: ebbene, lo stesso Tribunale costituzionale, con visione unitaria e sistematica, volta

¹⁹⁴ Cfr. GUERRERO PICÒ, *Spagna*, in *Il principio del ne bis in idem*, cit., in cui si specifica come nell'*anteproyecto* della Costituzione spagnola del 1978 fosse in realtà prevista l'esclusione della doppia sanzione per gli stessi fatti. In particolare viene richiamato, alla nota 3, l'intervento del 9 maggio 1978 del Ministro della Giustizia, Lavilla Alsina, secondo cui il *ne bis in idem* meritava esplicita consacrazione in quanto "*sottostante ad un'ida elementare di giustizia*", anche se di difficile formulazione. Nonostante le discussioni siano state poi monopolizzate da altri temi, e il *ne bis in idem* sia rimasto escluso dal testo costituzionale, tale omissione non è mai stata interpretata in senso escludente dal Tribunale costituzionale, il quale nel 1981 ha dichiarato che "*il principio generale del non bis in idem presuppone, in una delle sue più note manifestazioni, che non sussista una duplicità di sanzioni (...) nei casi in cui si individua un'identità di soggetto, fatto e fondamento, senza che esista una relazione di c.d. supremazia speciale con l'amministrazione (...). Nonostante [il principio] non sia stato sancito espressamente negli artt. Da 14 a 30 Cost. (...), non si può tacere il fatto che (...) [il ne bis in idem] sia intimamente legato ai principi di legalità e di tipicità delle sanzioni sanciti principalmente dall'art.25 Cost. D'altra parte, bisogna evidenziare la tendenza attuale della legislazione spagnola recente, che è quella di accogliere esplicitamente suddetto principio*" (STC 2/1981, del 30 gennaio, FJ 4).

¹⁹⁵ Cfr. ARROYO-ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 1983, 19-20 in cui l'Autore, sottolinea come il fondamento giuridico del *ne bis in idem* non debba essere individuato nel principio di legalità, neanche necessariamente in quello di certezza del diritto e nemmeno (se la doppia sanzione non risulta arbitraria e sproporzionata) nel principio di motivazione, bensì vada ritrovato, in realtà, nel requisito della razionalità e nel divieto di arbitrarietà dei poteri pubblici: "*Sin embargo, el ne bis in idem en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo. (...) Tampoco contradice necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y terminantemente formulados por la ley (...). Por último, si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría al principio de motivación. (...) En definitiva, entiendo que el ne bis in idem encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3.*".

alla promozione dei valori superiori dell'ordinamento giuridico, ha sottolineato la riconducibilità del *ne bis in idem* a plurimi principi (compresi quelli poc'anzi citati) e non necessariamente ad uno soltanto, in un'ottica di massima tutela del cittadino¹⁹⁶.

Occorre in ogni caso specificare, che l'applicazione dell'art.25, comma 1, Cost., che resta il fondamento più centrato seppur non unico del principio in esame, è circoscritto all'imposizione di sanzioni penali ed amministrative, in ambito civile o militare, escludendo oltretutto la duplicità nel solo ambito dell'applicazione del diritto sanzionatorio e non in quello della sua creazione¹⁹⁷.

In maniera analoga a quanto osservato in relazione al nostro ordinamento nazionale, anche in Spagna il principio assume rilevanza tanto nella sua dimensione sostanziale (quale divieto di duplice sanzione) quanto in quella processuale (quale divieto di doppio procedimento)¹⁹⁸.

Per quanto riguarda la prima dimensione, il Tribunale costituzionale ha inizialmente stabilito che la violazione dell'art. 25 Cost., si verifica in caso di medesimezza di

¹⁹⁶ Così, GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 76-77 che richiama, sul punto, la STC 27/1981, del 20 luglio, nonché la STS, *Sala de lo Contencioso*, 23-03-2012, ric. N.989/2011, FD 4, in cui il Tribunale costituzionale ha sostenuto che “*il principio di legalità dell'art. 25, comma 1, Cost., abbia molteplici sfaccettature ed in esso restino assimilati altri principi, garanzie e regole di portata diversa, come sono il principio di garanzia formale o la riserva di legge, la garanzia sostanziale o il principio di tipicità, il divieto di analogia e di retroattività nell'applicazione di norme sanzionatrici, il principio di colpevolezza, il ne bis in idem ed anche il principio di proporzionalità*”. In ogni caso il collegamento prevalente del *ne bis in idem* resta, per il Tribunale, quello con il principio di legalità: in questo modo si tutela il cittadino ai massimi livelli, aprendogli la via del ricorso di *amparo* ex art. 53, comma 2, Cost. e art.41 LOTC. Quest'ultimo istituto è spiegato ampiamente da ADAMO, *L'amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, 2015, consultabile in <http://www.giurcost.org/studi/adamo.pdf>.

¹⁹⁷ Cfr. GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 77-78, che specifica come la tutela costituzionale del *ne bis in idem* non interessi, invece, le sanzioni erogabili nell'ambito del diritto privato e inoltre come la duplice sanzione non venga esclusa nell'ambito della creazione normativa: “*sul piano normativo, si può parlare di violazione del ne bis in idem solo in senso improprio*” (STC 48/2003, del 12 marzo, FJ 9).

¹⁹⁸ GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 73 e 76 in cui si richiamano le sentenze SSTC 188/2005, del 4 luglio, FJ 2 e 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4, in cui si rileva che “*il principio del ne bis in idem opera, tanto nel suo versante sostanziale quanto in quello processuale, per reggere i rapporti tra l'ordinamento penale e il diritto amministrativo sanzionatorio, e anche internamente [...], vietando, quando esista una triplice identità di soggetto, fatti e fondamento, la duplicità di pene e di processi penali e la pluralità di sanzioni amministrative e di procedimenti sanzionatori, rispettivamente*”.

soggetto, fatto e fondamento: quanto all'identità del soggetto non sembra sorgere alcun problema d'eccezione di alcuni casi limite di sovrapposizione tra persone fisiche e persone giuridiche.

Parzialmente diverso è il discorso quanto all'*idem factum*. Il Tribunale costituzionale spagnolo ha infatti stabilito l'adozione del criterio giuridico rispetto a quello storico-naturalistico: ciò, in quanto oggetto di comparazione dev'essere "*la descrizione che di tali avvenimenti ha realizzato il legislatore nella fattispecie corrispondente, descrizione inevitabilmente delimitata a partire da elementi valutativi e secondo le finalità che il legislatore persegue con la sua regolamentazione*"¹⁹⁹.

Il terzo elemento da identificare ai fini dell'accertamento di una possibile violazione del divieto di *bis in idem* è costituito, secondo la giurisprudenza spagnola, dall'identità di fondamento, che si verifica qualora l'interesse o il bene giuridico tutelato dalle norme sia lo stesso: l'esigenza è infatti quella di garantire che ognuna delle sanzioni imposte a titolo principale sia volta alla tutela di interessi o beni giuridici diversi²⁰⁰.

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

¹⁹⁹ Cfr. STC 77/2010, del 19 ottobre, FJ 6 richiamata da GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 80 ss. L'Autrice rileva ampiamente come il Tribunale abbia specificato che, nella valutazione della medesimezza del fatto, occorre comparare "*gli illeciti sanzionati, partendo dalla delimitazione dei fatti realizzata dall'amministrazione nella risoluzione sanzionatrice e dall'organo giudiziale penale nelle sentenze e prendendo come base la qualificazione giuridica di questi fatti realizzata da questi poteri dello Stato*" (STC 48/2007, del 12 marzo, FJ 3)

²⁰⁰ GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 82-83, che richiama in tal senso la pronuncia della STC 234/19991, del 10 dicembre, FJ 2 che afferma: "*Affinché la dualità di sanzioni sia costituzionalmente ammissibile è necessario, inoltre, che la normativa che la impone possa giustificarsi in quanto contempla gli stessi fatti dalla prospettiva di un interesse giuridicamente protetto che non è lo stesso di quello che la prima sanzione cerca di salvaguardare, o se si vuole, dalla prospettiva di una relazione giuridica differente tra [organo] che sanziona e oggetto sanzionato*".

Inoltre, il *ne bis in idem* processuale si applica, qualora sia accertata la triplice identità già menzionata, non solo al fine evitare una duplicazione di procedimenti penali (art. 114 della legge processuale penale spagnola) o amministrativi distintamente considerati, ma anche per precludere il cumulo tra tali due tipologie di procedimenti: tuttavia, il Tribunale ritiene che, in caso di concorso tra procedimenti sanzionatori amministrativi e penali, il *ne bis in idem* operi solo nei confronti dei procedimenti amministrativi che possano considerarsi “equiparati” ad un processo penale²⁰¹.

In quest’ultimo caso, la regola base seguita dalla giurisprudenza spagnola in via consolidata è quella della prevalenza della giurisdizione penale sull’azione amministrativa²⁰².

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

²⁰¹ GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 86, in cui si aggiunge anche che, sulla base di siffatto orientamento, qualora vi sia stato un procedimento sanzionatorio e poi un processo penale, dal divieto di *bis in idem* (sostanziale e processuale) non consegue necessariamente l’annullamento della sanzione penale. L’Autrice, inoltre, argomenta ampiamente la portata del *ne bis in idem* inteso come divieto di celebrare due procedimenti penali, sancito dall’art.114 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sulla base del quale non può essere instaurato un nuovo processo su un reato o un delitto, una volta iniziato un giudizio penale sullo stesso fatto. Si specifica poi come, per il Tribunale costituzionale, l’effetto di *res iudicata* debba riconoscersi solo alle sentenze definitive e, eccezionalmente, alle ordinanze definitive che decretano il non luogo a statuire, e come la legge processuale penale spagnola ammetta solo il ricorso di *revisión* a favore del reo: “L’obiettivo è quello di evitare che il cittadino sia vittima dell’impotenza o dell’egoismo dello Stato, proteggendolo dalle vessazioni che deriverebbero da una situazione di permanente insicurezza, al fine di non riservargli un trattamento incompatibile con la condizione di cittadino di un popolo libero”. Come accade per l’ordinamento italiano, dunque, alla base della preclusione processuale sono rinvenibili motivazioni profondamente radicate nel rispetto dei diritti fondamentali.

²⁰² Così, GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 90 ss, in cui si specifica che, nonostante quella della prevalenza dell’azione del giudice penale sia stata la linea giurisprudenziale prevalente, questa non è rimasta sempre invariata: infatti, c’è stato un periodo in cui il Tribunale costituzionale ha spostato l’attenzione sul criterio temporale per determinare quel delle due manifestazioni del potere punitivo statale dovesse prevalere (STC, 177/1999, 11 ottobre). Ben presto però, si è optato definitivamente per la preferenza della giurisdizione penale, affermando la competenza esclusiva della giurisdizione penale in caso di concorso di infrazioni amministrative e penali (STC 2/2003, 16 gennaio, FJ 9).

Discorso a parte vale per l'ipotesi in cui il procedimento sanzionatorio amministrativo non sia equiparabile ad un processo penale, in ragione delle sue caratteristiche e del grado di complessità, nonché per la natura e l'entità della sanzione che in esito a tale procedimento può essere irrogata: in quel caso non sarà individuabile una violazione del *ne bis in idem* processuale²⁰³.

Il richiamo, negli elementi di equiparazione del procedimento amministrativo a quello penale, ai criteri interpretativi forniti dalla Corte E.e.d.u. appare lampante: difatti, nell'ambito della giurisprudenza sul *ne bis in idem*, il Tribunale costituzionale spagnolo si è spesso riferito alle disposizioni sovranazionali sul tema, tra cui l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 4 del Protocollo n. 7 C.e.d.u. e anche l'art. 50 C.D.F.U.E.²⁰⁴.

È importante sottolineare come, nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, la componente sostanziale del principio sembra prevalere su quella processuale, in quanto il contenuto di garanzia essenziale del *ne bis in idem* viene, per l'appunto, riscontrato nella necessità di evitare una reazione punitiva dello Stato sproporzionata, ossia il cosiddetto eccesso punitivo²⁰⁵. Da ciò consegue che, qualora la seconda sanzione risulti ridotta rispetto a quella che poteva essere concretamente irrogata, proprio in considerazione della prima e, dunque, per evitare

²⁰³ Cfr. GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 93 ss., che riporta un ampio stralcio della sentenza STC 2/2003, del 16 gennaio, molto significativa sul punto, in cui si legge: “(...) il divieto costituzionale di apertura o ripresa di un procedimento sanzionatorio quando è stata emessa una risoluzione sanzionatrice definitiva, non si estende a qualsiasi procedimento sanzionatorio, ma solo a quelli che, in ragione delle caratteristiche del procedimento- il suo grado di complessità- ed alle caratteristiche della sanzione che si può imporre- la sua natura e la sua entità- possono equipararsi ad un processo penale, al fine di ritenere che chi è sottoposto ad un procedimento sanzionatorio di tali caratteristiche si trova in una situazione di soggezione al procedimento tanto gravosa quanto quella di chi è sottoposto ad un processo penale. Due sono le ragioni a sostegno di questa limitazione. Da un lato, la logica del principio di proporzionalità (...). Dall'altro, la necessariamente modulata traslazione delle garanzie del giusto processo all'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio”.

²⁰⁴ GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 97 che richiama, in tal senso, numerose sentenze esemplificative tra cui AATC 90/1985, 6 febbraio, FJ 3 (in cui si cita l'art.14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici), SSTC 2/2003, 16 gennaio, FJ 5 (in cui si cita l'art.4 Prot.7 C.e.d.u.), STC 77/2010, 19 ottobre, FJ 4 (in cui è citato l'art.50 C.D.F.U.E.).

²⁰⁵ Sul punto, GUERRERO PICÒ, *Spagna, cit.*, 83: “Il c.d. eccesso punitivo fa sì che venga meno la garanzia per il cittadino della prevedibilità delle sanzioni, poiché la somma delle sanzioni crea una sanzione che esorbita rispetto al giudizio di proporzionalità operato dal legislatore e concretizza l'imposizione di una sanzione non prevista legalmente”.

un cumulo sanzionatorio sproporzionato, l'eccesso punitivo non risulterà integrato: siffatta argomentazione è stata utilizzata spesso dagli organi giudiziari spagnoli per giustificare lo *ius puniendi* del giudice penale e considerarlo costituzionalmente legittimo, nonostante fosse esercitato successivamente alla comminazione di una sanzione amministrativa in ordine allo stesso illecito²⁰⁶.

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

²⁰⁶ Sul punto GALLARDO CASTILLO, *El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto «fundamento» como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial*, in *Actualidad Administrativa*, 2015.

11.- Il principio del *ne bis in idem* applicato negli altri ordinamenti: in Inghilterra

Volgendo lo sguardo al sistema di *common law* per eccellenza, è necessario porre attenzione alla circostanza per cui tra le peculiarità endemiche dell'ordinamento inglese spicca l'assenza di una costituzione codificata o in generale di fonti che possano essere pacificamente ritenute di rango costituzionale: tale circostanza fa sì che il vero motore dello sviluppo giuridico –e vero fulcro dell'indagine comparatistica della disciplina- siano le pronunce giurisprudenziali ovvero i c.d. *cases law*²⁰⁷.

Come accennato nelle pagine precedenti il principio del *ne bis in idem* corrisponde, nel Regno Unito e nei Paesi di derivazione anglosassone, al cosiddetto *double jeopardy principle*, risalente addirittura ai tempi della conquista normanna del 1066 e sviluppatosi nel corso delle epoche in risposta alla punizione draconiana tradizionalmente irrogata all'imputato nei procedimenti d'età medievale²⁰⁸.

²⁰⁷ Cfr. PASETTO, *Inghilterra*, in *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)* cit., 55, in cui si sottolinea che nell'ordinamento inglese le pronunce giurisprudenziali mantengono una posizione di primo rilievo, nonostante la proliferazione, nel corso del XX secolo, del diritto politico (c.d. *statute law*). Inoltre, viene richiamata (alla nota 1) una sentenza del 2014, *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* UKSC 3, in cui la Corte suprema del Regno Unito ha confermato l'esistenza di una categoria di leggi aventi rango costituzionale.

²⁰⁸ Così, COFFEY, *The constitutional status of the double jeopardy principle*, in *Dublin University Law Journal*, 2008, 138; cfr. anche PASETTO, *Inghilterra*, cit., 56 che rileva l'introduzione, già nel 1066, di una norma che impediva di instaurare un processo a carico di una persona già prosciolta o già dichiarata colpevole in esito a processo per il medesimo reato, specificando che in caso di precedente proscioglimento, l'imputato poteva avvalersi di un *plea* di *autrefois acquit*, mentre di sentenza di condanna, il *plea* era di *autrefois convict*: “La preclusione nei confronti di un secondo processo era funzionale a tutelare il suddito, altrimenti potenzialmente assoggettabile più volte a processo, ma anche a garantire l'equità e la corretta amministrazione della giustizia”. La regola dell'*autrefois* è ampiamente descritta in LAW COMMISSION, *Double jeopardy: a consultation paper*, Consultation Paper n. 156, 1999, 7, consultabile in <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/04/CP156.pdf>. Per un ampio approfondimento sull'evoluzione storica del principio del *double jeopardy*, v. SIGLER, *A history of double jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963, 283, che osserva come ripercorrere la storia del principio sia fondamentale per comprenderne la portata e la rilevanza all'interno degli ordinamenti anglo-americani: “That concept which is directed towards the protection of the criminal defendant and against the state's power is the product of innumerable cases and writings. But history alone cannot determine the content of the double jeopardy ideal. The conflicting needs of society and the individual which are inherent in double jeopardy must be resolved by each generation”.

In particolare, due elementi sono necessari affinché si possa dare applicazione al principio del *double jeopardy*: l'identità -in diritto e in fatto- della fattispecie, nonché la sussistenza di un provvedimento di proscioglimento o di colpevolezza che siano validi²⁰⁹.

Sulla base del primo elemento, il reato contestato all'imputato nel nuovo giudizio dev'essere identico a quello per il quale era stato prosciolto o dichiarato colpevole nel giudizio precedente, mentre il secondo elemento sta a significare che un proscioglimento o una dichiarazione di colpevolezza validi -in quanto emessi da una corte avente la giurisdizione necessaria, tramite un procedimento che non ecceda i poteri dell'organo giudiziale- sono presupposto evidente per l'invocazione della tutela contro il *double jeopardy*²¹⁰.

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

A tale riguardo, gran parte della dottrina ha rilevato la possibilità di operare una distinzione tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*: infatti, mentre la maggioranza dei Paesi continentali di *civil law* tende ad adottare un'interpretazione della nozione che può dirsi "*in concreto*", ossia focalizzata sull'identità della condotta e sulla comparazione del fatto analizzato dal punto di vista storico, nella tradizione anglosassone si osserva un'applicazione –per certi versi paradossale a

²⁰⁹ Cfr. PASETTO, Inghilterra, cit., 56, sulla nozione di "Identity in law and fact" e "Need for a valid acquittal or conviction" v. LAW COMMISSION, Double jeopardy: a consultation paper, cit., 7 ss.

²¹⁰ Così, PASETTO, Inghilterra, cit., 56-57: ad esempio, per ciò che concerne il primo elemento, "se un imputato si sia dichiarato colpevole, in sede di giudizio sommario (summary trial) per illeciti compiuti ai sensi della normativa sulla sicurezza nel luogo di lavoro, per mancata manutenzione di una stufa a gas in un edificio residenziale, l'imputato non può invocare la tutela contro il double jeopardy nel processo per l'omicidio involontario di un residente morto per intossicazione da monossido di carbonio risultata dalla cattiva manutenzione" (il riferimento è alla pronuncia Beedle [1998] QB 356). Sulla base del secondo elemento, invece, si deduce che "non è precluso un secondo procedimento se il primo era affetto da irregolarità tali da dover essere annullato": l'Autrice in questo caso fa riferimento alla pronuncia R v Dorking JJ, ex parte Harrington [1984] 1 AC 743, in cui l'instaurazione di un secondo processo non fu vietata poiché, nel corso del primo procedimento, non si era concessa alla procura la possibilità di presentare delle prove.

prima vista- del concetto di *idem factum* da definire “*in abstracto*”, vale a dire incentrata sull’identità dell’offesa²¹¹.

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

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

In merito alla prima osservazione, un ruolo importante nella definizione dei rapporti tra illecito penale e amministrativo è svolto dalle autorità amministrative di vigilanza, organi assai numerosi in Inghilterra e perseguitanti l’obiettivo di assicurare l’adesione agli *standards* comportamentali- dagli stessi individuati- nelle materie di loro competenza²¹².

La tematica del cumulo sanzionatorio è ricollegabile, infatti, proprio all’elevato numero di suddette autorità e soprattutto alla vasta gamma di reati introdotti dalle

²¹¹ Così osserva CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *Int. Crim. Law Review*, 2003, 227: “*A primary issue in the jurisprudence and literature on double jeopardy is whether the principle operates to preclude further prosecution on the same “facts” as were the basis of an existing conviction or acquittal (i.e., an in concreto application, focused on the identity of the conduct) or if only further prosecution for the same “offence” or legal head of liability is precluded (i.e. an in abstracto application, focused on the identity of the offences). (...) The Anglo-Saxon tradition has been to apply ne bis in idem in its in abstracto sense, whereas many continental or civil law countries apply the principle in concreto.*”

²¹² Sul punto, PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 63: alcuni esempi di autorità amministrative di vigilanza sono la *Civil Aviation Authority*, la *Consumers and Markets Authority* e la *Financial Conduct Authority*. Esse sopperiscono all’uso molto modesto della normativa penale nei relativi ambiti di competenza e sono volte a regolamentare determinati settori per mezzo di varie combinazioni di soggetti pubblici e privati. L’Autrice specifica che “*le principali motivazioni che hanno portato all’attuale configurazione del modello sono due: per un verso, una esigenza di risparmio, che ha trasferito a soggetti del settore privato determinate attività già svolte da soggetti pubblici; per altro verso, il riconoscimento dell’efficacia dei controlli svolti da soggetti non necessariamente espressione del Governo.*”

stesse per contrastare gli illeciti minori: la produzione di un consistente volume di norme -considerate a volte inutili vista la preesistenza di altre norme penali per la punizione delle stesse condotte- ha reso necessaria l'abrogazione dei previgenti reati in favore dell'introduzione, per mezzo del *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* del 2008, delle cosiddette *civil sanctions*²¹³.

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

Il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* è fondato sulla necessità di adeguare il sistema sanzionatorio previsto dalle autorità di vigilanza britanniche ad un'analisi fondata sul rischio (in particolare quello di recidiva da parte del soggetto agente) e sugli effetti del reato: esigenze già contenute nel cosiddetto "rapporto *Macrory*" e nella "*Hampton Review*" sulle sanzioni regolamentari.

Il rapporto menzionato richiama espressamente la tutela del *ne bis in idem*, raccomandando al Governo inglese di fare in modo che i meccanismi esistenti impediscano il prodursi di un *double jeopardy* tra sanzioni amministrative e penali, o comunque di prevedere delle modalità idonee per farvi eventualmente fronte.

La legge del 2008 sulla base di tali raccomandazioni, ha dunque introdotto delle specifiche categorie di sanzioni di natura civile per illeciti posti in essere negli ambiti coperti da autorità amministrative di vigilanza, sanzioni volte ad integrare le previsioni penali esistenti: allo stesso tempo la legge prevede, per ciascuna categoria di sanzioni civili, determinati meccanismi finalizzati ad evitare che queste ultime possano cumularsi con sanzioni di natura penale (ad esempio stabilendo che

²¹³ Cfr. PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 64: il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* venne introdotto proprio per conseguire obiettivi di risparmio di risorse, nonché per evitare di rendere la minaccia dell'azione penale completamente priva di significato. Sul modesto uso della normazione penale inerente agli ambiti disciplinati dalle autorità di vigilanza e sull'utilizzo delle *civil sanctions*, v. LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Context: A consultation paper*, Consultation paper n. 195, 2010, consultabile in http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/cp195_Criminal_Liability_consultation.pdf.

nei confronti del soggetto colpito da una *civil sanction* pecuniaria non possa essere instaurato alcun procedimento penale relativo allo stesso fatto)²¹⁴.

Vale la pena sottolineare, tuttavia, che l'adesione al *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* non è stata posta come obbligatoria per tutte le autorità amministrative di vigilanza, e che dunque -in linea teorica- le autorità che non vi hanno aderito potrebbero ipoteticamente avviare un procedimento penale per le violazioni degli *standards* di comportamento di loro competenza, generando un cumulo sanzionatorio nei confronti dello stesso soggetto²¹⁵.

Esemplificativamente, la *Financial Conduct Authority* rientra tra le autorità di vigilanza che hanno deciso di non adottare il sistema sanzionatorio previsto dalla legge del 2008, optando per un sistema differente: nell'ambito degli abusi di mercato, l'autorità può scegliere se agire in via penale oppure imporre una sanzione. Ma la linea di condotta generale della stessa autorità è comunque quella di non imporre sanzioni civili per abusi di mercato nei confronti di soggetti sottoposti a sanzioni penali, oppure dichiarati colpevoli o prosciolti per fatti identici²¹⁶.

²¹⁴ Cfr. PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 65 ss.: l'Autrice specifica che tali *civil sanctions* (che si dividono in *fixed monetary penalties, discretionary requirements, stop notices* e *enforcement undertakings*), volte a "colmare il divario esistente tra l'azione penale e le attività di semplice persuasione", sono sanzioni di natura "civile" finalizzate a colpire un illecito che resta comunque di natura "penale". Proprio per questo motivo, la legge si preoccupa di definire i rapporti tra tali tipi di sanzioni e le eventuali sanzioni penali che possono essere irrogate per lo stesso reato: è previsto, ad esempio, che se viene imposta una *fixed monetary penalty*, "non si può istituire alcun procedimento penale per il reato in questione nei confronti del soggetto relativamente all'atto o all'omissione a cui l'avviso si collega" (*section 41* della legge del 2008). Meccanismi simili sono previsti per ognuna delle quattro categorie di sanzioni civili (per le *enforcement undertakings*, ad esempio, la *section 50* della legge stabilisce che il soggetto, cui venga irrogata tale tipo di sanzione, non possa in alcun momento essere perseguito per il reato relativo all'atto od omissione sul quale la stessa si fonda).

²¹⁵ Così, PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 64 e 68: la possibilità d'intraprendere sanzioni penali è infatti inclusa nei poteri conferiti agli organi di vigilanza inglesi. Queste sono libere di scegliere per l'imposizione di una sanzione civile piuttosto che intentare un'azione penale, a seconda della gravità dell'illecito e non a caratteristiche intrinseche dello stesso: ciò è possibile anche perché nel sistema di giustizia penale inglese non è prevista, differentemente da ciò che accade nel nostro ordinamento, l'obbligatorietà dell'azione penale.

²¹⁶ Cfr. PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 70 ss. in cui viene citato l'esempio della *Financial Conduct Authority*, la quale ha adottato un sistema sanzionatorio autonomo: in proposito, v. la parte EG 12.1- *The FCA's general approach*, in *FCA Handbook*, 2016. In tale documento, si legge che l'autorità, operante nel contesto degli illeciti finanziari, ha il potere di scegliere di avviare l'azione penale là dove lo ritenga opportuno ("*The FCA's general policy is to pursue through the criminal justice system all those cases where criminal prosecution is appropriate*"), oppure applicare sanzioni civili, ad esempio qualora ciò sia necessario per tutelare i consumatori: la

Da un punto di vista generale, prendendo in considerazione anche i sistemi sanzionatori di altre autorità di vigilanza britanniche, si può comunque affermare che, anche nei casi in cui non sia stato adottato il sistema predisposto dalla legge del 2008, il cumulo delle sanzioni penali ed alternative tende ad essere scoraggiato ed escluso²¹⁷.

Tornando, dunque, all'osservazione per cui l'Inghilterra non ha ratificato il Protocollo n.7 C.e.d.u., contenente la disposizione inerente al divieto di *bis in idem*, giova evidenziare come ciò non costituisca un ostacolo all'operatività del principio stesso nel tessuto ordinamentale britannico: tendenzialmente il cumulo sanzionatorio viene scongiurato e la tutela, sia dal punto di vista processuale che da quello sostanziale, cerca di essere garantita ad ampio raggio.

policy dell'*authority* è comunque quella di scongiurare il cumulo sanzionatorio, sia evitando di imporre sanzioni civili nei confronti di soggetti sottoposti ad azioni penali, sia non intentando azioni penali per comportamenti illeciti sul mercato qualora abbia già avviato un procedimento disciplinare per gli stessi fatti.

²¹⁷ Così, PASETTO, *Inghilterra, cit.*, 64 e 69: viene riportato anche l'esempio della *Competition and Markets Authority*, che può scegliere di ricorrere all'azione penale nel caso in cui il reato in questione sia quello della formazione di un cartello, in violazione della disciplina sull'antitrust, così come predisposto nel *Cartel Offence Prosecution Guidance* del 2014 (v. COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *Cartel Offence Prosecution Guidance*, 2014, consultabile in www.gov.uk. L'Autorità dovrà operare una serie di analisi prima di scegliere se procedere all'azione penale, che in ogni caso non sarà cumulabile con le sanzioni di natura civile.

12.- Il principio del *ne bis in idem* applicato negli altri ordinamenti: negli U.S.A.

Quanto agli Stati Uniti d'America, in pillole, va anzitutto evidenziato che il divieto di un secondo giudizio penale riceve tutela a livello costituzionale; e così il V Emendamento del *Bill of Rights* sancisce in maniera lapidaria che: «*No person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*»²¹⁸.

Preliminarmente si deve osservare che, se ci si attenesse al dato letterale, la garanzia di cui al V Emendamento riguarderebbe i soli procedimenti penali in cui l'imputato («*defendant*») corresse il pericolo di esser condannato ad una pena corporale o alla pena capitale (la disposizione fa infatti riferimento alla «*jeopardy of life or limb*», senza aggiungere altro)²¹⁹. Di senso più ampio è invece l'interpretazione fornita dalla Suprema Corte federale, la quale estende la superficie di applicazione della garanzia a qualsiasi procedimento penale, a prescindere dalla natura della sanzione potenzialmente irrogabile²²⁰.

Operato questo chiarimento, sembra opportuna un'ulteriore precisazione, sempre attinente all'area d'applicazione della preclusione: la *double jeopardy protection* inizialmente viene ritenuta applicabile dalla Suprema Corte solamente nell'ambito di processi pendenti davanti ai giudici federali, risultando così impossibile per il *defendant* invocare detta garanzia dinnanzi ai giudici statali²²¹.

²¹⁸ Come riportato, fra gli altri, da SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III, Rights of the person*, New York, 1968, 139; FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *IP*, Padova, 1970, 124.

²¹⁹ Come rilevato, fra gli altri, da GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in Gambrini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Torino, 2009, 88, il quale afferma: «Il tenore letterale del V Emendamento parrebbe circoscrivere l'ambito d'applicazione della garanzia in esame ai procedimenti per i reati per i quali è prevista la pena capitale o altra pena corporale».

²²⁰ Secondo quanto osservato da SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III, Rights of the person*, cit., 139, «*by a liberal construction [...] the constitutional guaranty [...] applies, in the highest Court's phrase, to every indictment or information charging a party with a known and defined crime demeanor*». Così anche MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, in *Archivio Penale (web)*, 2016, 3, 9.

²²¹ Questo è l'approccio sposato in *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319, 1937, ove quindi la garanzia in discorso viene dall'*High Bench* considerata estranea all'area delle garanzie coperte dal più ampio principio della *Due Process* di cui al XIV Emendamento. Sul punto e per un approfondimento, si veda SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States*, cit., 140 ss; RUDSTEIN,

A partire dagli anni '60, però, si assiste ad un cambio di rotta in seno alla «*High Bench*», la quale progressivamente statuisce che i principi contenuti nel *Bill of Rights*, in quanto espressione di diritti fondamentali che la Carta riconosce agli individui, devono essere riconosciuti anche a livello statale²²². Con maggiore esattezza, la “porta d’ingresso” per l’affermazione della *double jeopardy clause* anche nei processi statali è costituita dal XIV Emendamento²²³. Questo, infatti, sancisce il diritto per i cittadini ad un giusto processo («*due process*»), al quale si accompagna l’obbligo, per gli Stati membri, di approntare tutte le garanzie necessarie perché effettivamente il *trial* possa essere considerato *fair*; garanzie tra le quali la Suprema Corte annovera quella di cui si sta trattando²²⁴.

Addentrando ora nell’analisi del divieto, sembrano essere due gli elementi fondanti del principio di *ne bis in idem* operante nell’ordinamento americano²²⁵.

In primo luogo, benché pleonastico, affinché si possa parlare di “*double*” è necessaria anzitutto la presenza di un primo procedimento.

In ottica comparatistica, già dalla lettura del Quinto Emendamento emerge una prima fondamentale differenza rispetto al divieto così come formulato all’interno del testo del nostro art. 649 c.p.p.: il *ne bis in idem* domestico «*attaches*», per mutare il termine statunitense, quando il primo processo penale si è concluso con una sentenza irrevocabile; all’opposto, né nel dettato costituzionale né nell’interpretazione giurisprudenziale della Suprema Corte statunitense il passaggio in giudicato formale costituisce la *conditio sine qua non* all’operare della *double*

A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 14, 2005, 233 ss.

Sempre a tal riguardo, si rinvia anche a FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, cit., 128-129.

²²² Cfr. RUDSTEIN, *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, cit., 238-239.

²²³ Cfr. RUDSTEIN, *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, cit., 240.

²²⁴ La prima pronuncia con cui la Suprema Corte federale, in discontinuità rispetto alle proprie precedenti statuizioni, riconosce alla *double jeopardy clause* il “rango” di diritto fondamentale, annoverabile fra quelle garanzie indispensabili perché si possa parlare di «*due process*», è costituita dalla sentenza *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 1969. A tal riguardo e per un approfondimento, si rinvia a RUDSTEIN, *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, cit., 239 ss.

²²⁵ SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States*, cit., 141-142.

*jeopardy clause*²²⁶. Ciò si spiega in virtù delle profonde differenze esistenti tra l'ordinamento processuale statunitense e il nostro, che inevitabilmente si riflettono anche nella diversa portata del principio in discorso. Il processo penale statunitense è infatti teso, almeno in via generale, a svilupparsi in un unico grado di giudizio²²⁷. E la stessa *double jeopardy clause* è preposta a garantire l'individuo anche dalla possibilità che questo, una volta dichiarato «*guilty*» o «*not guilty*» con il verdetto emesso in primo grado, possa veder proseguire la vicenda processuale in appello, a seguito dell'impugnazione dell'accusa («*prosecutor*»). Dunque, un secondo grado di giudizio, tendenzialmente, si ha solamente in quei casi in cui sia il *defendant* ad impugnare²²⁸.

Un simile approccio si giustifica in virtù della dimensione che viene riconosciuta alla preclusione processuale nel sistema nord-americano. Da più autori viene posto in risalto che la *ratio* principale del divieto, per costante giurisprudenza, è quella di impedire che l'asimmetria di risorse («*resources*») e potere («*power*») esistente fra Stato e cittadino possa tradursi in un aumento delle possibilità che l'individuo venga, da innocente, dichiarato colpevole o, da colpevole, incriminato per un fatto più grave²²⁹. A ciò si aggiunga che la sottoposizione ad un processo viene avvertita di per sé come una compressione della sfera giuridica dell'individuo, il quale si trova inevitabilmente esposto a patemi d'animo e a stati di ansia²³⁰.

²²⁶ Osserva, sul punto, FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, cit., 127 che «la *double jeopardy* si distingue [...] dalla regiudicata».

²²⁷ Cfr. MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, cit., 10-12.

²²⁸ In questo caso, come rilevato da KITTRIE, *Criminal procedure*, in Janosik (a cura di) *Encyclopedia of the American Judicial System. Studies of the Principal Institutions and Processes of Law*, New York, 1987, 1020, «such a retrial is not viewed as constituting jeopardy, because it is attributed to the voluntary action of the accused».

²²⁹ Così KITTRIE, *Criminal procedure*, in *Encyclopedia of the American Judicial System. Studies of the Principal Institutions and Processes of Law*, cit., 1020, che afferma: «The concern underlying this language [ossia quello di cui al V Emendamento] is that the inequality in resources between the state-financed prosecution and the private defendant is likely to result in injustice, should the government be permitted to try and retry an accused». Si veda pure MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, cit., 10-12.

²³⁰ A tal proposito, si veda SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III*, cit., 141; il quale (come SIGLER, *Double Jeopardy*, in Levy (a cura di) *Encyclopedia of the*

Pertanto, l'istante processuale che fa sorgere la preclusione nel sistema statunitense non dipende dall'irretrattabilità del *decisum* e si trova ad essere (rispetto al nostro ordinamento) anticipato, a seconda dei casi: al momento in cui la giuria si insedia e presta giuramento, nelle ipotesi di processi con giuria; al momento in cui il primo testimone presta giuramento, nei processi senza giurati²³¹. Insomma, una volta che la soglia tra l'*arraignment* e il *trial* sia varcata, in quella frazione di tempo sorge il doppio rischio con annesso divieto²³².

Quanto detto sconta delle eccezioni, che possono esser ricondotte a tutti quei casi in cui il processo fallisca e venga perciò annullato²³³.

Un'altra eccezione si ha in quei casi in cui un medesimo fatto è punito sia dalla legge penale statale che federale (o da due distinte legislazioni statali). In ipotesi di tal fatta, la *double jeopardy protection* non opera e si ammette che l'individuo possa essere sottoposto a due procedimenti, l'uno dinnanzi al tribunale statale, l'altro dinnanzi a quello federale (o a quello di altro Stato membro), pur essendo il fatto commesso unico²³⁴. Ciò si spiega in virtù della concezione dualista che regola i rapporti fra Stati membri e federazione. Si parla a tal riguardo di "*dual sovereignty doctrine*", in base alla quale quegli enti, la cui sovranità è originaria non essendo frutto di delegazione da parte di alcun ente superiore, non ammettono compressioni

American Constitution, New York, 1986, 576) richiama le parole pronunciate nel 1957 dal giudice Black, in *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187-188 (1957).

²³¹ Così KITTRIE, *Criminal procedure*, in *Encyclopedia of the American Judicial System. Studies of the Principal Institutions and Processes of Law* cit., 1022, il quale osserva come le attività processuali antecedenti a questo momento non sono idonee a far nascere la preclusione; e più precisamente che: «*Police arrests, searches, interrogations, identifications, and prosecutorial informations and indictments are not viewed as placing one in jeopardy. Only when a trial jury is sworn or when the first witness takes the oath in a non-jury trial does the jeopardy "attach"*». Dello stesso tenore quanto si legge in SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III, cit.*, 146: «*Under such approach, which is followed in the federal courts and most of the states, jeopardy attaches when a jury has been empaneled, sworn, and charged to try the case and render a true verdict therein*».

²³² Cfr. SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III, cit.*, 142. Dello stesso avviso anche SIGLER, *Double Jeopardy*, cit., 576-577, che afferma: «*Clearly, pretrial proceedings are not covered by double jeopardy, but at some point after a trial opens jeopardy is said to "attach"*».

²³³ Si parla a tal proposito di c.d. «*mistrial*», che può esemplificativamente verificarsi laddove la giuria non sia in grado di pervenire ad un verdetto; allorché il giudice o i giurati siano colpiti da morte o da malattia; quando, più in generale, il giudice ritenga che ciò sia dettato da esigenze di «*manifest necessity*».

²³⁴ Cfr. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, cit., 90 ss..

nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane, tra le quali rientra l'amministrazione della giustizia penale²³⁵. Ad ogni modo, non sono mancati i tentativi, tanto a livello federale che statale, di temperare gli effetti della teoria della *dual sovereignty*, alla luce dell'avvertita necessità di tutela dell'individuo proiettato nel processo penale²³⁶.

Quanto al secondo presupposto necessario perché si possa parlare di *double jeopardy*, questo è costituito dalla «*same offense*» («stesso reato»): solitamente si fa riferimento alla dicotomia tra il c.d. «*the same elements test*», detto anche «*Blockburger test*»²³⁷, e al «*the same conduct test*»²³⁸.

Il primo *test*, allo scopo di stabilire se il *defendant* sia stato indebitamente sottoposto per una seconda volta in *jeopardy*, richiede una comparazione fra gli elementi dei reati a costui addebitati nei rispettivi procedimenti. Più precisamente, l'interprete è chiamato a stabilire se, da un confronto fra le due fattispecie legali che si assumono essere state violate dal medesimo individuo, sia possibile inferire che «*each provision requires proof of a fact which the other does not*»²³⁹: in caso di risposta affermativa, le *offenses* dovrebbero essere reputate distinte, con il conseguente non operare della preclusione; viceversa, se a seguito di una simile valutazione risultasse che le prove necessarie per dimostrare l'avvenuto compimento di uno dei

²³⁵ Si veda anche, sul punto, CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, 147-148.

A quanto detto si può aggiungere che la stessa Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969 riconosce all'art. 8, par. 4, il divieto ad un doppio procedimento in *idem* solo sul piano interno: cfr. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., 199.

²³⁶ A tal proposito, si rinvia a GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, cit., 93.

²³⁷ In realtà, il *Blockburger test*, adottato con la sentenza *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932), veniva in questa sede applicato al fine di stabilire se il giudice all'interno del medesimo processo avesse violato il divieto di «*multipunishment*», anch'esso garantito dalla *double jeopardy clause* e corrispondente al nostro *ne bis in idem* sostanziale. È solo in altre pronunce, come ad esempio nel caso *Brown* (*Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 1977), che detto *test* veniva utilizzato anche al fine di stabilire se il secondo procedimento avesse infranto la garanzia processuale in parola. A tal riguardo, si confronti PACE, *Fifth Amendment. The Adoption of the "Same Elements" Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, cit., 773.

²³⁸ PACE, *Fifth Amendment. The Adoption of the "Same Elements" Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 84, 4, 1994, 771.

²³⁹ Cfr. *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932), 304; PACE, *Fifth Amendment. The Adoption of the "Same Elements" Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, cit., 772.

due illeciti fossero sufficienti a dimostrare anche il compimento dell'altro, allora solo apparentemente si potrebbe parlare di *two offenses* essendo in realtà il reato «*the same*», e si dovrebbe ritenere esistente il divieto di *double jeopardy*.

In base a questa soluzione, pertanto, si verrebbe ad affermare una perfetta simmetria tra, *ne bis in idem* sostanziale e processuale; cosicché tutte le ipotesi di concorso formale di reati, ossia di violazione di più fattispecie legali con un'unica condotta, ben potrebbero essere contestate allo stesso soggetto sia nell'ambito dell'unico processo che in due procedimenti distinti²⁴⁰. In qualche modo, questa linea interpretativa sembra presentare non poche analogie con l'orientamento a lungo seguito dalla Cassazione italiana, che, fino al recente *overruling* imposto dalla giurisprudenza costituzionale, come si vedrà, restava ferma nell'escludere che la garanzia di cui all'art. 649 c.p.p. si estendesse anche alle ipotesi di concorso formale di reati.

Sul fronte opposto si colloca il *test* elaborato in altre pronunce giurisprudenziali della Corte federale²⁴¹, incardinato sul parametro della «*same conduct*».

In altri termini, in base a questa giurisprudenza, qualora la condotta valutata nel primo procedimento penale fosse la stessa contestata nel secondo, il celebrarsi di un nuovo procedimento penale, sia pure in relazione ad una diversa fattispecie incriminatrice, violerebbe la *double jeopardy clause*.

Alla luce di quanto riportato, è possibile osservare come anche all'interno dell'ordinamento statunitense individuare i limiti oggettivi del divieto in parola costituisce impresa ardua, che vede fronteggiare ricostruzioni ermeneutiche maggiormente aderenti al dato letterale della legge, ricostruzioni espansive e ricostruzioni restrittive del principio difficilmente conciliabili fra loro. Il contemperamento dei diversi interessi in gioco si dimostra particolarmente complesso per tutte le Corti e tutti gli interpreti: esigenze di giustizia sostanziale,

²⁴⁰ Come osservato da SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III*, cit., 147: «[...] the law [alla luce della giurisprudenza Blockburger] is thus settled in favor of allowing multiple or successive prosecutions for separate statutory violations arising from the same acts or course of conduct [...]».

²⁴¹ Fra tutte, *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508 (1990). A tal riguardo, si veda ancora PACE, *Fifth Amendment. The Adoption of the "Same Elements" Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, cit., 774-775.

tutela dei diritti individuali, esigenze politiche devono essere maneggiate con cura e sapiente attenzione, oltre che sensibilità, da parte dell'interprete.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM: LE EVOLUZIONI EUROPEE

1.- La centralità della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i problemi di recepimento interno

Un problema di particolare importanza ai fini della trattazione è quello relativo all'applicazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo firmata a Roma nel 1950, ratificata nel 1955 nonché sottoposta ad una serie di modifiche dovute alla ratifica dei numerosi Protocolli che si sono succeduti nel tempo, all'interno del nostro ordinamento: com'è noto non ha efficacia diretta nel nostro sistema giuridico. A differenza del diritto comunitario, originario e derivato, il cui fondamento costituzionale è rintracciabile nell'art. 11 Cost., la C.e.d.u. è pacificamente annoverata nell'ambito del diritto internazionale *pattizio* e come tale sconta la sola applicazione dell'art. 117 della Costituzione nella parte in cui, al primo comma, è previsto che *“la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”*. In termini pratici, mentre in caso di contrasto tra la normativa nazionale ed il diritto comunitario, stante la supremazia di quest'ultimo, si è arrivati ad affermare il dovere per il giudice nazionale di disapplicazione della norma interna confliggente per dare attuazione alla normativa comunitaria, viceversa qualora si verifichi un contrasto tra la norma nazionale ed una disposizione della C.e.d.u., il giudice nazionale non potrà seguire il medesimo procedimento.

Tuttavia con il passare degli anni si è avvertita, in dottrina e giurisprudenza, l'esigenza di tracciare una rotta che potesse dirimere le incertezze derivanti dall'applicazioni di diritti “multidimensionali”²⁴², auspicando un vero e proprio dialogo tra le Corti interne ed internazionali oltre che un intervento legislativo²⁴³. Interpellata più volte, la Corte Costituzionale con l'emanazione delle c.d. *“sentenze*

²⁴² RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2005, 257.

²⁴³ Cfr. GAITO A. *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 24.

gemelle” del 2007 ha cercato in un certo senso di trovare un punto d’equilibrio tale da cristallizzare i rapporti tra la Convenzione e l’ordinamento interno: le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, definite appunto gemelle ma in parte differenti per premesse e conclusioni, sono considerate l’approdo di un lungo ragionamento della Corte. La Convenzione (in realtà la sua legge di esecuzione), secondo la sentenza n. 348/2007, non è assimilabile ad una norma internazionale in grado di limitare la sovranità nazionale, non consistendo infatti in un vero e proprio *ordinamento* bensì in una serie di *obblighi* per gli Stati aderenti. Secondo i giudici della Consulta, infatti, le norme della C.e.d.u. *«pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto[. . .]; il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»*²⁴⁴.

In secondo luogo, con la sentenza n. 349/2007, la Corte riafferma il valore del “sistema C.e.d.u.”, come in precedenza, aggiungendo poi come tale sistema si basi sull’interpretazione della Convenzione data dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Più precisamente *«al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire [la Corte costituzionale] della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, co. 1»*²⁴⁵.

Si comprende allora il peso di tali conclusioni: se con la prima sentenza la Corte costituzionale ribadisce l’importanza assoluta della Convenzione all’interno

²⁴⁴ Corte cost., 3 luglio 2007, n. 348, in www.giurcost.org, 14.

²⁴⁵ Corte cost., 31 ottobre 2007, n. 349, in www.giurcost.org, 11.

dell'ordinamento, è con la susseguente sentenza n. 349/2007, di stampo marcatamente allargato, che essa arriva ad innovazioni maggiormente rilevanti considerando la C.e.d.u. qualcosa di più di una somma di diritti e obblighi reciproci tra Stati, ovvero una “*realtà giuridica, funzionale ed istituzionale*”²⁴⁶. Tornando quindi all'esempio pratico, qualora il giudice riscontri un contrasto tra la statuizione che dà esecuzione alla Convenzione ed un'altra statale confliggente non potrà né applicare la norma nazionale contraria a Costituzione, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., né disapplicare la norma nazionale confliggente in favore della norma C.e.d.u., priva di efficacia diretta; egli potrà solo tentare un'*interpretazione* della norma nazionale conforme a Convenzione, così come quest'ultima *vive* nella giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo²⁴⁷.

Qualora il conflitto non sia componibile in tali termini, il giudice nazionale non potrà esimersi, per evitare *l'empasse*, dal sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nazionale, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in relazione alla norma C.e.d.u. contrastante, quale norma interposta. Senza forse arrivare, come sostiene parte della dottrina, ad un riconoscimento ed all'introduzione di un mini sistema di *common law* all'interno del nostro ordinamento²⁴⁸, le sentenze citate comunque hanno sicuramente avuto il merito di porre nuovamente sotto i riflettori i problemi di adattamento e di interpretazione tra C.e.d.u. e legge interna affermando l'importanza assoluta della Convenzione, attribuendole, per così dire, un tono di *semicostituzionalità*.

In attesa di un incisivo intervento che riformi quelle concezioni e quei meccanismi che alla luce delle innovazioni di stampo europeistico appaiano oggi obsoleti, i problemi di adattamento sono stati affrontati soprattutto dalle varie Corti: l'esigenza di non veder frustrate, per ragioni puramente formali, le garanzie e i diritti sostanziali ha fatto da ideale filo conduttore tra le varie pronunce.

²⁴⁶ ROMOLI, *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in www.archiviopenale.it, 2011, 14.

²⁴⁷ Corte Cost., 31 ottobre 2007, n. 349.

²⁴⁸ IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2011, 794.

Nel corso degli ultimi anni, come detto, si sono susseguiti gli interventi della Consulta relativi all'applicazione della Convenzione nel nostro diritto interno: uno dei temi affrontati è stato anche quello delle conseguenze di una presunta "comunitarizzazione" della C.e.d.u. all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁴⁹. Il previgente art. 6 T.U.E. disponeva come "*L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni dagli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario*" ed il pensiero della Corte Costituzionale era quello per cui la C.e.d.u., così come le tradizioni costituzionali comuni, rappresentasse indubbiamente il patrimonio genetico dei diritti fondamentali senza, tuttavia, entrare a far parte dell'ordinamento comunitario; la differenza tra le norme della C.e.d.u. rispetto a quelle comunitarie sarebbe consistita nella ritenuta prevalenza delle sole ultime ai fini dell'ordinamento nazionale. Il novellato articolo 6 del Trattato dell'Unione Europea, così modificato a seguito della "*trattatizzazione*" della Carta di Nizza, prevedendo come "*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*", aveva generato l'idea di una possibile applicazione diretta della Convenzione con conseguente disapplicazione automatica della norma interna contrastante, come nel caso del diritto comunitario; il timore, di parte della dottrina, era quello di dover nuovamente riqualificare la C.e.d.u., sovvertendo l'impianto costruito dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007. La Corte Costituzionale ha però confermato il precedente orientamento derivante dalle sentenze "gemelle" assicurando, con la sentenza n. 317 del 2009, che «*Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in*

²⁴⁹ ROMOLI, *Sistema europeo, cit.*, 19.

una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.. Il giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove profili un contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Laddove ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»²⁵⁰.

Finora si è cercato di inquadrare quello che è il ruolo ed il valore della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'interno del nostro sistema di diritto; quello che però è necessario rilevare, per una trattazione il più completa possibile, è la questione relativa alle *condanne* pronunciate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed i relativi principi di diritto elaborati in seguito all'accertamento della violazione delle norme della Convenzione. Il problema, di non poco conto, trova il suo nodo cruciale in un intuitivo processo logico. Per una piena ed appagante tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione è necessaria la presenza di un organo di garanzia in grado di segnalare la violazione delle norme ed intervenire prontamente; è, tuttavia, fondamentale ragionare come di piena tutela si possa ragionevolmente parlare solo nel caso in cui le pronunce siano effettivamente in grado di vincolare l'operato degli Stati membri: una condanna pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che però non ha seguito nell'ordinamento interno dello Stato non riesce ad essere strumento di garanzia ed anzi, si potrebbe notare, tale prassi condurrebbe, di conseguenza, ad uno svilimento della Convenzione, rendendo vuote le prescrizioni contenute nella stessa. La necessità di rendere effettivo e non "puramente simbolico"²⁵¹ il risultato di chi ricorre alla Corte di Strasburgo è un'assoluta esigenza di legalità.

²⁵⁰ Corte Cost., 30 novembre 2009, n. 317, in www.giurcost.org.

²⁵¹ ROMOLI, *Spazio giudiziario europeo (profili comparati)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, *Aggiornamento*, 2011, 610.

Il tema di fondo risulta essere sempre il problema dei rapporti tra la giurisdizione esecutiva interna e la giurisdizione europea: esattamente si fa riferimento all'adeguamento del giudicato interno alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che accertano la celebrazione di un processo "non equo" in danno del condannato, ovvero svoltosi in violazione delle garanzie difensive riconosciute dall'art. 6 della Convenzione. Intorno al suddetto fondamentale articolo, all'articolo 46, che prevede l'obbligo per gli stati di "*conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*", e all'articolo 41, che prevede che nel caso in cui la Corte dichiari che "*vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*", sono ruotate le sentenze di maggiore importanza negli ultimi anni.

L'art. 6 C.e.d.u. è ormai unanimemente riconosciuto come baluardo della legalità dei processi: stabilisce infatti tutti quei requisiti che devono essere propri di un procedimento perché si possa parlare ragionevolmente di giustizia. La cristallizzazione di un metodo è garanzia di un risultato se non specifico, quanto meno generale: un processo viziato, carente dal punto di vista delle garanzie non potrà mai essere seguito da un provvedimento giusto, corretto, esente da vizi. La giustizia di una pronuncia, astraendo dal suo contenuto, potrà quindi essere desunta solamente nel rispetto delle regole procedurali sancite dall'art.6 e fatte proprie dagli Stati aderenti²⁵².

L'art. 46 C.e.d.u., in ordine all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, oltre all'obbligo di esecuzione gravante sugli Stati, nulla dispone circa le modalità ed i tempi di attuazione delle stesse: gli Stati, dunque, sono liberi di adottare le misure che ritengono più opportune, anche in ragione della peculiarità dei loro ordinamenti interni. C'è da aggiungere come il paragrafo 4 del suddetto articolo prevede che "*se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può,*

²⁵² ROMOLI, *Sistema europeo*, cit., 17.

dopo aver messo in mora tale Parte (...) adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del par. 1”.

L'art. 41 pone qualche riflessione ulteriore: ferma restando, quindi, la discrezionalità delle “Alte Parti contraenti” sulle modalità di attuazione delle sentenze della Corte Europea, la Convenzione dichiara tra le righe una netta prevalenza per quelle misure in grado di far conseguire una riparazione, verrebbe da dire, in forma “specificata” dei danni da violazione delle norme C.e.d.u; l'indennizzo economico, infatti, è misura sussidiaria e comunque meramente integrativa, non certo alternativo-sostitutiva. In altri termini gli Stati sarebbero tenuti ad adottare sempre delle misure atte ad eliminare in forma specifica i danni da violazione della C.e.d.u e solo nel caso in cui queste consentano una riparazione solo parziale, “*in modo imperfetto*” dice la norma, sarebbe ammessa in via suppletiva l'equa soddisfazione attraverso il conseguimento di una somma di denaro. Il ristoro economico, dunque, sarebbe la soluzione da adottare solo in quei casi in cui le conseguenze di un processo “non giusto” non siano completamente rimosse: possono sorgere, infatti, impossibilità materiali e giuridiche tali da impedire una piena *restitutio in integrum* (ad es. la perdita di *chances*)²⁵³.

Nello specifico il problema che ci si pone quando la Corte accerta una violazione da parte di uno Stato è quello di riparare le conseguenze di detta violazione. La questione si presenta meno semplice di quanto possa apparire, passando da un primo stadio in cui alla correzione dell'ingiustizia accertata devono e possono provvedere solo le autorità nazionali ai sensi dell'art. 46 C.e.d.u, ad un secondo in cui viene corrisposta un'equa soddisfazione accordata dalla Corte E.d.u. in virtù dell'art. 41, e cioè quando vi sia l'impossibilità per il ricorrente di ottenerla dallo Stato condannato. In questo caso la Corte gode di un potere sussidiario che opera solo in via residuale, qualora il diritto interno dello Stato convenuto non consenta la completa eliminazione delle conseguenze della decisione ai sensi dell'art. 46. Si capisce la difficoltà nell'individuare le situazioni in cui lo Stato si trovi nell'impossibilità di rimuovere le conseguenze negative della decisione ritenuta

²⁵³ GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 26.

iniqua dalla Corte. Alla mancanza di criteri normativi ha supplito la giurisprudenza, la quale, inizialmente disorientata ha poi imboccato strade atte a garantire ed agevolare, il più possibile, il ricorrente.

Nel regime di incertezza legislativa vissuto dal nostro ordinamento sul punto in questione, la giurisprudenza interna si è dovuta adoperare più volte negli ultimi anni arrivando, per certi versi, a sostituirsi al legislatore ed incidendo quindi per quanto riguarda i risultati raggiunti. I ripetuti interventi succedutisi nel tempo sono stati necessari per cercare di conformarsi a quanto veniva prescritto, sempre più insistentemente, a livello sovranazionale: in una tale situazione, sottolineando la mancanza di un principio generale ed astratto passibile di applicazione in una molteplicità di casi, si comprendono allora le difficoltà incontrate dalle Corti interne nello svolgere vere e proprie *“funzioni di vicariato del legislatore”*²⁵⁴. Il mutato clima culturale ha portato la Cassazione e la Corte costituzionale a pronunciare una serie di decisioni, che, al di là del merito di aver risolto spinose questioni giudiziarie, rappresentano il simbolo dell’effettiva penetrazione della cultura europea nell’ordinamento giudiziario italiano a testimonianza del fatto che si è imboccata una nuova via che deve passare dalla rivisitazione di alcuni istituti, come quello del giudicato, che fino ad oggi parevano dei punti fermi e che, invece, rappresentano la base per un percorso volto a garantire, di fatto, il rimedio alla violazione di un diritto proclamata dalla Corte E.d.u.²⁵⁵.

²⁵⁴ GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell’uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Archivio penale*, 2013, 1, 12.

²⁵⁵ GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Cedu, cit.*, 21.

2.- *Inquadramento del principio di ne bis in idem in chiave europea: cenni di una giurisdizione...senza barriere*

Come si è intuito anche attraverso l'analisi comparata effettuata nel capitolo precedente, nonostante il principio del *ne bis in idem* rientri il più delle volte nel novero dei diritti fondamentali dell'individuo questo assume differenti ambiti applicativi e di tutela a seconda dell'ordinamento nazionale europeo in cui si trovi ad operare, nonché in relazione al "peso specifico" riservato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed alla sua interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Prendendo in considerazione i Paesi, tra quelli passati in rassegna, che hanno provveduto alla ratifica del Protocollo n. 7 C.e.d.u -impegnandosi dunque a mantenere un confronto costante con la giurisprudenza sovranazionale (e in particolare quella di Strasburgo) sul tema in esame- si può notare come l'approccio e l'integrazione del *ne bis in idem* convenzionale non abbia comunque seguito percorsi analoghi: così, in Francia e in Spagna, nonostante sia possibile riscontrare una omogeneità di fondo nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale (rivolta, in entrambi i Paesi, nel senso di un allineamento con le posizioni sovranazionali), differenti sono state le modalità e le tempistiche con cui i relativi ordinamenti hanno accolto le istanze della Corte Europea²⁵⁶.

Allo stesso modo, tra i Paesi che non hanno invece ratificato il Protocollo, soluzioni differenti possono cogliersi in Germania e in Inghilterra.

Nel primo caso, la mancata ratifica, nonostante abbia fatto sì che la giurisprudenza tedesca restasse per lo più indifferente agli approdi raggiunti dalla Corte di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, non ha comunque costituito un *vulnus* alla protezione che viene assegnata al principio all'interno dell'ordinamento nazionale: la portata della garanzia è stata infatti complessivamente equiparata a quella offerta a livello comunitario (*in primis* dall'art. 50 C.D.F.U.E.), considerata l'importanza

²⁵⁶ Cfr. PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, cit., 10: l'Autore evidenzia infatti come per la Spagna la tendenza all'allineamento dei confronti delle posizioni sovranazionali abbia addirittura preceduto la ratifica del Protocollo, mentre in Francia tale tendenza sia indubbiamente più lenta, tanto da non essere ancora giunta a conclusione.

e il valore normativo che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE assume nel diritto interno²⁵⁷.

Discorso a parte va fatto per l'Inghilterra, che comunque vive una situazione particolarmente complessa dato il travagliato processo di uscita dall'Unione europea, e dove le istanze di tutela del *ne bis in idem* (o, per meglio dire, del divieto di *double jeopardy*), considerato principio dall'importanza storica ed insito nel diritto britannico fin dalle origini, sono state affrontate mediante un sistema più legato alla tradizione dell'ordinamento nazionale, con tutte le sue peculiarità: la protezione offerta al principio non ha dunque seguito le logiche sovranazionali, nonostante si riscontrino nei fatti una tutela del divieto di *double jeopardy* particolarmente significativa²⁵⁸.

Alla luce di quanto osservato, appare evidente che la strada da percorrere per giungere ad un'applicazione uniforme del principio -che abbia le medesime caratteristiche, la stessa rilevanza e che produca analoghi effetti nei confronti degli ordinamenti e dei sistemi sanzionatori nazionali- perlomeno all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea, sembi ancora lunga e dipenda molto anche dalle rispettive applicazioni della normativa sovranazionale: tuttavia, è pur vero che, ognuno da par suo, i menzionati Stati sono riusciti a garantire una tutela effettiva al divieto di *bis in idem*.

Come già anticipato, parte della dottrina ha sostenuto, quale miglior percorso possibile, la diretta applicazione della Carta da parte dei giudici penali nazionali: qualora si scegliesse di mettere effettivamente in pratica l'assunto per cui l'art. 50 C.D.F.U.E. è norma di diritto primario dell'Unione, come tale idonea a produrre

²⁵⁷ Così PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem, cit.*, 10: l'Autore specifica come sia da tenere presente il fatto che, come sottolineato più volte, l'art. 50 C.D.F.U.E. si pone in linea con l'art. 4 Protocollo n. 7 C.e.d.u. e «pertanto, a rilevare è, oltre all'influenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, altresì l'eventualità che, per il tramite del primo, finisca per imporsi, quale parametro per i giudici tedeschi, anche il Protocollo n. 7». Questo nonostante la circostanza per cui la Germania, non avendo ratificato il menzionato Protocollo, tenda ad assumere quali parametri di riferimento la Legge fondamentale tedesca (per quanto riguarda la materia penale) e la legislazione ordinaria, sempre basata su principi costituzionali (per quanto riguarda i residui ambiti di disciplina).

²⁵⁸ Cfr. PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem, cit.*, 9-10: l'Autore specifica infatti che la proposta di ratificare il Protocollo n. 7 (proposta poi abbandonata), era stata avanzata non con la finalità di rafforzare il principio del *ne bis in idem*, ma semmai di affievolirlo rispetto allo statuto, ritenuto troppo garantista, emergente dalla storia costituzionale inglese.

effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri e ad assumere carattere di primazia rispetto ad eventuali norme nazionali che risultino contrastanti, ciò consentirebbe ai giudici penali di assicurare direttamente l'adeguamento dei sistemi processuali/sanzionatori alle istanze sovranazionali e di conseguenza- di garantire il diritto fondamentale al *ne bis in idem* così come enunciato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁵⁹.

D'altra parte, occorre anche rilevare come la stessa Corte di Giustizia, differentemente dalla Corte E.d.u., non abbia ancora elaborato una giurisprudenza consolidata sul tema che consenta di pervenire ad una conclusione certa circa la compatibilità o meno di determinati sistemi sanzionatori all'art. 50 C.D.F.U.E.²⁶⁰.

²⁵⁹ Cfr., VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3, 232-233, in cui tale soluzione viene avanzata con riferimento all'ordinamento italiano ma è compatibile in generale con gli ordinamenti penali degli Stati membri.

²⁶⁰ Così, ROCCATAGLIATA, *La Corte di Giustizia UE deposita tre sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio. L'approdo definitivo del Giudice europeo?*, in www.giurisprudenzapenale.com.

3.- *La regolamentazione sovranazionale del divieto di bis in idem: la previsione comunitaria degli artt. 54 C.A.A.S. e 50 C.D.F.U.E.*

Nel corso degli anni, gli Stati hanno avvertito l'esigenza di affrontare il problema (nel tentativo –non facile in verità, data l'asimmetria sistematica degli ordinamenti in causa- di porvi un rimedio) del pericolo di possibile duplicazione dei procedimenti per il singolo individuo membro dell'Unione Europea (prima Comunità Europea).

Si è cercato di rispondere alle esigenze sottese poc'anzi richiamate, attraverso l'emanazione dell'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (C.A.A.S.)²⁶¹.

L'articolo, nato nello spirito generale dell'Accordo di Schengen e cioè volto al perfezionamento della libera circolazione degli individui, recita che: *«Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».*

La Convenzione, l'Accordo e i relativi Protocolli costituiscono il c.d. *acquis* di Schengen²⁶², successivamente aperto all'adesione degli altri stati membri della Comunità e poi incorporato nel diritto comunitario con il Trattato di Amsterdam del 1999.

Già questa sommaria ricostruzione della genesi normativa mette in evidenza le peculiarità interpretative del divieto in questione, nato al di fuori del diritto primario

²⁶¹ La Convenzione è stata sottoscritta dalle stesse Parti contraenti dell'Accordo di Schengen, il 19 giugno 1990.

²⁶² Il fondamento giuridico del c.d. *acquis* è stato rinvenuto dal Consiglio (con le Decisioni n. 1999/435/CE e 1999/436/CE) nel titolo VI del Trattato UE, dedicato alla cooperazione giudiziaria penale; ne consegue la competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione delle norme di cui esso è composto, in virtù dell'art. 35 TUE: nonostante la competenza pregiudiziale fosse già prevista dal Trattato, si rendeva tuttavia necessaria l'adozione di una esplicita Decisione del Consiglio che individuasse la base giuridica per le pronunce della Corte, visto che gli Accordi di Schengen erano stati conclusi ben prima del TUE (entrato in vigore il 1° novembre 1993) e naturalmente non contenevano alcun riferimento alla possibilità di esegesi della Corte.

dell'Unione/Comunità europea e tuttavia in essa incorporato, con la relativa competenza della Corte di Giustizia a fornire la propria ricostruzione del “medesimo fatto” e, più in generale, ad applicare ad esso le consuete tecniche argomentative del giudice europeo, notoriamente orientato a rifiutare formalismi e a preferire la soluzione interpretativa che meglio consente il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, ossia la costruzione di uno spazio di libera circolazione in cui la tutela giudiziaria sia armonizzata con il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini.

L'analisi del contenuto dell'art. 54 C.A.A.S., evidenzia come le maggiori problematiche esegetiche derivano proprio dalla apparente “chiarezza” con cui è stato formulato il comando giuridico, il quale ruota attorno ai due poli del limite (formale) di operatività derivante dall'esistenza di una sentenza definitiva, e da quello (sostanziale) della identità dei fatti oggetto della stessa e del secondo procedimento penale. Questa apparente semplicità comporta in realtà la necessità di una continua etero-integrazione della disposizione ad opera della giurisprudenza, la quale ha dovuto individuare sia il sistema normativo di riferimento da cui trarre i parametri di giudizio dell'esegesi, sia ricostruire la sua portata applicativa sulla base di una nozione più o meno ampia di *idem*: la disposizione si limita a cristallizzare un principio che è tutt'altro che univoco, non offrendo all'operatore indicazioni su quale sia la *ratio* da preferire o l'ambito sistematico prediletto in cui collocarlo, lasciando che sia il giudice europeo a disegnare scopo e limiti della preclusione. Né può ritenersi una semplificazione il richiamo ai “medesimi fatti”, senza le ulteriori specificazioni normative che contiene l'art. 649 c.p.p., poiché anche stabilire se due fatti sono identici è frutto di un giudizio, ancorato a un parametro determinato e frutto di una chiara opzione di valore: dalla scelta di questo parametro di giudizio scaturirà l'ampiezza dell'*idem* e di conseguenza l'estensione che si intende dare al relativo principio.

Venendo al concetto di “divieto di doppio giudizio”. Come visto nel capitolo precedente, il principio in questione -nella sua dimensione interna- è anzitutto qualificato come effetto intrinseco e diretto del giudicato, in quanto strettamente connesso al concetto di giudicato formale, previene il rischio che la definitività

dell'accertamento possa essere posta in dubbio da un nuovo procedimento, frustrando le esigenze di certezza e di stabilità dell'ordinamento.

Il *ne bis in idem* internazionale, dal canto suo, riguarda invece attività giurisdizionali di Stati diversi, e nasce per soddisfare l'esigenza del coordinamento penale in uno spazio che si vuole privo di frontiere, sul presupposto che sia necessario sottrarre il cittadino dal pericolo del *bis* sanzionatorio, derivante dal carattere statale della giurisdizione, quando si sposta in un'area comune. Nella ricostruzione della sua *ratio* giustificatrice, insomma, non residuano margini per la ricostruzione ancorata alle ragioni sistematiche della giustizia penale interna, richiedendosi invece una formulazione in termini di diritto fondamentale della persona: sarà questa diversa e opposta prospettiva che, meglio dell'autorità del giudicato estero, potrà giustificare presso il secondo Stato l'interruzione del procedimento, con la stessa capacità preclusiva che esso assicura alle sue sentenze. A livello comunitario, l'art. 54 C.A.A.S. è stato successivamente superato nel 2000 dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale recita testualmente che «*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato dall'Unione europea a seguito di una sentenza penale definitiva conformamemte alla legge*».

L'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea –nota come Carta di Nizza- sancisce il divieto di duplice persecuzione o condanna in ordine al medesimo fatto, e proprio siffatta previsione normativa ha consentito anche alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di contribuire a tracciare i confini applicativi del principio, tanto nazionali quanto transnazionali²⁶³.

Infatti, la natura di fonte primaria e con validità *erga omnes* (diversamente dalle Convenzioni che necessitano della singola ratifica da parte dello Stato contraente) della Carta dei diritti fondamentali, ha fatto sì che il *ne bis in idem* non fosse più confinato, come in origine, solamente nei limiti di una dimensione territoriale

²⁶³ Cfr. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, in www.la legislazione penale.eu, 2017, 1, per cui le numerose questioni che gravitano attorno ai diversi versanti del principio del *ne bis in idem* hanno reso necessaria una continua e faticosa opera interpretativa da parte sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, osservando come del principio possa essere riscontrata una dimensione nazionale ed una transnazionale.

nazionale, bensì divenisse concretamente un diritto fondamentale del cittadino europeo.

Come tale, il significato del divieto di *bis in idem* può essere considerato “mutevole” a seconda della dimensione di volta in volta assunta dal principio stesso: quella nazionale e quella transnazionale, particolarmente sentita in seno all’Unione europea e garantita specialmente dalle fonti eurounitarie²⁶⁴.

La tutela transanzionale risulta a sua volta scindibile in due sottocategorie, ovvero orizzontale e verticale: il primo tipo di garanzia, operante all’interno dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, risulta finalizzata a impedire che un soggetto già giudicato con sentenza definitiva dalle autorità di un determinato Stato, subisca un ulteriore procedimento o una nuova punizione da parte di altro Stato membro; il secondo tipo di tutela, invece, è volto a scongiurare l’instaurazione di un doppio procedimento davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato e di un ente sovranazionale, come una corte penale internazionale o un organo europeo dotato di poteri sanzionatori²⁶⁵.

Dunque, ed in sintesi, il *ne bis in idem* trova spazio e forza operativa, pertanto, a livello sovranazionale nella sua pluridimensionalità, e l’art. 50 C.D.F.U.E. ne tutela sia la versione interna, sia quella transnazionale realizzando una tutela c.d. *multilevel*.

²⁶⁴ Per un ampio approfondimento in merito alla dimensione transnazionale del *ne bis in idem*, cfr. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 3, 73 in cui si specifica la valenza del principio nella sua dimensione esterna così come previsto dalle fonti comunitarie: tra queste, l’art. 50 C.D.F.U.E. e gli artt. 54 e 55 della Convenzione per l’applicazione dell’Accordo di Schengen (C.A.A.S.).

²⁶⁵ Cfr. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem, cit.*, che, individuando le multiple dimensioni del principio, osserva che il *ne bis in idem* transnazionale- orizzontale trova applicazione nel contesto dell’Unione Europea quando, per le ragioni più disparate, assume rilevanza in una pluralità di contesti statuali, determinando il radicamento di una pluralità di giurisdizioni penali nazionali. Inoltre, per ciò che concerne la dimensione verticale, rileva che in seno all’Unione Europea, il rischio di *ne bis in idem* transnazionale-verticale è particolarmente acuto nella disciplina degli illeciti in materia di concorrenza, in relazione ai quali i poteri sanzionatori vengono condivisi tra Stati membri e Commissione europea.

4.- La tutela convenzionale del divieto di bis in idem: l'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u

Passando all'analisi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il testo originale era manchevole di una disposizione che facesse esplicito riferimento al principio del *ne bis in idem* e ne sancisse la sua rilevanza: nonostante il principio in esame fosse già riconosciuto espressamente dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici²⁶⁶, e sebbene parte della dottrina- contrariamente all'opinione della Commissione europea- lo ritenesse già implicitamente riconosciuto dall'art 6 della Convenzione stessa, relativo al "giusto processo"²⁶⁷, una disposizione *ad hoc* che prevedesse il divieto di *bis in idem* è stata introdotta nella C.e.d.u solo in via successiva, mediante l'adozione del Protocollo aggiuntivo n. 7 nel 1984.

L'art. 4 del menzionato Protocollo, sancisce che:

«1. 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.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

Tale disposizione costituisce quel riconoscimento sovranazionale della dimensione "interna" della garanzia in esame, presentando a tal proposito profili in comune con

²⁶⁶ L'art. 14, corollario n. 7, della menzionata convenzione internazionale recita: "Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese".

²⁶⁷ In tal senso, GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 119 che rileva come il diritto soggettivo ad un processo giusto, individuabile nel fair trial anglosassone o nel procès équitable europeo, dovrebbe ricomprendere anche il rispetto della cosa giudicata in materia penale, il cui aperto riconoscimento non nel Patto internazionale ora citato, ma anche nella convenzione europea sui diritti umani è già sin d'ora da taluni ritenuto operante (...), nonostante le dichiarazioni in senso contrario della Commissione europea.

il nostrano art. 649 c.p.p. ed evidenziando, pertanto, la rilevanza del divieto di *bis in idem* quale diritto fondamentale della persona irrevocabilmente giudicata, considerato corollario del “giusto processo” e operante tradizionalmente nei rapporti giurisdizionali di carattere interno, senza invece precludere che venga instaurato un secondo procedimento in un altro Paese²⁶⁸.

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

Eppure, che il principio di *ne bis in idem* rivesta un ruolo fondamentale e costituisca una garanzia in nessun caso derogabile, nemmeno ad opera della previsione eccezionale contenuta nell’art. 15 della Convenzione stessa, è ciò che emerge chiaramente dalla stessa lettera della previsione convenzionale di cui trattasi, la quale appare, oltretutto, sancire allo stesso tempo sia la dimensione processuale sia quella sostanziale del principio, cogliendo all’evidenza il legame e la separazione che sussistono tra il divieto di secondo giudizio e quello di seconda condanna, mediante la rubrica “diritto di non essere giudicato o punito due volte”.

Entrambi i divieti, sempre sulla base del tenore letterale dell’art. 4 in questione, sono subordinati alla circostanza per cui il soggetto sia stato “assolto o condannato

²⁶⁸ In tal senso, v. NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., 657; e COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New journal of European criminal law*, 2013, 67 che come l’ambito di applicazione dell’art. 4 in esame sia confinato alla giurisdizione di uno stesso Stato (“*the principle is applicable only in accordance with the law and penal procedure of the same state*”).

a seguito di una sentenza definitiva” inerente allo stesso reato: mentre in relazione al concetto di “*final judgment*” non sembrano sussistere, in via generale, interpretazioni contrastanti tra gli Stati Membri -in quanto il divieto di *bis in idem* risulta applicabile nel caso di sentenza definitiva tanto di condanna quanto di assoluzione- decisamente più problematica appare la nozione di “*criminal proceedings*”, nozione ricollegabile direttamente a quell’idea di “materia penale” che è stata oggetto di espressa ed ampia definizione da parte della giurisprudenza di Strasburgo, la quale si è così posta in aperto contrasto con le qualificazioni formali operate nei singoli Paesi.

Sembra dunque idoneo, a questo punto, muovere l’analisi sul concetto di “natura penale” della controversia così come interpretato dalla Corte E.d.u. per giungere a dimostrare come la stessa Corte, supportando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, si sia resa portatrice di una tutela ancora più forte -rispetto a quella apportata dai singoli Stati- dell’individuo di fronte all’esercizio dello *ius puniendi* da parte delle autorità statali, proponendosi di superare le svariate impostazioni di politica criminale seguite dai differenti ordinamenti nazionali.

5.- Le applicazioni del divieto di *bis in idem* nella giurisprudenza di Strasburgo

L'inserimento del divieto di *bis in idem* nel catalogo dei diritti sanciti dal Protocollo integrativo alla Convenzione, ha fatto sì che la Corte di Strasburgo fosse, in via consequenziale, chiamata spesso a dare concreta attuazione al principio in esame, con particolare tutela al contenuto sostanziale della norma a discapito del formalismo dei singoli ordinamenti²⁶⁹.

Tuttavia, senza negare agli Stati membri un margine di apprezzamento in merito alle scelte sanzionatorie, ma allo stesso tempo tentando di fornire la maggior protezione al singolo cittadino di fronte al potenzialmente illimitato esercizio del potere punitivo da parte dello Stato, la Corte E.d.u. si è più volte espressa sul concetto di “materia penale” e sulla nozione di “medesimo procedimento”²⁷⁰.

D'altronde, a livello di inquadramento sistematico prettamente “interno”, con l'art. 4 del settimo protocollo addizionale già citato, si è data vita a una disposizione che se inizialmente poteva ritenersi inserita in un ordinamento, quello creato dalla C.e.d.u., sostanzialmente estraneo e per certi versi “satellitare” rispetto allo Stato, oggi tale situazione risulterebbe fortemente anacronistica e di certo insufficiente per descrivere il complesso rapporto instauratosi fra l'ordinamento nazionale e quello convenzionale: una evoluzione alla quale ha sicuramente contribuito da un lato la giurisprudenza costituzionale, che, come avuto modo di analizzare nelle pagine precedenti, ha tradotto l'obbligo internazionale dell'art. 46 C.e.d.u. quale norma

²⁶⁹ Cfr. sul punto, VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3, 220. Si tratta, evidentemente, della problematica ricollegata ai sistemi sanzionatori a “doppio binario”, che nel nostro ordinamento dominano la materia tributaria e quella finanziaria e che, come anticipato nel precedente capitolo e come avremo modo di approfondire in seguito, si pongono in aperto contrasto con la nozione di “materia penale” elaborata dalla Corte E.d.u. e con la valenza che il principio del *ne bis in idem* assume a livello convenzionale.

²⁷⁰ Così, DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano (Incontro di studio S.C. Cassazione)*, in *www.cortedicassazione.it*, 2014, 6; sull'interpretazione di “materia penale” fornita dalla Corte E.d.u., anche LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 831, per cui il *bis in idem* oggetto del divieto enunciato dall'art. 4 Protocollo VII della Convenzione opererebbe anche nell'ipotesi in cui il medesimo fatto sia già stato irrevocabilmente sanzionato con misura formalmente non penale purtuttavia sostanzialmente qualificabile come tale in considerazione della peculiare connotazione della sanzione.

vincolante per il legislatore, per il tramite dell'art. 117 Cost.²⁷¹, e dall'altro lato la stessa Convenzione, che con gli artt. 32 e 46 ha attribuito forza attuativa alle sentenze dei giudici a Strasburgo²⁷².

Con una precisa conseguenza, che distingue nettamente la C.e.d.u. dagli altri obblighi di conformazione ai Trattati: essa istituisce un giudice sovranazionale, ovvero la Corte di Strasburgo quale interprete autentico della Convenzione stessa, dinanzi al quale le Parti possono essere convenute e alle cui sentenze esse si sono impegnate a conformarsi²⁷³.

Ne consegue che in tal caso l'operatore interno avrà limitati margini interpretativi, in quanto sulla disposizione convenzionale è già intervenuto un crisma esegetico, peraltro vincolante secondo la ricostruzione che ne offre la Consulta: insomma, al giudice italiano la disposizione arriva già sotto forma di norma e le opzioni di valore fondamentali sono già state effettuate a monte della sua attività esegetica e applicativa.

Questa premessa di sistema consente di giustificare appieno le ricadute interpretative che la giurisprudenza della Corte E.d.u. ha nel nostro sistema processuale, in particolare in materia di *bis in idem*, non solo nei casi di condanna diretta, ma anche –e soprattutto– per orientare il significato della disposizione interna di fronte a una interpretazione consolidata e trarne conseguenze “convenzionali”, salvo l'incidente di legittimità in caso di insanabile contrasto con la *littera legis*.

²⁷¹ Il riferimento è al filone giurisprudenziale inaugurato dalle citate sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007.

²⁷² Per la verità se si opera un raffronto tra la disposizione convenzionale e la norma che ne ha ricavato il giudice delle leggi, si nota che egli ha offerto una interpretazione molto stringente del dato letterale che emerge dagli articoli citati, specificando che il contenuto di quella che abbiamo definito “obbligazione costituzionale” deriva non solo dal dato testuale della norma convenzionale, ma anche dalla giurisprudenza della Corte E.d.u., la quale ha il potere di interpretare “autoritativamente” le norme in questione. Per queste osservazioni DINACCI, *Interpretazione “europeisticamente” orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in Gaito A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 64-65.

²⁷³ Si veda il punto 4.6 di Corte Cost. 348 del 2007, in cui i giudici specificano che «Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia».

La tutela offerta dall'art. 4 è di particolare ampiezza, in quanto copre non solo il profilo del *ne bis in idem* sanzionatorio, ma anche quello *lato sensu* procedimentale, come emerge dal testo dell'articolo, che si riferisce sia alla condanna che alla persecuzione penale in sé, qualora il suo momento iniziale sia successivo alla intervenuta definitività della decisione precedente *in idem*: la Corte E.d.u. chiarisce il punto argomentando *a contrario*, e stabilisce che se la portata applicativa del divieto in parola dovesse essere limitata ai casi di coincidenza col divieto di doppia sanzione, il legislatore convenzionale non sarebbe ricorso alla distinzione terminologica tra «*liable to be tried*» e «*punished again*», una distinzione che non può essere intesa come una mera duplicazione²⁷⁴.

Inoltre, la protezione è significativamente ancorata alla *persona*, che può tollerare le ragioni repressive e l'esercizio nei suoi confronti del potere giurisdizionale solo se ha la sicurezza che da una specifica condotta potrà scaturire uno e un solo accertamento vincolante: sullo sfondo c'è la logica oppositiva del cittadino rispetto allo Stato, tipica della cultura liberale che sta alla base dei diritti fondamentali elaborati in età moderna, iscritti nella Convenzione.

²⁷⁴ Operata questa distinzione terminologica, i giudici ne ampliano ancora la portata, statuendo che il soggetto definitivamente giudicato, non potrà essere nuovamente sottoposto a procedimento penale, né processato *stricto sensu*, né punito per il medesimo fatto. Cfr. Corte E.d.u., 20 maggio 2014, *Glanz c. Finlandia*, in particolare il par. 57, in cui la Corte si riferisce espressamente alle «three distinct guarantees» contenute nella disposizione in parola.

6.- Le nozioni di “materia penale” e di “pena” ai sensi degli art. 6 e 7 C.e.d.u.:
il leading case *Engel c. Paesi Bassi* e le sue ripercussioni

Nel corso degli anni sono stati vari i “problemi” su cui è dovuta intervenire in materia la Corte di Strasburgo, seppur riassumibili essenzialmente in distinte –ma intrinsecamente dipendenti- categorie, ovvero il concetto di “materia penale”, e di “sanzione penale”, quale vera premessa logica del divieto, nonché le nozioni di “fatto” (*idem*), ai fini del giudizio di identità, e di effettiva “duplicazione” di procedimenti (*bis*).

Sul punto, il concetto di *matière pénale* e di *pena* elaborato dalla Corte di Strasburgo ha sovvertito il tradizionale concetto formale di reato, rinvenibile in Italia negli artt. 17 e 39 c.p., per sostituirlo con un approccio sostanzialistico e teleologico che consentisse l’espansione del *ne bis in idem* ben oltre la dimensione riconosciuta dagli ordinamenti interni²⁷⁵: al di là della nomenclatura, essa verifica se vi sia un contenuto intrinsecamente punitivo che consenta l’assimilazione alla sanzione penale.

Il divieto di *bis in idem*, ha subito, per il tramite dell’evoluzione della giurisprudenza europea, significativi mutamenti, che attengono sia all’ambito di applicazione sia alla natura del principio di cui si tratta.

Deve essere messo in risalto come a livello convenzionale venga da tempo adottata una nozione di “materia penale” in senso sostanziale²⁷⁶: la Convenzione prescinde dalla qualificazione operata all’interno degli ordinamenti nazionali con riferimento a sanzioni e relativi procedimenti, richiedendo che le garanzie da questa previste siano assicurate ogniquale volta l’individuo corra il rischio di andare incontro ad una “punizione” che per sue intrinseche caratteristiche deve essere considerata penale.

²⁷⁵ Cfr. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 4, 1899.

²⁷⁶ Sul punto, PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, cit., 334, in cui si fa riferimento alla definizione «antiformalistica» di materia penale data dalla Corte E.d.u.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 37 ss; PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Archivio Penale*, 2018, 2, 378; BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *www.federalismi.it*, 2018, 17, 6 ss.

A tale scopo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in quanto interprete vivente del diritto convenzionale, ha svolto un simile oneroso compito gradualmente, e dunque l'assetto normativo odierno riguardo le nozioni di materia penale e sanzione penale è stato il risultato di un processo in un certo qualmodo di "sedimentazione giurisprudenziale", che ha finito per coinvolgere lo stesso principio che sancisce il divieto di svolgere un secondo procedimento *de eadem re* nei confronti del medesimo soggetto già definitivamente giudicato.

Questo profilo rappresenta, il vero fondamento della disposizione convenzionale, in quanto costituisce il suo presupposto applicativo: la scelta del criterio ermeneutico con cui si individua quale conseguenza giuridica, legalmente imposta a un cittadino dallo Stato membro, debba considerarsi "penale", determina pregiudizialmente anche le ipotesi di sindacato dei giudici di Strasburgo, che possono essere validamente aditi per rilevare la violazione del *ne bis in idem* solo se la Parte contraente abbia effettivamente proceduto "penalmente" per una seconda volta.

E la Corte, nella scelta di questo parametro, deve operare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di riconoscere il (necessario) margine di apprezzamento ai singoli Stati, e la garanzia dell'effettività del diritto convenzionale, affinché la scelta nazionale non ne comporti una compressione eccessiva, che mal si concilia con un diritto fondamentale espressamente escluso dalle ipotesi derogatorie previste dall'art. 15 C.e.d.u.

Nelle pronunce che riguardano questo aspetto, i giudici prediligono un approccio teleologico al problema, che tuteli la piena realizzazione dello scopo della norma, nella consapevolezza che operare un rinvio formale alla nozione penale rinvenibile nella legislazione nazionale comporta la totale subordinazione della garanzia in parola alle scelte punitive della Parte, che ben potrà sottrarsi alla censura convenzionale qualificando come amministrativa o disciplinare, questa o quella conseguenza afflittiva²⁷⁷.

²⁷⁷ Sul metodo radicalmente differente dei giudici alsaziani, MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in Aa. Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 199.

Infatti, lo stesso tenore letterale dell'art. 4 del Protocollo 7 C.e.d.u., facendo espressamente riferimento alla “condanna penale” e alla “procedura penale”, ha consentito agli Stati membri, e in particolare al nostro legislatore, di considerare pienamente legittima la predisposizione di sistemi sanzionatori quali quelli a c.d. “doppio binario” con la sicurezza di non comportare una violazione del *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p., non trattandosi di doppio giudizio “penale”.

I giudici di Strasburgo, adottando sin dagli anni '70 una concezione allargata di “materia penale” che guardava alla “sostanza” dell'illecito piuttosto che alla sua qualificazione formale, hanno inteso rafforzare significativamente la tutela sottesa al divieto di doppio giudizio sancendo il principio per cui anche l'inflizione di una sanzione amministrativa definitiva può precludere l'instaurazione di un procedimento penale in ordine allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona.

Il punto di partenza del tortuoso *iter* giurisprudenziale è rinvenibile nella nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi, che costituisce il vero e proprio *leading case* in materia²⁷⁸.

In tale occasione i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 6 C.e.d.u.²⁷⁹, in relazione al procedimento volto all'applicazione nei loro confronti di sanzioni qualificate come “misure disciplinari” dall'ordinamento olandese: dunque il caso

²⁷⁸ Corte E.d.u., Grande Chambre, 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

²⁷⁹ Il quale recita: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

verteva sulla possibilità o meno, ed eventualmente a quali condizioni, che le garanzie previste dall'art. 6 C.e.d.u. potessero trovare applicazione anche "al di fuori" di quei procedimenti aventi ad oggetto illeciti definiti –a livello di nomenclatura- "penali" dalla legislazione statale di turno²⁸⁰.

A tal proposito, la Corte osservava che «*se gli Stati contraenti potessero, a loro discrezione, classificare "disciplinare" invece che "penale" un illecito, o perseguire l'autore di un illecito "misto" sul piano disciplinare invece che su quello penale, l'operatività delle norme fondamentali degli articoli 6 e 7 [...] sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così estesa discrezionalità potrebbe portare a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione*»²⁸¹.

La Corte E.d.u., proseguendo nella sua analisi circa il caso Engel, è arrivata a coniare i parametri alla luce dei quali l'interprete debba verificare, prescindendo da classificazioni meramente formali, se una determinata "accusa" («charge») rientri nella "materia penale", come intesa dalla Convenzione, oramai largamente noti come gli "Engel criteria".

Sinteticamente i tre criteri fanno riferimento: il primo, alla qualificazione giuridica dell'illecito in contestazione operata da parte dello Stato convenuto; il secondo, alla natura stessa dell'illecito; ed il terzo, al grado di severità della sanzione che la persona interessata rischia di subire²⁸².

Per quanto attiene al primo criterio, questo costituisce, secondo la stessa Corte, «*un semplice punto di partenza. L'indicazione [che offre] ha soltanto un valore formale e relativo, che occorre esaminare alla luce del denominatore comune alle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti*»²⁸³. Pertanto, il criterio nominalistico non assumerà praticamente mai un ruolo decisivo nell'attività di qualificazione

²⁸⁰ Cfr. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, cit., 7.

²⁸¹ Cfr. Corte E.d.u., Grande Chambre, 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, par. 81.

²⁸² Così Corte E.d.u., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 82; in seguito Corte E.d.u., Grande Chambre, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, par. 53. In dottrina, si confronti, tra gli altri, BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia*, Torino, 2018, 55-56; CHENAL-TAMIETTI, *Art. 6*, in Bartole-De Sena-Zagrebelsy (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, 181.

²⁸³ Così Corte E.d.u., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 82.

giuridica cui è chiamato l'interprete in forza della Convenzione²⁸⁴. Bisogna tuttavia precisare che ogni qual volta il legislatore nazionale abbia qualificato come "penale" un illecito, nel relativo procedimento dovranno trovare applicazione le tutele di cui all'art. 6 C.e.d.u.

Il primo dei suddetti criteri, dunque, a detta della stessa Corte²⁸⁵ rappresenta un punto di partenza caratterizzato da un valore relativo²⁸⁶: ciò perché qualora la norma sia classificata come formalmente "non penale", occorrerà porre lo sguardo oltre la classificazione codicistica e muovere l'analisi in profondità, sulla realtà sostanziale della misura in questione.

Nonostante la giurisprudenza indichi questo come primo criterio da adoperare, sembra si possa affermare che quasi mai risulterà realmente discrezionale, visto che nella rara ipotesi in cui fosse la stessa legge nazionale a ritenere già irrogata una sanzione penale, ne scaturirebbe una preclusione fondata sullo stesso diritto interno, atteso che ad oggi la quasi totalità degli Stati continentali applica il divieto in parola alla giustizia penale *stricto sensu*²⁸⁷. Per contro, si può obiettare che questo criterio conserva una sua specifica utilità per quei casi in cui, nel concorso di tutele fra la norma interna e l'art. 4 prot.n.7, il cittadino ritenga comunque di dover ricorrere a Strasburgo se la relativa disposizione interna offrisse un grado di protezione inferiore rispetto alla latitudine che assume il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione.

²⁸⁴ Di questo avviso è PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, cit., 335.

²⁸⁵ Tra le altre pronunce, v. Corte E.d.u., 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, richiamata da BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art.6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, 4, 6, in quest'ultima sentenza la Corte ha evidenziato la superfluità della qualificazione formale della norma qualificando come "pena", ai sensi della C.e.d.u., una sanzione pecuniaria inflitta per violazione del codice della strada tedesco.

²⁸⁶ In tal senso, BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, in *Relazione di orientamento n. 35 dell'8 maggio 2014*, che sottolinea come il criterio della qualificazione formale non sia da ritenersi decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo.

²⁸⁷ La Corte sembra avere contezza di questa criticità già nella sentenza *Engel*, cit., par. 82, quando lo definisce «*no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value*».

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

In riferimento al secondo criterio, «la natura stessa dell'illecito» va verificata secondo la Corte alla luce di due parametri ulteriori: la norma che sanziona l'illecito deve avere un ambito di applicazione generale, non deve cioè rivolgersi ad un gruppo delimitato di individui; la sanzione deve avere uno scopo deterrente e punitivo²⁸⁸.

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

Pertanto, in base al terzo criterio, è necessario interrogarsi se la sanzione cui l'interessato è passibile di andare incontro, pur qualificata disciplinare (o comunque non penale) dal diritto interno, consista in una misura che privi l'individuo della libertà personale: nel caso di risposta affermativa, la sanzione dovrà essere considerata come sostanzialmente penale e, nel relativo procedimento, si imporrà l'applicazione delle garanzie sancite nella C.d.u.; ciò non vale per «*quelle [sanzioni] che per loro natura, durata o modalità di esecuzione non possono*

²⁸⁸ Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 43; CHENAL-TAMIETTI, *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 181-182; BINDI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia*, cit., 57, la quale vi aggiunge, inoltre, un terzo parametro, osservando che «*il giudice dovrà tener conto [...] che lo scopo della norma non sia diretto unicamente al risarcimento dei danni patrimoniali*». Sul fronte giurisprudenziale, si veda Corte E.d.u., 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, par. 53, ove la Corte, al fine di stabilire la natura dell'illecito oggetto della controversia, afferma: «*The rule of law infringed by the applicant has, for its part, undergone no change of content. It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users; it prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive. Indeed, the sanction - and this the Government did not contest - seeks to punish as well as to deter. [...] The general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature*».

arrecare un serio pregiudizio»²⁸⁹. Inoltre, il particolare grado di severità della sanzione, dirimente per la qualificazione della stessa come penale ai fini della C.e.d.u., deve essere riscontrato anche in sanzioni diverse da quelle privative della libertà personale, come nel caso di irrogazione di sanzioni patrimoniali, laddove queste siano di particolare consistenza²⁹⁰.

Un'ulteriore puntualizzazione è d'uopo: ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, il secondo e terzo criterio non devono essere riscontrati cumulativamente; è sufficiente l'accertamento circa la sussistenza di uno solo dei due, ricorrendo fra gli stessi un rapporto di alternatività. Il cumulo si rende necessario solamente laddove nessuno dei due parametri sia da solo decisivo per affermare il carattere sostanzialmente penale della norma nazionale.

Saranno invece la natura dell'infrazione o dell'illecito e la natura e grado di severità della sanzione a consentire al giudice una indagine effettiva, il quale in base a quest'ultimo (dirimente) criterio, prenderà in considerazione il pregiudizio inferto all'individuo e lo scopo che vuole perseguire. Appare chiaro che la privazione della libertà sarà indicativa di un elevato grado di severità, mentre la natura della sanzione dipenderà principalmente dall'obiettivo che la stessa realizza: nel caso in cui sia configurata dallo Stato membro come la conseguenza "punitiva" dell'illecito, con ciò intendendo che essa svolge una funzione special-preventiva nei confronti del cittadino, allora saremo di fronte a una pena in senso sostanziale, tranne quella che per durata e modalità di esecuzione non si possa ritenere apprezzabile in termini di dannosità²⁹¹: una prospettiva ermeneutica che dimostra l'approccio "cosale" del giudice europeo, il quale è ancora uno dei criteri di qualificazione dell'atto alle

²⁸⁹ Cfr. Corte E.d.u., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 82. A tal riguardo, si veda NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 43; BINDI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 58; CHENAL-TAMIETTI, *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 182.

²⁹⁰ Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., il quale, tra l'altro, richiama Corte E.d.u., 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, par. 47.

²⁹¹ In questi termini Corte E.d.u., *Engel e a. c. Paesi bassi*, cit., par. 82.

conseguenze peggiorative che quell'atto ha nella sfera individuale, ponendo dunque al centro della sua analisi l'effetto, al fine di meglio conoscerne la causa²⁹².

Dunque ciò che rileva è, pertanto, che l'illecito sia «sostanzialmente penale», prescindendo dalla soluzione nominalistica adottata dal legislatore nazionale: i singoli Stati non possono sottrarsi dall'assicurare le garanzie del *fair trial* convenzionale, ponendo in essere uno spostamento arbitrario della linea di confine dell'area del penalmente rilevante, mediante un'attività di depenalizzazione meramente formale²⁹³.

Queste asserzioni sono avvalorate dai successivi approdi giurisprudenziali della Corte E.d.u.²⁹⁴, ove emerge che l'approccio sostanzialistico alla materia penale non sia limitato ai soli illeciti disciplinari previsti nell'ambito del servizio militare, su cui verteva la vicenda Engel: la superficie di applicazione dell'art. 6 (e 7) C.e.d.u. comprende tutti quei procedimenti aventi ad oggetto illeciti «convenzionalmente penali», senza che osti la qualificazione formalmente disciplinare, amministrativa o di altra natura operata dal legislatore nazionale.

Mediante l'individuazione dei criteri Engel, in poche parole, la Corte E.d.u. ha inteso definire la propria nozione di "accusa in materia penale", la quale può identificarsi non soltanto nella qualificazione esplicita operata dal diritto interno - come invece sostenuto spesso dalle corti nazionali- bensì dev'essere desunta principalmente dalla natura della sanzione inflitta e dal grado di severità che la stessa manifesta.

In relazione al *leading case* di partenza, dunque, la Corte ha concluso per la riconoscibilità della natura sostanzialmente penale delle sanzioni inflitte ai

²⁹² Già una parte della dottrina italiana, in realtà, risolveva il problema della natura penale di una norma mediante la preventiva individuazione della natura della sanzione, nel convincimento che rintracciando i caratteri essenziali della pena "criminale" fosse giocoforza qualificare negli stessi termini anche la relativa norma impositrice. Sottolinea le criticità di questa posizione, dovute al fatto che questa prospettiva sposta semplicemente il problema dalla norma alla sanzione, PALAZZO, *Il Principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 190 ss., in particolare 193-194.

²⁹³ A tal riguardo, si confronti UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 1, 3-4; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana Dei Costituzionalisti*, 2014, 3, 2-3.

²⁹⁴ Cfr. Corte E.d.u., 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 48, in cui viene sancita l'estendibilità dei principi desumibili dalla sentenza Engel «anche al caso di specie» (che aveva ad oggetto illeciti qualificati amministrativi dall'ordinamento tedesco).

ricorrenti, con la conseguente e necessaria applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 C.e.d.u.²⁹⁵: tale decisione ha condotto così alla compiuta elaborazione della cosiddetta concezione "autonomista" -in quanto indipendente dalle interpretazioni fornite dai singoli ordinamenti interni- della "materia penale" di stampo convenzionale²⁹⁶, rappresentando la base della costante giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, nonché, come vedremo, il principale motivo di frizione con i sistemi sanzionatori tributari e finanziari previsti dal nostro legislatore.

Invero, proprio grazie al suo autonomo concetto di "materia penale", la Corte E.d.u. ha tratteggiato i confini dell'ambito di applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7, che risultavano invece scarsamente definiti dal Rapporto esplicativo allo stesso Protocollo precedentemente citato, il quale si limitava a sostenere la non necessità della formale qualificazione dell'infrazione come "penale", senza specificare ulteriormente i concetti di "*criminal proceedings*" e "*penal procedure*"²⁹⁷: il Giudice di Straburgo ha inteso chiarire, con la sentenza Engel, che le garanzie previste dalla Convenzione non possono rimanere subordinate alla volontà sovrana degli Stati Membri -a seconda della qualificazione da parte di questi ultimi di una sanzione come penale oppure di altra natura- in quanto risulterebbe inevitabile il pericolo di risultati incompatibili con lo scopo e l'oggetto convenzionali²⁹⁸.

²⁹⁵ Si veda la citata pronuncia, in particolare i paragrafi 83-85: «*It is on the basis of these criteria the the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a "criminal charge" within the meaning of Article 6 para. 1 (...) The Convention did however oblige the authorities to afford them the guarantees of Article 6 (art. 6)*».

²⁹⁶ Sul punto, PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 908 ss.

²⁹⁷ Si veda il punto 28 del Rapporto Esplicativo al Protocollo n. 7 della C.e.d.u.: "*It has not seemed necessary, as in Articles 2 and 3, to qualify the offence as "criminal". Indeed, Article 4 already contains the terms "in criminal proceedings" and "penal procedure", which render unnecessary any further specification in the text of the article itself*". Inoltre, vale la pena sottolineare come al punto 32 del medesimo Rapporto venga fatto presente che lo stesso art. 4 del Protocollo non esclude a priori l'applicabilità di due sanzioni di differente natura nei confronti di uno stesso soggetto e per lo stesso fatto: "*Article 4, since it only applies to trial and conviction of a person in criminal proceedings, does not prevent him from being made subject, for the same act, to action of a different character (for example, disciplinary action in the case of an official) as well as to criminal proceedings*".

²⁹⁸ Cfr. MOSCARINI, *Il concetto europeo d'"infrazione penale" e la concorrenza fra I sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 389-390, in cui viene evidenziata la contrapposizione tra la concezione formalistica del reato così come inteso dall'ordinamento penale interno e il diverso

Ponendo l'attenzione sull'applicazione giurisprudenziale dei menzionati criteri da parte della stessa Corte di Strasburgo, appare evidente come quest'ultima abbia in principio riconosciuto all'elemento della gravità della sanzione un autonomo rilievo, utilizzandolo quale criterio base nella valutazione della natura penale della sanzione stessa anche in mancanza degli altri elementi: l'approccio originario era dunque di tipo qualitativo e rendeva necessaria una ricostruzione del concetto di pena strettamente legata all'incidenza di quest'ultima sulla libertà personale dell'individuo, rilevando così in via sostanziale solo in caso di limitazione dei diritti di cui all'art. 13 della Carta Costituzionale.

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

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

Il requisito dello scopo della sanzione ha, pertanto, guadagnato a poco a poco, nella giurisprudenza della Corte, un peso sempre più dirimente in relazione al procedimento valutativo in esame, acquisendo una posizione preminente e assurgendo a ruolo di protagonista nel corso dello scrutinio inerente alla natura della

orientamento della Corte di Strasburgo: invero, mentre nel nostro ordinamento giuridico spetta esclusivamente al legislatore individuare ciò che è penalmente rilevante- tramite la qualificazione formale che determina automaticamente sia il trattamento sanzionatorio sostanziale, sia il regime d'accertamento- la Corte E.d.u., con la sua "nozione autonoma" d'illecito penale, ha sancito che per stabilire il disvalore sostanzialmente penalistico di un fatto occorre superare la qualifica estrinseca attribuita a quest'ultimo dal diritto oggettivo nazionale.

reazione sanzionatoria²⁹⁹: in tal senso, la finalità punitivo-afflittiva della misura veniva riconosciuta e considerata preponderante, talvolta, anche in presenza di ulteriori e compresenti scopi preventivi della stessa, rendendo conseguenza necessaria l'applicabilità delle garanzie convenzionali nonostante la formale qualificazione amministrativa della sanzione .

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

Alla luce di quanto esposto, i tre *criteria* rappresentano storicamente lo strumento di cui la giurisprudenza di Strasburgo si è dotata per vincere i formalismi interni e affermare ovvero negare la natura «convenzionalmente penale» degli illeciti non «etichettati» come penali dall'ordinamento nazionale³⁰⁰. Il messaggio che proviene dal Giudice di Strasburgo, quale guardiano dei diritti fondamentali dell'uomo, rivolto a legislatori e interpreti nazionali è quello di “correggere l'equazione”: non rientra nella materia penale la sola sanzione che la legge definisce in questo modo, ma vi rientra la sanzione che presenta quelle determinate caratteristiche che di per sé la rendono tale; e che costituiscono condizione sufficiente alla necessaria applicazione delle garanzie del giusto processo convenzionale.

²⁹⁹ Cfr. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, in cui vengono richiamate, a dimostrazione di tale orientamento, le pronunce Corte E.d.u., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, e Id., 5 luglio 2001, *Phillips c. Regno Unito*.

³⁰⁰ A titolo esemplificativo, si veda: Corte E.d.u., 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, in cui la Corte ha evidenziato la natura penale di una sanzione disciplinare applicata ad un detenuto, in forza della quale quest'ultimo si vedeva privato della possibilità di ricevere una riduzione della pena (sul punto si rinvia a NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit. 45); Corte E.d.u., 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

7.- Prospettive evolutive in tema di *idem factum*: il caso *Zolotukhin c. Russia*

Come anticipato, sono stati molteplici gli argomenti in materia di certificata difficoltà interpretativa su cui la Corte E.d.u. è stata chiamata più volte a intervenire nel corso degli anni al fine di dettare una linea “comune” in grado di armonizzare quanto più possibile i singoli ordinamenti.

Focalizzando l’attenzione sulla nozione sostanziale di fatto, occorre sin da subito evidenziare come per lungo tempo vi sia stata una discrasia fra il livello di tutela esistente nell’Unione europea, ben più elevato grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e quello offerto dall’ordinamento C.e.d.u., che ha conosciuto un periodo di incertezze interpretative, per lo più dovute ad alcune pronunce ancorate al più restrittivo criterio della qualificazione giuridica della condotta, mentre in parallelo la Corte del Lussemburgo aveva già inteso l’*idem* come fatto storico-materiale, anche se riferendosi all’art. 54 C.A.A.S. e dunque alla dimensione transnazionale del divieto³⁰¹.

Prima della “soluzione” *Zolotukhin*³⁰², infatti, una interpretazione letterale della disposizione in parola ha prodotto un filone di sentenze basato sull’*idem* legale, restringendo notevolmente la portata del divieto a quei casi in cui vi fosse un nuovo procedimento per la medesima fattispecie o per un reato simile che tutelasse lo stesso bene giuridico.

All’interno di questo *trend*, poi, era possibile distinguere un primo gruppo di sentenze che pur facendo riferimento alla medesima condotta materiale, non avevano ritenuto incompatibile con il divieto in parola l’apertura di procedimenti distinti, se da essa scaturivano più infrazioni ai sensi del diritto interno, valutando

³⁰¹ Il primo riferimento cronologico è Corte Giust. U.E., C-436/04, *Van Esbroeck*.

³⁰² Corte E.d.u., Grande Chambre, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

non censurabile il concorso formale di reati³⁰³ e ritenendo dunque vietato solo il duplice procedimento per lo stesso reato³⁰⁴.

Secondo altre decisioni, invece, la ammissibile pluralità di procedimenti andava temperata verificando se le due fattispecie separatamente contestate avessero in comune degli “elementi essenziali”: si tratta di una precisazione rilevante, atteso che risultava necessario distinguere il concorso formale di reati dal concorso solo apparente, che è problema teorico da risolvere individuando l’unica norma applicabile al caso di specie³⁰⁵.

Accanto a queste decisioni che sposavano una nozione più o meno ampia di *idem* legale, in altri casi la Corte cominciava a valorizzare l’identità del comportamento in senso storico-naturalistico, senza attribuire pregnanza alla qualificazione giuridica interna. Nel caso *Gradinger*, infatti, la Corte ha ritenuto che i due procedimenti fossero scaturiti dalla medesima condotta materiale, e pertanto ha affermato la violazione dell’art. 4 prot. 7: tuttavia si trattava di una statuizione in

³⁰³ In questi termini Corte E.d.u., 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, in particolare parr. 26-28, in cui a una prima condanna per guida pericolosa ne è seguita un’altra per lesioni relative allo stesso episodio. La Corte si avvede delle affinità rispetto al caso *Gradinger*, in cui era stato invece preferito il criterio dell’identico comportamento del ricorrente, ma non ne sposa le conclusioni, ritenendo che in questo caso la duplicazione di procedimenti fosse giustificata dalla struttura normativa della fattispecie, che “fisiologicamente” prevedeva due reati; tuttavia i giudici riconoscono che una corretta amministrazione della giustizia richiederebbe un unico *set* di procedimenti (v. par. 27), ma questa affermazione rimane solo un *obiter dictum*, ritenuto non influente circa la soluzione del caso. Vale la pena riportare anche l’opinione dissenziente del giudice Repik, che ha votato contro la soluzione esposta, ritenendo che una corretta applicazione del divieto in parola deve necessariamente prescindere dalle qualificazioni interne a ogni singolo Stato, rendendosi necessario un significato autonomo della nozione di “fatto” che consenta il raggiungimento dello scopo della disposizione, e cioè evitare la revisione implicita del primo procedimento per contestare una nuova qualificazione giuridica dello stesso. E dunque adopera il criterio materiale dell’*actus reus* e ritiene che i due casi *Gradinger* e *Oliveira* fossero perfettamente sovrapponibili, essendo unica la condotta delittuosa. Lo stesso sottolinea come sia stato un errore del primo giudice, che non ha preso in considerazione una diversa qualificazione legale della stessa condotta, a generare il secondo procedimento: stigmatizza quello che definisce un vero e proprio errore giudiziario – «a judicial error» - del quale non può pagare le conseguenze il cittadino, in termini di *bis* procedimentale.

³⁰⁴ Ad analoghe conclusioni giungono Corte E.d.u., 2 luglio 2002, *Göktan c. Francia*, parr. 50-51, e Corte E.d.u., 24 giugno 2003, *Gauthier c. Francia*.

³⁰⁵ La Corte vuole evitare che la semplice differenza di *nomen iuris* fra fattispecie incriminatrici, o anche un concorso risolvibile grazie al principio di specialità, possa sfuggire alla censura dell’art. 4: così in Corte E.d.u., 29 maggio 2001, *Franz Ficher c. Austria*, decisione espressamente richiamata in Corte E.d.u., 6 giugno 2002, *Sailer c. Austria*, par. 26. Per queste riflessioni e, più in generale, per la ricostruzione dei sentieri interpretativi seguiti a Strasburgo, ALLEGREZZA, *Art. 4 Protocollo n. 7*, in Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 894-905.

cui non veniva offerta una ricostruzione alternativa delle ragioni che conducevano a preferire il diverso criterio dell'identico comportamento³⁰⁶, e che comunque si inseriva in un quadro di decisioni in cui la lettura maggioritaria era più restrittiva. Il sentiero interpretativo risultava particolarmente disarmonico, e sicuramente incompatibile con la tutela di un diritto fondamentale, che sarà tanto più stringente quanto univoco risulterà il canone esegetico³⁰⁷.

La stessa Corte, in un momento in cui il suo orientamento in materia non poteva certo considerarsi consolidato³⁰⁸, già riconosceva comunque che «*la nozione di cosa costituisce una "pena" non possa variare fra una disposizione della Convenzione e un'altra*»³⁰⁹; facendo quindi trasparire che, ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7, il sintagma "procedimento penale" debba essere letto in chiave materiale, svincolato anch'esso dalla classificazione formale, dalla "veste giuridica" si potrebbe dire, attribuita dal legislatore nazionale³¹⁰.

Quanto appena riferito diventa "diritto vivente" a seguito della pronuncia della *Grand Chambre* nel caso *Zolotukhin c. Russia*³¹¹.

³⁰⁶ Cfr. Corte E.d.u., 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, par. 55.

³⁰⁷ Pur non essendo vincolati dal precedente, i giudici manifestano la necessità di rendere prevedibile l'esito delle loro decisioni, per tutelare la certezza del diritto convenzionale, nella consapevolezza che un approccio ondivago potrebbe rappresentare un ostacolo all'implementazione della tutela.

³⁰⁸ Cfr. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 4, 829; ALLEGREZZA, *Sub art. 4, Prot. 7, cit.*, 896.

³⁰⁹ Cfr., Corte E.d.u., 2 luglio 2002, *Göktaş c. Francia*, par. 48.

³¹⁰ Sul tema, cfr. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, cit.

³¹¹ Corte E.d.u., Grande Chambre, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*. Il ricorrente fu portato presso la polizia per aver fatto entrare una donna in una zona militare senza esservi autorizzato, dove, in stato di ebbrezza, ingiuriò gli operanti di polizia, disobbedì all'ammonimento di cessare di disturbare l'ordine pubblico e poi tentò di scappare, finché non fu immobilizzato e ammanettato. In ragione di ciò, il Tribunale distrettuale lo riconobbe colpevole della violazione dell'art. 158 del codice delle infrazioni amministrative della Federazione Russa, che punisce gli illeciti di disturbo dell'ordine pubblico "minori". Fu condannato definitivamente alla pena di tre giorni di detenzione amministrativa. Parallelamente, fu aperto un procedimento penale per violazione dell'art. 213, par. 2, lett. b), del codice penale della Federazione Russa, per violenza e ingiuria contro un pubblico ufficiale. Fu infine condannato definitivamente in appello per tali accuse, benché i reati a lui ascritti fossero stati riqualificati. Il sig. Zolotukhin fece ricorso alla Corte di Strasburgo, che riconobbe la violazione dell'art. 4, prot. 7, con decisione a Sezione semplice del 7 giugno 2007. Successivamente il Governo Russo richiese ed ottenne il rinvio alla Grande Chambre: la causa venne fissata per la discussione in pubblica udienza il 26 marzo 2008, nella quale furono ammesse memorie anche dell'Istituto di formazione dei diritti dell'uomo dell'Ordine degli avvocati di Parigi, in veste di *amicus curiae*, congiuntamente al Centro di ricerca sui diritti dell'uomo e del diritto umanitario dell'Università di Parigi, a riprova che il tema trattato (il c.d. doppio binario punitivo) fosse di

In tale circostanza, la Corte si trova a dover stabilire se il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 Prot. 7, osti a che un individuo subisca un procedimento penale per il medesimo fatto, dopo che sia già intervenuta nei suoi confronti una sentenza definitiva resa nell'ambito di un procedimento volto all'applicazione di una sanzione qualificata come amministrativa da parte dello Stato contraente. Il ragionamento seguito dalla Corte costituisce il logico sviluppo della "giurisprudenza Engel": per prima cosa, infatti, «la Corte ribadisce che la qualificazione legale del procedimento da parte del diritto nazionale non può essere il solo criterio rilevante per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* di cui all' art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7»³¹². In secondo luogo, il Giudice di Strasburgo pone in collegamento³¹³ l'art. 4 Prot. 7 con gli artt. 6 e 7 C.e.d.u., osservando che «la nozione di "procedimento penale" [penal procedure] nel testo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere interpretata alla luce dei principi generali concernenti i corrispondenti termini "accusa penale" [criminal charge] e "pena" [penalty] di cui agli articoli 6 e 7 della Convenzione»³¹⁴.

Pertanto, l'autonoma accezione di "materia penale", elaborata inizialmente solo con riferimento agli artt. 6 e 7 C.e.d.u., dimostra di avere una *vis expansiva* tale da dover essere applicata anche alle altre disposizioni convenzionali; tra cui, *in primis*, al principio sancito dall'art. 4 Prot. 7: per stabilire se il giudice sia incorso in un "bis" sostanzialmente penale, bisogna guardare ai tre *criteria*³¹⁵ e non alla classificazione

particolare importanza "comune" e non solamente per il singolo ordinamento chiamato in causa (in questo caso la Russia).

³¹² Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 52.

³¹³ Cfr. A.GAITO-CHINNICI, *Le resistenze interne agli imperativi europei*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 2018, 13; PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, cit., 334, parla a tal proposito di un «ponte normativo» fra le due disposizioni.

³¹⁴ Pertanto da tale asserzione della Corte E.d.u., nel caso *Zolotukhin c. Russia*, par. 52, se ne deduce che lo stesso concetto di «penal procedure» vada inteso in senso antiformalistico, ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u.: sul punto, si veda ALLEGREZZA, *Sub art. 4, Prot. 7*, cit., 898.

³¹⁵ Nel caso *Zolotukhin*, ad esempio, la Corte rileva come la sanzione prevista dal Codice degli illeciti amministrativi russo, oggetto della controversia, sia qualificabile come sostanzialmente penale in base al secondo e al terzo degli "Engel criteria": in relazione al secondo criterio, la Corte sottolinea, da un lato, la portata generale dell'art. 158 del Codice degli illeciti amministrativi russo («*The corresponding provision of Code was directed towards all citizens[...]*»), dall'altro, la finalità di repressione («*punishment*») e deterrenza («*deterrence*») della stessa; quanto al terzo criterio, la Corte ritiene che il pericolo di incorrere in una sanzione privativa della libertà personale fino ad un

legale di sanzioni e relativi procedimenti. In questo modo, la Convenzione tenta di *bypassare* i formalismi nazionali, aprendo la strada a una tutela reale e non apparente del diritto dell'individuo ad essere sottratto dalla possibilità di una persecuzione penale *sine die* in relazione al medesimo fatto.

La pronuncia resa nel caso *Zolotukhin* costituisce un punto focale nell'evoluzione della giurisprudenza strasburghese anche per un'altra ragione: il Giudice europeo, infatti, in questa sede si trova anche a dover affrontare e risolvere l'ulteriore questione, che ha dato adito ad orientamenti distonici in seno alla sua stessa giurisprudenza³¹⁶, concernente il significato da attribuire al termine «*offence*» di cui all'art. 4 Prot. 7. Si trova insomma a scegliere quale, tra le varie accezioni possibili di *idem*, debba esser adottata al fine di individuare i limiti oggettivi del divieto in parola³¹⁷.

Tre sono le soluzioni ermeneutiche che emergono dai precedenti *cases-law* posti all'attenzione della Corte di Strasburgo: la prima volta a ravvisare la violazione del divieto in caso di inizio o prosecuzione di un secondo “procedimento penale”, avente ad oggetto la stessa condotta di un precedente già concluso con decisione divenuta definitiva; la seconda ammette la possibilità che un individuo possa essere perseguito e sanzionato penalmente più volte per la stessa condotta, se con questa abbia commesso più infrazioni³¹⁸; la terza «enfattizza gli *essential elements*» del reato, ravvisando l'esistenza dell'*idem* laddove le due fattispecie oggetto dei distinti procedimenti presentino gli stessi elementi essenziali³¹⁹.

massimo di 15 giorni prevista dal suddetto art. 158, faccia sorgere una presunzione circa il fatto che le accuse («*charges*») rivolte al ricorrente abbiano natura penale («*criminal*»).

³¹⁶ Come confermato da RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, cit., 830.

³¹⁷ Come rilevato da DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in Gaito A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 335.

³¹⁸ Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 72, che richiama a titolo esemplificativo il caso *Oliveira c. Svizzera*: la ricorrente era stata condannata, in un primo momento, per aver perso il controllo del proprio veicolo e, in un secondo tempo, per aver cagionato negligenemente danni fisici ad un individuo, contro la cui vettura il veicolo della signora Oliveira aveva terminato la sua corsa. In tale occasione la Corte non ravvisò la violazione dell'art. 4 Prot. 7 da parte della Svizzera, affermando che «*that is a typical example of a single act constituting various offences*».

³¹⁹ Cfr. Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 73, ove si opera un rimando al caso *Fischer*, in cui la Corte fece propria una soluzione ermeneutica per certi versi analoga al *Blockburger test* di matrice statunitense. Essa, infatti ravvisò come tra il reato di guida in stato di ebbrezza e quello di omicidio stradale fosse possibile individuare una sovrapposizione quanto agli «*essential elements*».

Affermando l'esigenza di addivenire ad un'interpretazione uniforme, la Corte ripudia l'approccio che traduce il termine "offence" con il termine "reato" e che porta alla valorizzazione dell'*idem legale*³²⁰. Appare chiara, anche in questo caso, l'ispirazione antiformalistica emergente dalle parole pronunciate a Strasburgo: «*la Corte ritiene che l'uso del termine "offence" nel testo dell'art. 4 Prot. n. 7 non possa giustificare l'adesione ad una soluzione più restrittiva [...] La Convenzione deve essere interpretata e applicata in maniera tale da rendere i suoi diritti concreti ed effettivi, non teorici ed illusori [...] La Corte ulteriormente osserva che l'approccio che enfatizza la qualificazione giuridica dei due reati è troppo restrittivo per i diritti dell'individuo, perché se la Corte si limitasse a constatare che l'individuo sia stato perseguito per reati aventi una differente classificazione legale ciò rischierebbe di minare la garanzia sancita all' art. 4 Prot. n. 7, invece di renderla concreta ed effettiva come richiesto dalla Convenzione*»³²¹.

Al fine di stabilire se vi sia stata o meno violazione del principio convenzionale, secondo il Giudice europeo, l'interprete deve dunque verificare se gli illeciti contestati all'individuo nei distinti procedimenti si riferiscono ad «*avvenimenti fattuali identici o sostanzialmente uguali*»³²². Il termine «*offence*» deve perciò essere inteso come *idem factum*, come «*insieme di concrete circostanze di fatto relative allo stesso autore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio*»³²³.

Solo così l'individuo può essere efficacemente messo al riparo dall'interminabile ricerca della verità in senso assoluto, propria del processo inquisitorio e ripudiata nel modello processuale di stampo accusatorio (fatto proprio, almeno

Sulla base di ciò si convinse dell'avvenuta violazione dell'art. 4 Prot. 7. Cfr. Corte E.d.u., 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*.

³²⁰ In base alla quale il divieto di doppio giudizio verrebbe violato solamente in caso di inizio o di proseguimento di un secondo procedimento avente ad oggetto lo stesso fatto così come giuridicamente qualificato: cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 105.

³²¹ Cfr. Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., parr. 80-81.

³²² Cfr. Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 82.

³²³ Cfr. Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., parr. 83-84. Sul tema, si veda ALLEGREZZA, *Sub art. 4, Prot. 7*, cit., 901-902; BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, cit., 9 ss.; RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 104 ss.; DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in *I principi europei del processo penale*, cit., 335 e ss.

tendenzialmente, dall'ordinamento italiano), il quale, presa consapevolezza dell'impossibile raggiungimento del vero obiettivo, abbraccia il concetto di verità giudiziale (o processuale)³²⁴.

L'individuo, alla luce di quanto detto finora, si vede riconoscere un vero e proprio diritto soggettivo "assoluto"³²⁵, che pretende tutela effettiva e che non può essere negato dagli Stati contraenti mediante il ricorso a garanzie meramente formali. Il principio del *ne bis in idem* convenzionale non si traduce nel solo divieto di doppio processo "tout court" penale, in quello che una certa dottrina definisce «*ne bis in idem* omogeneo»³²⁶: esso altresì comprende anche quelle ipotesi di «*bis in idem* eterogeneo», in cui i due procedimenti (e le relative sanzioni), pur non essendo qualificati entrambi come penali da parte del legislatore nazionale, sono considerati tali, ai fini della Convenzione, alla luce dell'approccio sostanzialistico sposato dalla giurisprudenza europea e degli *Engel criteria*. Pertanto, il potere di perseguire lo stesso individuo dovrà ritenersi *consumato* laddove costui sia già stato definitivamente prosciolto o condannato per il medesimo fatto, nella sua dimensione pragmatica; a partire da tale momento, in caso di avvio o di prosecuzione nei suoi confronti di un secondo procedimento sostanzialmente penale, questo ben potrà opporre allo Stato il divieto affermato all'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u.

Si può sottolineare fin da subito come tale giurisprudenza fortemente garantistica del Giudice di Strasburgo abbia creato non pochi attriti con gli ordinamenti degli Stati del Consiglio d'Europa che hanno ratificato il Protocollo addizionale n. 7³²⁷. Attriti che vedono coinvolti in particolar modo quegli Stati, tra cui l'Italia, che ricorrono al sistema del "doppio binario sanzionatorio" per la repressione di alcune categorie di illeciti: in questi casi il procedimento penale, anche una volta arrivato

³²⁴ Sulla distinzione tra processo accusatorio e inquisitorio e sulla differenza tra verità assoluta e verità processuale, si veda MAZZA, *I protagonisti del processo*, in (Corso, Dominioni, A.Gaito, e altri) *Procedura penale*, Torino, 2017, 60 ss.

³²⁵ A.GAITO-CHINNICI, *Le resistenze interne agli imperativi europei*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 12, parlano di «assolutezza del principio».

³²⁶ Cfr., fra gli altri, PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 338 ss.

³²⁷ Ad oggi Germania, Gran Bretagna e Paesi Bassi non hanno ratificato il Protocollo n. 7 C.e.d.u..

a conclusione con la stabilizzazione del *decisum*, non impedisce l'inizio o il proseguimento, sul parallelo binario amministrativo o disciplinare, di un altro procedimento nei confronti dello stesso soggetto e avente ad oggetto i medesimi fatti, anche qualora questo sia da considerarsi sostanzialmente penale; e viceversa³²⁸. Netto e insanabile appare in questi casi il contrasto con il *ne bis in idem* convenzionale³²⁹. Contrasto che si è solo stemperato a seguito delle recenti soluzioni ermeneutiche adottate dalla Corte E.d.u., le quali ammettono, a date condizioni, ipotesi di *bis in idem* eterogeneo, al costo però di una riduzione del grado di tutela assicurata all'individuo dalla Convenzione.

³²⁸ Il sorgere di un contrasto tra l'adozione del sistema del doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem* convenzionale viene messo in risalto da RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, cit., 831; BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, cit., 6.

³²⁹ Come confermato da VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., 220.

8.- *Il c.d. doppio binario sanzionatorio in materia di “market abuse” e la sua (in)compatibilità convenzionale*

Il ricorso da parte del legislatore italiano al sistema del doppio binario sanzionatorio per la repressione di alcune categorie di illeciti ha condotto a svariate frizioni nei rapporti fra l'ordinamento nazionale e quello convenzionale, quanto al rispetto del principio del *ne bis in idem*³³⁰ secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

I criteri in parola hanno consentito di riqualificare in termini penali tutta una serie di sanzioni amministrative che gli Stati irrogano in un settore strategico come quello fiscale: com'è noto, visto l'armamentario sanzionatorio che molti di essi adottano, l'evasione del tributo in prima battuta genera l'illecito amministrativo, salvo il ricorrere di un elemento ulteriore che integri anche la risposta propriamente penale, e dunque nascono procedimenti paralleli *in idem factum*³³¹.

Le frizioni maggiori si sono registrate in relazione alla disciplina interna degli abusi di mercato, prevedibilmente³³² “bocciata” dalla stessa Corte E.d.u. nell'ormai celebre caso *Grande Stevens c. Italia*³³³, in cui si palesava una distonia “strutturale” dell'ordinamento nazionale, legata alla configurazione della disciplina legislativa in materia di abusi di mercato.

³³⁰ Come sottolineato anche da BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, cit., 6.

³³¹ In tema diffusamente, SANTORIELLO, *Appunti di diritto penale societario*, Torino, 2008; BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Milano, 2011, 53 e ss.

³³² Sulla prevedibilità della pronuncia della Corte E.d.u. resa nel caso *Grande Stevens*, FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 2; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, cit..

³³³ Corte E.d.u., Grande Chambre, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, con nota di DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014. Ai ricorrenti era stata contestato, per una medesima condotta di manipolazione informativa del mercato azionario, sia il reato previsto dall'art. 185 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (con relativo processo chiuso in Cassazione con la declaratoria di intervenuta prescrizione), sia l'illecito amministrativo dell'art. 187-ter del medesimo decreto, con l'irrogazione di una sanzione da parte della CONSOB, la prima a divenire definitiva. Dinanzi alla Corte gli interessati lamentavano, per la violazione relativa all'art. 4 del Protocollo n. 7 C.e.d.u., la natura sostanzialmente penale della sanzione comminata dall'*Autority*, sul presupposto dell'identità del fatto, e la correlata violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per la natura non giurisdizionale del relativo procedimento.

La normativa in questione ammetteva la possibilità che un soggetto fosse sottoposto a procedimento amministrativo per l'illecito di cui all'art. 187-ter, punto 1, TUF³³⁴ e parallelamente imputato per il reato di cui all'art. 185, punto 1, TUF³³⁵, rubricato anch'esso "manipolazione di mercato"³³⁶.

In base all'orientamento consolidato della Corte E.d.u., l'art. 4 Prot. 7 non impediva (e non lo impedisce tutt'ora) lo svolgersi in parallelo di due procedimenti *de eadem re* a carico della medesima persona, anche laddove questi dovessero essere considerati sostanzialmente penali³³⁷. A ben vedere l'incompatibilità fra diritto interno e garanzie europee veniva ravvisata nella mancata predisposizione, da parte dell'ordinamento italiano, di un meccanismo che consentisse di chiudere in rito il secondo procedimento una volta che nel primo si fosse addivenuti alla *res iudicata*³³⁸. Il *bis de eadem re* convenzionale, infatti, si configura solamente in presenza di una sentenza definitiva, dalla quale la C.e.d.u. fa dipendere il sorgere della preclusione processuale al celebrarsi di un secondo procedimento "penale"³³⁹.

³³⁴ L' art. 187-ter, punto 1, TUF recitava: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari». Tale disposizione è stata novellata per opera del d.lgs. 107/2018.

³³⁵ Ai sensi dell'art. 185, punto 1, TUF: «1. Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni».

³³⁶ Considerazioni analoghe valgono con riferimento all'illecito di abuso di informazioni privilegiate, cfr. artt. 184 e 187-bis TUF.

³³⁷ Cfr. FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affare Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015, 3, 18; a conferma di ciò, si veda Corte E.d.u., 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, par. 49, che asserisce: «L'art. 4 Prot. 7 non conferisce nessuna garanzia avverso la litispendenza».

³³⁸ Cfr. Corte E.d.u., *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., par. 227-228. Osservano BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2018, Torino, 191-192, che «la carenza di un meccanismo di interruzione del secondo procedimento instaurato, dopo che il primo si sia concluso con pronuncia definitiva (a fronte dell'identità dei fatti), determina la violazione del divieto di bis in idem sancito nell'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u.. In applicazione di tale divieto, nel caso Grande Stevens la Corte ha quindi ritenuto la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato in contrasto con il suddetto art. 4. La conclusione del procedimento per l'irrogazione della sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, comporta infatti il divieto di duplicare la sanzione e preclude la celebrazione di un doppio procedimento sul medesimo fatto».

³³⁹ Quanto affermato trova conferma in Corte E.d.u., *Gradinger c. Austria*, cit., par. 53; Corte E.d.u., *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 107. Si veda, ancora, FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affare Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit.

Altra condizione necessaria per rinvenire il summenzionato contrasto è data dalla duplice circostanza che entrambi i procedimenti siano qualificabili come “convenzionalmente penali” e vertano sul medesimo fatto inteso in senso storico naturalistico: ebbene, con riferimento all’art. 185 non si ponevano problemi, essendo le relative sanzioni già considerate penali dalla legislazione italiana; quanto all’art. 187-ter, le sanzioni interdittive e pecuniarie, passibili di essere comminate dalla CONSOB e connotate da un elevato grado di afflittività, andavano ritenute sostanzialmente penali in base al secondo e soprattutto al terzo degli Engel *criteria*³⁴⁰. Venendo all’identità dei fatti: sia l’art 185 che l’art. 187-ter reprimevano la medesima condotta; circostanza che, nel caso dei reati meramente formali, consentiva di ravvisare l’esistenza dell’*idem*, essendo sufficiente ai fini convenzionali che i due procedimenti insistessero, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza dei diritti umani, su avvenimenti fattuali identici o sostanzialmente uguali³⁴¹.

³⁴⁰ Più precisamente, nel caso Grande Stevens, la Corte ravvisava sia che «le sanzioni pecuniarie [...] erano basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ossia dissuadere gli interessati dal ricominciare l’attività in questione, e repressivo, in quanto sanzionavano un’irregolarità» sia che «le sanzioni in causa [rientrassero], per la loro severità, nell’ambito della materia penale». Cfr. Corte E.d.u., Grande Stevens e altri c. Italia, cit., parr. 96, 99. Come rilevato da VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della carta?*, cit., 225, «la Corte valorizza in particolare il terzo criterio, alla luce non solo dell’obiettivo gravità delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive in concreto irrogate, ma anche e soprattutto di quelle astrattamente comminate dal t.u.f».

³⁴¹ Nel caso Grande Stevens, la Corte E.d.u. precisava che per affermare la sussistenza dell’*idem* nei due procedimenti «la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta». Cfr. Corte E.d.u., *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., par. 224. La condotta considerata davanti alla CONSOB era stata quella dell’omessa menzione nei comunicati stampa del 24.10.2005 del piano di rinegoziazione del contratto di *equity swap* concluso con la Merrill Lynch International Ltd. In sede penale, la condotta addebitata ai ricorrenti consisteva in dichiarazioni, rese nei medesimi comunicati, nelle quali si affermava che la Exor non aveva dato avvio a iniziative relative alla scadenza del contratto di finanziamento, quando l’accordo che modificava l’*equity swap* era già stato concluso. Si veda, a tal proposito, CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l’inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il fisco*, 2014, 2375-2376; TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per la violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della carta?*, cit., 225-226; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3, 202. Sul punto, si veda pure LAVARINI, Il “fatto” ai fini del *ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio, in *Processo Penale e Giustizia*, 2017, 1, 63.

A salvare il “*bis*” processuale e sanzionatorio predisposto dal legislatore italiano in tale materia, non sono valse le obiezioni mosse dall’Esecutivo presso la Corte E.d.u. nell’ambito della vicenda Grande Stevens.

Il Governo osservava che lo Stato italiano avesse apposto una riserva al momento della ratifica del Protocollo aggiuntivo n. 7, la quale limitava l’applicazione degli articoli 2-4 del Prot. n. 7 solamente «agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali»; il che avrebbe posto fuori campo (sempre secondo il Governo) la possibilità di ricorrere agli Engel *criteria*³⁴². Il Giudice europeo, però, di tutta risposta procedeva a dichiarare la nullità della riserva per eccessiva genericità *ex art. 57* della Convenzione³⁴³.

Veniva inoltre *bypassata* l’obiezione del Governo italiano con la quale si asseriva che fosse il diritto dell’Unione Europea ad autorizzare espressamente il ricorso alla doppia sanzione, amministrativa e penale, nella repressione degli illeciti in materia di abusi di mercato: la Corte E.d.u. infatti osservava che la stessa Corte di Giustizia dell’Unione Europea, nel caso *Spector Photo Group*³⁴⁴, avesse dichiarato che la direttiva 2003/6/CE non vincolasse gli Stati ad adottare sanzioni penali in aggiunta alle sanzioni amministrative (imposte, queste sì, dalla direttiva in parola) e avesse messo in guardia gli Stati circa la possibilità che le sanzioni amministrative adottate con il recepimento della direttiva avrebbero potuto essere qualificate come penali ai fini della C.e.d.u.. Inoltre veniva richiamata anche la sentenza resa nel caso *Fransson*³⁴⁵, nella quale la Corte del Lussemburgo osservava che, ai fini del rispetto del principio del *ne bis in idem*, uno Stato potesse prevedere due sanzioni per gli stessi fatti solamente quando la prima non avesse natura sostanzialmente penale³⁴⁶.

³⁴² Cfr. Corte E.d.u., *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., parr. 204-206. Sul punto si veda ALLEGREZZA, *Sub art. 4, Prot. 7*, cit., 897.

³⁴³ La riserva, osserva la Corte E.d.u., *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., par. 207, «1) deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati; 2) deve riguardare leggi ben precise in vigore all’epoca della ratifica; 3) non deve essere di carattere generale; 4) deve contenere una breve esposizione della legge interessata».

³⁴⁴ Corte Giust. U.E., 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08.

³⁴⁵ Corte Giust. U.E., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10.

³⁴⁶ Con riferimento ai richiami alla giurisprudenza UE da parte della Corte E.d.u., si veda PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, cit., 346; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, cit., 208.

Nella sentenza menzionata veniva infine reciso un altro nodo gordiano: la Corte E.d.u. riteneva irrilevante la presenza nella legislazione italiana di una norma che conferisse la possibilità di detrarre quanto comminato con la sanzione amministrativa da quanto irrogato in sede penale³⁴⁷.

L'art 187-*terdecies* del TUF, infatti, sanciva, nella sua precedente versione, che «quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa».

La *ratio* di questa disposizione era quella di garantire la proporzionalità del *quantum debeatur*: ciò avveniva, come si è anticipato, attraverso un meccanismo che teneva conto della somma già riscossa a titolo di sanzione amministrativa, computandola nel calcolo della pena pecuniaria irrogata per sanzionare la medesima condotta illecita. La Corte superava quindi l'appunto del Governo facente leva su tale soluzione normativa, ribadendo la natura processuale, oltre che sostanziale, del divieto di *bis in idem*. In altre parole: non rilevava l'esistenza di meccanismi che andassero ad attenuare o scongiurare la doppia condanna (*ne bis in idem* sostanziale), operando il principio in parola già sul diverso piano processuale e impedendo a monte lo svolgersi di un duplice procedimento.

Affermata quindi l'incompatibilità del sistema italiano del doppio binario in materia di *market abuse*³⁴⁸ già all'indomani della Sentenza Grande Stevens si percepiva l'esigenza di procedere ad un ripensamento della legislazione domestica, non solo nella materia qui trattata ma anche con riferimento alla legislazione tributaria; la quale pur escludendo il *bis in idem* sostanziale in virtù della "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 74 del 2000³⁴⁹ non impediva il *bis in*

³⁴⁷ Cfr. FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affare Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 23; A.GAITO-CHINNICI, *Le resistenze interne agli imperativi europei*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 16.

³⁴⁸ Cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, cit., 237-238; DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 2.

³⁴⁹ Il quale prevede che, nel caso in cui parallelamente al processo amministrativo-tributario venga celebrato un procedimento penale *de eadem re et persona*, le sanzioni amministrative tributarie non

idem processuale, esponendosi a censure analoghe a quelle mosse dalla Corte E.d.u. nel caso *Nykänen*³⁵⁰. Si riteneva cioè, ed a ragione, necessario intervenire in tutti quei casi in cui le norme penali fossero «bissate»³⁵¹ in corrispondenti disposizioni (solo) formalmente non penali. La pronuncia *Grande Stevens* ha messo compiutamente a sistema il sentiero giurisprudenziale già inaugurato con la Grande Camera *Zolotukhin*, relativo all'avvio di un procedimento penale dopo la chiusura di quello amministrativo, riqualficato come *convenzionalmente* penale: la decisione in realtà non innova quanto ai principi, già affermati in precedenti decisioni, ma ha avuto importanti ricadute sul sistema processuale italiano, considerata la richiesta allo Stato di interrompere il secondo procedimento ancora in corso³⁵² senza conseguenze lesive per i ricorrenti³⁵³.

possano essere eseguite, «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».

³⁵⁰ Corte E.d.u., 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*. In questa sede la Corte dei diritti umani asseriva l'illegittimità convenzionale della disciplina tributaria di detto Stato, nella parte in cui la predisposizione di un doppio binario sanzionatorio si poneva in contrasto con l'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. Il ricorrente era infatti stato sottoposto a due procedimenti: il primo formalmente amministrativo, chiuso con decisione irretrattabile di condanna per dissimulata percezione di dividendi; il secondo formalmente penale, avente ad oggetto la medesima condotta antisociale. La Corte, come anticipato, ravvisava una violazione della preclusione convenzionale, sul presupposto che i due procedimenti avessero una medesima identità oggettiva (la mancata dichiarazione circa la percezione di dividendi), soggettiva, e fossero (ri-)qualificabili in senso penalistico. Cfr., DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, cit..

³⁵¹ Cfr. FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 1.

³⁵² Si noti che nel caso di specie questa richiesta risultava già soddisfatta al momento della decisione, visto che nel frattempo era intervenuta una sentenza dichiarativa della prescrizione che, di fatto, eliminava il problema della *restitutio in integrum*, generalmente richiesta dalla Corte agli Stati condannati. Dubita della idoneità del proscioglimento per prescrizione ad eliminare ogni conseguenza lesiva, LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.* 2015, 85.

³⁵³ È questo forse l'aspetto più delicato, la ragione per cui la sentenza *Grande Stevens* ha stimolato notevoli reazioni dottrinali e questioni di legittimità costituzionale: essa sembra aver individuato la criticità del sistema, visto che il TUF prevede come reazione tipica dell'illecito finanziario, il doppio binario sanzionatorio. Per quanto di interesse, il caso di previa formazione della decisione amministrativa pone il problema della estensione dell'art. 649 c.p.p. al giudicato sull'illecito amministrativo, che secondo i giudici alsaziani è da considerare "penale" al fine di chiudere il secondo procedimento. Tuttavia, il dato letterale dell'articolo, oltre che il principio di legalità processuale cui deve sempre rispondere il giudice penale, ne impediscono una tale dilatazione interpretativa, rendendo così necessario l'incidente di legittimità costituzionale. Cfr. FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, cit., 12-17.

Insomma, seppur prevedibile alla luce dei precedenti, la sentenza *Grande Stevens* ha sollevato un problema di compatibilità strutturale del sistema sanzionatorio previsto dal TUF con la Convenzione, posto che il legislatore italiano non configura la reazione penale come residuale rispetto a quella amministrativa, ma cumulativa³⁵⁴.

L'elemento di complicazione centrale infatti deriva dalla relazione instauratasi fra la riqualificazione penalistica delle conseguenze amministrative e la concezione storico-naturalistica di "stessi fatti": la maggiore o minore estensione della garanzia del *ne bis in idem* sarà direttamente proporzionale alla nozione di materia penale e sarà quest'ultima a determinare, di conseguenza, quante volte sarà vietato il *bis* sanzionatorio o, prima ancora, procedimentale.

Tuttavia, vista la pluralità di Stati che adoperano il c.d. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, le ricadute dell'intreccio di questi due approdi della giurisprudenza hanno condotto alla necessità di elaborare un nuovo punto di equilibrio, un diverso bilanciamento fra la rigidità della c.d. dottrina *Engel* e il margine di apprezzamento³⁵⁵ da riconoscere agli Stati quando esercitano il monopolio punitivo, che ben può esprimersi anche con sanzioni in concorso tra loro, purché strettamente connesse: la Corte ha così formulato dei criteri di ammissibilità della duplice persecuzione, riprendendo alcune conclusioni già formulate in materia di circolazione stradale, fino a farle divenire il nuovo terreno di sviluppo delle decisioni a Strasburgo³⁵⁶.

E questa ulteriore evoluzione si deve agli approdi della Grande Camera nel caso *A e B contro Norvegia* (v. *infra*), che dando nuovo corso alle sporadiche enunciazioni

³⁵⁴ Cfr., FLICK–NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, cit., 9.

³⁵⁵ Sulla necessità di tutelare anche il margine di apprezzamento, ossia una discrezionalità minima riconosciuta ai Paesi membri, c'è convergenza fra le corti europee; v. Corte E.d.u., *A e B c. Norvegia*, *Grande Chambre*, 15 novembre 2016, par. 106. Analogamente, Corte Giust. U.E., *Fransson*, cit.

³⁵⁶ In una serie di casi riguardanti la circolazione stradale, infatti, la Corte di Strasburgo ha elaborato un primo temperamento dei criteri in parola, specificando che la concorrenza di procedimenti formalmente diversi è giustificata se fra di essi c'è una sufficiente connessione materiale e temporale (c.d. test *Nilsson*) tale da non violare l'art. 4. Ciò che i giudici richiedono è un sistema coerente e prevedibile nelle risposte sanzionatorie, una coerenza che può dirsi esistente anche se vi siano più procedimenti, purché funzionalmente collegati, al punto da essere considerati un unico *set* di accertamenti. Per questa ricostruzione, cfr. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quaderni Cost.*, 2017, 1, 174.

in tal senso relative alle sanzioni stradali³⁵⁷, ha affermato che non viola la Convenzione l'esistenza di un doppio binario sanzionatorio, purché i due procedimenti siano “sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo”: dunque lo Stato ben può diversificare la risposta all'illecito, qualora ritenga di dover tutelare beni giuridici diversi attraverso procedimenti distinti, a condizione che essi siano riconducibili in un quadro unitario che risulti all'individuo prevedibile e non eccessivamente oneroso nel complesso.

³⁵⁷ Da ultimo Corte E.d.u., 4 ottobre 2016, *Rivard c. Svizzera*, in cui i giudici non hanno ritenuto sussistente la violazione del divieto in un caso di procedimenti paralleli relativi a violazioni di norme sulla circolazione stradale, visto che gli stessi erano strettamente collegati, anche sul piano temporale. Prima del caso *A e B c. Norvegia*, tuttavia, il criterio giustificativo della stretta connessione era rimasto confinato al settore normativo della circolazione stradale, senza divenire – come ora sembra accadere – il nuovo parametro generale di riferimento.

9.- *L'interpretazione convenzionale 2.0 del concetto di "bis":
il caso A. e B. c. Norvegia*

Come anticipato, una particolare evoluzione della materia in esame si è avuta attraverso il recente approdo giurisprudenziale sancito dalla Corte E.d.u. nel caso A. e B. contro Norvegia, in cui si verteva in materia di procedimenti paralleli nell'ambito tributario, il quale ha creato un nuovo presupposto (in verità negativo) del *ne bis in idem*, in quanto si è statuito che la presenza di un ipotetico doppio binario sanzionatorio non viola la Convenzione laddove i due procedimenti siano «*sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo*».

In pillole: i ricorrenti avevano subito un processo formalmente e sostanzialmente penale e, sulla base di alcune evidenze probatorie emerse nel corso del procedimento penale, avevano per giunta subito l'applicazione di una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa) da parte delle autorità fiscali dello Stato (la Norvegia), basate su dichiarazioni rese da questi al Pubblico Ministero.

La Corte, accogliendo parzialmente la linea difensiva del governo baltico appoggiato da altri paesi quali Grecia, Bulgaria, Francia, Rep. Ceca, Moldavia e Svizzera, pur riconoscendo la natura sostanzialmente penale (ai sensi e per gli effetti dei citati *Engel criteria* e delle loro evoluzioni) ex art. 6 C.e.d.u. della sovrattassa applicata ai ricorrenti, ha tuttavia ritenuto che il *modus operandi* delle due autorità nei diversi procedimenti fosse stato sufficientemente coordinato da non comportare alcuna violazione in termini di *bis in idem*, e dunque di violazione dell'art. 4, prot. 7³⁵⁸.

³⁵⁸ Il primo ricorrente, il signor A, veniva arrestato nel 2007 per non avere dichiarato profitti derivatigli da complesse transazioni finanziarie compiute all'estero. Sentito quale indagato, ammetteva di aver compiuto tali transazioni, pur negando la propria responsabilità penale. Nell'ottobre 2008 veniva esercitata l'azione penale nei suoi confronti per il reato di frode fiscale. Poco dopo, nel novembre 2008, l'amministrazione finanziaria gli applicava una sanzione pari al 30% dell'importo non dichiarato (pari a circa 360.000 euro), sulla base tra l'altro delle dichiarazioni da lui rese al momento dell'arresto. Così che il signor A versava l'intero importo dovuto prima della scadenza del termine per impugnare la sanzione, chiudendo così definitivamente il procedimento amministrativo. Nel marzo 2009 veniva condannato in sede penale a un anno di reclusione per frode fiscale aggravata per aver omesso di dichiarare al fisco la somma di 360.000 euro ricavata da transazioni all'estero; nella commisurazione della pena, peraltro, il tribunale dichiarava di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta all'imputato (e da questi già versata al fisco). L'imputato proponeva appello avverso tale sentenza, assumendo già di fronte alla giurisdizione

Per la Corte sono stati decisivi alcuni particolari aspetti.

In primis, gli scopi delle due sanzioni, benché entrambe ugualmente afflittive, erano diversificati e divergenti: la sanzione penale in senso stretto, prettamente punitiva, mentre la sanzione tributaria, tendente alla riparazione del costo economico dell'evasione ai fini della maggiore attività delle autorità fiscali della riscossione, rispetto ai quali la sanzione amministrativa acquista valore tendenzialmente compensativo.

nazionale di essere stato perseguito e punito due volte per lo stesso fatto, in violazione dell'art. 4 prot. 7 C.e.d.u. Tanto la Corte d'appello, quanto la Corte Suprema respingevano tuttavia la doglianza, confermando la condanna, diventata definitiva nel 2010. In particolare la Corte Suprema riconosceva che il fatto che aveva dato luogo alle due sanzioni era sostanzialmente il medesimo, con conseguente sussistenza un *idem* alla luce della sentenza della Grande Camera *Zolotukhin* (2009), nel frattempo intervenuta; riconosceva, altresì, che una sovrattassa pari al 30% dell'importo evaso dovesse essere considerata come sanzione di natura sostanzialmente "penale" in base ai criteri *Engel*, con conseguente applicabilità della garanzia di cui all'art. 4 prot. 7 C.e.d.u.; che la decisione amministrativa con la quale era stata inflitta la sovrattassa doveva essere considerata "definitiva" ai sensi della previsione convenzionale; ma affermava che il divieto di cui all'art. 4 prot. 7 C.e.d.u. varrebbe in maniera assoluta rispetto a procedimenti consecutivi per lo stesso fatto (e cioè in quelle situazioni in cui il secondo procedimento venga avviato dopo la conclusione del primo), mentre andrebbe declinato in maniera meno stringente nell'ipotesi in cui i due procedimenti siano paralleli, come nel caso di specie. Sulla base del criterio emergente da alcune non recentissime *decisioni di inammissibilità* della Corte E.d.u., che – in relazione a procedimenti, appunto, paralleli – avevano respinto allegazioni di violazione dell'art. 4 prot. 7 in relazione a provvedimenti amministrativi di ritiro della patente conseguenti a condanne penali per reati stradali, i giudici supremi norvegesi evidenziavano come tra i due procedimenti (tributario e penale) esistesse nel caso di specie una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" (*sufficient connection in substance and time*) da far sì che le due sanzioni potessero essere considerate come parti di un'unica reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento contro l'illecito rappresentato dall'evasione fiscale, e non come due distinti processi per il medesimo fatto. Del tutto simile la vicenda relativa al secondo ricorrente, il signor B, a sua volta coinvolto nella medesima indagine che aveva condotto alla scoperta della frode fiscale commessa dal signor A. L'amministrazione finanziaria gli contestava nell'ottobre 2008 di non aver dichiarato profitti derivanti da transazioni estere per un importo di circa 500.000 euro, e gli applicava una sovrattassa del 30% rispetto all'importo evaso, sulla base tra l'altro delle dichiarazioni da lui rese nel contesto della parallela indagine penale. Anche in questo caso il signor B pagava gli importi dovuti e il procedimento amministrativo si chiudeva nel dicembre 2008. Nel frattempo, nel novembre 2008 veniva promossa l'azione penale nei suoi confronti. Nel settembre 2009 il Tribunale lo condannava alla pena di un anno di reclusione, tenendo conto nella determinazione della pena della sanzione già inflittagli dall'amministrazione tributaria. La Corte d'appello confermava quindi la condanna, respingendo in particolare l'allegazione di violazione dell'art. 4 prot. 7 C.e.d.u. sulla base degli stessi argomenti utilizzati dalla Corte Suprema in relazione al primo ricorrente; e la Corte Suprema rifiutava di esaminare il caso, rendendo così definitiva la sentenza di condanna. Sia A che B ricorrevano, dunque, alla Corte E.d.u. lamentando la violazione dell'art. 4 prot. 7. I giudici della Prima Sezione alla quale il caso era stato originariamente assegnato, ritenuta la particolare rilevanza delle questioni sollevate dalle parti, rimettevano nel 2015 il caso alla Grande Camera, di fronte alla quale – come già sottolineato – si costituivano ben sei governi a sostegno della posizione dello Stato resistente.

Inoltre la sovrapposizione delle due procedure e la loro esistenza separata non si è protratta a lungo nel tempo, e si è verificata una sorta di circolarità e fluidità probatoria tra i procedimenti, che si sono sviluppati in maniera coordinata e non indipendente; infine il giudice penale ha tenuto conto dell'importo già applicato in sede amministrativa per determinare la pena prettamente penale.

A fronte di ciò, la Corte conia ulteriori e nuovi elementi al fine di rendere convenzionalmente compatibile il sistema del binario multiplo, nello specifico: la "circolarità probatoria" come indice di sostanziale unicità delle procedure circa l'accertamento del fatto; la "compensazione" ed il "peso specifico" in sede penale della sanzione amministrativa come parametro di rispetto del *ne bis in idem* sostanziale; la "connessione temporale" tra le procedure, che si traduce in un confronto tra tempo della simultanea coesistenza e tempo del prolungamento del procedimento concluso per ultimo (che deve essere sufficientemente apprezzabile), in caso di procedure parallele, ovvero della distanza tra apertura e chiusura del procedimento, in caso di procedure consecutive, che non sono del tutto escluse dalla predetta giurisprudenza.

Anzitutto, la sentenza sottolinea che nessuna delle parti ha inteso porre in discussione quanto stabilito nel caso *Zolotukhin* e la nozione di *idem* da essa delineata: la disposizione convenzionale continua, dunque, ieri come oggi, a dipendere dalla commissione di un unico fatto materiale, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica.

Il contrasto concerneva invece, anzitutto, se le sovrattasse potessero essere considerate sanzioni "sostanzialmente penali" agli effetti dell'art. 4 prot. 7; e, in secondo luogo, se la disposizione convenzionale in parola precludesse soltanto procedimenti *consecutivi*, oppure ostasse anche a procedimenti *paralleli* per il medesimo fatto.

Cominciando dal primo profilo, la sentenza si confronta con gli argomenti spesi da alcuni governi intervenuti, che invitavano la Corte ad adottare, in sede di interpretazione dell'art. 4 prot. 7 C.e.d.u., un approccio più restrittivo quanto alla determinazione della materia penale rispetto a quello utilizzato, in particolare, in relazione all'art. 6 C.e.d.u. (§ 106); ma opta alla fine per riaffermare la piena

validità dei criteri *Engel* anche in relazione al diritto al *ne bis in idem*, in omaggio a esigenze di interpretazione sistematica della Convenzione intesa come un corpo unitario.

Più complesso, invece, il discorso relativo al secondo profilo, ovvero quello dell'applicabilità della garanzia del *ne bis in idem* anche ai procedimenti che vengano celebrati parallelamente.

La Corte evidenzia anzitutto come dai propri precedenti emerga pacificamente l'applicabilità, in linea di principio, della garanzia convenzionale anche ai casi di procedimenti paralleli per il medesimo fatto, una volta che uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo. In alcuni casi la Corte aveva, tuttavia, fatto riferimento alla mancanza di una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti, come requisito ulteriore per l'accertamento della violazione. Sulla base di tale criterio, in effetti, due risalenti decisioni di inammissibilità pronunciate dalla Corte (*R.T. c. Svizzera*, del 2000, e *Nilsson c. Svezia*, del 2005) e una più recente sentenza del 2015 (*Boman c. Finlandia*) avevano escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale in relazione ad un provvedimento di revoca della patente per il medesimo fatto che era stato sanzionato anche in esito a un procedimento penale, sottolineando –in particolare nell'ultimo caso citato– come l'autorità amministrativa non avesse compiuto alcun accertamento ulteriore, una volta preso atto della condanna penale dell'interessato per il reato di guida senza patente.

Sul piano metodologico, la Corte specifica anzitutto l'esigenza di lasciare agli Stati contraenti una certa discrezionalità nel decidere come garantire nei rispettivi ordinamenti il diritto al *ne bis in idem*, sancito da un protocollo alla Convenzione ancora non ratificato tra alcuni Stati (Germania, Paesi Bassi, Turchia e Regno Unito), e rispetto al quale quattro Stati contraenti –tra cui l'Italia– hanno espresso riserve con lo specifico fine di contenerne l'ambito di applicazione alle sole decisioni qualificate anche formalmente come “penali” nei rispettivi ordinamenti: riserve, peraltro, talvolta giudicate invalide dalla Corte in relazione alla loro eccessiva genericità, come è accaduto nel caso *Grande Stevens* (§ 117).

Né vanno sottaciute, prosegue ancora la Corte, le perplessità espresse dall'Avvocato generale presso la Corte di giustizia nel caso *Fransson*, che aveva sottolineato come numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema di “doppio binario” di procedimenti e sanzioni penali e (almeno formalmente) amministrative, da sempre giudicato in linea con le rispettive tradizioni costituzionali (§ 118); il che spiega agevolmente, agli occhi della Corte, come ben sei Stati siano intervenuti a sostegno del governo resistente (§ 119).

Muovendo da queste premesse, la Corte afferma che in linea di principio l'art. 4 prot. 7 C.e.d.u. non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale) che si articoli –nel quadro di un approccio unitario e coerente– attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato (§ 121). Compito della Corte è, allora, verificare se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti nella sostanza, o quanto agli effetti pratici, una violazione del divieto di *ne bis in idem* ovvero appaia, al contrario il «*prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria*» (§ 122). Nell'ottica, allora, di un conveniente bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità a prevedere un approccio sanzionatorio calibrato, frutto degli interventi di distinte autorità (amministrative e giurisdizionali), la Corte ritiene di dover valorizzare proprio il test della «*sufficiently close connection in substance and time*» ricavato da parte della propria precedente giurisprudenza e riproposto alla sua attenzione dagli stessi giudici supremi norvegesi (§ 125).

La Corte ritiene che il modo più sicuro per assicurare il rispetto dell'art. 4 prot. 7 sarebbe la previsione di un meccanismo in grado di unificare i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo.

Peraltro, la sentenza ribadisce subito che la disposizione convenzionale non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta, e

purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili (§ 130).

La valutazione, da parte della Corte, circa la sussistenza di tali requisiti dovrà, in particolare, tener conto ad esempio dei fattori seguenti: 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 tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (§ 133).

Proseguendo, la Corte insiste sulla necessità che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica. Ciò non implica, invero, che debbano essere condotti in maniera necessariamente e strettamente parallela; ma è più probabile che si verifichi la violazione convenzionale, in relazione all'entità del pregiudizio subito dall'individuo, allorquando la possibilità di un secondo procedimento sanzionatorio lo esponga a una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte (§ 134).

Precisazione, quest'ultima, che sembra dunque altresì aprire la strada alla possibilità di escludere la violazione anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi *dopo la definitiva conclusione* del primo procedimento.

La Corte riafferma, invero, la natura “sostanzialmente penale” delle sovrattasse del 30 % irrogate a entrambi i ricorrenti, respingendo l'invito dei governi costituitisi a rivedere la propria consolidata giurisprudenza in proposito, e conformandosi così alla valutazione della stessa Corte Suprema norvegese.

Riafferma altresì –ciò che non era in effetti contestato dalle parti– che tanto le sovrattasse, quanto le sanzioni irrogate dai tribunali penali avessero ad oggetto i

medesimi fatti materiali e dunque concernessero –sulla base dei principi espressi nel caso *Zolotukhin*– un *idem*, nonostante l’elemento addizionale della frode che caratterizza l’illecito penale; nonché la natura definitiva del provvedimento che aveva concluso il procedimento amministrativo.

Tuttavia, il vero *punctum dolens* riguardava l’esistenza o meno di una duplicazione dei procedimenti, ossia un *bis* vietato dall’art. 4 prot. 7 C.e.d.u.

La Corte prende atto, anzitutto, del diverso scopo perseguito nell’ordinamento norvegese dalle sanzioni tributarie, da un lato, e dalle sanzioni penali *stricto sensu*, dall’altro: le prime aventi finalità deterrente e, assieme, uno scopo “compensatorio” rispetto ai considerevoli sforzi, umani e finanziari, che l’amministrazione fiscale deve affrontare, nell’interesse dell’intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali; le seconde con una finalità punitiva nei confronti di una condotta antisociale, con un implicito contenuto di rimprovero legato ad un comportamento doloso e fraudolento (§ 144).

La scelta di affidare la risposta sanzionatoria a questo doppio sistema di sanzioni non è, secondo la Corte, illegittima dal punto di vista della Convenzione, anche alla luce della agevole prevedibilità da parte dell’individuo della sua esposizione a entrambi i procedimenti e ad entrambe le sanzioni, nonché dalla circostanza – altrettanto decisiva dal punto di vista della Corte– che i rispettivi procedimenti, svoltisi in parallelo, sono stati in concreto strettamente interconnessi, avendo in particolare l’amministrazione tributaria basato la sanzione, tra l’altro, sulle dichiarazioni rese dagli interessati nel procedimento penale, e avendo per converso i giudici penali tenuto conto, nella commisurazione della pena, delle sanzioni già irrogate dall’amministrazione tributaria (§ 146).

Per tali ragioni, sostiene la Corte, i ricorrenti non hanno subito alcun pregiudizio sproporzionato e ingiusto, essendo esistita tra i due procedimenti, rispetto a ciascuno dei ricorrenti, una «*connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta*», che dimostra che essi formavano parte di un schema sanzionatorio integrato contro fatti di omessa dichiarazione al fisco dei propri guadagni (§§ 147 e 153).

La decisione si è segnalata per aver rappresentato, a conti fatti, una sorta di passo indietro rispetto alla tolleranza e compatibilità convenzionale dei sistemi a doppio binario, dettata forse dalla pressione degli Stati rispetto alle evoluzioni della Corte stessa in materia³⁵⁹.

La decisione in esame, sembra infatti rappresentare un'inversione di rotta rispetto ai suoi stessi precedenti, poiché anche se i giudici affermano di voler fare una semplice opera di chiarificazione del “non detto”, in realtà dismettono l'approccio rigido inaugurato con la decisione *Zolotukhin* e confermato successivamente nella sentenza *Grande Stevens*, per introdurre i nuovi criteri sostituiti della proporzionalità fra sanzioni (prima mai ritenuta rilevante nel sindacare la violazione del divieto), della connessione oggettiva e temporale fra procedimenti e della prevedibilità della doppia sanzione³⁶⁰.

A tale conclusione sembra di poter arrivare valorizzando il recupero, per così dire “compensatorio” della sanzione penale, che tradisce già un sostanziale *bis in idem*; ma lo stesso dicasi in riferimento all'arco temporale in cui possono svilupparsi parallelamente o successivamente i procedimenti, con buona pace della prevedibilità delle sanzioni in capo al singolo individuo.

Se, da un lato, la Corte impone di considerare una forma di proporzionalità nella compensazione, dall'altro, non offre alcun parametro di esatta quantificazione, con la conseguenza che, lasciando la discrezionalità allo Stato, questo eluda di fatto il suo obbligo, arretrando i livelli d'interpretazione anche sul piano del *ne bis in idem* sostanziale.

³⁵⁹ Cfr. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

³⁶⁰ Cfr., COLAIANNI-MONZA, *Il problema del “conflitto” tra ne bis in idem “internazionale” e doppio binario tributario. La parabola del Principio verso l'eclisse?* in *Riv. dir. trib.*, 2017, 2, 36-37. Gli Autori danno particolare rilievo sistematico alla volontà dei giudici, manifestata nelle argomentazioni in diritto, di non volersi porre in contrasto con l'orientamento già consolidato in precedenza, come indicativa di una sentenza che non vuole rappresentare un'inversione di rotta, ma al più una semplice forzatura nell'applicazione di principi già consolidati. Per contro, dunque, conserverebbero ancora una posizione centrale i criteri già espressi in Corte E.d.u., *Nykänen c. Finlandia*, cit., secondo cui se i due accertamenti sono stati indipendenti quanto ad esame del fatto e relativa valutazione probatoria, vi sarebbe *bis in idem*. Il fatto che nel caso *A e B c. Norvegia*, i giudici non abbiano – come avrebbero dovuto, a dire degli Autori – sancito la violazione del divieto, andrebbe interpretato come un semplice incidente di percorso, dovuto più a fattori esogeni che alla volontà precisa di ripensare le proprie coordinate esegetiche.

Tale decisione sembra aver tradito la portata evolutiva del percorso originariamente intrapreso dalla Corte di Strasburgo, reintroducendo, di fatto, nuovi appigli per un'applicazione "formale" del divieto di *bis in idem* tra procedimenti paralleli, ove emergerebbe, in definitiva, una disciplina della continuazione che non tenga conto solo dell'illecito penale, ma anche della violazione amministrativa, senza incidere sul principio di specialità³⁶¹.

Per dovere di completezza, si segnala anche una delle prime applicazioni effettive dei criteri enunciati nella decisione "A. e B.", ovvero la pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo, nel caso "Jóhannesson e a. c. Islanda"³⁶², in cui è stato effettuato il *test* della "*sufficiently close connection*" ravvisando la violazione del principio, senza però dissipare i dubbi e le perplessità generati dal contenuto della verifica.

Riconosciute natura sostanzialmente penale alla sanzione amministrativa e medesimezza fattuale nei due procedimenti secondo il criterio dell'*idem factum*, la Corte ha applicato il *test* della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* per verificare se i due procedimenti potessero essere considerati parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato³⁶³.

Sul piano della connessione sostanziale, al riscontro della complementarità degli scopi e della prevedibilità delle sanzioni si sono accompagnati la notazione secondo la quale la Corte Suprema islandese, nella determinazione della pena da infliggere ai due imputati, ha tenuto conto della già avvenuta irrogazione delle sovrattasse, ma anche del rilievo della duplicazione della raccolta e valutazione delle prove, in quanto l'indagine della polizia era proceduta in maniera indipendente rispetto alla verifica fiscale.

Sul piano della connessione temporale, la Corte ha sottolineato come i due procedimenti avessero coperto (dall'inizio dell'indagine tributaria alla pronuncia penale definitiva) uno spazio di oltre nove anni, procedendo in parallelo solo per un breve periodo, di poco più di un anno. Il quadro temporale, pertanto, come gli stessi

³⁶¹ Cfr. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.

³⁶² Corte E.d.u., Prima Sezione, 18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda. Nell'occasione, sotto esame era il doppio binario sanzionatorio islandese in materia di violazioni tributarie.

³⁶³ Cfr., VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

giudici hanno osservato, era assai diverso da quello caratterizzante la vicenda sfociata nella pronuncia “A e B c. Norvegia”, dove l’arco temporale dei due procedimenti era stato di circa cinque anni e i procedimenti penali erano continuati solo per due anni dopo la conclusione in via definitiva del procedimento tributario. D’altra parte, la centralità riconosciuta alla concreta scansione temporale dei procedimenti, in particolare alla considerevole estensione del procedimento penale dopo la chiusura di quello amministrativo, consolida quella generale impressione di sovrapposizione/confusione di piani concettuali destata da taluni indici del *test*. In effetti, il rischio è di trasfigurare il *ne bis in idem*, rendendolo un improprio rimedio contro l’eccessiva durata del procedimento che “sopravvive” alla definizione del primo³⁶⁴.

³⁶⁴ VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, cit.

10.- Il ne bis in idem nel sistema dell'Unione europea: l'art. 50 C.D.F.U.E. e le applicazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea

L'elaborazione della tutela del principio del *ne bis in idem* prevista dal già menzionato art. 50 C.D.F.U.E., di importanza fondamentale a seguito del Trattato di Lisbona, da parte della Corte di Giustizia ha presentato alcune analogie con il solco trattato dalla “cugina” Corte europea di Strasburgo: in svariate casi la Corte di Giustizia ha, infatti, adottato una visione particolarmente propensa agli aspetti contenutistici e non formalistici della norma di volta in volta presa in esame, al fine di realizzare una tutela dal rischio di molteplici procedimenti per l'*idem factum* quanto più ampia possibile per l'individuo membro dell'Unione.

Infatti, soprattutto nella giurisprudenza degli ultimi anni, si riconoscono nitidamente alcuni prodromi di un approccio sostanzialistico e volto all'aumento di tutela del singolo, anche oltre i rigidi formalismi imposti dalla struttura normativa.

Nel caso *Gözütok*³⁶⁵, il ricorrente veniva arrestato in Germania per traffico di sostanze stupefacenti e sottoposto a procedimento, anche se per gli stessi fatti risultava già processato in Olanda e la relativa azione penale estinta grazie al pagamento di un'ammenda; similmente, il sig. *Brügge*³⁶⁶ era accusato in Belgio di aver inferto dolosamente delle lesioni a una donna, mentre per lo stesso fatto otteneva in Germania l'archiviazione a fronte del pagamento di mille marchi.

Sul rispetto del requisito della definizione del procedimento con “sentenza definitiva”, la Corte di Giustizia chiarisce che la condizione è rispettata se l'azione penale sia estinta da un'autorità che amministra la giustizia penale nello Stato membro e che sia idonea a colpire il comportamento illecito dell'interessato.

I giudici, non hanno ritenuto che la mancanza di un contenuto sostanzialmente giudicante, nel provvedimento di “transazione”, sia un dato sufficiente a precludere l'operatività del divieto, ritenendo al contrario che valorizzare differenze procedurali impedisce la prevalenza dello scopo del Trattato, e cioè lo sviluppo di uno spazio giudiziario dell'Unione in cui la decisione penale possa liberamente

³⁶⁵ Corte Giust. U.E., 11 febbraio 2003, *Gozutok*, C-187/01.

³⁶⁶ Corte Giust. U.E., 11 febbraio 2003, *Brugge*, C-385/01.

circolare: come si può notare, la Corte àncora il divieto alla tutela del cittadino europeo e allo stesso tempo rifugge le ricostruzioni formali che possano pregiudicare il raggiungimento dell'obiettivo della fonte pattizia³⁶⁷.

Orientamento parzialmente corretto e perfezionato attraverso l'analisi del caso *Miraglia*³⁶⁸, dove la Procura di Amsterdam riteneva di dover chiudere il procedimento nei confronti del cittadino, ancor prima dell'esercizio dell'azione penale, per il sol fatto che era già stata esercitata *in idem* l'azione da parte della Procura di Bologna, e conseguenzialmente rifiutava una richiesta di assistenza giudiziaria da parte dei magistrati bolognesi, invocando proprio la precedente decisione di puro rito, sufficiente –secondo gli inquirenti olandesi– ad integrare il requisito richiesto dalla norma. I giudici sovranazionali corrono ai ripari e negano una possibilità esegetica tanto estesa, affermando che la semplice esistenza di un procedimento parallelo non soddisfa i requisiti di operatività del divieto, rendendosi invece necessaria anche una valutazione – seppur minima – sul merito dell'accusa, prima di disporre l'archiviazione. Chiaro l'intento della Corte: evitare che la norma si trasformasse in una clausola di salvaguardia per il reo transfrontaliero, mediante una interpretazione *contra legem* della disposizione, che consentisse di ritenere “giudicato con sentenza definitiva” un soggetto per il sol fatto che fosse già protagonista di un procedimento *aliunde*.

Anche in questo caso siamo di fronte a una decisione non giurisdizionale del pubblico ministero che, come nel caso *Gözütok e Brügger*, dispone l'archiviazione senza l'intervento di un giudice che affronti nel merito l'accusa: tuttavia, mentre nel precedente caso l'atto transattivo era ritenuto comunque un atto autoritativo di amministrazione della giustizia, adottato all'esito di una minima attività di

³⁶⁷ In questa sentenza la Corte comincia a delineare le potenzialità interpretative del *ne bis in idem*, e tuttavia apre una serie di questioni che scaturiscono proprio dall'ampiezza che ad esso conferisce. In particolare, l'aver asserito che pronunce in rito ben possono costituirne un presupposto di operatività, necessita di una opportuna delimitazione di campo, per evitare che – se portata alle estreme conseguenze – la sola esistenza di una attività giudiziaria, indipendentemente dal grado di approfondimento che essa comporta, possa attivare la garanzia dell'art. 54 C.A.A.S.

³⁶⁸ Corte Giust. U.E., 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03. Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza sull'art.54 C.A.A.S., 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.*, 2017, 2, 621-642.

cognizione (e pertanto idoneo a soddisfare il requisito della “sentenza definitiva”), nel caso *Miraglia* la valutazione della Procura è assolutamente discrezionale. Questo consente di dedurre che la fiducia reciproca fra sistemi penali non può spingersi fino a legittimare la totale insindacabilità della rinuncia all’esercizio dell’azione, garantendo al primo Stato membro che ha aperto il procedimento una priorità assoluta, per la sola ragione temporale³⁶⁹.

Interrogandosi sulla “natura” dell’accertamento effettuato con la sentenza definitiva, i giudici di Lussemburgo, nel caso *Van Straaten*³⁷⁰, affrontano il quesito pregiudiziale relativo alla idoneità preclusiva di una sentenza assolutoria per insufficienza di prove: il punto merita particolare attenzione perché consente di coniugare un’interpretazione letterale della disposizione le coordinate interpretative già inaugurate la giurisprudenza precedente.

Nel caso citato i giudici sovranazionali, per coerenza sistematica, sebbene rifiutino di pronunciarsi sul quesito riguardante la possibilità per la sentenza di assoluzione per insufficienza di prove di essere intrinsecamente idonea a formare giudicato³⁷¹, rilevano che –in linea con il caso *Miraglia*– essa rappresenta pur sempre una decisione sul merito dei fatti di causa, e dunque può attivare il *ne bis in idem*³⁷².

³⁶⁹ Analogamente, nel caso *Turansky* (C. Giust. U.E., 22 dicembre 2008, *Turansky*, C-491/07) la Corte ha escluso l’efficacia preclusiva, e quindi la garanzia del divieto, per una decisione della polizia slovacca che sospendeva il procedimento ancor prima della incriminazione, in quanto nel diritto di quello Stato questa decisione non era idonea a generare *bis in idem*. Cfr., in particolare, il punto 44 della decisione, in cui i giudici specificano che l’art. 54 C.A.A.S. non si spinge fino a proteggere il sospettato dall’eventualità dell’accertamento penale in altro Stato per gli stessi fatti.

³⁷⁰ Corte Giust. U.E., 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05.

³⁷¹ Corte Giust. U.E., 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, punto 56. La Corte afferma l’efficacia preclusiva della sentenza di assoluzione per insufficienza di prove innanzitutto grazie al dato positivo, visto che la disposizione pone, accanto al requisito della sentenza definitiva, una condizione specifica proprio in caso di condanna, e cioè che la pena sia stata eseguita o non più eseguibile: è giocoforza affermare, dunque, che se le Parti avessero voluto riferire il divieto alla sola sentenza di condanna, non avrebbero poi introdotto una condizione di operatività dello stesso, specificando che riguarda il solo caso di condanna.

³⁷² Sul punto, la Corte ha riconosciuto efficacia preclusiva anche alla decisione che dichiara l’intervenuta prescrizione del reato (Corte Giust. U.E., 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04), nonché a quella che assolve per insufficienza di prove (Corte Giust. U.E., *Van Straaten*, cit.), o che condanna a pena condizionalmente sospesa (Corte Giust. U.E., 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05), o che è stata pronunciata in contumacia (Corte Giust. U.E., 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07).

Dunque, in chiave europea, sembra notarsi che la *ratio* propria del principio in esame sia quella di limitare lo *ius puniendi* dello Stato verso il cittadino, all'esito di una valutazione tendenzialmente esaustiva degli elementi di causa, «mentre la portata del verdetto non è rilevante»³⁷³, nel convincimento che il *ne bis in idem* sia un diritto fondamentale, che soddisfa due esigenze primarie: garantirgli la certezza e la stabilità degli effetti di una condotta, nel traffico giuridico europeo, e al tempo stesso proteggerlo di fronte a plurime repressioni dello stesso fatto, che trasformerebbero un potere democratico in un reiterabile potere dispotico³⁷⁴.

Il problema centrale, nonché logicamente prioritario rispetto alla nozione di sentenza definitiva, resta il requisito della medesimezza del fatto, e cioè quali devono essere i criteri per affermare che un fatto si pone in rapporto di identità rispetto a un altro già valutato nel merito dal primo Stato membro.

Sono i casi *Van Esbroeck*³⁷⁵ e *Van Straaten*³⁷⁶ a delineare il sentiero interpretativo su cui si muovono i giudici del Lussemburgo, che a causa della obiettiva ampiezza della disposizione, optano per una ricostruzione sistematica e fanno innanzitutto ricorso a tecniche comparative.

Infatti, la Corte di Lussemburgo, verificando il tenore letterale del medesimo divieto contenuto in altri testi pattizi come l'art. 14, n. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sembra scegliere il criterio dei fatti materiali, intesi come «*un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*»³⁷⁷, nel tempo e nello spazio, rimettendo al giudice nazionale il confronto nel caso di specie.

Allo stesso tempo la Corte si preoccupa di evitare che il cittadino già raggiunto da sentenza di condanna e spostatosi in un altro Stato membro riesca da un lato a sottrarsi all'esecuzione della pena (c.d. *forum fleeing*) e, dall'altro, ad opporre al secondo giudice il divieto dell'art. 54, con evidenti effetti distorsivi dello stesso,

³⁷³ Conclusioni dell'Avvocato generale, caso *Van Straaten*, par. 52.

³⁷⁴ L'Avvocato generale sottolinea inoltre come una plurima repressione consista in un trattamento «disumano e degradante», al par. 68 delle conclusioni.

³⁷⁵ Corte Giust. U.E., *Van Esbroeck*, cit.

³⁷⁶ Corte Giust. U.E., *Van Straaten*, cit.

³⁷⁷ Corte Giust. U.E., *Van Esbroeck*, cit., punto 36.

atteso che il suo scopo è garantire uno spazio di sicurezza comune, in cui l'esercizio di una libertà comunitaria non comporti la duplice persecuzione penale, non già un'occasione di impunità per il reo. Chiaro lo scopo: impedire che il costituendo spazio comune di libertà e sicurezza, possa generare delle "sacche" di impunità per il cittadino.

È quanto conclude la Repubblica federale tedesca, nel caso *Spasic*, che riguarda proprio la compatibilità della condizione con la Carta³⁷⁸: la vicenda riguardava un cittadino serbo accusato di aver truffato un cittadino tedesco in Italia, poi condannato in contumacia a una pena detentiva e una pecuniaria. In seguito veniva catturato in esecuzione di un mandato di arresto europeo e sottoposto a processo penale in Germania, nel quale lamentava di non doversi procedere nei suoi confronti ex art. 54 C.A.A.S., avendo egli nel frattempo dato esecuzione alla sola pena pecuniaria.

La Grande Sezione della Corte di Giustizia utilizza il criterio interpretativo fornito dalle Spiegazioni relative alla Carta, nelle quali è chiarito che le eccezioni al divieto, seppur non contenute nella disposizione dell'art. 50, vanno rinvenute nella disciplina generale delle limitazioni ai diritti fondamentali prevista dall'art. 52, par. 1.

Ulteriori avvisaglie di un approccio "sostanzialistico" al *ne bis in idem* emergono anche nel caso *Bonda*³⁷⁹, in cui la Corte di Lussemburgo, nel rispondere al rinvio pregiudiziale sollevato in tale occasione³⁸⁰, nega la natura penale delle sanzioni

³⁷⁸ Corte Giust. U.E., 27 maggio 2014, *Spasic*, C-129/14.

³⁷⁹ Corte Giust. U.E., 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10.

³⁸⁰ La domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia era stata effettuata dalla Corte Suprema polacca. Nel caso di specie la Corte polacca si trovava a dover giudicare, nell'ambito di un procedimento penale, il sig. Bonda, accusato del reato di cui all'art. 297 del codice penale polacco (frode in materia di sovvenzioni) avente ad oggetto i medesimi fatti già giudicati dall'Ufficio circondariale dell'Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola. La Corte polacca, pertanto, con il suddetto rinvio, chiedeva «quale fosse la natura giuridica della sanzione prevista all'art. 138 del regolamento (CE) della Commissione 29 ottobre 2004, n. 1973 (consistente nell'escludere un agricoltore dai pagamenti diretti negli anni successivi all'anno civile in cui ha presentato una falsa dichiarazione quanto all'estensione della superficie costituente la base per siffatti pagamenti diretti)». Sul punto, si veda VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 3, 299; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit., 206.

amministrative di cui all'art. 138, paragrafo 1, secondo e terzo comma, del Regolamento n. 1973/2004/CE³⁸¹.

Nel caso di specie, era stato sollevato un rinvio pregiudiziale nei confronti dei giudici eurounitari da parte della Corte Suprema polacca, nell'ambito di un procedimento penale relativo al reato di frode in materia di sovvenzioni instaurato nei confronti di un soggetto (il signor Bonda, appunto), il quale era stato già precedentemente raggiunto da un provvedimento dell'Ufficio circondariale dell'Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola in merito ai medesimi fatti: quest'ultimo provvedimento, oltre a prevedere l'esclusione del destinatario da determinati benefici, sottoponeva lo stesso ad una misura sanzionatoria sostanzialmente penale, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti umani. La Corte di Giustizia ha risposto alla questione pregiudiziale affermando che la natura amministrativa delle misure irrogate non poteva essere rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte E.d.u. in merito all'idea di "procedura penale", ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 C.e.d.u.: così facendo, da una parte ha richiamato i criteri Engel elaborati dalla Corte europea, dall'altra ha messo in evidenza quanto la nozione di "materia penale" rappresenti un concetto multiforme, a seconda della tipologia di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, del contesto normativo di riferimento nonché dell'interpretazione di volta in volta operata.

Per quanto di interesse, la Corte, se da un lato, precisa come già in alcuni precedenti giurisprudenziali³⁸² avesse escluso il carattere penale delle sanzioni previste in materia di politica agricola comune consistenti nella perdita di un beneficio, dall'altra parte, il Giudice di Lussemburgo osserva che la natura amministrativa delle misure in questione non sia rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, relativa alla nozione di "procedura penale" di cui all'art. 4 Prot. 7. La Corte, quindi, dimostra di "recepire"

³⁸¹ Cfr. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

³⁸² Cfr. Corte Giust. U.E., *Bonda*, cit., par. 28. Tra i precedenti richiamati si veda, a titolo esemplificativo, Corte Giust. U.E., 11 luglio 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, parr. 35 ss.

e fare uso dei criteri elaborati già da tempo a Strasburgo, ovvero qualificazione giuridica “interna”, natura sostanziale dell’illecito, grado di afflittività della sanzione. Essa, infatti, procede a passare al vaglio proprio i suddetti criteri al fine di escludere la natura penale delle sanzioni.

Anche all’interno dell’ordinamento eurounitario, pertanto, si finisce per ricorrere ad una nozione autonoma di “materia penale”, svincolata da formalismi qualificatori; e, parente stretta con quella elaborata a Strasburgo.

Altro importante precedente giurisprudenziale per la delimitazione dell’interpretazione comunitaria di “materia penale”, e conseguentemente del principio del *ne bis in idem*, è costituito dal caso “*Spector Photo Group*” del 2009³⁸³: in tale pronuncia, attinente alla materia degli abusi di mercato, la Corte di Giustizia ha affermato che l’art. 14 della direttiva 2003/6/CE -che impone agli Stati membri di prevedere, nei confronti dei responsabili di un abuso di mercato, sanzioni amministrative che siano efficaci, proporzionate e dissuasive, restando salvo il diritto degli stessi Stati di predisporre sanzioni penali- non dev’essere interpretato come se imponesse agli ordinamenti interni d’infliggere sanzioni penali a carico dei soggetti autori di tali reati, bensì si limita ad enunciare la necessità che tali Stati vigilino affinché vengano applicate sanzioni amministrative nei confronti dei responsabili.

In altre parole, la Corte di Lussemburgo ha inteso rendere chiaro che la direttiva europea in materia di abusi di mercato non costituisce un’autorizzazione, nei confronti degli Stati membri, al ricorso ad una doppia sanzione (penale e amministrativa) nella lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari, utilizzando di fatto uno degli argomenti con cui la Corte E.d.u. risponderà al Governo italiano, condannandolo, nell’ambito della vicenda “Grande Stevens”.

Il “recepimento” degli *Engel criteria* da parte della Corte di Lussemburgo costituisce il fulcro “sostanziale” ed “antiformalistico” dell’interpretazione dell’art. 50 C.D.F.U.E., che si riscontra in un altro -e successivo- noto arresto giurisprudenziale, ovvero il caso *Åkerberg Fransson*³⁸⁴.

³⁸³ Corte Giust. U.E., 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08.

³⁸⁴ Corte Giust. U.E., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10.

In tale vicenda al sig. Fransson veniva comminata una sanzione pecuniaria amministrativa per aver commesso irregolarità contabili negli esercizi 2004-2005³⁸⁵. Quando il provvedimento dell'autorità amministrativa svedese diventava definitivo, il Fransson vedeva proseguire nei suoi confronti un processo penale per frode fiscale aggravata, avente ad oggetto i medesimi fatti già valutati in sede amministrativa. A questo punto, il tribunale di primo grado svedese, ravvisando l'ipotesi del *bis in idem* "eterogeneo", sollevava cinque questioni pregiudiziali davanti alla Corte di Giustizia in base all'art. 267 TFUE³⁸⁶.

Un primo nodo sciolto in tale circostanza è quello concernente il raggio di applicazione del *ne bis in idem* comunitario e di conseguenza, della competenza della Corte stessa. L'art. 51 della Carta, infatti, stabilisce che i principi da essa sanciti si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»³⁸⁷. La Corte, mutando il proprio precedente orientamento, sposa un'interpretazione estensiva, ritenendo sussistente la propria competenza pur riconoscendo come la normativa svedese sia solo indirettamente attuativa del diritto dell'Unione³⁸⁸.

Alla luce di ciò, quindi, va rimarcato che, in base alla soluzione ermeneutica fatta propria dal Giudice dell'Unione, l'art. 50 C.D.F.U.E. trova applicazione non

³⁸⁵ Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., parr. 12-13.

³⁸⁶ Sul punto, LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 3, 883 ss.

³⁸⁷ A tal riguardo, si veda POCAR, *Art. 51*, in Pocar-Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione Europea*, Padova, 2014, 1790-1791.

³⁸⁸ Cfr. Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 16-31. Per un approfondimento sull'interpretazione estensiva operata, si veda LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, cit.; VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 295-296; MONTALDO, *L'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2013, 7, 574 ss., per il quale «Il Giudice dell'Unione pare infatti avvalorare un approccio più dinamico, volto ad individuare un idoneo collegamento con il diritto UE anche in presenza di una disciplina nazionale non diretta in senso stretto a dare attuazione a norme europee». A tal riguardo, si veda pure CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 52 ss.

solamente in relazione a quelle norme di diretto recepimento di atti normativi dell'Unione, ma anche con riferimento a quelle disposizioni interne che con queste ultime presentino «un legame attuativo debole»³⁸⁹; il che si traduce in un ampliamento dell'area di operatività del *ne bis in idem* “comunitario”.

Proseguendo nella sua analisi, la Corte si trova ad operare molteplici considerazioni di interesse, rilevando anzitutto che l'art. 50 della Carta non costituisce un ostacolo affinché lo Stato membro preveda una combinazione di sanzioni tributarie e penali, in relazione alle medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA³⁹⁰, chiarendo tuttavia che, nel caso in cui la sanzione tributaria abbia natura sostanzialmente penale e sia divenuta definitiva, l'art. 50 della Carta di Nizza impedisce l'avvio o la prosecuzione, per i medesimi fatti, di un procedimento penale nei confronti dello stesso individuo.

La Corte inoltre, nello specificare che la natura penale della sanzione tributaria deve essere valutata alla luce dei tre parametri affermati con la pronuncia resa nel caso Bonda (ovvero quelli già noti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo)³⁹¹, dichiara che la valutazione sulla compatibilità del cumulo processuale e sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* spetta anzitutto al giudice nazionale³⁹², il quale può fondare la propria decisione anche avendo

³⁸⁹ Cfr. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

³⁹⁰ Cfr. Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 34: «A tale riguardo, occorre anzitutto rilevare che l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili (v., in tal senso, sentenze del 21 settembre 1989, Commissione/Grecia, 68/88, Racc. pag. 2965, punto 24; del 7 dicembre 2000, de Andrade, C-213/99, Racc. pag. I-11083, punto 19, e del 16 ottobre 2003, Hannl-Hofstetter, C-91/02, Racc. pag. I-12077, punto 17). Esse possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

³⁹¹ Cfr. Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 35: «Occorre inoltre ricordare che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (sentenza del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37)».

³⁹² Cfr. Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 36: «Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del

riguardo agli *standard* nazionali di tutela, purché le rimanenti sanzioni risultino essere effettive, proporzionate e dissuasive³⁹³.

La Corte di Lussemburgo, quindi, così come la Corte E.d.u., afferma che il legislatore nazionale possa prevedere una doppia sanzione, penale e amministrativa, pur in presenza di una medesima infrazione³⁹⁴. Entrambi i Giudici, poi, sono concordi nel ritenere che il cumulo di sanzioni e/o il duplice giudizio per i medesimi fatti nei confronti dello stesso individuo non possano avere dimora giuridica nei rispettivi ordinamenti, allorquando la sanzione, non penale nell'ottica meramente formale, si riveli esser tale sul piano sostanziale; e segnatamente laddove questa sia da qualificarsi come penale in base ai più volte citati *Engel criteria*³⁹⁵.

La Corte di Giustizia, sebbene allineata quasi *in toto* alla visione della Corte alsaziana, in realtà sembra intraprendere una strada parzialmente diversa da quella tracciata a Strasburgo, dando luogo così, in materia di *ne bis in idem*, ad una sorta di divergenza tra il livello di tutela assicurato dalla Carta rispetto a quello assicurato dalla Convenzione.

Difatti, la Corte, non facendo alcun riferimento all'art. 52, par. 3, C.D.F.U.E.³⁹⁶, sembrerebbe condividere il ragionamento adottato nelle Conclusioni dell'Avvocato

punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (v. in tal senso, segnatamente, sentenze Commissione/Grecia, cit., punto 24; del 10 luglio 1990, Hansen, C-326/88, Racc. pag. I-2911, punto 17; del 30 settembre 2003, Inspire Art, C- 167/01, Racc. pag. I-10155, punto 62; del 15 gennaio 2004, Penycoed, C-230/01, Racc. pag. I-937, punto 36, nonché del 3 maggio 2005, Berlusconi e a., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Racc. pag. I-3565, punto 65)».

³⁹³ Per i punti 1-4 illustrati, si confronti Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., parr. 32-37. Sulla quadruplici considerazione della Corte, si confronti anche DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, cit.; VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

³⁹⁴ Cfr. Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 37: «Dalle suesposte considerazioni risulta che occorre rispondere alle questioni seconda, terza e quarta dichiarando che il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice».

³⁹⁵ Cfr. BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 194.

³⁹⁶ LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, cit.; CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust.*

Generale³⁹⁷, il quale si era pronunciato per la non applicabilità di tale disposizione al caso di specie non ritenendolo diritto fondamentale comune nello spazio giuridico “europeo” stante la mancata ratifica di alcuni Stati del Protocollo aggiuntivo della Convenzione. La suddetta disposizione impone di interpretare i diritti garantiti dalla Carta di Nizza attribuendo loro il significato e la portata delle corrispondenti disposizioni C.e.d.u., a meno che il diritto dell’Unione non conferisca una protezione più estesa. Quindi, l’art. 52 par. 3 C.D.F.U.E. imporrebbe di attribuire all’art. 50 della Carta lo stesso significato e la stessa portata dell’art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. Tuttavia, il Giudice di Lussemburgo preferisce dare un’interpretazione autonoma e parzialmente diversa del principio del *ne bis in idem* rispetto a quella adottata a Strasburgo³⁹⁸, probabilmente considerando il fatto che alcuni Stati membri non abbiano ancora ratificato il Protocollo n. 7 C.e.d.u., che in questo modo verrebbe loro applicato attraverso il combinato disposto fra l’art. 50 e l’art. 52 par. 3 C.D.F.U.E.³⁹⁹. Pertanto, la Corte di Giustizia, come sopra accennato, afferma sì che il giudice nazionale, nello stabilire se il diritto interno si ponga in contrasto con l’art. 50 C.D.F.U.E., possa tener conto anche degli «standard nazionali di tutela» (tra i quali rientra sicuramente, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la stessa Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, che assume il carattere di “norma interposta” in forza dell’art. 117 Cost.), ma si affretta anche a

Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in www.diritticomparati.it; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, cit., 205.

³⁹⁷ L’Avvocato Generale, rilevata l’assenza di una ratifica da parte di tutti gli Stati UE del Prot. n. 7, suggeriva alla Corte di privilegiare una soluzione ermeneutica volta a restringere la portata dell’art. 52 par. 3, in base alla quale «l’obbligo di interpretare la Carta alla luce della C.e.d.u. debba essere attenuato quando il diritto fondamentale in questione, o un aspetto dello stesso (come nel caso dell’applicabilità dell’articolo 4 del protocollo n.7 della C.e.d.u. alla duplice sanzione amministrativa e penale), non è stato pienamente incorporato dagli Stati membri». Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, 12.06.2012, Åkerberg Fransson, C-617/10, parr. 70 ss.

³⁹⁸ Cfr. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo?* cit., il quale inoltre sottolinea che la Corte di Giustizia, nei fatti, ha ritenuto di non sentirsi vincolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, alla quale non ha fatto cenno alcuno, affermando che il parametro rilevante era rappresentato *unicamente* dall’art. 50 della Carta.

³⁹⁹ Cfr. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell’ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, cit.

rimarcare che questo non potrà determinarsi per una soluzione che metta in pericolo il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Il giudice nazionale, cioè, stando alle parole della Corte, non potrà accogliere la soluzione maggiormente favorevole per l'individuo, volta all'esclusione del cumulo di procedimenti e di sanzioni sostanzialmente penali, anche se suffragata dagli standard nazionali (e convenzionali) di tutela, laddove ciò porti all'applicazione di sanzioni non sufficientemente efficaci, proporzionate e dissuasive. Per cui anche nell'ambito UE il principio in parola si trova ad operare anche in caso di *bis in idem* eterogeneo, ma, a ben vedere, si tratta di un *ne bis in idem* eterogeneo "temperato" rispetto a quello accolto nella giurisprudenza dei diritti dell'uomo. Alla luce dell'analisi svolta infatti appare evidente come la Corte di Giustizia sia animata da un più marcato atteggiamento di *self-restraint*: mentre presso i Giudici di Strasburgo sarà sufficiente provare la natura materialmente penale anche del secondo giudizio perché sia ravvisata la violazione dell'art. 4 Prot. 7, in base alla soluzione accolta dalla Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale non potrà fermarsi qui, ma dovrà verificare se il venir meno del cumulo sanzionatorio possa minare la proporzionalità, efficacia e dissuasività delle sanzioni previste da atti normativi dell'Unione; nell'ipotesi in cui una simile verifica dia esito affermativo, si imporrà il cumulo di giudizi e (eventualmente) di sanzioni, con un'inevitabile compressione del grado di tutela assicurata all'individuo (con buona pace di quanto affermato all'art. 52, comma 3, C.D.F.U.E.)⁴⁰⁰.

Insomma, la sentenza cerca la quadratura del cerchio evitando di alterare lo schema delle fonti comunitarie e il conseguente riparto di giurisdizioni, consentendo così alla Corte del Lussemburgo di conservare il "privilegio" esegetico sulle materie di competenza dell'Unione, ma senza rinunciare all'importante contributo di tutela che proviene da Strasburgo, nella consapevolezza che esso consente significativi progressi anche sul piano dell'armonizzazione, visto che già da tempo i giudici della Convenzione hanno consolidato una nozione autonoma di "materia penale": tuttavia, essa tende a rimarcare la necessità di applicare solo il suo diritto (l'art. 50),

⁴⁰⁰ Cfr. BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 194.

e richiede al giudice interno di operare una verifica circa la compatibilità della legislazione nazionale con la nuova latitudine che il divieto “europeo” ha assunto, in ciò disattendendo in parte la giurisprudenza della Corte europea, che esclude un ruolo attivo del giudice interno nel valutare questa compatibilità.

Si comprende bene come un simile approccio della Corte di Giustizia porti con sé il rischio di condurre ad un contrasto tra Convenzione e Carta⁴⁰¹: uno Stato, appartenente ad entrambi i “sistemi” C.e.d.u. e UE, potrebbe essere condannato per violazione dell’art. 4 Prot. 7 C.e.d.u., in quanto costretto ad adempiere ai vincoli eurounitari; e viceversa.

Così facendo però, è insito il rischio di uno sterile, quanto forse dannoso, “compromesso”: la Corte E.d.u. sposando una linea meno garantistica, la Corte di Giustizia mutando impercettibilmente il proprio orientamento in una direzione maggiormente attenta (seppur di poco) a salvaguardare l’individuo dal duplice procedimento.

Pertanto, alla base delle evidenziate criticità e degli inevitabili disorientamenti sembra esserci proprio la disarmonia di fondo sussistente tra le interpretazioni del *ne bis in idem* adottate dalle due Corti sovranazionali: da una parte la Corte E.d.u., decisa a sacrificare le esigenze di repressione in ragione del solo e unico fine di tutelare i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, dall’altra la Corte di Giustizia, incline al bilanciamento e al contemperamento tra la salvaguardia di questi ultimi e l’effettiva assicurazione degli interessi dell’Unione e degli Stati che la compongono⁴⁰². Tutto ciò non fa altro che sottolineare quanto sia impervia,

⁴⁰¹ In questo senso si esprime LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell’ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, cit., affermando, tra l’altro, che «alla luce delle precedenti considerazioni, questa soluzione presta il fianco a delle critiche innanzitutto nel merito, poiché comporta, per gli Stati membri che hanno ratificato il Protocollo n. 7, la fissazione di un livello di tutela che, in base alla Carta, è più basso di quello derivante dal Protocollo stesso, con il rischio di obblighi configgenti».

⁴⁰² Cfr. D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 628, che osserva come «la CGUE sembra avere nella sostanza riconosciuto (...) la possibilità per gli Stati membri di prevedere un “doppio binario sostanziale”, che comporti la contemporanea operatività dei due livelli sanzionatori, così come accade nel nostro ordinamento (...) Viceversa, la Corte di Strasburgo pare comunque escludere la possibilità di sanzionare due volte, sul piano amministrativo e penale, il medesimo comportamento abusivo, spingendosi al massimo ad ammettere un “doppio binario progressivo”, nel quale l’operatività concreta di uno dei livelli sanzionatori determini comunque l’impercorsibilità processuale dell’altro».

nell'ambito dei sistemi sanzionatori a doppio binario incompatibili con il divieto di *bis in idem*, la strada che l'interprete deve percorrere per uscire dal labirinto che di volta in volta, a seconda delle esigenze e delle censure mosse a livello sovranazionale, si ritrovi a percorrere.

11.- Lost in translation: Lussemburgo chiama, Strasburgo risponde?

Ai fini di un corretto inquadramento delle dinamiche e dei rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia europea, è opportuno porre attenzione al citato art. 52, par. 3 della C.D.F.U.E.⁴⁰³, poiché lega il livello di tutela offerto dalla Carta –che ormai è diritto primario dell'Unione, e come tale suscettibile di applicazione diretta con relativa disapplicazione della norma interna contrastante– ai contenuti di protezione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo –l'art. 4 del Protocollo n. 7, per quanto di nostro interesse- e alla relativa giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto sulla nozione di “materia penale”⁴⁰⁴, senza però farne scaturire una nuova competenza pregiudiziale per il giudice del Lussemburgo.

Nonostante “l'obbligo” contenuto dell'art. 6, par. 2 del TUE e le lunghe trattative che tutt'oggi intercorrono per completare l'integrazione delle fonti appena citate, non vi è ancora stata un'adesione formale e completa dell'Unione europea alla C.e.d.u.⁴⁰⁵ e ciò porta la Corte di Giustizia ad escludere che si possa pervenire indirettamente ad un risultato di questo tipo, con una interpretazione estensiva dell'art. 6, par. 3 TUE, che attribuisce la veste di “principi generali” del diritto dell'Unione ai diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione, ponendoli sullo stesso piano delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Testualmente, si legge: «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. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁴⁰⁴ A titolo esemplificativo della interpretazione “convenzionalmente orientata” effettuata dalla Corte sul diritto dell'Unione, si veda Corte Giust. U.E., *Bonda*, cit., in particolare i punti 36-46 della decisione, in cui i giudici operano una verifica della natura penale delle sanzioni previste nel Reg. Ue, sulla base dei tre criteri individuati dalla Corte E.d.u. sin dal caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*, per poi escludere la natura penale della sanzione nel caso di specie.

⁴⁰⁵ Ricostruisce questo travagliato itinerario, sottolineando anche la non azionabilità della previsione ex. art. 6 TUE, MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4, 79 ss.

⁴⁰⁶ Il riferimento è Corte Giust. U.E., 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10. Per quanto di nostro interesse, nel caso di specie il Tribunale di Bolzano poneva il quesito pregiudiziale circa le conseguenze da trarsi in ipotesi di conflitto fra la norma nazionale e la norma C.e.d.u., considerata sotto il diverso profilo di principio generale dell'Unione: volendo essere conseguente, il giudice altoatesino chiedeva se questo tipo di contrasto potesse essere risolto con il noto rimedio della

Se quindi lo schema delle fonti comunitarie non può ritenersi mutato, né la Corte di Giustizia può esser investita di una nuova competenza interpretativa in via pregiudiziale, i confini di questa separazione non sono così netti proprio grazie alla clausola di raccordo dell'art. 52, par. 3 della Carta, la quale afferma che nei casi in cui la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla C.e.d.u., «*il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*». Dunque anche se le disposizioni della Convenzione non guadagnano le caratteristiche proprie di una fonte primaria dell'Unione -diretta applicabilità, sindacato diffuso di conformità con l'atto interno ed eventuale disapplicazione- di fatto si verifica una equiparazione, e i contenuti materiali della Convenzione e delle sentenze della Corte di Strasburgo accedono al livello comunitario⁴⁰⁷.

Questa premessa di sistema trova conferme proprio sul campo del *ne bis in idem*, oggetto di affermazioni parallele nelle già citate fonti convenzionali, che tuttavia non sono perfettamente combacianti.

Si è già detto del *revirement* effettuato dalla Corte di Strasburgo dai casi *Zolotukhin* e *Grande Stevens* al poc'anzi menzionato *A e B contro Norvegia*, ed allo stesso tempo si è già affrontata la posizione della Corte di Giustizia nel caso *Fransson*: in realtà tali dinamiche sembrerebbero rappresentare il difficile dialogo tra Corti sovranazionali circa il significato, l'estensione e l'applicabilità di alcune nozioni e garanzie in tema di *bis in idem*.

In quella occasione i giudici del Lussemburgo non si limitavano a recepire i contenuti di tutela elaborati a Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 50 della Carta –peraltro senza mai fare richiamo espresso all'art. 4 del Protocollo n. 7 o alle sentenze della relativa Corte– ma si spingevano fino a temperare la rigidità dell'approccio *Engel*, per così dire, al fine di evitare che una garanzia così ampia

disapplicazione, per contrasto con una norma UE dotata di effetto diretto. Pur riaffermando l'impegno a garantire l'osservanza del contenuto materiale della C.e.d.u. nell'ambito di sua competenza, la Corte esclude che l'art. 6, par. 3 TUE si spinga fino a disciplinare il rapporto che intercorre tra la C.e.d.u. e gli Stati membri, non consentendo quindi di ricorrere al meccanismo della disapplicazione. Cfr. i punti 60-63 della decisione.

⁴⁰⁷ Per queste osservazioni, MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?* Note a margine delle sentenze *Fransson* e *Melloni* della Corte di Giustizia, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3, 245 ss.

potesse mettere in pericolo gli interessi finanziari dell'Unione⁴⁰⁸: dunque se è vero che recepivano i contenuti centrali sulla riqualificazione penale di una sanzione amministrativa, d'altro canto non muovevano una netta censura al cumulo di sanzioni, che al contrario ritenevano praticabile, rimettendo importanti spazi di valutazione circa la compatibilità del cumulo col diritto fondamentale dell'art. 50 della Carta al giudice nazionale, che doveva fare applicazione dei criteri ma al tempo stesso fare salvo il fine ultimo del diritto comunitario, affinché l'estensione del divieto non impedisse che «*le rimanenti sanzioni [fossero] effettive, proporzionate e dissuasive*».

A partire da questa pronuncia, oltre a riaffermare il carattere necessariamente primario del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia modula i contenuti di tutela della garanzia a seconda dell'effetto utile che il suo diritto deve perseguire, e negli spazi normativi in cui concorrono competenze dell'Unione e competenze nazionali, chiede al giudice interno di non compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, per come da essa interpretata: quando il giudice nazionale darà un'interpretazione convenzionalmente orientata del diritto interno, quindi, non dovrà mai compromettere il primato del diritto dell'Unione, così affermando – indirettamente – la prevalenza dell'interpretazione comunitaria su quella convenzionale⁴⁰⁹.

Questa sentenza ha comportato una notevole asimmetria fra i livelli di garanzia che le due Corti hanno apprestato nel tempo, poiché anche nella sentenza *Grande Stevens* del 2014 i giudici alsaziani hanno continuato a fare stringente applicazione dei criteri *Engel* rifiutando il riconoscimento di un ruolo attivo del giudice nazionale nel valutare la natura penale della prima sanzione⁴¹⁰, mentre la Corte di Giustizia

⁴⁰⁸ Corte Giust. U.E., *Åkerberg Fransson*, cit., par. 34.

⁴⁰⁹ Par. 29 della decisione. Sul punto LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 3, 907-908.

⁴¹⁰ I giudici a Strasburgo non ignorano completamente la pronuncia *Fransson* in questa sentenza (par. 229), ma si limitano a replicare al Governo –che sottolineava la divergenza della Corte di Giustizia, che aveva affermato a chiare lettere la ammissibilità del cumulo– che anche la Corte di giustizia richiede che la prima delle due sanzioni non sia di natura penale: vero, ma essi omettono completamente di pronunciarsi sulle problematiche divergenze di tutela aperte proprio da quella sentenza, come il ruolo attivo di valutazione di compatibilità strutturale, riconosciuto al giudice interno, stretto fra gerarchie interpretative (convenzionali e comunitarie) e principio di legalità.

all'opposto gli ha conferito un importante ruolo di compartecipazione nell'individuazione dei confini del *ne bis in idem*, da bilanciare con l'effettiva tutela degli interessi dell'Unione⁴¹¹.

Infatti, da un lato, la Corte europea è costante nell'affermare che spetta solo ad essa valutare la vera natura dell'offesa/reato, ben consapevole che sotto l'egida del principio di legalità il giudice comune difficilmente potrebbe trasformarsi in un giudice "costituzionale" e operare una valutazione –complessa e sistematica– sulla maggiore o minore tutela che deriva all'individuo dall'impianto sanzionatorio dello Stato⁴¹², in termini di lesione del diritto fondamentale a non essere doppiamente perseguito in *idem*.

Dall'altro lato, la Corte di Giustizia, al contrario, fa affidamento proprio sul giudice interno per la tutela dell'interessato⁴¹³, chiedendogli di valutare non solo la natura penale delle sanzioni, ma più significativamente la necessità del cumulo stesso, tra sanzioni penali e tributarie in *idem*.

Così contestualizzata, la sentenza della Grande Camera nel caso A e B contro Norvegia sembra essere il raggiungimento di un nuovo punto di equilibrio, con cui i giudici strasburghesi ravvicinano, calandolo per estensione e qualità, il proprio *standard* di tutela alle diverse coordinate che si è data la Corte di Giustizia⁴¹⁴.

La decisione rappresenta una significativa diminuzione di tutela del principio di *ne bis in idem*, che perde le garanzie apprestate fino a quel momento e risulta

⁴¹¹ Per la ricostruzione esposta nel testo, con la relativa analisi delle criticità nel rapporto fra Corti, sul ruolo da attribuire al giudice nazionale, cfr. DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 469-491; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 969.

⁴¹² Sottolinea le problematiche ricadute della sentenza *Fransson*, GALANTINI, *Il Principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 221.

⁴¹³ Questa scelta processuale sembra dettata sia dalla peculiare struttura giudiziaria dell'Unione, che basa la prima interpretazione e applicazione del proprio diritto su base nazionale, conservando una competenza interpretativa pregiudiziale, sia dalla costante affermazione del primato del diritto dell'Unione, che può giustificare l'esistenza del cumulo se questo ne agevola il mantenimento. Per queste riflessioni, cfr. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quaderni Cost.*, 2014, 3, 743.

⁴¹⁴ Sottolinea le virtualità di questo nuovo approdo, che ha scongiurato il rischio di un «cortocircuito sistemico» nel rapporto fra le Corti, TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, cit., 176. Di diverso avviso DE AMICIS-GAETA, cit., 474, maggiormente critici nei confronti del *revirement* della Corte europea, che avrebbe rivisitato i suoi precedenti «nel tentativo di limitare in qualche modo la forza centrifuga» della Corte di Giustizia.

notevolmente affievolito, a favore di una più intensa tutela delle ragioni dello Stato membro: tra i nuovi criteri enunciati, la gran parte di essi riguardano il giudizio di compatibilità della legislazione statale, in una nuova prospettiva che porta i giudici a fare valutazioni di ponderazione sicuramente lontane da quel giudizio stringente inaugurato nel caso *Zolotukhin*.

Nell'intendimento di limitare drasticamente l'approdo raggiunto in quest'ultimo caso, la Corte sembra voler trasformare il *ne bis in idem* da diritto fondamentale della persona ad interesse primario del soggetto, da porre in relazione e calibrare con l'interesse punitivo dello Stato-Parte, per consentire a quest'ultimo di ottenere il massimo effetto repressivo possibile, su più fronti processuali.

Un diritto fondamentale che viene reso più fluido, non necessariamente inviolabile, ma eventualmente recessivo a condizione che lo Stato offra al cittadino una serie di garanzie tecnico-procedurali, come la tendenziale unità nella raccolta del materiale probatorio «*as far as possible*»⁴¹⁵- e il computo del presofferto quando viene calcolata la pena ulteriore: garanzie che una volta soddisfatte, giustificano la diminuzione di tutela del soggetto, che dovrà tollerare la duplice persecuzione⁴¹⁶.

Insomma, il problema di una repressione efficace richiesta a gran voce dagli Stati, specie in settori strategici per l'esercizio della loro sovranità –come quello tributario– in uno con la concorrenza di interessi fiscali dell'Unione europea, che pure si avvale dell'attività statale per soddisfare le sue esigenze finanziarie, spinge la Corte a sostituire lo scopo di tutela originariamente prefissato, elaborando una soluzione che renda certo lo scopo sanzionatorio ed eviti che il divieto si trasformi in uno strumento di impunità per il *reo*⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Corte E.d.u., *A e B c. Norvegia*, cit., par. 132.

⁴¹⁶ Per queste riflessioni, cfr. l'opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, in Corte E.d.u., *A e B c. Norvegia – Separate opinion*, cit., par. 78-80; secondo questa prospettiva, il *ne bis in idem* sarebbe stato trasformato in uno strumento di politica criminale, che finisce per legittimare «un inedito sistema punitivo, sul modello del Leviatano».

⁴¹⁷ Sul punto CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1, 353.

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM: RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI INTERNI E PROFILI PROCESSUALI

1.- Tentativi di applicazione del diritto sovranazionale e resistenze interne

Come si è avuto modo di vedere, a fronte delle numerose tensioni interpretative che si riscontrano in materia di divieto di doppio giudizio, testimoni delle evoluzioni dei diversi ordinamenti giuridici in materia, il ruolo dello Stato come legislatore principale di presupposti e limiti di operatività del *ne bis in idem*, soprattutto se considerato come una libertà fondamentale, deve essere necessariamente rimeditato ed inserito nel quadro di tutela “multilivello”: nel capitolo precedente si è sottolineato che grazie all’integrazione raggiunta in ambito europeo, la tutela del *ne bis in idem* ha conosciuto nuovi (e inaspettati) livelli di effettività, sganciati dalle categorie formali del diritto penale nostrano, che si riflettono sulla *ratio* dell’istituto in esame e ne impongono una riconsiderazione sistematica⁴¹⁸.

Tale aspetto ha ovviamente comportato una serie di conseguenze intese come resistenze e difficoltà di recepimento interno del preminente ruolo ritagliato a giudice e giurisprudenza sovranazionale.

Infatti, se in origine la questione poteva ritenersi di puro diritto interno, confinata nel dialogo fra voci dottrinali e giudici nazionali, e il profilo internazionale di essa dipendeva sostanzialmente dai suoi legami con la disciplina dell’extradizione, ad oggi il tema del *ne bis in idem* merita di essere rivalutato e nuovamente ricostruito alla luce dei variegati orientamenti interpretativi che ne offrono la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte di Giustizia dell’Unione Europea: difatti, sebbene operanti su assetti normativi diversi dal Codice di procedura penale, tuttavia condizionano l’interpretazione della fonte nazionale.

Si potrebbe disquisire a lungo dei “tormentati” rapporti tra le fonti normative europee e al dialogo in materia tra le Corti nazionali e sovranazionali, già in parte

⁴¹⁸ Per la prospettiva di tutela “multilivello”, DI STASI, *Garanzie “multilivello” e tutela sostanziale nella CEDU*, in Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento interno*, Padova, 2016, 6.

analizzati ed approfonditi, ma quello che più preme è la dinamicità di questi rapporti, tali da alimentare idee nuove, propulsive di interpretazioni rispettose degli irrinunciabili equilibri tra diritto interno e diritto sovranazionale nel tentativo di abbozzare una risposta –seppur mutevole per via della materia– alle dinamiche che condizionano il rapporto tra fonti europee ed interne⁴¹⁹.

La complessa opera di recepimento interno dei principi e delle linee guida, che sconta una naturale avversione e ritrosia del sistema nazionale per via di meccanismi e impostazioni stratificate negli anni e ben difficili da modificare, mostra un quadro composito, effervescente (perché attinente a settori fondamentali del diritto, strettamente aderenti alla realtà di tutti i giorni) e variegato, che si sofferma sulla disamina dei valori fondamentali: ma allo stesso tempo non si può negare come le questioni siano anche altre e ben più significative, quali le ripartizioni di competenze tra Unione europea e Stati membri, nonché la primazia o meno delle fonti dell'Unione europea⁴²⁰.

Si tratta, in breve, di temi di estrema attualità che, pur traendo matrice dal diritto, hanno indubbie radici socio-politiche, ed è anche attraverso questo tipo di inquadramento sistematico che vanno letti alcuni arresti giurisprudenziali ed interpretate alcune prese di posizione interne.

Una preliminare constatazione, è rappresentata dal fatto che l'irrompere nel panorama giuridico interno del diritto sovranazionale possa, in ipotesi, rendere ancor più complessa e complicata la ricerca della certezza del diritto, nel senso che la prevedibilità e la stabilità delle decisioni diviene più difficile da raggiungere, tenuto conto che il giudice si trova a doversi districare in un reticolo normativo multilivello che necessariamente considera anche le norme sovranazionali⁴²¹.

Assicurare la stabilità delle decisioni in nome della nomofilachia, costituisce infatti uno degli obiettivi primari per il sistema, e ciò a prescindere che si tratti di tradizione giuridica di *common law* o di *civil law* con le relative conseguenze in

⁴¹⁹ GIUNCHEDI, *Loquacità, moniti silenzi e ripensamenti nella dialettica tra Corti*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

⁴²⁰ Ancora GIUNCHEDI, *Loquacità, moniti silenzi e ripensamenti nella dialettica tra Corti*, cit.

⁴²¹ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

punto di vincolatività del precedente giurisprudenziale, nel tentativo di offrire una chiave di lettura per la risoluzione delle vicende processuali che verranno e per consentire all'interprete e, prima ancora, alle parti di prevedere l'esito di una vicenda giudiziaria: il tutto riassumibile anche nel concetto di prevedibilità del giudizio e dell'eventuale pena, propugnato a più riprese dalle Corti sovranazionali. Sembrerebbe a prima vista, quindi, che immettere ulteriori fonti (quelle sovranazionali ed eurounitarie) non possa che aumentare il disordine sul piano ermeneutico: in realtà, però, la valorizzazione dei diritti fondamentali anche attraverso l'ausilio dell'attività legislativa e giurisprudenziale delle alte Corti deve guidare l'attività del giudice interno. D'altronde è lo stesso giudice delle leggi che, pur ribadendo il proprio ruolo di paladino dei valori fondamentali del nostro ordinamento, esorta il giudice a proferire gli sforzi alla ricerca di un'interpretazione europeisticamente conforme⁴²² che non perda di vista, però, il «*predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*»⁴²³, aspetto quest'ultimo che sposta il baricentro verso una discutibile posizione di retroguardia.

Comunque, a tacer di ulteriori considerazioni dettate da altri *leading cases*, si può affermare che *law in the books* e *law in action* sono ancora a latitudini differenti e che i possibili motivi di un dialogo internazionale tra Corti ed operatori di sistema rimasto allo stato embrionale, potrebbero ricercarsi nel fatto che addentrarsi da parte del legislatore in determinati contesti comporta una fastidiosa invasione di campo in settori che risentono maggiormente delle scelte politiche e delle ideologie ad esse connesse⁴²⁴.

La prima constatazione da farsi è che i settori dove si registra un dialogo tra Corti vanno aumentando, posto che è sempre più avvertita la necessità di uniformare i principi interni con quelli degli altri Paesi che hanno deciso di fruire della medesima base garantistica costituita dai diritti fondamentali della Convenzione europea, oltre che ad ottemperare alle altre fonti normative dell'Unione europea.

⁴²² Così esemplarmente le citate sentenze gemelle del 2007 (n. 348 e n. 349) e del 2009 (n. 311 e n. 317).

⁴²³ In tal senso, Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

⁴²⁴ Cfr. GIUNCHEDI, *Loquacità, moniti silenzi e ripensamenti nella dialettica tra Corti*, cit.

Il compromesso in realtà dovrebbe canalizzarsi positivamente in un arricchimento delle tradizioni giuridiche interne e sovranazionali finalizzato ad un'incorporazione reciproca e volto alla massima espansione dei diritti e delle tutele del singolo individuo.

Ma poste queste premesse metodologiche, l'idea di fondo che emerge è che la dialettica tra Corti tende a manifestarsi in modo assai variegato, talvolta con ricchezza di soluzioni, quasi ad "imporre" ai singoli Stati quella da adottare; talaltra lanciando dei moniti e palesando sanzioni in assenza di adeguamento; altre volte ancora il dialogo non si è realizzato o quantomeno non si è adeguatamente sviluppato lasciando "campo libero" ad interpretazioni anche assai antitetiche con i principi europei; in altri casi vi sono stati dei ripensamenti⁴²⁵.

⁴²⁵ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzioni e fonti sovranazionali*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

2.- L'impatto della casistica della Corte di Strasburgo

Si è già avuto modo di analizzare l'incidenza di alcuni dei più famosi *leading cases* provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: è però opportuno considerare che l'impatto di questo tipo di giurisprudenza sovranazionale è in realtà potenzialmente ancor più ampio e vasto (verrebbe da dire sconfinato ed illimitato), data la molteplicità di Paesi e di ricorrenti che si rivolgono alla Corte alsaziana e considerata la continua evoluzione interpretativa che accompagna l'operato dei giudici, tale da rendere particolarmente farraginoso "tenere il passo" ed adeguarsi per i singoli Paesi aderenti alla Convenzione.

Per restare in tema, quanto all'applicabilità dell'art. 4 protocollo aggiuntivo n. 7, nei vari settori più disparati la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad intervenire chiarendo come dovesse interpretarsi tale disposizione: il che, d'altra parte, ha sollevato ulteriori questioni circa il recepimento interno di tali interpretazioni, seppur emerse nell'ambito di procedimenti estranei alla situazione giuridica italiana.

Esemplificativamente.

In riferimento ai procedimenti disciplinari, la Corte si è pronunciata su una serie di casi riguardanti i condannati/perseguiti per reati e che sono anche oggetto di un procedimento disciplinare. Nella sentenza *Kremzow c. Austria*⁴²⁶, la Corte ha rilevato che il Tribunale di disciplina non "condannava" di per sé il ricorrente per i reati in questione: il compito del tribunale di disciplina era sostanzialmente limitato all'esame della questione se nel caso del ricorrente quale giudice a riposo la commissione dei gravi reati di cui era stato dichiarato colpevole costituisse anche un reato disciplinare. A parere della Corte, le sanzioni disciplinari sono state le sanzioni tipiche che molti Stati contraenti hanno previsto negli statuti disciplinari dei funzionari in questi casi, ovvero la revoca dei diritti connessi allo *status*

⁴²⁶ Corte E.d.u., Quinta Sezione, 29 maggio 1997, *Friedrich Kremzow c. Austria*. Il caso riguardava un giudice in pensione condannato per omicidio. Successivamente, in un procedimento disciplinare, gli stessi fatti sono stati posti alla base della contestazione disciplinare, tanto che lo stesso ricorrente è stato condannato alla perdita di tutti i diritti connessi alla sua precedente posizione di giudice, compresa la perdita dei suoi diritti pensionistici. Il ricorrente, dunque, lamentava la possibile violazione del principio di *ne bis in idem*.

professionale di dipendente pubblico, compresa la perdita dei diritti pensionistici: di talché, non potendosi qualificare il procedimento disciplinare nei confronti del ricorrente come ulteriore procedimento “penale”, si è ritenuto che non si dovesse applicare l’articolo 4 del protocollo n. 7.

A simili conclusioni, e quindi volte alla netta divisione tra sanzioni disciplinari e sanzioni penali, si è pervenuti nei casi *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*⁴²⁷, in cui la Corte ha constatato che la prima serie di procedimenti disciplinari non soddisfaceva i criteri per essere classificata come penale ai sensi del l’articolo 4 del protocollo n. 7, nonostante l’analisi per cui le caratteristiche del reato in questione erano comunque basate su un assetto tipicamente disciplinare (§ 42). Valutazioni analoghe relative a sanzioni disciplinari sono riscontrabili anche nella sentenza *Luksch c. Austria*⁴²⁸ in tema di sospensione temporanea dell’esercizio della professione di contabile, *Banfield c. Regno Unito*⁴²⁹ sempre riguardo il licenziamento di un agente di polizia e la decadenza dai diritti pensionistici, e *Klein c. Austria*⁴³⁰ in punto di sanzione penale e diritto ad esercitare la professione di avvocato.

In tema di revoca della patente di guida in seguito a condanna penale, la Corte di Strasburgo, nel caso *Hangl c. Austria*⁴³¹, ha rilevato che la revoca della patente di guida del ricorrente costituisce una misura preventiva ma non di natura penale e, di conseguenza, ha ritenuto che il ricorrente non fosse stato giudicato o punito nuovamente per un reato per il quale era già stato condannato in via definitiva. Invece nella vicenda *Nilsson c. Svezia*⁴³², in cui il ricorrente era stato condannato per guida in stato di ebbrezza e per guida senza patente (con

⁴²⁷ Corte E.d.u., Quarta Sezione, 23 agosto 2011, *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*. I ricorrenti, impiegati della compagnia ferroviaria nazionale bulgara, impegnati nell’effettuazione di alcune saldature su un carro, davano fuoco allo stesso. Sulla base di ciò, era stato intrapreso un procedimento amministrativo contro uno dei richiedenti per inosservanza delle norme di sicurezza con annessa condanna al pagamento di un’ammenda. In seguito erano stati intentati procedimenti penali nei confronti di entrambi i richiedenti per aver incendiato deliberatamente oggetti di valore.

⁴²⁸ Corte E.d.u., Prima Sezione, 17 luglio 2008, *Luksch c. Austria*.

⁴²⁹ Corte E.d.u., Quarta Sezione, 18 ottobre 2005, *Banfield c. Regno Unito*.

⁴³⁰ Corte E.d.u., Prima Sezione, 3 marzo 2011, *Klein c. Austria*.

⁴³¹ Corte E.d.u., Terza Sezione, 20 marzo 2001, *Hangl c. Austria*. Il ricorrente era stato condannato per aver superato il limite di velocità e condannato al pagamento di un’ammenda; successivamente, poche settimane dopo l’accaduto, la sua patente era stata temporaneamente ritirata per due settimane.

⁴³² Corte E.d.u., Seconda Sezione, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

conseguente ritiro della patente di guida per 18 mesi), la Corte ha rilevato che, poiché quest'ultima misura era stata adottata diversi mesi dopo la condanna penale, il suo scopo non era unicamente volto alla prevenzione ed alla protezione della sicurezza degli utenti della strada, bensì aveva anche un chiaro carattere punitivo, donde la necessità di dichiararne il carattere penale (nonostante il ritiro della patente in Svezia fosse classificato come misura prettamente amministrativa) ed il divieto di applicare una duplice sanzione ai medesimi accadimenti.

Nel caso *Palmen c. Svezia*⁴³³, in materia di revoca del porto d'armi, la Corte aveva sottolineato che la revoca della licenza di porto d'armi del ricorrente non costituiva, né per la sua natura né per la sua gravità, una sanzione penale ai sensi dell'articolo 4 del protocollo n. 7, e ciò in quanto tale sanzione, di carattere amministrativo ai sensi del diritto nazionale, non è una conseguenza automatica della condanna penale, che non costituisce il fattore decisivo per la revoca della licenza da parte delle autorità, tenendo inoltre in considerazione che l'obiettivo della misura era preventivo piuttosto che punitivo e che il richiedente non dipendeva professionalmente dalla licenza. Un approccio analogo è stato adottato anche nella causa *Manasson c. Svezia*⁴³⁴ per quanto riguarda la revoca di una licenza di guida per violazione degli obblighi fiscali da parte del ricorrente.

In materia di permessi di soggiorno, nel caso *Davydov c. Estonia*⁴³⁵, la Corte ha ritenuto che il rifiuto di concedere un permesso di soggiorno sia una misura amministrativa che non costituisce una sanzione penale ai sensi dell'articolo 4 del protocollo n. 7.

Quanto all'interazione tra un procedimento disciplinare in carcere (che nello specifico aveva comportato l'isolamento del detenuto per 21 giorni) e nozione di

⁴³³ Corte E.d.u., Terza Sezione, 18 febbraio 2006, *Palmen c. Svezia*. Il ricorrente era stato condannato per aggressione al suo partner. In seguito, l'autorità di polizia aveva revocato la sua licenza per armi da fuoco, sostenendo che non era idoneo a possedere un'arma perché l'aggressione era da considerarsi più grave in quanto la violenza aveva avuto luogo in circostanze domestiche e nei confronti di una persona con cui il ricorrente aveva stretti rapporti.

⁴³⁴ Corte E.d.u., Quarta Sezione, 20 luglio 2004, *Manasson c. Svezia*.

⁴³⁵ Corte E.d.u., Terza Sezione, 13 maggio 2005, *Davydov c. Estonia*. Il richiedente non aveva ottenuto il permesso di soggiorno in parte a causa di precedenti condanne penali, lamentando una duplicazione di sanzioni penali in merito.

sanzione penale, nel caso *Toth c. Croazia*⁴³⁶, la Corte ha statuito che la procedura disciplinare non era di natura penale, e che la reclusione in isolamento non aveva prorogato il periodo di detenzione del ricorrente e quindi non aveva comportato un'ulteriore privazione della libertà personale, ma solo un aggravamento delle condizioni della sua detenzione.

In tema di violenza negli stadi e lotta al fenomeno di c.d. *hooliganismo*, nel caso *Seražin c. Croazia*⁴³⁷, la Corte ha rilevato che nel diritto nazionale croato la misura di esclusione operava indipendentemente da un'azione penale e da una condanna di una persona e che la sua applicazione non ne era una conseguenza diretta di qualsivoglia procedimento penale: in realtà, sostengono i giudici di Strasburgo, la misura di esclusione dagli stadi era stata applicata per prevenire una minaccia futura di possibili violenze durante gare sportive o eventi analoghi a beneficio della sicurezza pubblica. Questa natura prevalentemente “preventiva” della misura di esclusione associata alla sua durata e alle modalità di applicazione, nonché alla sua gravità (imposizione di un'ammenda o di una privazione della libertà solo in caso di inosservanza) ha portato alla conclusione che non si trattasse di una sanzione prettamente penale ed all'inapplicabilità dell'art. 4 del protocollo n. 7: in aggiunta, la Corte ha osservato che tale strumento è particolarmente utilizzato anche nel diritto internazionale e comparato in materia, ponendo un forte accento sul carattere preventivo delle misure di esclusione nel contesto della soppressione e prevenzione del tifo violento.

Addirittura in materia di procedimento di *impeachment*, nel caso *Paksas c. Lituania*⁴³⁸, la *Grande Chambre* della Corte è stata chiamata a pronunciarsi in tema di possibile *bis in idem*, sostenendo che il procedimento di *impeachment* contro il presidente della Repubblica per una grave violazione della Costituzione o una

⁴³⁶ Corte E.d.u., Prima Sezione, 9 luglio 2002, *Toth c. Croazia*.

⁴³⁷ Corte E.d.u., Prima Sezione, 8 novembre 2018, *Seražin c. Croazia*. Il caso riguardava l'applicazione di quello che in Italia è il Daspo (v. *infra*), ovvero l'irrogazione di misure di esclusione che vietavano al ricorrente di partecipare a determinate partite di calcio e lo obbligavano a presentarsi alla stazione di polizia più vicina quando si svolgeva la competizione sportiva in questione, che facevano seguito alla condanna della ricorrente in procedimenti d'infrazione di minore entità per violenza negli stadi.

⁴³⁸ Corte E.d.u., Grande Chambre, 25 marzo 2014, *Paksas c. Lituania*.

violazione del giuramento presidenziale, che comporta la sua rimozione dalla carica ed impedisce allo stesso di presentarsi alle elezioni, non rientrava nell'ambito della sfera penale e dunque era da considerarsi estraneo agli articoli 6 e 7 della convenzione e dell'articolo 4 del protocollo n. 7.

Quanto appena enunciato rappresenta solo una parte del *mare magnum* su cui è stata interpellata la Corte E.d.u. negli ultimi anni circa la possibile violazione del divieto di doppio giudizio, il che spiega bene come il nostro ordinamento abbia dovuto in un certo qualmodo rimboccarsi le maniche e adottare strumenti di recepimento interni in alcuni casi, ed allo stesso tempo (manifestando un modo di approcciarsi al diritto sovranazionale piuttosto *d'antan*) meccanismi di difesa dei propri valori e delle tradizioni giuridico-culturali, per ristabilire una primazia politica-giudiziaria.

*3.- La risposta interna alla marea sovranazionale:
il concetto di giurisprudenza “consolidata”*

Quanto appena segnalato nelle pagine precedenti permette di far ulteriore luce sul difficile adeguamento interno agli obblighi internazionali, sempre più vasti e diversificati anche a seconda dei singoli casi e degli ordinamenti coinvolti.

Per arginare, o comunque provare a porre un freno credibile all'ondata di sentenze provenienti da Strasburgo con relativa interpretazione dei principi vincolante ai sensi degli artt. 42 e 46 C.e.d.u., negli ultimi anni il giudice nostrano è stato in un certo qualmodo costretto a rivisitare il rapporto tra le fonti, plasmando, in vece del legislatore, spesso -e colpevolmente- silente o -a conti fatti- inadeguato, criteri e meccanismi ultronei rispetto al mero e freddo dato normativo.

Si è spesso osservato ed enfatizzato in materia l'orientamento “protezionistico” che la Corte costituzionale è andata sviluppando nella sua giurisprudenza sull'articolo 117, co. 1, della Costituzione appunto con riguardo alla portata e agli effetti del vincolo legislativo di osservanza degli obblighi internazionali di natura pattizia, a dispetto delle manifestate aperture verso il principio di massima espansione delle garanzie quale canone generale e presupposto di interpretazione⁴³⁹, degli strumenti di protezione dei diritti fondamentali. Un protezionismo che, forse, ha finito per condizionare l'attitudine complessiva del sistema italiano e delle Corti in particolare nella considerazione dei rapporti tra l'ordinamento costituzionale e le fonti *extra ordinem*, nel loro complesso, rifuggendo da una logica di sistema ed unitaria⁴⁴⁰.

L'osservazione della relativa applicazione nella giurisprudenza costituzionale successiva alle citate sentenze gemelle del 2007, e delle ricadute sul piano legislativo e sulle decisioni dei giudici comuni consente di avanzare alcune ipotesi sul retaggio delle sentenze citate.

⁴³⁹ Cfr. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in Pin (a cura di) *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015, 17 ss.

⁴⁴⁰ Cfr. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

Appare evidente come la Corte costituzionale del 2007 intendesse, da un lato, introdurre un nuovo assetto di rapporti tra le fonti internazionali pattizie e l'ordinamento costituzionale e, dall'altro, ribadire la centralità del proprio ruolo di interprete unico sul piano domestico delle possibili contaminazioni provenienti dall'Europa convenzionale: infatti la norma convenzionale, seppur elevata al rango di «fonte interposta» proprio in virtù della copertura offerta dall'art. 117 Cost., non può per ciò stesso ritenersi sottratta al controllo di costituzionalità, necessario per scongiurare che la relativa osservanza si ponga in conflitto con il rispetto delle norme della Carta fondamentale⁴⁴¹.

Anche dopo la revisione dell'articolo 117, la Carta costituzionale mantiene intatta la propria integrale supremazia sul rispetto degli obblighi internazionali di origine pattizia, i quali legittimamente condizionano l'azione del legislatore, ma senza intaccare il primato assiologico della Costituzione che la Corte è chiamata a custodire.

In questa prospettiva, l'esigenza di verificare la piena conformità alla Costituzione delle norme *extra ordinem* che integrano il parametro di costituzionalità è descritta dal Giudice delle leggi, nella sentenza n. 348, come «assoluta e inderogabile». Il doppio scrutinio di legittimità costituzionale è, pertanto, l'unica modalità atta a evitare il paradosso della possibile declaratoria di incostituzionalità di una norma legislativa per contrasto a una norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione⁴⁴².

La messa in opera del meccanismo instaurato con le sentenze gemelle ha condotto, in realtà, a un ampliamento della tutela costituzionale stessa, per effetto dell'ingresso, nell'ordinamento domestico, di valori e finalità non necessariamente coincidenti con quelli assunti a base del programma recepito nella Carta fondamentale: la tutela costituzionale dei diritti, viene così a essere estesa attraverso la partecipazione a sistemi di protezione sovranazionali come quello allestito dalla Convenzione europea.

⁴⁴¹ Cfr. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, cit.

⁴⁴² Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348.

Un'impostazione che trova conferma, anche nella nota e successiva sentenza n. 317 del 2009, laddove, nel riconoscere l'operatività *«di un livello superiore [di tutela di diritti non adeguatamente garantiti in sede nazionale] già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali»*, la Corte si dichiara indisponibile, oltre che a *«consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno»*, anche ad *«ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale»*, traendo da ciò il necessario insegnamento che *«il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»*.

Tuttavia, è con la sentenza n. 49 del 2015⁴⁴³ che le segnalate aperture hanno conosciuto un deciso ridimensionamento. In tale pronuncia, infatti, la Corte costituzionale, con un brusco (ma non del tutto inaspettato) mutamento di indirizzo, comincia ad assumere un atteggiamento assai più restrittivo riguardo all'ammissibilità di un assetto realmente pluralista del sistema delle fonti da cui trae legittimazione la protezione multilivello dei diritti fondamentali, virando verso una posizione maggiormente conservativa e di chiusura nei confronti delle fonti sovranazionali.

Con la decisione citata, *«la Corte sancisce fermamente il livello sub-costituzionale che la CEDU occupa nelle fonti del Diritto Italiano. Nel caso, pertanto di un contrasto tra i principi fondamentali sanciti in Costituzione ed una norma CEDU, anche come interpretata dalla Corte CEDU, dovrà, se non vi è possibilità di una interpretazione conforme senza ledere nè la CEDU nè la Costituzione, dar prevalenza assoluta ai principi costituzionali eventualmente rimettendo alla Corte Costituzionale una istanza di incostituzionalità, impugnando la legge di ratifica,*

⁴⁴³ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

che permette indirettamente l'ingresso nell'ordinamento di una norma in contrasto con la Costituzione stessa. Questo non vuol dire che il giudice non sia tenuto però all'applicazione in assoluto delle sentenze della Corte CEDU la quale resta interprete principale ed esclusiva dei diritti contenuti nella Carta EDU. Esso sarà tenuto a farlo, però, solo nel caso nel quale le sentenze della Corte CEDU siano di "diritto consolidato" o "sentenza pilota" essendoci nel primo caso una interpretazione consolidata dei diritti in esame mentre nel secondo caso una sentenza di un caso concreto che da una interpretazione della questione che non può non essere accolta senza eccezioni dal giudice a quo». La Consulta si è così pronunciata, interpellata riguardo le conseguenze interne della nota sentenza Varvara c. Italia, che si inserisce nell'alveo dell'ancor più nota Sud Fondi c. Italia, in tema di confisca urbanistica e prescrizione del reato⁴⁴⁴.

In realtà, le questioni di legittimità costituzionale proposte all'attenzione della Consulta sono due: la prima, sollevata dalla Terza Sezione della Cassazione, basata sull'asserita illegittimità dell'art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001, nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte E.d.u., tale disposizione “*non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi*”.

In sostanza, la Cassazione parte dal presupposto secondo il quale l'interpretazione seguita dalla Corte di Strasburgo avrebbe modificato il contenuto della norma interna, travolgendo il diritto vivente che si era formato su di essa.

Tale rilettura ermeneutica dell'art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001, imposta dalle decisioni della Corte E.d.u., si pone in contrasto con le norme costituzionali di salvaguardia del paesaggio, dell'ambiente e della salute, privilegiando rispetto ai predetti valori la tutela del diritto di proprietà, che la nostra Costituzione riconosce soltanto nei limiti della sua “funzione sociale”.

La seconda questione di legittimità (in ordine cronologico) è stata proposta dal Tribunale di Teramo, muovendo da una prospettiva esattamente contraria a quella

⁴⁴⁴ La confisca in esame è contemplata dall'art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001, che stabilisce: “*La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*”.

della Cassazione, quella cioè di adeguare la legge italiana alle decisioni della Corte E.d.u.. In particolare, il giudice di merito dubita della legittimità costituzionale dell'art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001, nell'estensione assegnatagli dal diritto nazionale vivente, per contrasto con l'art. 117, 1° co., Cost., in relazione all'art. 7 C.e.d.u. (così come interpretato dalla sentenza *Varvara*), nella parte in cui consente che l'accertamento della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per prescrizione.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni; tuttavia la decisione, è ricca di indicazioni interpretative sia sul rapporto tra diritto nazionale e diritto di Strasburgo, che sulla specifica materia della confisca urbanistica senza condanna.

In via di estrema sintesi, va segnalato come in relazione al primo aspetto la sentenza n. 49 del 2015 abbia introdotto un elemento di novità che pone a carico del giudice nazionale un compito particolarmente ostico.

Più precisamente, dopo aver ribadito in linea di principio l'obbligo per il giudice interno di interpretazione conforme al diritto della C.e.d.u., la Corte costituzionale si sofferma sui rischi di un uso arbitrario e selettivo dei precedenti, fornendo indicazioni all'interprete per gestire correttamente la giurisprudenza di Strasburgo. La chiave di volta è rappresentata dalla distinzione tra la "giurisprudenza consolidata" della Corte E.d.u., e singole pronunce ancora isolate, o comunque espressive di un orientamento non univoco ed incontrastato: nei confronti di queste ultime, osserva la Consulta, il giudice nazionale non è tenuto ad interpretare la legge italiana in conformità al principio di diritto affermato dalla Corte di Strasburgo.

Dunque, si attribuisce al giudice interno il difficile compito di scandagliare le decisioni della Corte E.d.u. alla ricerca di una "giurisprudenza consolidata", unica condizione in grado di vincolarlo nell'attività interpretativa⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ La Consulta non enumera indicatori che possano consentire al giudice ordinario di comprendere quando ci si trovi dinanzi ad una "giurisprudenza consolidata". Nondimeno, richiama una serie di

Per l'effetto, il giudice interno che condivide un principio affermato dalla Corte E.d.u. in una pronuncia isolata o, comunque, disatteso in altre decisioni, conserva la possibilità di accedere ad una interpretazione della norma italiana conforme a tale pronuncia, ma non è vincolato dalla stessa⁴⁴⁶.

Viceversa, ove il giudice nazionale ravvisi un contrasto non risolvibile in via ermeneutica tra la norma interna e il principio giurisprudenziale europeo in attesa di consolidamento (come accaduto al Tribunale di Teramo nell'interpretazione della norma sulla confisca urbanistica), non potrà impugnare la prima innanzi alla Corte costituzionale in forza dell'art. 117, 1° co., Cost., poiché la norma interposta (ovvero, il diritto della Convenzione per come vive nella giurisprudenza europea) non si è ancora consolidata.

A maggior ragione, di fronte ad una giurisprudenza europea non consolidata, il giudice interno che sospetti l'incompatibilità dei principi enunciati dalla Corte E.d.u. con la Costituzione italiana, non deve sollevare la questione di legittimità costituzionale: non essendo qui tenuto ad un'interpretazione conforme alla giurisprudenza europea, egli dovrebbe attenersi al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, che comunque prevale su quello dell'interpretazione conforme alla Convenzione.

La situazione cambia completamente in caso di contrasto tra il diritto interno e la giurisprudenza consolidata di Strasburgo.

Posto in tal caso il vincolo per i giudici nazionali ad un'interpretazione della norma interna conforme al diritto consolidato della Corte E.d.u., nel caso di antinomia non superabile in via interpretativa, il giudice dovrà sottoporre la questione di legittimità

indici che possono orientare il giudice italiano nel suo percorso di discernimento, nel senso di escludere l'obbligo da parte dello stesso di condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte E.d.u. per decidere il caso concreto: la creatività del principio affermato rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo o persino di contrasto nei confronti di altre pronunce della Corte E.d.u.; la ricorrenza di opinioni dissenzienti; la circostanza che la decisione promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

⁴⁴⁶ Cfr. VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, in www.penalecontemporaneo.it

della norma medesima –ai sensi dell’art. 117, 1° co., Cost.- alla Corte costituzionale, la quale dovrà per l’appunto –verificata la sussistenza dell’antinomia– espungere la norma dall’ordinamento con effetto *erga omnes*.

Ove invece si verifichi il caso (raro) in cui la norma della C.e.d.u., così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si ponga essa stessa in contrasto con la Costituzione, il giudice interno impugnerà per illegittimità costituzionale la legge di adattamento della Convenzione (legge 4 agosto 1955, n. 848), nella parte in cui consente l’ingresso nell’ordinamento di una norma, appunto, incostituzionale.

Riguardo al tema specifico della confisca urbanistica, risolvendo definitivamente sul caso, la Corte costituzionale non ritiene di inquadrare nella nozione di giurisprudenza consolidata il principio di diritto enunciato nella sentenza *Varvara*⁴⁴⁷, dunque rispondendo favorevolmente al quesito se la confisca urbanistica possa essere ancora disposta mediante una sentenza che dichiari estinto il reato per prescrizione (nonostante i forti dubbi sullo stato di accertamento della colpevolezza “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” che può esser verificato in una sentenza di tale genere)⁴⁴⁸.

Dunque, con la sentenza n. 49 del 2015, la Corte abbandona la visione allargata e pluralista fino a quel momento propugnata e che nelle sentenze gemelle era stato delineato, in modo assolutamente innovativo, quale prodotto della contaminazione

⁴⁴⁷ In via di estrema sintesi, secondo la Consulta per poter disporre legittimamente la confisca urbanistica, avente natura intrinseca di pena ai sensi dell’art. 7 della C.e.d.u., è necessario il pronunciamento di un giudice che abbia “sostanza” di condanna; in altri termini, la confisca è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna in senso formale, purché il provvedimento definitorio contenga un accertamento incidentale delle condizioni necessarie per applicare una pena, cioè un accertamento della colpevolezza (e quindi della responsabilità) del soggetto. In realtà, il ragionamento seguito dalla Consulta non sembra tener conto di un altro aspetto della questione sul quale la Corte E.d.u. appare particolarmente sensibile, consistente nella considerazione che in assenza di una condanna in senso “formale” persiste e va garantita la presunzione di innocenza di cui all’art. 6, 2° co., C.e.d.u. In mancanza di una decisione di condanna, la giurisprudenza della Corte E.d.u. sembra propendere per l’orientamento garantista che mira a salvaguardare il soggetto prosciolti da qualsiasi conseguenza negativa.

⁴⁴⁸ Ovviamente, l’accertamento incidentale finalizzato all’applicazione della confisca presuppone che la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva sopraggiunga dopo l’esercizio dell’azione penale, poiché solo nella fase processuale è assicurata la piena partecipazione all’accertamento del destinatario della misura ablativa nel rispetto delle garanzie del “giusto processo”. Viceversa, se il reato di lottizzazione abusiva si prescrive prima dell’esercizio dell’azione penale, è escluso che l’autorità giudiziaria possa disporre legittimamente la confisca di cui all’art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001.

tra i valori costituzionali autoctoni e quelli di volta in volta accolti nel sistema grazie al rilievo assegnato dal meccanismo di cui all'articolo 117 Cost, ritraendosi nel concetto di supremazia della Carta costituzionale sulle altre carte dei diritti, allo scopo di preservare l'identità del programma di valori posto a base dell'ordinamento da mettere eventualmente in discussione solo a fronte di un indirizzo giurisprudenziale consolidato (o di una sentenza "pilota") proveniente da Strasburgo⁴⁴⁹.

Tale visione ha suscitato perplessità⁴⁵⁰, per via -anche- delle sfumature circa i criteri indicati (non tassativi, e solo esemplificativi) per considerare "consolidato" l'indirizzo giurisprudenziale di Strasburgo.

La pretesa di fornire ai giudici comuni un *vademecum* ultimativo per uniformarne gli orientamenti nei casi di conflitto tra le tesi interpretative avanzate dalla Corte europea e il contenuto della legge nazionale si è infranta innanzi all'esecuzione della recente decisione sul caso *De Tommaso c. Italia*⁴⁵¹, laddove il principio di diritto potenzialmente chiamato a imporsi nell'ordinamento recepente è stato affermato per la prima volta dalla *Grande Chambre*. Ciò ha generato un contrasto tra i tribunali che hanno considerato detto principio non sufficientemente consolidato (e perciò insuscettibile di recepimento in sede nazionale) e quelli che, in considerazione dell'importanza del consesso giudicante, hanno deciso comunque di investire la Consulta di una conforme questione di legittimità costituzionale.

Vero è che, con la sentenza n. 49 del 2015, si prospetta un nuovo ordine di rapporti tra la legislazione nazionale, gli obblighi internazionali e i principi costituzionali nel quale entrambe le categorie di fonti, per il semplice fatto di essere subordinate alla Costituzione, possono, indifferentemente, divenire oggetto di scrutinio, in funzione della rispettiva (maggiore o minore) aderenza al dettato costituzionale.

⁴⁴⁹ Cfr. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, cit

⁴⁵⁰ Cfr. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost., sent. n. 49/2015)*, in *Rubrica Studi di Consulta OnLine*, 2015, 1, 181 ss. e RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 325 ss.; sul tema anche VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, cit..

⁴⁵¹ Corte E.d.u., Grande Chambre, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

La norma interposta, pertanto, non è più considerata un elemento in grado di condizionare *a priori* l'azione del legislatore (obbligando il giudice comune, nei casi di conflitto, a sollevare la questione di costituzionalità esclusivamente riguardo alla fonte nazionale, fatta salva la prerogativa autonoma della Corte costituzionale di censurare la norma di rinvio alla fonte interposta per contrasto con la Costituzione), ma può divenire essa stessa oggetto di specifica censura qualora il giudice del rinvio dubiti in prima battuta della sua legittimità.

Per l'effetto, sembrerebbe che con la sentenza n. 49 del 2015 il Giudice delle leggi abbia cominciato ad assumere un atteggiamento di chiusura rispetto agli iniziali intenti delle sentenze gemelle del 2007, mettendo in atto delle "limitazioni" al recepimento interno della giurisprudenza di Strasburgo per salvaguardare l'essenza stessa dell'ordinamento costituzionale, rappresentata dai principi supremi di accesso alla tutela giurisdizionale e di legalità.

4.- *Metamorfosi del concetto di idem factum ed idem legale:*
la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2016

Si sono già in parte analizzate le evoluzioni del Giudice interno sulla spinta delle novità provenienti da Strasburgo che, come già osservato, ha rintracciato nell'art. 4 Protocollo n. 7 C.e.d.u. una nozione di 'fatto' sicuramente più svincolata dal crisma della giuridicità e, dunque, più vicina alla concezione naturalistica analizzata⁴⁵².

Il contrasto, *in medias res* fra il canone giurisprudenziale convenzionale e l'indirizzo della Cassazione, ha imposto ai giudici comuni di interrogarsi sulla validità ed efficacia attuale del sistema processualpenalistico in riferimento all'eliminazione *in nuce* di situazioni in cui siano –o possano essere, fa lo stesso– duplicati tanto i procedimenti di accertamento, quanto le sanzioni per l'*idem factum*⁴⁵³.

L'art. 15 c.p.⁴⁵⁴, è disposizione che venne “concepita” per far sì che venisse radicalmente esclusa la possibilità di far nascere due piste alternative, due binari paralleli attigui, volti a sanzionare il medesimo fatto-reato⁴⁵⁵: nell'oscillante interpretazione della definizione di «*stessa materia*» (*id est*, se da intendere non solo –e non tanto– alla luce dell'originaria impostazione codicistica, quanto soprattutto –e piuttosto– nell'ottica dell'evoluzione legislativa nel tempo)⁴⁵⁶ o

⁴⁵² Sul punto FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 83-84.

⁴⁵³ Cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit.

⁴⁵⁴ A norma del quale «*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*».

⁴⁵⁵ Il sistema prevede anche il criterio di consunzione espressamente disciplinato dall'art. 84 c.p. (secondo il principio *lex consumens derogat legi consumptae*), che esprime la relazione tra due norme di cui una abbia portata maggiore rispetto all'altra, e comporta che quella avente più ampio raggio includa la minore, ricomprendendo quest'ultima ed assorbendone il disvalore giuridico: si tratta dei casi di reato *complesso* e reato *progressivo*, indicando con ciò quel reato i cui elementi costitutivi o le cui circostanze aggravanti sono previste come reati a sé stanti da norme diverse (come nell'ipotesi di scuola della rapina, la quale assorbe i reati di furto e di violenza privata), e la fattispecie criminosa che si configura quando l'agente, da una condotta iniziale che realizza un tipo di reato, pone in essere un nuovo reato che presuppone il primo, come nel caso di passaggio dal sequestro di persona alla riduzione in schiavitù.

⁴⁵⁶ La giurisprudenza, in passato propensa ad avvalersi del criterio di “identità del bene protetto”, ormai sembra essersi assestata verso l'asserzione per cui il principio di specialità opera non solo tra due reati in cui uno è per forza di cose assorbito e compreso nell'altro, ma anche quando lo stesso

relativa al valore ed all'operatività delle clausole di esclusione, è la prassi operativa ed ermeneutica a testimoniare come, di fatto, al principio secondo cui *lex specialis derogat legi generali* venga ritagliato uno spazio che si presenta, all'evidenza, residuale, fino ad arrivare ad una sostanziale amputazione dello stesso⁴⁵⁷.

Senonché, non sono mancati recenti esempi in cui le Corti "interne", alla luce delle summenzionate sentenze nazionali ed internazionali, hanno interpretato il divieto di *bis in idem* in un'ottica convenzionalmente orientata, estendendo in maniera garantista il detto principio in casi prima di allora mai vagliati⁴⁵⁸; tuttavia è innegabile che, anche a fronte di queste aperture innovative, si continui ad assistere ad una locupletazione di procedimenti e di sanzioni formalmente e sostanzialmente

fatto sia riconducibile in tutti i suoi elementi ad entrambe le figure criminose, seppur tra esse non vi sia in astratto un rapporto di genere a specie (ad esempio nelle ipotesi di truffa e millantato credito). In proposito, v. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 248864, secondo cui «*in caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità (art. 15 c.p.) richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle*».

⁴⁵⁷ Si pensi, ad esempio al rapporto intercorrente tra la violenza o minaccia, anche aggravata, e l'estorsione: in proposito, v. Cass., Sez. II, 9 ottobre 2008, Cuomo, in *Mass. Uff.*, n. 242244, secondo cui «*il delitto di violenza o minaccia per costringere a commettere un reato e quello di estorsione possono formalmente concorrere perché essi, data la diversità delle condotte finalistiche e dei beni tutelati, non sono in rapporto di specialità*»; Cass., Sez. V, 13 giugno 2007, in *Mass. Uff.*, n. 237442, alla cui stregua «*il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, previsto dall'art. 513 bis c.p. e avente natura di reato complesso, non può essere assorbito nel reato di estorsione (art. 629 c.p.), in base al criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., trattandosi di norme con diversa collocazione sistematica e preordinate alla tutela di beni giuridici diversi: la disposizione di cui all'art. 513 bis c.p., collocata tra i reati contro l'industria e il commercio, richiede una condotta tesa a scoraggiare mediante violenza o minaccia l'altrui concorrenza e ha come scopo la tutela dell'ordine economico e, quindi, del normale svolgimento delle attività produttive a esso inerenti, mentre la norma di cui all'art. 629 c.p., collocata tra i reati contro il patrimonio, tende a salvaguardare prevalentemente il patrimonio dei singoli. Ne deriva che qualora si realizzino contemporaneamente gli elementi costitutivi di entrambi i reati è configurabile il concorso formale degli stessi, non ricorrendo l'ipotesi del concorso apparente di norme*».

⁴⁵⁸ Cfr. Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, Gasbarro, con nota di GALANTINI, *Il Principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Archivio Penale*, 2015, 215. In particolare, la specifica vicenda processuale riguardava un procedimento che aveva ad oggetto il reato di danneggiamento a carico di un detenuto che, per aver distrutto alcune suppellettili in dotazione alla cella, aveva già subito un giudizio disciplinare secondo la normativa penitenziaria, in seguito al quale gli erano state inflitte le sanzioni disciplinari della esclusione per un certo tempo dalla attività in comune e dell'isolamento continuo, oltre che il prelievo dal peculio di una somma a titolo di risarcimento del danno. A tal proposito il Trib. Brindisi ha affermato che «*l'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. impone di emettere sentenza di non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale per bis in idem quando l'imputato ha subito per il medesimo fatto, all'esito di un procedimento definitivo, una sanzione qualificata come disciplinare nel nostro ordinamento, ma da ritenersi "penale" ai sensi degli artt. 6 Cedu e 4 Protocollo 7 Cedu*».

attinenti alla *matière pénale*, così come delineata dai *dicta* di Strasburgo e non solo, per fatti sostanzialmente scaturenti dalla stessa condotta, o in rapporto tra loro di vincolata successione o progressione temporale il più delle volte inscindibile ed inevitabile⁴⁵⁹, in forza dell'invocata –ma non per ciò solo esistente, anzi– differenza di materia.

È su questa tela, caratterizzata dalla proliferazione di arresti giurisprudenziali sulle tematiche trattate, che si è andata ad inserire la già citata sentenza della Corte costituzionale, n. 200 del 2016, la quale è stata chiamata a fare chiarezza sulla sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione limitava l'applicazione del principio di *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Protocollo n. 7, C.e.d.u.⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Si pensi ad esempio a Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, Favellato, in cui si è ricostruito in termini di “progressione” –e non di specialità– il rapporto intercorrente tra la fattispecie penale di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, (per cui è punito «*chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta*»), e la fattispecie amministrativa di cui all'art. 13, co. 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, (a norma del quale «*chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile*»), tanto che si è ritenuto non operativo il principio di specialità ex art. 19, co. 1, d.lgs. n. 74 del 2000 ed effettivo il concorso di norme, con la conseguenza che «*la previsione dell'illecito amministrativo di cui al co. 1 dell'art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997 e la consumazione in concreto di esso non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000*».

⁴⁶⁰ Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, in www.giurcost.org, relativa all'ormai tristemente noto caso Eternit in cui il giudice rimettente si era trovato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone, sebbene in relazione alla medesima condotta lo stesso imputato, in un precedente giudizio, fosse già stato prosciolto per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, del codice penale. In particolare in quel primo processo penale erano stati contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che l'imputato avrebbe commesso nella sua qualità di dirigente di stabilimenti della società Eternit. Mediante la diffusione di polveri di amianto sarebbero stati cagionati un disastro e un infortunio, che avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone, 186 delle quali erano indicate nei nuovi capi di imputazione per omicidio.

Infatti, la questione litigiosa consisteva nel “districarsi” ai fini della verifica e dell’eventuale riconoscimento della sussistenza dell’*idem factum* alla stregua dei criteri elaborati dalla giurisprudenza dominante degli ultimi anni, che apparivano insufficienti a pervenire ad un risultato unitario e stabile: in particolare, il *punctum dolens* stava in ciò che, nonostante la formulazione testuale dell’art. 649 c.p.p. fosse chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico, il “diritto vivente”, invece, sembrava esigere l’identità del fatto giuridico⁴⁶¹; inoltre, costituiva “tema imposto” scrutinare la possibilità di ravvisare la medesimezza del fatto sulla base di due contestazioni di per sé astrattamente e reciprocamente compatibili con il concorso formale di reati.

In questo caso il giudice rimettente ha lamentato che, a fronte di una formulazione letterale dell’art. 649 c.p.p. volta a porre come termine di raffronto il fatto storico, il diritto vivente esigerebbe invece l’identità del fatto giuridico, inteso come coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati. Ciò posto, poi, lo stesso giudice ha rilevato che il criterio maggiormente restrittivo prescelto dal diritto vivente confligge con altro e più ampio criterio, individuabile da una disamina della giurisprudenza della Corte E.d.u. relativa all’art. 4 Protocollo n. 7 che, a partire dalla Grande camera *Zolotukhin c. Russia*, avrebbe stabilito come il giudizio di identità vada effettuato sulla base della medesima azione od omissione per cui l’agente è stato già irrevocabilmente condannato o prosciolto⁴⁶².

⁴⁶¹ L’identità del fatto giuridico era intesa come la coincidenza e sovrapposibilità tra tutti gli elementi costitutivi del reato e i beni giuridici tutelati. Sul punto, secondo la sentenza «*il giudice sarebbe cioè tenuto a valutare non la sola condotta dell’agente, ma la triade “condotta-evento-nesso di causa”, indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano. Applicando questo criterio al caso di specie il rimettente afferma che l’omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall’omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro aggravata, posto che questi sono due delitti di pericolo, anziché di danno, diretti alla tutela della pubblica incolumità, anziché della vita. Inoltre, l’evento morte, che è elemento costitutivo dell’omicidio, non figura neppure tra le circostanze aggravanti previste dal secondo comma degli artt. 434 e 437 c.p., perché non è necessario per integrare le figure del disastro e dell’infortunio, alle quali queste disposizioni fanno riferimento*».

⁴⁶² Questa seconda questione è stata invece accolta dalla Corte, poiché investe il profilo del concorso formale di reati, e della sua presunta incompatibilità automatica con il divieto di doppio giudizio, nella latitudine che ne offre il diritto vivente interno.

Com'è stato osservato⁴⁶³, al centro della questione preliminare, ma dirimente, c'è una *inferenza* posta in essere dal giudice remittente, secondo il quale, partendo dal presupposto per cui tanto nella Convenzione europea, quanto nella Costituzione (ex art. 111), è possibile rinvenire il più favorevole criterio dell'*idem factum* a dispetto del più restrittivo *idem legale*: in altri termini, la valorizzazione della componente empirica del fatto, promossa da Strasburgo, avrebbe la logica conseguenza – secondo il giudice remittente – di restringere tale componente alla sola condotta e, correlativamente, di escludere dal nucleo fattuale l'evento in rapporto di causalità. Tuttavia, la Corte costituzionale dapprima ha preso atto che «l'identità del "fatto" sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – 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» (sentenza n. 129 del 2008). È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico» ed ha, poi, affermato – nonostante l'esistenza di un orientamento minoritario e contrario – che il diritto vivente – con una lettura conforme all'attuale stadio di sviluppo dell'art. 4, Protocollo n. 7, C.e.d.u. – impone di valutare, assecondando l'approccio storico/naturalistico, l'identità della condotta e dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto a causa della prima⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Cfr. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in www.archiviopenale.it.

⁴⁶⁴ In proposito, la Corte insiste nel sostenere che «non vi è perciò dubbio che nel caso di specie gli indici segnalati dal Giudice rimettente per ritenere diversi i fatti già giudicati rispetto a quelli di omicidio oggetto della nuova contestazione non siano adeguati, perché non possono avere peso a tali fini né la natura di pericolo dei delitti previsti dagli artt. 434 e 437 cod. pen., né il bene giuridico tutelato, né il differente "ruolo" del medesimo evento morte all'interno della fattispecie. Allo stesso tempo, è chiaro che, anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre personex».

In altri termini, per la Corte costituzionale il rapporto di necessità, predicato nel 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, che erano stati "espulsi" attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento, così che sussiste il contrasto tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre il concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4, Protocollo n. 7, C.e.d.u., che vieta – invece – di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo⁴⁶⁵.

Infatti, ai fini della decisione in ordine all'applicabilità della preclusione derivante dal *ne bis in idem* rileva solo il giudizio sul fatto storico, poiché che vi sia un'ipotesi di concorso formale tra i reati giudicati e da giudicare, è elemento che non incide di per sé solo ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., tanto che «è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale»⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Così, prosegue il Giudice delle leggi, alla cui stregua è comunque «il caso di precisare che la conclusione appena raggiunta non impone di applicare il divieto di *bis in idem* per la esclusiva ragione che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione. È infatti facilmente immaginabile che all'unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento. Tale ultima posizione, in particolare, è fatta propria dal diritto vivente nazionale e se ne è già accertata la compatibilità con la Costituzione e con lo stato attuale della giurisprudenza europea».

⁴⁶⁶ In tema, insiste la Corte nel senso che «l'autorità giudiziaria sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi indicati dal rimettente nel giudizio principale (la natura del reato; il bene giuridico tutelato; l'evento in senso giuridico)», concludendo nel senso che «sulla base della triade condotta nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

La Corte nega la fondatezza della ricostruzione fatta dal giudice rimettente, ricostruendo autonomamente gli itinerari decisori seguiti a Strasburgo e deducendone, al contrario, che pur sposando la dottrina dell'*idem factum* non per questo i giudici europei esauriscono il parametro della comparazione, ai fini del giudizio di identità, nella sola condotta naturalistica.

Dunque, in estrema sintesi e salvo gli opportuni rilievi critici, la Corte costituzionale conferma che i giudici alsaziani enucleano una nozione di fatto materiale ed empirica: i giudici costituzionali, nell'argomentare sulla giurisprudenza C.e.d.u., estrapolano contenuti semantici e parametri di valore utili per la decisione, sottolineando, da un lato, l'accennata non univocità della normativa convenzionale, ed affermando, dall'altro, di poter comunque individuare, presso quella Corte, una nozione empirica di fatto, alla base dell'art. 4 protocollo n. 7 C.e.d.u.

Rigettata la prima delle due questioni, l'opzione per l'*idem factum*⁴⁶⁷ fa ritenere ai giudici che non ci sia un'aprioristica incompatibilità concettuale tra il *ne bis in idem* e il concorso formale di reati: difatti con la pronuncia in esame la Corte elimina definitivamente quella sorta di automatismo, da alcuni propugnato, per cui vi sarebbe una inevitabile incompatibilità fra divieto di doppio giudizio e concorso formale di reati, stabilendo dunque che è ammissibile il secondo procedimento relativo alla stessa condotta, purché agganciato a elementi naturalistici ulteriori⁴⁶⁸. Storicamente⁴⁶⁹, in materia di concorso apparente di norme, infatti, si concludeva che quando esso possa essere sicuramente escluso, in virtù della compatibilità fra titoli che possano ritenersi in concorso formale, ciò indicherebbe la volontà del

⁴⁶⁷ La Consulta ritiene però, diversamente da quanto argomentato dal giudice *a quo*, che questa sia la stessa opzione ermeneutica della Cassazione, e per questo, come detto, rigetta la prima questione di legittimità. Cfr. punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶⁸ La Corte ha quindi dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». Si tratta di una sentenza interpretativa che, com'è noto, lascia intatta la disposizione, per dichiarare l'illegittimità di una norma che da essa si trae mediante l'interpretazione, con la peculiarità, in questo caso, che la norma ablatata è il c.d. diritto vivente, ossia l'interpretazione maggioritaria frutto della funzione nomofilattica svolta dalla Corte di Cassazione.

⁴⁶⁹ *Ex multis*, Cass., 17 giugno 2009, n. 25141, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1181, con nota di CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*.

legislatore di sanzionare le diverse ricadute antiggiuridiche che ha la medesima condotta dell'agente, considerato che a tal fine predispone una pluralità di risposte sanzionatorie, ciascuna legata ad uno specifico profilo di disvalore rimproverato all'agente dall'ordinamento. Ne deriverebbe la conseguenza che il sistema ha inteso stabilire al contempo la cedevolezza del divieto di doppio giudizio di fronte alle ragioni di politica criminale così perseguite, ponendo i reati in concorso formale eterogeneo: sicché costruendo la nozione di fatto mediante la triade condotta-nesso causale-evento, e soprattutto senza distinguere l'evento materiale da quello giuridico, si aggira l'irrilevanza testuale del titolo o del grado prevista dall'art. 649 c.p.p. e si ammette un distinto processo per accertare l'ulteriore segmento di illecito. Infatti, utilizzare gli stessi parametri di giudizio anche nel valutare l'identità ai fini del divieto processuale –vale a dire considerare gli stessi elementi normativi sia per vagliare il concorso apparente di leggi penali che per applicare o meno il divieto di doppio giudizio– confligge con l'art. 4 Protocollo n. 7 C.e.d.u., il quale viene correttamente inteso dalla giurisprudenza strasburghese come una garanzia fondamentale che richiede un raffronto, quasi testuale, tra la prima contestazione condensata nella decisione definitiva e il fatto posto a base della nuova imputazione formulata dal pubblico ministero: un nuovo processo è consentito solo in caso di diversità, ma è vietato dalla Convenzione se riguarda lo stesso fatto storico.

In definitiva *«l'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della res iudicata e della res iudicanda è un fattore ininfluyente ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen. [...] e l'ininfluenza in entrambe le direzioni, perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano eseguiti in concorso formale»*⁴⁷⁰.

Dunque, in sintesi, in questa prospettiva il giudice dovrà effettuare un ulteriore e distinto accertamento ai fini dell'istituto processuale in parola, operando un raffronto tra il fatto storico delineato dal giudicato e quello a fondamento della nuova catena procedimentale, sulla base della triade condotta-evento-nesso

⁴⁷⁰ Corte cost., n. 200 del 2016, *cit.*, Punto 12 del *Considerato in diritto*.

causale⁴⁷¹, considerata nella sua dimensione empirica, e senza che assuma rilievo determinante e risolutivo, per il giudizio di identità del fatto, l'eventualità che i reati siano in concorso formale tra loro.

Ciò consente alla Corte di eliminare ogni ipotesi di incompatibilità strutturale fra gli istituti, ma allo stesso tempo, ed è questo il punto, di rifuggire da una ricostruzione che riduca il fatto contemplato dall'art. 649 c.p.p. alla sola condotta dell'agente, deducendo al contrario che l'evento su cui tale condotta ricade ben può divenire un parametro del giudizio di identità, a condizione che l'evento in parola sia considerato nella sua dimensione prettamente empirica⁴⁷²: l'*idem* legale è dichiarato estraneo all'*idem factum*, se riguarda il giudizio di identità, mediante una lettura in linea con le risultanze europee, da cui però si trae l'ulteriore conseguenza –non espressamente prevista dalle decisioni della Corte di Strasburgo– che l'evento può essere indissolubilmente legato alla condotta, sicché qualora la condotta avesse causato due distinti eventi materiali, allora non si porrebbe il problema della preclusione.

Insomma, sulla scorta della nozione di fatto fornita dal Giudice europeo, per il quale esso consiste in un insieme di circostanze fattuali concrete e indissolubilmente legate insieme nel tempo e nello spazio, si argomenta che il perno dell'art. 4 Protocollo n. 7 è la *condotta* materiale, con una forte considerazione unitaria della stessa sul piano spazio-temporale, che sembra prestare il fianco –ed è questo il punto– a una ricostruzione del divieto di *bis in idem* basato sulla sola condotta materiale, ai fini della sua operatività: un argomento, quest'ultimo, rigettato dalla

⁴⁷¹ Nello specifico, la Corte si limita ad emettere una sentenza interpretativa di rigetto, con cui chiarisce di dover intendere il 'fatto' nella sua dimensione materiale e non giuridica; pur esulando dalla sua competenza, la Corte va oltre il puro giudizio di conformità al parametro costituzionale, suggerendo al giudice *a quo* anche gli elementi del 'fatto' da tenere in considerazione per il giudizio di medesimezza in questione. Pone a confronto il criterio della 'triade' e quello della pura condotta, temperata dall'oggetto su cui verte, FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, cit.

⁴⁷² Cfr. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in Cass. Pen., 2017, 1, 73, che sottolinea la natura problematica della soluzione in parola, poiché includendo l'evento non riesce ad evitare che vi sia un plurimo accertamento penale sulla medesima condotta, se in rapporto di causalità con esso, e mette in evidenza le maggiori ricadute che ha questo approccio in una attività complessa, come quella d'impresa, in cui dalla condotta essenzialmente unica dal punto di vista materiale, quale la gestione e il controllo dell'intero ciclo produttivo, possono scaturire plurime conseguenze illecite, spesso dipanate sul piano temporale e dunque 'fisiologicamente' propense ad essere frammentate in successivi processi, piuttosto che riconducibili al *simultaneus processus*.

Corte Costituzionale, che adotta una prospettiva empirica nel considerare il fatto, sulla scia del parametro convenzionale, estrapolando il nucleo di significato del principio europeo per calarlo nell'ordinamento giuridico interno, ma operando le interpolazioni necessarie che consentano di includere l'*evento*, come oggetto fisico della condotta.

Dunque, la soluzione della Corte costituzionale, sembra adeguare l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. alla forte concezione naturalistica, praticata a Strasburgo, delineando una portata del divieto processuale più aderente al piano delle garanzie individuali, e sostituendo al criterio della pura condotta e a quello dell'*idem legale*, la triade condotta-evento-nesso causale, depurata di tutti gli elementi normativi e ancorata a un giudizio fattuale diverso e ulteriore rispetto a quello operato per il concorso formale eterogeneo, spezzando l'automatismo fra esso e il non operare del divieto in parola.

*5.- Primi passi verso l'accoglimento interno
dei criteri sovranazionali in tema di abusi di mercato*

Anche in materia di abusi di mercato, l'operato delle due Corti sovranazionali ha avuto inevitabilmente una ripercussione concreta sulla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, le quali –d'altra parte- si sono mostrate particolarmente restie all'ingresso nell'ordinamento italiano dei principi convenzionali in tema, per lo meno per come concepiti antecedentemente all'elaborazione del *test della sufficiently close connection*⁴⁷³.

In particolare, merita di esser richiamata la sentenza n. 102 del 2016 della Consulta⁴⁷⁴, nella quale, le richieste di valutare la legittimità costituzionale, in relazione all'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. (per il tramite dell'art. 117 Cost.) dell'art. 187-*bis* TUF, o in subordine dell'art. 649 c.p.p., e dell'art. 187-*ter* c.p.p., provenienti rispettivamente dalla quinta Sezione penale e dalla Sezione tributaria della Cassazione, sono state dichiarate inammissibili dalla Corte⁴⁷⁵.

Procedendo per ordine, la Cassazione penale dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis* TUF «*nella parte in cui prevede “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “salvo che il fatto costituisca reato”*»⁴⁷⁶, in quanto una simile dicitura del testo normativo, avrebbe consentito l'ipotesi di due procedimenti paralleli convenzionalmente penali (aventi ad oggetto la stessa condotta di abuso delle informazioni privilegiate), con il connesso rischio di una duplice sanzione per l'interessato, anche laddove uno dei due fosse già

⁴⁷³ Quanto alle resistenze della Cassazione, si veda TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 3, 270, il quale afferma che «*la Suprema Corte aveva resistito con pervicacia alle richieste di estensione degli effetti della giurisprudenza convenzionale all'area delle violazioni fiscali, utilizzando argomenti che, per l'interprete, non rappresentavano ieri e non sono oggi una bussola utile a orientare correttamente il cammino*».

⁴⁷⁴ Corte Cost., 12 maggio 2016, n. 102. Per un commento sulla sentenza, si veda BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 203 ss.

⁴⁷⁵ Cfr. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷⁶ Cfr. Corte Cost., 12 maggio 2016, n. 102, Ritenuto in fatto, punto 1.

passato in giudicato, ponendosi in netto contrasto con il principio del *ne bis in idem* canonizzato dalla Corte Europea.

La Consulta, però, nel dichiarare l'inammissibilità della questione per irrilevanza della stessa, osservava che nella fattispecie il procedimento amministrativo volto ad accertare la violazione dell'art. 187-bis si fosse già concluso con sentenza definitiva, specificando pertanto che *«la Corte rimettente è piuttosto chiamata a giudicare in riferimento al reato di cui all'art. 184, comma 1, lettera b), del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998»*.

Parimenti veniva dichiarata l'inammissibilità della questione, sollevata in subordine alla prima, concernente la legittimità costituzionale 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»*. Ciò in quanto, a parere della Corte, vi sarebbe il rischio altrimenti di generare *«incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente»*, con la seria possibilità di compromettere i principi di effettività e proporzionalità delle sanzioni e di porre in contrasto il principio della parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., con i principi di legalità e determinatezza della sanzione penale di cui all'art. 25 Cost. con gli artt. 111 e 117 Cost.

Quanto, infine, alla questione sollevata dalla Sezione tributaria della Cassazione, circa *«la legittimità costituzionale dell'art. 187-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter dello stesso decreto»*, la Corte Costituzionale ne dichiarava l'inammissibilità per eccessiva genericità del *petitum «in quanto formulato in maniera dubitativa e perplessa»*.

Solo a seguito del cambio di interpretazione intrapreso dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo nei casi *A e B c. Norvegia e Fransson*, si comincia a notare un certo allineamento da parte della giurisprudenza domestica a quella dei Giudici europei. Già con una pronuncia del 2017⁴⁷⁷ la Cassazione cerca di adattarsi agli *standards* convenzionali⁴⁷⁸, dovendo stabilire se la prosecuzione del processo penale, volto all'accertamento del compimento dei delitti di emissione di fatture o documenti per operazioni inesistenti e di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per dichiarazioni inesistenti (di cui rispettivamente agli artt. 2 e 8, d.lgs. n. 74 del 2000), una volta concluso con sentenza definitiva il parallelo procedimento amministrativo-tributario vertente sugli stessi fatti e riguardante il medesimo soggetto, integrasse una violazione del principio del *ne bis in idem* processuale, alla luce dell'art. 4 Prot. 7.

Nel rispondere alla doglianza del ricorrente, la Corte, allineandosi per larga parte ai *dicta* sovranazionali, ricorda la possibilità convenzionale ed eurounitaria di comminare un cumulo di sanzioni (sostanzialmente) penale, laddove sia ravvisabile la stretta connessione sostanziale e temporale delle diverse procedure: tuttavia, la Corte addiuvata alla conclusione della mancata violazione del *ne bis in idem* processuale, sulla base della sola constatazione che i due procedimenti si sono svolti in un lasso di tempo sufficientemente stretto, omettendo di estendere il vaglio anche agli altri parametri elaborati in sede convenzionale⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Cass., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993.

⁴⁷⁸ Cfr. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, cit., 273.

⁴⁷⁹ Cfr. BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., ove si legge che «la motivazione non persuade visto che la Cassazione si limita ad esaminare la sussistenza della sola connessione temporale, mentre sorvola sulla connessione sostanziale». Dello stesso avviso CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4, 12; TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Archivio Penale*, 2018, 2, 8, la quale afferma: «i Giudici di legittimità, soffermandosi esclusivamente sullo sviluppo temporale dei due procedimenti, ravvisano tra gli stessi un collegamento sufficientemente stretto, dovuto alla complessiva contemporaneità del loro svolgersi, così da escludere la violazione del *ne bis in idem*. Gli aspetti sostanziali della connessione, invece, unitamente ai relativi indici elaborati dalla Corte di Strasburgo, non risultano affatto vagliati».

Anche nel recente operato della Corte costituzionale è ravvisabile un allineamento all'interpretazione sovranazionale, laddove la Consulta, con la pronuncia n. 43 del 2018⁴⁸⁰, in merito all'ipotizzato contrasto dell'art. 649 con l'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. (poi negato dalla sentenza), ha chiarito che «*se [...] il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un bis in idem convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto*». Il Giudice delle Leggi, ritenendo implicitamente che non vi siano divergenze tra il caso esaminato e la lezione impartita da Strasburgo nel caso *A e B c. Norvegia*, considera possibile ed anzi necessaria un'interpretazione convenzionalmente conforme della disciplina interna in materia di procedimento tributario e sanzione penale, tale da respingere la questione di costituzionalità prospettata per l'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u., per il tramite dell'art. 117 Cost.

Proseguendo l'analisi evolutiva della giurisprudenza interna, e tornando a focalizzarsi sulla Corte di cassazione, si assiste in alcune recenti sentenze⁴⁸¹, ad un ulteriore passo in avanti nel recepimento delle lezioni europee, sempre in tema di compatibilità del doppio binario sanzionatorio previsto in materia di abusi di mercati con il principio euro-convenzionale del *ne bis in idem*⁴⁸².

Dunque, la Corte, a differenza dei precedenti arresti, reputa indispensabile che i più volte richiamati parametri enunciati nel caso *A. e B. c. Norvegia* siano rispettati cumulativamente, al fine di considerare legittima la duplicazione procedimentale: inoltre la stessa Corte dimostra un atteggiamento aperto ed inclusivo, richiamando

⁴⁸⁰ Corte Cost., 24 gennaio 2018, n. 43. A tal riguardo GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 3, 234 ss.

⁴⁸¹ Cass., Sez. V, 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829; Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869.

⁴⁸² Cfr. Cass., Sez. V, 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, parr. 3.4.a-3.4.e e 3.3.6-3.3.6.g; Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, parr. 9.1 ss., in cui la Corte passa al vaglio proprio i criteri EDU e UE. A tal riguardo si vedano FUSCO-BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 1, 34-35.

alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia⁴⁸³ affini per quanto concerne i principi di diritto da rispettare per i singoli Stati.

Attraverso il collegamento al caso *Garlsson*⁴⁸⁴, il Supremo consesso analizza la possibilità di considerare l'art. 187-terdecies TUF come disposizione idonea a garantire la proporzionalità del carico sanzionatorio richiesta in ambito euro-convenzionale. La Cassazione, prendendo atto di quanto posto in risalto dalla Corte di Giustizia, ossia del fatto che detta disposizione consenta di computare le sole sanzioni amministrative pecuniarie, già definitivamente irrogate, all'interno della

⁴⁸³ Corte Giust. U.E., Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*. La Grande sezione della Corte di Giustizia, nei casi citati, torna a pronunciarsi per la prima volta dopo la fondamentale sentenza della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo *A. e B. c. Norvegia*, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo in tema di reati tributari, abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato. La causa *Menci* (C-524/15) – generata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo porta all'attenzione della Corte di Giustizia il tema del doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributari; la vicenda ha ad oggetto, più precisamente, un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 10-bis, d.lgs. 74/2000, procedimento a carico di un imputato cui era stata già inflitta, in via definitiva, una sanzione pecuniaria qualificata come amministrativa (ma, in tesi, sostanzialmente penale), all'esito del procedimento tributario, ex art. 13 d.lgs. 471/1997, relativa al medesimo importo IVA non pagato. La causa *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16) – generata da un rinvio pregiudiziale della Sezione tributaria della Cassazione civile, ha ad oggetto, invece, la difficile compatibilità fra l'illecito qualificato come amministrativo (ma ritenuto sostanzialmente penale) di cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 e il delitto di manipolazione di mercato di cui all'art. 185 del medesimo decreto legislativo; ciò, in una concreta vicenda che vedeva i ricorrenti opporsi ad un provvedimento sanzionatorio emesso nei loro confronti dalla CONSOB, in un momento successivo a quello in cui il procedimento penale a loro carico si era concluso, in via definitiva, a seguito di sentenza di patteggiamento. Infine, le cause *Di Puma* (C-596/16) e *Zecca* (C-597/16) – generate da due identici rinvii pregiudiziali provenienti dalla Cassazione civile, Sezione seconda e riunite dalla Corte di Giustizia – nell'ambito, anch'esse, di procedimenti di opposizione a sanzioni inflitte dalla CONSOB ai sensi del già ricordato art. 187-ter d.lgs. 58/1998; le sanzioni, formalmente qualificate come amministrative (ma, ancora una volta, ritenute di natura sostanzialmente penale), venivano inflitte ai ricorrenti nonostante una sentenza penale definitiva li avesse assolti, in relazione ai medesimi fatti storici, dall'imputazione per il delitto di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 d.lgs. 58/1998). Tutti i rinvii pregiudiziali sopra esaminati fondano il dubbio di compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio con l'art. 50 C.D.F.U.E. sui medesimi presupposti teorici frutto, in larga parte, delle garanzie approntate, in materia, dall'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. nell'interpretazione fornite dalla Corte E.d.u., ovvero, in estrema sintesi, a) obbligo, laddove la Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea contenga diritti corrispondenti a quelli previsti dalla C.e.d.u., di garantirne il livello e la portata in maniera, almeno, uguale (fatta salva la possibilità, per l'Unione, di innalzare lo *standard* delle garanzie) nelle materie ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (cfr. art. 52§3 C.D.F.U.E.); b) pacifico riferimento della Carta non solo al testo della Convenzione, ma anche ai suoi protocolli (art. 6 § 1 TUE), come interpretati ed applicati dalla Corte E.d.u.. Tutti i rinvii pregiudiziali in questione, tuttavia, fanno riferimento – quanto allo stato della tutela convenzionale del diritto al *ne bis in idem* – ad un momento precedente rispetto alla Grande camera della Corte E.d.u. *A e B c. Norvegia*, dei cui approdi, dunque, non tengono conto nella formulazione delle rispettive questioni.

⁴⁸⁴ Corte Giust. U.E., Grande Sezione, 20 marzo 2018; C-537/16, *Garlsson Real Estate*.

sanzione penale pecuniaria, senza ammettere invece “un’operazione” analoga nel caso in cui a concorrere siano sanzioni penali detentive e sanzioni amministrative (sostanzialmente penali) pecuniarie⁴⁸⁵, addiuvate alle stesse conclusioni cui qualche mese prima era pervenuto il Giudice dell’Unione.

A fronte della possibilità di sproporzione sanzionatoria in danno dell’interessato, la Cassazione conferma la diretta applicabilità dell’art. 50 C.D.F.U.E.⁴⁸⁶, che conduce alla disapplicazione delle norme penali o amministrative interne, in quei casi in cui non operi lo strumento “riequilibrativo” di cui all’art. 187-terdecies⁴⁸⁷.

In chiave di metodo la Cassazione ricostruisce le diverse ipotesi al vaglio del giudice interno, sostenendo che, nel caso in cui fosse il processo penale a chiudersi per primo con sentenza definitiva di condanna e la pena irrogata risultasse di per sé efficace, proporzionata e dissuasiva, il giudice italiano, in forza dell’art. 50 della Carta di Nizza, dovrebbe disapplicare la norma sanzionatoria amministrativa; viceversa, nell’ipotesi diametralmente opposta, che la stessa Corte considera come del tutto eccezionali, sarebbe la norma sanzionatoria penale a dover essere

⁴⁸⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, parr. 3.3.6.h-3.3.6.i e par. 5; Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, par. 9.2. Sul punto, si veda Sul punto, MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it. Quanto alla pronuncia n. 45829 del 2018, bisogna precisare che, la Cassazione, pur prendendo atto della inidoneità dell’art. 187-terdecies (previgente) a garantire sempre la proporzionalità del carico sanzionatorio, ritiene che nel caso di specie il canone della proporzionalità sia stato comunque rispettato. E si determina nel senso della mancata violazione del *ne bis in idem*. A tal riguardo e per un maggior approfondimento, si rinvia a SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Archivio Penale*, 2019, 1.

⁴⁸⁶ Sul punto, si veda Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, parr. 10.1-10.2, in cui il Supremo Collegio ha modo di specificare: «*le conclusioni fin qui raggiunte alla luce degli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia (in linea con quelli della Corte EDU) possono essere così enunciate: nella verifica della compatibilità con il principio del ne bis in idem del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore dell'abuso di mercato, il giudice comune deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo) e, in particolare, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), tenendo conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-terdecies TUF; qualora detta valutazione dovesse condurre a ritenere il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del ne bis in idem, nei termini sopra diffusamente richiamati, il giudice nazionale dovrà dare applicazione diretta al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, disapplicando, se necessario e, naturalmente, solo in mitius, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio*». Cfr., FUSCO-BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse*, cit.

⁴⁸⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, par. 11.3.

disapplicata in ossequio al principio di proporzionalità e adeguatezza complessiva del trattamento sanzionatorio.

Sempre in osservanza di tali principi, la Corte, inoltre, ammette che, nel caso in cui dovesse diventare definitiva per prima la sanzione comminata dalla CONSOB ma si rivelasse non sufficientemente proporzionata e dissuasiva, il giudice penale potrebbe, una volta accertata la responsabilità dell'imputato, comminargli l'ulteriore sanzione penale, anche in misura inferiore al minimo edittale previsto dalla norma incriminatrice («fermo restando il limite minimo previsto dall'art. 23 c.p.»), onde evitare un cumulo sanzionatorio complessivamente sproporzionato⁴⁸⁸. Dunque, non vi è chi non veda un inizio di “internalizzazione” dei parametri convenzionali, quanto di quelli eurounitari.

Ecco che, allora, la metamorfosi⁴⁸⁹ del *ne bis in idem* eterogeneo sovranazionale, sembrerebbe aver cominciato a far breccia nei tessuti interni, seppur in virtù di una tutela dell'individuo in parte ridimensionata e qualitativamente indebolita per il singolo rispetto alla precedente concezione emersa nei casi *Zolotukhin* e *Grande Stevens*: la possibilità di cumulo sanzionatorio è infatti accettata laddove la proporzionalità del complessivo trattamento irrogato assume carattere preminente⁴⁹⁰ ed eventualmente assicurata dalla diretta applicabilità dell'art. 50 C.D.F.U.E.

⁴⁸⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, par. 11.3, in cui si afferma: «Al riguardo, le ulteriori conclusioni raggiunte possono essere così enunciate: in tema di abusi di mercato, nel caso in cui la sanzione irrogata da Consob sia già divenuta irrevocabile, la verifica del giudice penale circa la legittimità, rispetto al principio del *ne bis in idem*, del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore degli illeciti - fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale (e non ricorrente nel caso di specie) in cui la sanzione amministrativa sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, valutato alla luce degli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, degli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato - può comportare esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in mitius della norma che commina dette sanzioni solo nel minimo edittale, con esclusione della multa, in virtù del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-terdecies TUF, e, con riguardo alla reclusione, fermo restando il limite minimo insuperabile dettato dall'art. 23 c.p.».

⁴⁸⁹ Termine usato da PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, cit.

⁴⁹⁰ «La proporzionalità diviene così l'unico criterio che emerge da un coacervo di parametri troppo fumosi e si staglia nel buio scenario del *ne bis in idem*», afferma SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, cit.

6.- Sulla scia del cambiamento: l'intervento del legislatore
in materia di abusi di mercato

Il legislatore italiano pare dare “primi segnali di vita” intervenendo con il d.lgs. 107/2018, in riferimento alla regolamentazione degli abusi di mercato, positivizzando i canoni in materia imposti dal diritto eurounitario (Direttiva 2014/57/ UE, c.d. MAD II e Regolamento 596/2014, c.d. MAR)⁴⁹¹.

Di particolare interesse è la modifica dell'art. 187-terdecies, il quale, nel suo novellato testo, dispone: «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

La seconda parte della disposizione riproduce sostanzialmente quanto previsto nell'art. 187-terdecies previgente, chiarendo che il meccanismo del computo, nella fase esattiva, opera, quanto alla sanzione pecuniaria, indipendentemente da quale dei due procedimenti, penale o amministrativo, si sia concluso per primo con la stabilizzazione del *decisum*. Pertanto, la modifica legislativa perviene a sancire quanto già affermato in via interpretativa, con riferimento all'art. 187-terdecies previgente, anche dalla Cassazione come analizzato in precedenza⁴⁹².

⁴⁹¹ In tema MASUCCI, *I reati contro l'economia*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 292 ss; ma anche MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹² Si leggeva infatti in Cass., Sez. V, 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, par. 9.1 : «pur facendo espresso riferimento la disposizione appena richiamata [l'art. 187-terdecies previgente] all'ipotesi (senz'altro statisticamente più frequente) in cui la sanzione amministrativa pecuniaria sia già stata applicata e, dunque, la pena pecuniaria (così come la sanzione pecuniaria dipendente da reato) debba essere limitata, in sede di esazione, alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa, deve ritenersi (come già affermato da questa Corte con l'ordinanza Sez. 5, n. 1782 del 10/11/2014 - dep. 2015 e in accordo con molteplici voci dottrinali), che il meccanismo "compensativo" ivi stabilito debba trovare applicazione anche quando la sequenza

Passando alla vera novità legislativa, ossia la prima parte della disposizione volta all'introduzione della proporzionalità del cumulo sanzionatorio, pecca forse di vaghezza l'espressione "tener conto"⁴⁹³: tuttavia sembrerebbe che il legislatore abbia previsto che l'autorità giudiziaria e la CONSOB scomputino dalla irroganda sanzione, rispettivamente penale e amministrativa, quanto già sancito dal parallelo procedimento già concluso per il medesimo soggetto e sugli stessi fatti⁴⁹⁴.

Il legislatore, insomma, vuole garantire, sul piano del trattamento sanzionatorio, in materia di *market abuse*, quella proporzionalità della sanzione nei confronti della condotta illecita divenuta parametro principale, tanto nella giurisprudenza EDU che UE, di valutazione della conformità al principio del *ne bis in idem* "eterogeneo" delle legislazioni nazionali strutturate secondo il modello del doppio binario sanzionatorio. Ma la soluzione normativa approntata si rivelerebbe insufficiente quando nel procedimento penale si rendesse necessario comminare una pena privativa della libertà personale inferiore al minimo edittale, allo scopo di evitare che al singolo venisse comminata una pena sproporzionata: in simili ipotesi, come testimoniato dalla recente giurisprudenza di merito⁴⁹⁵, il giudice non potrebbe non ricorrere alla diretta applicazione dell'art. 50 C.D.F.U.E., con conseguente disapplicazione della norma penale (v. *infra*).

Un'ulteriore perplessità riguarda il fatto che il testo normativo si limita a stabilire che l'autorità giudiziaria o la CONSOB debbano tener conto delle sanzioni «già irrogate», senza specificare se queste ultime debbano essere state comminate in via definitiva o meno⁴⁹⁶.

risulti invertita (come espressamente stabilito dall'art. 4, comma 17, del d.lgs. 14/08/2018, n. 107, non ancora in vigore alla data della deliberazione della presente sentenza)».

⁴⁹³ Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit.

⁴⁹⁴ Sostiene, a tal riguardo, sempre MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., per cui «l'interpretazione maggiormente plausibile [...] suggerisce di scomputare dalla sanzione che si intende applicare la quota corrispondente a quella già irrogata»

⁴⁹⁵ Trib. Milano, 15 novembre 2018 (dep. 1 febbraio 2019), n. 14767; commentata da MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.03.2019.

⁴⁹⁶ Come rilevato da BINDI-PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, 79.

Entrambe le soluzioni presentano problemi non indifferenti: se si ritiene che il “bilanciamento” *ex ante* fra le due sanzioni operi in presenza di sanzioni non ancora definitive, questo stesso bilanciamento da parte di una autorità può divenire poi illegittimo a fronte di un giudicato che annulli una delle due o che comunque ne modifichi l’entità⁴⁹⁷. All’opposto, se si ritiene che il meccanismo compensativo operi solo allorquando le sanzioni irrogate nel parallelo procedimento siano definitive, si potrebbe osservare come si renda indispensabile l’introduzione, per via normativa, di un meccanismo di sospensione dell’esecuzione della sanzione amministrativa, analogo a quello previsto in materia tributaria (artt. 20 ss. d.lgs 74/2000)⁴⁹⁸.

Ad ogni modo, e volendo prescindere dalle imprecisioni e dalle lacune del testo normativo, la novella legislativa sembra fare un passo avanti⁴⁹⁹ quanto alla recezione degli stessi arresti della giurisprudenza eurolunitaria⁵⁰⁰: l’art. 187-*terdecies* è infatti orientato a garantire la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, il quale non deve essere eccessivo rispetto alla condotta antisociale posta in essere dal soggetto agente.

Nonostante ciò, sembra potersi condividere il rilievo che il legislatore avrebbe potuto fare di più: viene notato, infatti, che, se una simile disciplina si pone il problema di impedire che un medesimo soggetto sia condannato a patire un carico sproporzionato rispetto a quanto commesso, questa tuttavia non pare tenere conto del fatto che il principio del *ne bis in idem*, nella sua dimensione dinamica, opera prima ancora sul piano processuale che su quello sostanziale⁵⁰¹; cosicché la via che il legislatore avrebbe potuto e dovuto intraprendere, e verso la quale lo stesso

⁴⁹⁷ Così BINDI-PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, cit.

⁴⁹⁸ Cfr. BINDI-PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, cit.

⁴⁹⁹ In realtà, si potrebbe al più parlare di un “mezzo passo”, se si pensa al perdurante “rischio” della necessità di disapplicare la norma incriminatrice interna, quanto al limite edittale minimo.

⁵⁰⁰ Sul punto FUSCO-BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse*, cit. osserva: «*innegabile è il miglioramento, posto che, nella previgente versione, l’art. 187terdecies TUF limitava il suo ambito all’esazione delle sole sanzioni pecuniarie*».

⁵⁰¹ Come rilevato da MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., infatti, «*la disciplina di nuovo conio è del tutto indifferente alla dimensione processuale del ne bis in idem*».

legislatore eurounitario pareva indirizzarlo⁵⁰², sarebbe stata quella di una sostanziale abolizione del doppio binario sanzionatorio, attraverso una netta divisione tra fatti più gravi, da ricondurre nell'area del penalmente rilevante, e fatti meno gravi, da sottoporre alle sanzioni amministrative, passibili di essere irrogate dalla CONSOB⁵⁰³.

⁵⁰² Cfr. MASUCCI, *I reati contro l'economia*, cit., laddove si legge che «la direttiva rappresenta [...] la fonte di legittimazione di una tutela rigidamente penalistica, circoscritta a fatti "gravi", mentre per i fatti non gravi, o per i quali non sia provato il dolo, opererebbe quanto meno la sanzione amministrativa, salva la possibilità per gli stati di adottare un modello integralmente penalistico. La materia è comunque ordinata al divieto di doppia punizione dell'identico fatto (considerando 23), in ossequio a un principio riconosciuto ed applicato dalla Corte EDU [ma anche dalla Corte di Giustizia, aggiungiamo noi] proprio in riferimento agli abusi di mercato (quali configurati nel T.U.F.)».

⁵⁰³ Cfr. FUSCO-BAGGIO, *recenti pronunce in materia di market abuse*, cit., 30, ove si legge che: «si registra, al riguardo, un'altra occasione persa, da parte del legislatore interno, che, anche con il recentissimo D. L.vo n. 107/18, ha abdicato al compito – per la verità non facile – di distinguere i casi più gravi di insider trading e manipolazione del mercato, da assoggettare a sanzione penale, rispetto a quelli meno gravi, cui applicare la sanzione amministrativa».

7.- *Ulteriori sviluppi giurisprudenziali interni:
in cerca di una traccia per il futuro*

La sentenza del Tribunale di Milano poc'anzi segnalata⁵⁰⁴ mette in luce aspetti interessanti in tema di *market abuse*.

A fronte dell'impossibilità del giudice, a livello di norma scritta, di poter graduare la sanzione da irrogare, seppur nei fatti risultante il cumulo tra sanzione penale ed amministrativa sproporzionata rispetto all'illecito perpetrato, il Tribunale meneghino ribadisce che il precipitato della giurisprudenza delle Corti europee vincola altresì il giudice nazionale, chiamandolo in ogni caso a «verificare la sussistenza del requisito della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato», imponendogli altresì «*qualora questa valutazione conduca a ritenere detto trattamento lesivo della garanzia del ne bis in idem, (...) [di] dare diretta applicazione al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, disapplicando in mitius le norme che questo trattamento definiscono*»; di modo che considerato di «*dover irrogare (...) una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice*

⁵⁰⁴ Trib. Milano, 15 novembre 2018, (dep. 1 febbraio 2019), n. 14767; commentata da MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, cit. Il *casus belli* in sintesi. Gli imputati, ai quali era stata applicata in via definitiva la sanzione pecuniaria di 100 mila euro per la violazione dell'art. 187-ter TUF (illecito amministrativo), erano stati tratti a giudizio per il medesimo fatto (storico) qualificato ex art. 185 TUF come delitto di manipolazione del mercato. Ritenuta la penale responsabilità degli stessi, il Tribunale di Milano si è interpellato circa la sanzione da irrogare in concreto. Avuto riguardo ai criteri fissati dall'art. 133 c.p., il Giudice ha ritenuto di dover fissare nel minimo edittale (anni due di reclusione e 40 mila euro di multa) la pena applicabile. Agevole a questo punto cogliere lo snodo problematico: la sanzione amministrativa pecuniaria già definitivamente inflitta è maggiore di quella che il giudice penale stima adeguata rispetto al caso specie, sicché sul piano della commisurazione della pena si è di fronte a una (significativa) eccedenza, destinata a incidere sul fondamentale parametro della proporzione tra il cumulo delle sanzioni che verrebbero a essere complessivamente irrogate e la gravità dell'illecito. Il Tribunale di Milano è dunque chiamato a una non semplice opera di coordinamento tra gli apparati punitivi amministrativo e penale, in mancanza di parametri legali univoci all'indomani delle decisioni delle Corti sovranazionali e di uno sbilenco intervento riformatore (ad opera del d. lgs 107/2018, che ha – tra l'altro – parzialmente riformulato l'art. 187-terdecies TUF in tema di cumulo sanzionatorio). In sintesi estrema: il dato normativo (l'art. 187-terdecies TUF che non disciplina il cumulo delle sanzioni se non nell'ambito ristretto di quelle pecuniarie), il vincolo della necessaria proporzione tra la gravità del fatto e la complessiva risposta punitiva (sanzione amministrativa e sanzione penale), l'obbligo di dare diretta applicazione alle norme convenzionali («senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale») sono i temi principali della pronuncia.

(...) valutata l'entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati – pari a 100.000,00 euro» il Tribunale di Milano nella segnalata sentenza «ritiene (...) di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 187-terdecies TUF».

Adottando, dunque, una visione omnicomprensiva ed un approccio sostanzialistico come imposto dalla giurisprudenza europea in materia, il Tribunale di Milano, nella consapevolezza della necessità di rispettare i canoni del divieto di *bis in idem* e nell'esigenza di comminare un trattamento sanzionatorio globalmente proporzionato ed equo rispetto all'illecito perpetrato, ritenuta già equa e soddisfacente la sanzione amministrativa comminata agli imputati, opta per la disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva stabilita dall'art. 185 Tuf.

La decisione dunque, seppur foriera di ulteriori incertezze in materia⁵⁰⁵, risulta in ogni caso un altro passo in avanti verso l'adeguamento dei principi e dei canoni stabiliti a livello sovranazionale, anche a costo di disapplicazione della norma interna e a discapito delle etichette formalistiche.

⁵⁰⁵ Cfr., in tal senso MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne *bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo la sentenza della CGUE e la (parziale) riforma domestica, cit., secondo cui «il Giudice, non potendosi sottrarre al compito al quale è istituzionalmente chiamato, ha dovuto tessere la lana messa a disposizione dal legislatore, con vincoli precisi derivanti anche dai principi forgiati dalle magistrature superiori (non soltanto quelle eurounitarie): in questo senso la decisione in discorso si muove con acume e acribia argomentativa in un territorio accidentato e coglie in segni normativi appena percettibili spunti esegetici, dai quali estrae tutta la materia possibile per giungere a un esito che, pur non appagante, sembra tuttavia compatibile con le esigenze di rispettare il canone del *ne bis in idem* e, insieme, il superiore principio di proporzione fra complesso delle sanzioni inflitte per il medesimo fatto e gravità dello stesso (anche in termini di colpevolezza). Per certo, l'ambigua clausola dell'art. 187-terdecies co. 1 lett. a) TUF se si presta a essere intesa come un (timido) invito a considerare anche le pene detentive eventualmente già inflitte, tuttavia essa non necessariamente implica che si debba procedere per ciò solo alla commutazione della sanzione pecuniaria eccedente nel suo corrispondente in termini di pena detentiva, ben potendo attribuirsi alla del tutto a-technica formula "tener conto" una valenza diversa e meno pregnante: potrebbe infatti fungere, ad esempio, da criterio di apprezzamento per la concessione delle attenuanti generiche. Ma quest'ultima ipotesi interpretativa riesce ben poco convincente, sol che si consideri che, così ritenendo, il contenuto concreto del superiore principio del *ne bis in idem* si ridurrebbe all'esangue portata di una circostanza attenuante, cui sarebbe affidato in via pressoché esclusiva il compito di assicurare la proporzione del complessivo trattamento sanzionatorio (profilo cruciale nelle decisioni delle Corti europee). (...) Che dire in conclusione, se non constatare, con monotonia, che l'inerzia e l'insipienza del legislatore, pur non avendo la grandezza necessaria per creare (al pari del sonno della ragione) mostri, generano situazioni nelle quali l'interprete si trova obbligato a ricercare soluzioni comunque foriere d'incertezze, specialmente perniciose nella materia penale».

8.- *Il principio del ne bis in idem e l'efficacia preclusiva
del provvedimento di archiviazione*

Nella nota, e già citata, sentenza n. 200 del 2016, la Corte costituzionale ha espresso alcune considerazioni di pregio in materia di decisioni irrevocabili quale presupposto all'effetto preclusivo, sostenendo che anche da una sentenza di proscioglimento dichiarativa dell'intervenuta prescrizione possa certamente derivare tale efficacia: il che ha rianimato il dibattito esistente di tale tematica inerente il provvedimento di archiviazione ed in generale i provvedimenti emessi nella fase delle indagini, quando ancora tecnicamente non si celebra un processo vero e proprio⁵⁰⁶.

È risaputo, infatti, che il principio di *ne bis in idem*, nelle sue varie declinazioni, presupponga una decisione “definitiva”, che non necessariamente deve assumere le forme della sentenza (tanto è vero che l'art. 649 c.p.p. ricomprende anche il decreto penale di condanna), né deve esser reso a seguito di un dibattimento effettivo (ed infatti lo stesso articolo ricomprende anche l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che di fatto è una sentenza senza che vi sia stato un dibattimento).

Quanto al provvedimento di archiviazione: è risaputo che questo rappresenta allo stato un provvedimento revocabile alla stregua del diritto interno, esattamente come la sentenza di non luogo a procedere, e ciò comporta che archiviare non vuol dire necessariamente “consumare” l'azione penale perché potrebbe sempre riaprirsi il caso con la scoperta di nuove prove ai sensi dell'art. 414 del codice di rito.

Come già precisato, il principio di preclusione, che trova la sua diretta derivazione in quello del *ne bis in idem*, per esigenze di certezza del diritto e di economia processuale pone il divieto della reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sulla medesima *res iudicanda*: aspetto rilevante anche nel caso del provvedimento di archiviazione seppur suscettibile di riapertura delle indagini, poiché il sostrato

⁵⁰⁶ Cfr., in tema APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità “negativi”*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2011, 4, 422.

rimarrebbe sempre lo stesso, salvo che per le possibili nuove prove o presunte tali, con elevato rischio di comportare un *bis in idem*.

La Corte costituzionale⁵⁰⁷ già aveva avuto modo di esprimersi, circa la stabilità dell'esito archiviativo e l'abnormità del provvedimento del G.i.p. che non dichiara l'effetto di procedibilità in mancanza del provvedimento di riapertura delle indagini, affermando che «*la caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione è quella di rendere improduttivi di effetti l'atto e l'attività preclusi*», effetto che deve rinvenirsi nel caso in cui il presupposto per procedere non si sia verificato, con conseguente efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione.

La giurisprudenza successiva della Cassazione ha -nei fatti- ridimensionato tale principio garantista, circoscrivendo la portata della preclusione allo stesso circondario del giudice che ha emesso il provvedimento archiviativo, mentre nulla impedisce ad un P.m. di altro circondario di aprire un fascicolo sul medesimo fatto, pur in assenza della prescritta autorizzazione alla riapertura delle indagini: dunque viene tratteggiata una preclusione “cedevole” del provvedimento di archiviazione. Sta però a vedersi se questa soluzione sia attualmente conforme alle regole in continuo divenire del minimo comune denominatore europeo. E si spiega.

È stata posta dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Fermo⁵⁰⁸ avente ad oggetto l'applicabilità o meno del *ne bis in idem* alla sentenza istruttoria di proscioglimento. Nella Requisitoria scritta dell'Avvocato Generale, è dato leggere che la decisione istruttoria di proscioglimento ha “*la forza di res iudicata*” (§ 38) quando sopravviene a una fase di investigazioni effettive e prolungate: «*una decisione definitiva di “non luogo a procedere” conclusiva di un procedimento penale, che sia stata emessa a seguito di un'ampia istruttoria e che preclude l'ulteriore esercizio dell'azione penale nei confronti della stessa persona e per i medesimi fatti, ma che, ai sensi del diritto nazionale, può essere revocata se emergono nuovi elementi di prova, è una sentenza definitiva che dà luogo all'applicazione del*

⁵⁰⁷ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in www.giurcost.it.

⁵⁰⁸ Corte Giust. U.E., 5 giugno 2014, C-398/12.

*principio del ne bis in idem» sancito nell'art. 54 C.A.A.S. La Corte, pronunciandosi nel caso citato, ha stabilito che il principio del *ne bis in idem* si applica anche ad una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di prove, se definitiva: ma ben si comprende come, da una parte, la “definitività” del menzionato provvedimento sia concetto labile ai sensi dell’art. 434 c.p.p. e ss., dato che il sistema ne prevede la revoca in caso di nuove prove, mentre, dall’altra, tale situazione si presenta sostanzialmente identica ai casi di archiviazione, dunque la conclusione cui perviene il Giudice di Lussemburgo potrebbe applicarsi anche al provvedimento archiviativo.*

Il precedente specifico sull’archiviazione, in termini addirittura più ampi, è costituito dalla citata sentenza 11 febbraio 2003 *Gözütok e Brügger*, su plurimi e paralleli enigmi esegetici sollevati a titolo di interpretazione pregiudiziale da altrettante autorità giudiziarie del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, laddove la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha stabilito in maniera vincolante come e perché *«Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985, ... si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero»*⁵⁰⁹, evidenziandosi in motivazione che *«31. Il fatto che nessun giudice intervenga nel corso di una siffatta procedura e che la decisione presa al termine di quest'ultima non assuma le forme di una sentenza non è tale da inficiare questa interpretazione, in quanto siffatti elementi di procedura e di forma non possono avere la benché minima incidenza sugli effetti*

⁵⁰⁹ *«Gli artt. 54-58 della C.A.A.S. costituiscono il capitolo 3, intitolato Applicazione del principio ne bis in idem, del titolo III di quest'ultima, a sua volta intitolato Polizia e sicurezza. Essi prevedono, in particolare, quanto segue: Articolo 54. Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».*

di questa procedura, descritti nei punti 28 e 29 della presente sentenza, i quali, in assenza di un'espressa indicazione contraria nell'art. 54 della CAAS, devono essere considerati sufficienti a consentire l'applicazione del principio del ne bis in idem, previsto da questa disposizione....

33. Alla luce di ciò, il principio del ne bis in idem, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse».

A seguito dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte E.d.u. e della Corte GUE deve oramai ritenersi principio fondante le basi comuni di ogni singolo ordinamento giuridico degli Stati dell'Unione Europea (corollario e specificazione del “giusto processo”) che, a prescindere dalla sede in cui matura l'accertamento, i medesimi elementi non possono condurre ad opposte decisioni, prevalendo in tal caso quella favorevole, cui deve darsi necessaria esecuzione.

In un recente caso deciso dalla Corte di Giustizia⁵¹⁰, è stato affermato un importante principio generale secondo cui l'efficacia preclusiva può verificarsi anche con una decisione di archiviazione, purché essa sia conseguita ad una procedura con “istruzione approfondita”: dunque a fronte di un approfondimento di indagini complete ed esaustive, l'azione penale esercitata sembrerebbe consumarsi, impedendo la riapertura della stessa.

Con le ultime pronunce della primavera del 2018, rese nei casi *Menci, Garlsson Real Estate e altri, Di Puma e Zecca*⁵¹¹, depositate in contemporanea, la Corte di Lussemburgo è tornata sull'identità dei fatti materiali, «intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete, inscindibilmente collegate tra loro, prescindendo

⁵¹⁰ Corte Giust. U.E., 29 giugno 2016, *Kossowski*, in www.archiviopenale.it.

⁵¹¹ Corte Giust. U.E., 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16), *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16).

dalla qualificazione giuridica fornita dal diritto nazionale», atteso che «la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato»⁵¹²; ancora, i giudici confermano l'esegesi appena citata, deliberando l'irrilevanza dell'esito decisorio del primo procedimento ai fini del giudizio di identità sotteso al *ne bis in idem*⁵¹³, considerato che «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»⁵¹⁴.

Se tale, e condivisibile, è l'approccio metodologico più attento ad esigenze di garanzia peraltro intuitive, la riflessione non può non spostarsi anche nel settore della archiviazione e della riapertura delle indagini a seguito di sentenza di non doversi procedere, rispetto al quale, stante la progressiva giurisdizionalizzazione che ha contraddistinto la cultura processuale penale, non possono farsi distinzioni di carattere generale: superando le barriere formali del diritto interno, le Corti sovranazionali sembrano affermare la possibilità che il provvedimento di archiviazione abbia efficacia preclusiva, laddove sia connotato da una fase di indagini concrete ed effettive, seppur dai risultati insufficienti in punto di responsabilità dell'indagato per sostenere l'accusa in giudizio.

In buona sostanza, l'ibrida qualificazione giuridica della riapertura delle indagini non può giustificare la disapplicazione di regole sovranazionali fondanti l'ordinamento interno, specie riflettendo sulla stessa portata afflittiva del processo penale in sé. La *posta in gioco* è tale da non poter condurre “solo”, per quanto di rilievo, effetti in punto di modello procedimentale da seguire, ma esige al contempo determinatezza della fattispecie, dei presupposti applicativi, delle regole decisorie e di quelle di preclusione da precedente giudizio.

⁵¹² Corte Giust. U.E., 20 marzo 2018, (C-524/15), *Menci*, §§ 35-36.

⁵¹³ Corte Giust. U.E., 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, § 37, secondo cui «il criterio rilevante al fine di valutare l'esistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato».

⁵¹⁴ Corte Giust. U.E., sent. 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, § 39.

9.- Il sistema delle misure di prevenzione ed il divieto di bis in idem

La natura ed i presupposti delle misure di prevenzione sono stati spesso oggetto di studio e dibattito negli anni, almeno per sommi capi è opportuno riassumere.

Storicamente sin dalla legislazione del diciottesimo secolo (quando ha cominciato a prendere corpo e sostanza il concetto di misura di prevenzione) fino ad arrivare agli interventi normativi più o meno recenti e significativi in materia (dalla c.d. legge “reale” n. 152 del 1975 ai c.d. “pacchetti sicurezza” del 2008-2009, d.l. n. 92/08 e l. 94/09), si è disquisito a lungo a seguito dell’utilizzo delle suddette misure, e delle confische in particolar modo, per la lotta alla criminalità: avversato dalla maggior parte della dottrina, ed incentivato invece da legislatore e magistratura per l’utilizzo preventivo di tali misure nella lotta a fenomeni di elevato allarme sociale. Nel tempo si è assistito ad un atteggiamento ambiguo da parte della legislazione moderna, dapprima orientata alla presunta maggiore efficacia nella lotta alla criminalità organizzata, così giustificando l’utilizzo del c.d. doppio binario, salvo poi effettuare un allargamento della prevenzione ad ipotesi più o meno gravi di criminalità comune, prescindendo dall’uso dello strumento repressivo, alimentando il dubbio se l’applicazione delle misure di prevenzione celi di fatto un intento sostanzialmente penale e quindi possa rientrare nelle preorgative dell’art. 6 C.e.d.u., a fronte della circostanza per cui, come noto, la qualificazione interna colloca tale strumento formalmente al di fuori del diritto penale.

Tale qualificazione interna, tuttavia, come visto nei precedenti capitoli non è da sola e di per sé sufficiente a dirimere la questione, dovendosi scandagliare se le misure in questioni incidano o meno profondamente (ed in maniera sostanzialmente penalistica) nella sfera personale e patrimoniale dell’individuo.

Benchè il legislatore le abbia recentemente razionalizzate (con il d.lgs. n. 159 del 2011 e le sue successive modifiche) nel testo unico del c.d. “codice antimafia”, dalla lettura delle disposizioni e dalle applicazioni concrete emerge che la lotta alla criminalità organizzata sia solo una delle molteplici finalità perseguite e per cui vengono utilizzate nella prevenzione di comportamenti antiggiuridici, quali ad esempio lo stalking, comportamenti violenti in occasioni sportive, terrorismo, e

soprattutto lotta all'economia illecita per mezzo della confisca c.d. per sproporzione.

Si tratta, a tutti gli effetti, di una vasta gamma di misure in differenti aree tematiche, il cui principale denominatore comune è la caratteristica funzionale: ovvero l'idea di utilizzo delle stesse per "prevenire" il comportamento antiggiuridico, e conseguentemente di evitare l'allarme e la pericolosità sociale che ne scaturirebbe; caratteristiche tipiche anche del sistema sanzionatorio penale, ovvero finalità preventiva e dissuasiva, oltre all'incidenza sulla libertà personale e patrimoniale dei soggetti attinti.

Le misure di prevenzione, però, sono generalmente riconosciute come "*ante delictum*", anche se sarebbe forse più corretto inquadrarle come applicazioni "*praeter delictum*", operando di fatto -non tanto e non solo- prima che possa dirsi consumato un comportamento penale illecito, quanto -piuttosto- a prescindere dal verificarsi di questo e dal suo accertamento, ed in ogni caso disancorate dalla realtà temporale della condotta contestata.

Si tratta, come risaputo, di un sistema non fondato sul concetto di colpevolezza né sulla responsabilità personale: non è necessario che la condotta si manifesti in un illecito penale, essendo necessario e sufficiente che essa rappresenti e manifesti la "pericolosità sociale" del soggetto, non trattandosi nemmeno di misure proporzionate alla gravità del fatto, dunque retributive, poiché hanno estensione e durata potenzialmente illimitate, legate esclusivamente al perdurare dello stato di pericolosità o meno.

Dunque, e per sommi capi, pur essendo nate come misure di polizia, sono andate poi via via sviluppandosi ed ampliandosi, caratterizzate da spiccata autonomia: per quanto attiene alle misure più gravi (sorveglianza speciale, divieto e obbligo di soggiorno, sequestro, confisca) il legislatore ha previsto la cognizione del giudice ordinario (seppur specializzato in materia, con previsione di apposita sezione), mentre per le misure considerate minori (ammonimento, foglio di via, d.s.p., avviso orale, misure ex art. 75-bis d.p.r. n. 309/90) è prevista la diretta applicabilità da parte dell'autorità amministrativa.

Gli *standards* probatori richiesti sono decisamente bassi, operando in materia il meccanismo presuntivo: la formazione della prova avviene fuori dal processo, il contraddittorio giudizio è fondamentalmente cartolare, l'accertamento non richiede la piena prova della partecipazione del soggetto ad attività delittuose ed inoltre la tipizzazione dei presupposti desta più di una perplessità quanto al rispetto del principio di tassatività.

Analizzando la normativa italiana attraverso i parametri convenzionali per l'individuazione della *matière penale*, ci si è interrogati a lungo sulla natura sostanzialmente penalistica delle misure in esame (tanto personali, quanto patrimoniali) soprattutto in relazione alla natura ed al grado di severità delle misure stesse: ed in effetti, mentre le misure personali, pur incidenti sulla libertà dell'individuo, si risolvono, nel più grave dei casi, in una restrizione della libertà di circolazione, la confisca (misura maggiormente afflittiva tra quelle patrimoniali) è suscettibile di incidere in maniera devastante sul patrimonio del proposto o del terzo intestatario formale, i quali possono subire addirittura anche un'espropriazione totale dei beni, con ovvie conseguenze dal punto di vista di massima afflittività per la vita degli individui.

Le caratteristiche molto schematicamente rappresentate, hanno portato più volte a domandarsi in materia se si potesse configurare in sostanza non più un sistema preventivo, bensì un sistema repressivo parallelo, dunque sostanzialmente punitivo in termini penalistici e non più meramente amministrativi, comportando il pericolo di una duplice sanzione a seguito di due distinti ed indipendenti procedimenti.

Tuttavia, sebbene in plurime occasioni sia sempre stata negata la natura sostanzialmente penale del sistema delineato⁵¹⁵, sembra che, alla luce delle evoluzioni e degli sviluppi convenzionali eurounitari ed interni, qualcosa si sia cominciato a muovere verso un approccio sostanzialistico in materia, come testimonia un recente caso giurisprudenziale⁵¹⁶ in tema di applicabilità della misura

⁵¹⁵ Tra le più significative Corte E.d.u., 8 ottobre 2013, *Monno c. Italia*; Id., 28 ottobre 2004, *Bocellari e Rizza c. Italia*; Id., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; Id., 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*.

⁵¹⁶ Cfr. F.GAITO, *L'idem factum e la sanzione penale in Italia: tra norma e prassi*, in *Investigacion y prueba en los procesos penales de Espana e Italia*, 2019, 71 e ss.

di prevenzione patrimoniale ad un soggetto già giudicato (ed assolto) per gli stessi fatti posti alla base della misura, contestati nel medesimo arco temporale ⁵¹⁷.

Nel ricorso per Cassazione, lamentando violazione di legge circa la mancanza dei requisiti soggettivi di applicabilità della misura⁵¹⁸, la difesa aveva rimarcato la singolarità della vicenda processuale in esame, rappresentata dalla duplicazione della medesima iniziativa requirente attuata, in sede *penale*, mediante notifica della ordinanza applicativa della misura cautelare personale (e non anche reale), in sede di *prevenzione* mediante contestuale notifica del decreto di sequestro prodromico alla confisca; alla base della richiesta della misura ablativa vi erano i contenuti, pedissequamente replicati, dell'ordinanza cautelare⁵¹⁹.

Occorre interrogarsi allora sulla portata, in un caso simile, del “principio di autonomia” che regola i rapporti fra giudizio di prevenzione e giudizio penale e del concetto di “stesso fatto”, potendosi legittimamente dissentire dalla mancata previsione –a livello di enunciati normativi espressi– di una efficacia preclusiva del giudicato pienamente assolutorio penale in sede di prevenzione (così come accade in sede civile, pur ugualmente connotata da diversa “regola probatoria” ovvero da un diverso *standard* di valutazione della prova); potrebbe però tradizionalmente replicarsi, a tali obiezioni, che le finalità poste alla base della prevenzione, personale e patrimoniale, operano su un terreno non sovrapponibile rispetto a quello volto all'accertamento della responsabilità penale ed alla relativa istanza punitiva dello Stato.

Eppure, al di là di una improduttiva disquisizione teorica, nel caso in esame emergeva in modo preponderante, anche per modalità, contenuti e tempi delle

⁵¹⁷ Cass., Sez. I, R., 19 aprile 2018, (dep. 3 ottobre 2018), n. 1763/18.

⁵¹⁸ *Id est*: l'inquadramento del proposto nella categoria soggettiva di cui all'art. 1, lett. *a* e *b*, cod. ant., a sua volta richiamato dall'art. 4 cod. ant.

⁵¹⁹ È all'esito del giudizio penale tuttavia che gli epiloghi si sono rivelati inconciliabili: da un lato, l'assoluzione del soggetto da tutti gli addebiti (a partire dal grave addebito associativo nonché dalle imputazioni di intestazioni fittizie) con formula “*perché il fatto non sussiste*”, essendosi esclusa la *materialità*, da un punto di vista storico fattuale, delle condotte contestate; dall'altro, la confisca (ma non invece l'applicazione di una misura di prevenzione personale), basata su quegli stessi indizi, smentiti dalla sentenza assolutoria, che non avevano retto al vaglio del giudizio abbreviato. In sede penale, peraltro, non vi era stato uno sviluppo dibattimentale che aveva condotto ad un ampliamento della piattaforma investigativa, con la conseguenza che, in entrambe le sedi, vi era stata la valorizzazione dello stesso materiale indiziario.

rispettive richieste, come la pretesa “autonomia” fra i due procedimenti fosse stata espressamente abdicata a vantaggio della duplicazione formale delle due iniziative del tutto identiche quanto ai presupposti investigativi e fattuali, e che la stessa sussistenza delle condotte addebitate al preposto sia stata –di fatto– dapprima negata attraverso l’assoluzione penale per insussistenza del fatto ed in seguito successivamente affermata con l’applicazione della misura di prevenzione patrimoniale in forza di sostanziale *dissenting opinion* rispetto all'esito del giudizio penale parallelo e concluso⁵²⁰.

Tanto che nel decreto impugnato si era così sostenuto che il fatto che il Tribunale di merito nel giudizio penale avesse ritenuto insussistenti, pronunciandosi nei confronti di diversi imputati, i delitti di associazione per delinquere, di fittizie intestazioni e, di impiego di somme di illecita provenienza, non escludeva che, in sede di prevenzione alla luce del materiale indiziario e dei fatti da esso desumibili, si potesse affermare che i predetti avessero utilizzato nelle loro attività imprenditoriali denaro di provenienza illecita mantenendo contestualmente, relazioni con soggetti di particolare spessore criminale perché appartenenti a clan camorristici, nonché legami con personaggi vicini alla criminalità romana e campana, o esponenti di spicco di gruppi mafiosi, e che avessero intestato, al fine

⁵²⁰ Nel provvedimento impugnato, si era infatti sostenuto che l’assoluzione nel primo giudizio non fosse vincolante, in virtù del principio di “autonomia valutativa” tra giudizio penale e giudizio di prevenzione, poiché si osservava come secondo la giurisprudenza il procedimento di prevenzione fosse autonomo rispetto a quello penale, «*nel senso che il giudice della prevenzione può rivalutare, nella peculiare ottica del giudizio di pericolosità del proposto, circostanze di fatto accertate in procedimenti penali, prescindendo dal loro esito, ossia utilizzare elementi probatori e indiziari di minore efficacia, dando atto delle ragioni per cui siano da ritenere sintomatici della pericolosità del proposto. Tra gli elementi indiziari di minore efficacia vanno annoverate, secondo il giudice di legittimità, anche le chiamate in correità o in reità, che nel procedimento di prevenzione non richiedono necessariamente riscontri individualizzanti, purché tali chiamate, pur inidonee a fornire la prova della responsabilità penale, non siano ictu oculi inattendibili o smentite da elementi contrari. L'unico limite (insieme a quello di avvalersi di prove vietate) posto all'autonomia valutativa del giudice della prevenzione è che "i fatti storici ritenuti sintomatici della pericolosità del proposto non devono essere stati smentiti in sede di cognizione penale" (cfr C. Cass. n. 1036/13 Sez. II 30.3.2013, dep. 19.6.2013). E, infatti, come rilevato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Sez. U., sentenza n. 13426 del 25/03/2010 Cc., dep. 09/04/2010, Rv. 246271) "il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, va intravisto nella diversa grammatica probatoria che deve sostenere i rispettivi giudizi"; una diversità che è riferita al modo di essere degli elementi di apprezzamento del "merito" vale a dire alle diverse regole, di valutazione dei fatti al fine di affermare la sussistenza o meno della pericolosità, dove nel processo penale la regola probatoria è quella del "al di là di ogni ragionevole dubbio", estranea al processo di prevenzione».*

di evitare gli accertamenti dell'Autorità e l'applicazione di misure di prevenzione, parte del loro patrimonio a terzi, prossimi congiunti, fiduciari o meri prestanome, ponendo in essere modalità di gestione dell'attività imprenditoriale caratterizzate dalla necessità di celare l'effettiva proprietà dei beni e la provenienza delle risorse utilizzate.

Tuttavia, in sede di motivazione, la Cassazione ha escluso che potesse trovare applicazione una simile impostazione, in quanto lesiva di plurimi principi di diritto⁵²¹.

La prognosi di pericolosità, infatti, segue gli esiti (positivi o negativi) del preliminare inquadramento tipizzante ad opera del legislatore e pertanto si manifesta in forme, costituzionalmente compatibili, che riducono la discrezionalità del giudice agli “ordinari” compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova, di riconduzione della situazione specifica alla norma generale positivizzata e di manifestazione di un giudizio prognostico che da “quelle” risultanze probatorie deve trarre inevitabile spunto e sostrato. La descrizione della “categoria criminologica” di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n.159 del 2011, ed in senso conforme alla sentenza della Corte E.d.u. nel caso De Tomaso in tema di “qualità della legge”, *«ha, pertanto, il medesimo «valore» che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la 'previa' selezione e connotazione, con fonte primaria, dei parametri fattuali rilevanti, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica (le ipotesi di 'indizio di commissione' di un particolare reato, con pericolosità qualificata) o da un 'fascio di condotte' (le ipotesi di pericolosità generica)»*.

Da tale premessa derivano una serie di conseguenze: solo con la ricorrenza di determinati presupposti le precedenti condotte del soggetto possono esser qualificate in termini di *ricorrenti attività delittuose* (produttive di reddito o consistenti in traffici) il che tendenzialmente esclude la possibilità di ritenere tali,

⁵²¹ Innanzitutto, come sottolineato dalla Suprema Corte, parlare di pericolosità sociale come caratteristica fondante del giudizio di prevenzione *«se da un lato è esatto, in quanto si intercetta il valore sistemico della misura di prevenzione, che è strumento giuridico di contenimento e potenziale neutralizzazione della pericolosità, dall'altro può essere fuorviante lì dove tale nozione venga intesa in senso del tutto generico, senza tener conto della selezione normativa delle specifiche «categorie» di pericolosità»*.

in sede di prevenzione, «*quelle condotte che il giudice penale nell'esercizio della sua funzione cognitiva - ha già ritenuto non conformi al tipo o addirittura insussistenti nella loro dimensione fattuale o giuridica*»⁵²².

Dunque, secondo la Corte, ragionando in termini sistematici può dedursi –tra gli altri- quel principio di diritto per cui, se è vero che il giudice della misura di prevenzione può ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione -anche in assenza di procedimento penale correlato- in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione (art. 29 Cod.Ant.), lo stesso giudice «è tuttavia vincolato a recepire l'eventuale esito assolutorio non dipendente dall'applicazione di cause estintive - sul fatto posto a base del giudizio di pericolosità - prodottosi nel correlato giudizio penale (art. 28 Cod.Ant.) con le sole eccezioni che seguono : 1) il segmento fattuale oggetto dell'esito assolutorio del giudizio penale si pone come ingrediente fattuale solo concorrente e minusvalente rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale); 2) il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale; 3) la conformazione legislativa del tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale (ipotesi di pericolosità qualificata)»⁵²³.

⁵²² Prosegue la Corte «Non è un caso, infatti, che l'origine giurisprudenziale del principio della «autonoma valutazione» riguardi il settore della pericolosità qualificata (appartenenza ad associazione mafiosa) nel cui ambito la descrizione normativa prevenzionale è operata in termini meno stringenti (si evoca l'indizio) rispetto a quelli prima evidenziati, il che rende sostenibile l'approdo ad una diversità di esito dei due giudizi (penale e di prevenzione qualificata). Ma lì dove la parte constattativa del giudizio debba fondarsi sulla constatazione di precedenti attività delittuose (art. 1 Cod. Ant.), il sistema attuale della pericolosità semplice non tollera la rielaborazione autonoma di un giudicato penale assolutorio -nel merito- da parte del giudice della prevenzione, se non nella marginale ipotesi di un consistente apporto di elementi informativi non valutati in sede penale». Così che è di tutta evidenza che «se la realizzazione del delitto è esclusa in sede penale - e ciò sia in rapporto all'elemento materiale che a quello psicologico, non potendosi certo sostenere una sopravvivenza del disvalore di un delitto in assenza di dolo - manca uno dei presupposti su cui lo stesso legislatore articola la costruzione della fattispecie. Di ciò il giudice della prevenzione ha l'obbligo di tener conto, pena la violazione del principio di tassatività e di quello, ancor più generale, di unitarietà dell'ordinamento e di non contraddizione».

⁵²³ Dunque, poiché nel caso di specie, in estrema sintesi, i giudici del merito avevano posto alla base della misura di prevenzione patrimoniale una serie di condotte asseritamente riconducibili al concetto di “pericolosità semplice” e tali da giustificare la misura ablatoria, non tenendo debitamente conto come il quadro fattuale dell'intera vicenda fosse radicalmente condizionato dall'emissione della sentenza irrevocabile di assoluzione da tutte le imputazioni ascritte al ricorrente, per

La decisione citata si segnala pertanto per una visione costituzionalmente ed europeisticamente orientata in tema di violazione del principio di *ne bis in idem* e di rivalutazione dei fatti coperti da provvedimenti favorevoli emessi in sede penale, riportando l'analisi delle fattispecie e dei principi sottesi ad un confronto necessitato con la dimensione dell'*idem factum* posto alla base dei diversi procedimenti e delle relative sanzioni. Ciò non solo nei rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione, ma anche in riferimento tra procedimenti di prevenzione susseguitisi nel tempo e riferibili sempre allo stesso soggetto, ritenendo la Corte che *«in via generale, resta ferma, anche nell'attuale sistema, la connotazione della particolare natura del giudicato di prevenzione come giudicato “allo stato degli, atti”, ma ciò deriva dal fatto che l'evoluzione del giudizio di prevenzione è legata all'apprezzamento di una “condizione complessa” del soggetto, che è quella della pericolosità. In tal senso, nuove acquisizioni probatorie - specie se relative a condotte non scrutinate in precedenza - possono porre le basi per una ridiscussione di un precedente giudizio di prevenzione, ma esclusivamente nella misura in cui - oltre ad essere realmente nuove - non contrastino, per le ragioni affermate in precedenza, con un esito liberatorio venuto in essere nel correlato giudizio penale»*. Così facendo, viene dunque ribadita l'importanza dell'analisi fattuale delle singole fattispecie contestate che esuli o che vada anche oltre -se necessario- le semplici ed apparenti (quanto fuorvianti) nomenclature sistemiche dei diversi procedimenti o il loro inquadramento nell'alveo del processo penale o del processo amministrativo, ciò al fine di perseguire ed applicare un'ipotesi di giustizia effettiva e sostanziale.

insussistenza del fatto, ne deriva che la confisca così disposta risulta illegittima poiché emessa in violazione di legge poiché in alcuni passaggi essenziali dell'inquadramento soggettivo si realizza una elusione di doveri argomentativi specifici di motivazione, essendosi limitata la Corte di merito al riportarsi ad una nozione concettuale dell'autonomia valutativa che - specie in tema di pericolosità cd. semplice - risulta ampiamente superata dai più recenti arresti giurisprudenziali che riempiono di significato le previsioni di legge incidenti in materia: infatti, *«va preso atto della decisione irrevocabile di assoluzione, atteso che la medesima è intervenuta sui fatti posti a base cognitiva del giudizio di pericolosità nel medesimo periodo storico e non risultano acquisiti elementi autonomi e diversi - in sede di prevenzione - rispetto a quelli oggetto di valutazione in sede penale, sicché va applicato quel principio di prevalenza della decisione più favorevole, poiché l'assoluzione ha, come si è detto, autorità di smentita della valenza contenuti di una valutazione incidentale relativa al medesimo procedimento»*.

*10.- Ne bis in idem sovranazionale e Daspo:
quali ripercussioni per il nostro ordinamento?*

Sebbene in parte già menzionato, per completezza è opportuno ritornare sul tema delle sanzioni comminate in tema di violenza esercitata durante o in concomitanza delle manifestazioni sportive.

Senza pretese di esaurire il percorso che ha portato il legislatore a prevedere il Divieto di Accesso alle Manifestazioni Sportive tramite la legge 13 dicembre 1989, n. 401 e le sue successive modifiche (più comunemente e per semplicità Daspo), è bene segnalare che a lungo ci si è interrogati⁵²⁴ sulla natura e sulle caratteristiche di tale tipo di sanzione che, seppur formalmente di tipo amministrativo, risulta avere alcune peculiarità (su tutti la restrizione della libera circolazione dell'individuo) tipiche di una misura penale.

Recentemente, la già citata sentenza della Corte E.d.u. emanata nel caso *Serazin c. Croazia*⁵²⁵, ha avuto il pregio di fare chiarezza in tema escludendo di fatto la natura penale, e dunque la possibile violazione del principio di *ne bis in idem*, in caso di misura amministrativa disposta per fatti per i quali il soggetto avesse già riportato una condanna penale⁵²⁶: tale statuizione, ovviamente e per quanto di interesse, ha avuto le debite ripercussioni nel dibattito interno circa la possibilità di includere il Daspo nel novero di misure formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, dando risposta negativa al quesito.

Difatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il provvedimento che vieta al tifoso di assistere a competizioni sportive previsto dalla legislazione croata – analogo, come gli stessi giudici di Strasburgo rilevano, al DASPO italiano – non costituisca una sanzione penale ai sensi della Convenzione, stante la sua eminente funzione preventiva; e che, pertanto, la misura in questione possa essere disposta

⁵²⁴ Soprattutto a seguito dell'inasprimento della misura introdotto dalla c.d. "legge Amato" 4 aprile 2007, n. 41, emanata successivamente agli scontri di Catania che hanno comportato la tragica scomparsa dell'ispettore Raciti.

⁵²⁵ Corte E.d.u., Prima Sezione, 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia*.

⁵²⁶ In tema cfr., GALLUCCIO, *La Corte Edu esclude la natura penale del Daspo e, conseguentemente, la violazione del principio "ne bis in idem" in caso di misura disposta per fatti oggetto di una condanna penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.

anche in relazione ai medesimi fatti di reato che hanno comportato l'inflizione di una (vera e propria) pena da parte del giudice, senza che ciò possa dar luogo a un ipotetico *bis in idem*⁵²⁷.

La Corte, dopo aver osservato in primo luogo come il divieto di partecipare agli incontri sportivi costituisca una misura genericamente qualificata nell'ordinamento interno croato come sanzione di tipo preventivo e formalmente, non penale, (argomento di per sé non dirimente, come spesso accade in questi casi), si concentra maggiormente sulla natura e sugli scopi perseguiti dal divieto, allargando l'orizzonte anche agli istituti comparati presenti negli altri ordinamenti (ivi incluso il Daspo italiano).

I giudici di Strasburgo sottolineano che misure del tipo di quella sottoposta a scrutinio sono normalmente e plausibilmente giustificate dalla finalità di prevenire la violenza negli stadi e che esse sono concepite come prevalentemente volte a tutelare l'incolumità dei partecipanti alle manifestazioni, piuttosto che a punire coloro che si siano macchiati, in precedenza, di comportamenti violenti o comunque inappropriati durante le competizioni sportive. Le due diverse finalità enunciate – ammettono i giudici – sono piuttosto difficili da distinguere nettamente: è ben possibile, infatti, che scopi preventivi e scopi punitivi possano, in relazione alla medesima misura, coesistere e sovrapporsi.

In ogni caso la Corte si concentra sui due indici sintomatici della prevalenza della finalità preventiva su quella punitiva: se il primo degli aspetti analizzati dalla Corte attiene prettamente al diritto croato⁵²⁸, è nell'analisi della seconda caratteristica

⁵²⁷ Il sig. Serazin, sostenitore della Dinamo Zagabria e della nazionale croata coinvolto in plurimi episodi di violenza in patria e all'estero, si doleva ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 Prot. 7 C.e.d.u. del fatto che gli fosse stato proibito di recarsi per un anno allo stadio per assistere alle partite di calcio della menzionate squadre sia in territorio croato che straniero, unitamente all'obbligo di presentarsi, in concomitanza delle gare che vedevano impegnate tanto la Dinamo Zagabria quanto la nazionale croata, alla più vicina stazione di polizia; e ciò nonostante egli fosse già stato in precedenza condannato – in relazione ai medesimi fatti posti a fondamento della misura – a scontare una pena detentiva, ancorché condizionalmente sospesa.

⁵²⁸ La Corte fa riferimento alla sussistenza nell'ordinamento croato di due diverse 'tipologie' di divieto di accesso alle manifestazioni sportive: accanto alla non meglio definita misura preventiva esaminata – che è indipendente dalla commissione di un reato e che ha come unico presupposto applicativo, oltre alla pericolosità del soggetto, "la notizia di precedenti condotte illecite" – vi è infatti una pena accessoria che impone sostanzialmente il medesimo divieto, e che è però inflitta dal giudice assieme alla pena principale all'esito del procedimento che accerta la commissione di un reato. Tale circostanza – sostengono i giudici – depone a favore della netta separazione delle due funzioni:

indicativa della finalità preventiva e non punitiva della misura croata che possono essere ravvisati interessanti spunti anche per il diritto comparato, ivi incluso l'ordinamento italiano, in quanto affini sul punto.

Infatti, la Corte sottolinea che l'obbligo di presentazione del tifoso alla più vicina stazione di polizia in corrispondenza delle partite giocate dalla propria squadra del cuore non costituisce una misura di tipo sostanzialmente penale perché al tifoso spetta l'onere di documentare l'attività svolta a ridosso, durante e dopo la gara alle forze dell'ordine ma che lo stesso non è tenuto a trascorrere il tempo di osservazione all'interno della stazione di polizia né a consegnare i propri documenti validi per l'espatrio, essendo sufficiente che egli comunichi i suoi movimenti alla polizia.

Una misura di tal genere –sostiene la Corte– appare come principalmente orientata alla rimozione delle possibili cause di condotte violente, a beneficio della comunità, consentendo dunque di poter rilevare la prevalente funzione preventiva della misura, e di conseguenza l'esclusione della stessa dal novero di quelle sostanzialmente penali ai sensi della Convenzione.

Alle stesse conclusioni la Corte perviene analizzando il livello di afflittività della misura in questione. Il divieto in oggetto –osserva la Corte– non si accompagna alla privazione della libertà personale o al pagamento di una somma di denaro; la reclusione e/o una multa possono derivare dal mancato rispetto dei divieti e degli obblighi imposti, ma non sono dirette conseguenze di questi ultimi. Infine, osserva la Corte, misure che incidono più pesantemente sui diritti e le libertà del singolo rispetto a quella oggetto di giudizio sono state ritenute, in passato, non sufficientemente afflittive da costituire una sanzione penale ai sensi della Convenzione.

Interrogandosi sulle possibili ripercussioni della sentenza in esame, sembrerebbe potersi affermare per il momento –e salvo eventuali *overturning* giurisprudenziali– che il divieto di accesso alle manifestazioni sportive, laddove presenti caratteristiche affini o simili a quelle analizzate dalla Corte E.d.u., rappresenti a tutti

l'unico ruolo che il fatto di reato eventualmente commesso in precedenza rivestirebbe, nell'applicazione della "misura preventiva" in questione, è quello di incarnare il presupposto applicativo delle precedenti condotte illecite.

gli effetti una misura di tipo amministrativo e che dunque, l'eventuale irrogazione di una sanzione penale per i medesimi fatti non darebbe luogo al *bis in idem factum*. Certo è che il discorso potrebbe mutare laddove, come paventato negli ultimi anni ogni qualvolta si siano verificati fatti più o meno eclatanti o di grande risalto anche mediatico, si pensasse di introdurre il c.d. Daspo a vita o ulteriori sanzioni maggiormente afflittive e volte alla repressione del tifo violento, che comporterebbero necessariamente ulteriori considerazioni.

In ogni caso, ad oggi, anche in considerazione del fatto che misure maggiormente afflittive siano state ritenute non penali, sembrerebbe che misure come il Daspo italiano siano perfettamente in grado di superare il *test* convenzionale e mantenersi, di conseguenza, fuori dall'ambito di applicazione delle garanzie (processuali e sostanziali) connesse alla nozione convenzionale di materia penale.

11.- *Ne bis in idem e misure di sicurezza*

In riferimento alle misure di sicurezza, il cui discorso circa caratteristiche natura e legittimità appare simile a quello svolto per le misure di prevenzione, è necessario specificare che spesso, applicandosi nella stessa sede processuale in cui vengono comminate le sanzioni per i reati consumati e da cui dipendono, non comportano un'effettiva duplicazione processuale, atteso che, ai fini dell'illiceità della condotta presupposta, l'accertamento è svolto nelle sedi giudiziarie penali con applicazione del codice di rito.

Se l'irrogazione della misura di sicurezza (patrimoniale o personale che sia) contestuale all'accertamento della responsabilità penale non desta molte perplessità, nel caso in cui questa segua cronologicamente l'accertamento penale sorgono maggiori perplessità (ad esempio nel caso di applicazione in fase esecutiva di una confisca "per sproporzione" o nel caso di ablazione di tutti quei beni che sono soggetti a "confisca obbligatoria" quali ad esempio armi, sostanze pericolose, ma anche opere d'arte e beni demaniali)

Tuttavia, la giurisprudenza ha avallato tale *modus operandi* sostenendone la piena legittimità, utilizzando ragionamenti analoghi a quelli espressi in tema di misure di prevenzione⁵²⁹.

⁵²⁹ Cass., Sez. V, 21 novembre 2001, Aiello, in *Mass. Uff.*, n. 222050; più recentemente Cass., Sez. III, 10 giugno 2014, Clark, in *www.archiviopenale.it*.

CAPITOLO IV

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*: I FUTURIBILI

1.- *Il dialogo conflittuale tra Corti*

Nel corso degli ultimi anni, si è parlato più volte della necessità di un “dialogo tra Corti”, cosa che in effetti, come cercato di illustrare ed analizzare nelle pagine precedenti, si è verificato, seppur forse non con i risultati sperati, figli anche di un incontro tra ordinamenti profondamente diversi, e caratterizzati da forti peculiarità a livello di principi, che necessariamente si riverberano nelle scelte processuali e sostanziali⁵³⁰.

Alcuni dei punti di frizione, che si rinvergono analizzando le dinamiche di questo difficile dialogo, vanno inquadrati nell’ottica più generale del problema di compatibilità fra gli ordinamenti giuridici che interagiscono nel definire la *ratio* e i limiti del *ne bis in idem*. Infatti, già da questi primi rilevati, si può intravedere la

⁵³⁰ In proposito RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 124, che richiama Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in www.giurcost.org, alla cui stregua «il riconoscimento del primato del diritto dell’Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell’art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell’Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell’ipotesi normativa si realizzi (sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973). (...) In base all’art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull’Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza. Il primato del diritto dell’Unione riflette il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri».

concezione completamente diversa che il divieto assume nell'ordinamento C.e.d.u.⁵³¹ rispetto alla tradizionale ricostruzione nostrana, dove assume valore come regola pratica dell'agire processuale, un "effetto logico" della cosa giudicata, frutto della sua autorità negativa, che previene il conflitto pratico e segna, al contempo, l'esaurirsi del procedimento impedendone la reiterazione.

L'approccio che si rinviene nella fonte europea, invece, considera il divieto *in primis* come un diritto fondamentale della persona, sganciato, almeno in parte, dall'impianto concettuale della *res judicata*, che entra in gioco solo come presupposto *di fatto* per far scattare la preclusione relativa al secondo procedimento. Due sembrano essere le ragioni di questa divergenza, una storica e un'altra "strutturale". Sotto il primo profilo, il *ne bis in idem* rappresenta il crocevia fra la tradizione anglosassone, che conosce un divieto di *double jeopardy* ispirato espressamente alla tutela dell'individuo di fronte alla pubblica persecuzione, legittima solo se non reiterata arbitrariamente; mentre nella tradizione continentale il divieto risente del solido impianto teorico dell'*auctoritas* del giudicato, il quale mira a garantire la certezza delle situazioni giuridiche e la razionalità del meccanismo processuale.

Un principio, dunque, che somiglia a una moneta: da un lato una regola del sistema, che presidia il razionale funzionamento del meccanismo processuale e sanzionatorio, evitando duplicazioni; dall'altro, una libertà fondamentale della *persona*, certamente lesa, se la cognizione penale *in idem* può essere arbitrariamente reiterata in suo danno. E che, proprio come una moneta, non può prescindere né dall'una, né dall'altra faccia, seppur con le riscontrate difficoltà di armonizzazione per le due citate -ed opposte, almeno a prima vista- dimensioni del principio.

Sul profilo strutturale, un ulteriore elemento discretivo fra gli ordinamenti in questione sembra derivare dal principio di territorialità: com'è noto l'ordinamento creato dalla Convenzione europea, non avendo come caratteristica precipua una territorialità diretta né un popolo con tradizioni e costumi comuni, è una struttura

⁵³¹ Ma analogo discorso può esser sostenuto anche per il diritto dell'Unione europea, relativo però alla dimensione orizzontale del divieto, visto che i contenuti materiali della C.e.d.u. transitano nel diritto primario eurounitario, e vengono applicati anche dalla Corte di Giustizia, nelle materie di competenza dei Trattati.

normativa di secondo livello, per così dire, le cui decisioni giudiziarie dovranno essere eseguite dallo Stato condannato e che, infatti, riversa il suo apporto di tutela al *ne bis in idem* nel sistema processuale di ogni singolo Paese membro, il quale deve farsi carico degli ulteriori contenuti di valore che provengono dall'alto, in una dinamica multilivello.

Parimenti, a mo' di naturale conseguenza di quanto poc'anzi riportato, i rapporti tra giurisprudenza nazionale ed europea risultano assai difficoltosi anche –ma non solo– alla stregua del differente ruolo e funzione che rivestono rispettivamente la Corte Suprema di Cassazione e la Corte costituzionale, da un lato, e la Corte E.d.u. e la Corte di giustizia dell'Unione Europea, dall'altro lato⁵³².

Dunque è proprio la mancanza di un sistema processuale comune⁵³³ (ossia di un *comune* diritto oggettivo) che ben spiega il perché l'ambito convenzionale propenda per una ricostruzione dell'istituto come fondato su una pretesa soggettiva, piuttosto che sulla tutela del giudicato, poiché in assenza di una normativa uniformemente condivisa l'unico sostrato comune possibile rimane quello dei diritti individuali.

Ragion per cui, l'applicazione del divieto passa, in ultima istanza, pur sempre per il giudice nazionale, che diventa l'attore principale delle dinamiche relazionali fra questi sistemi normativi e si fa carico di garantirne la coesistenza, bilanciando in giusta misura gli “obblighi di tutela penale” con la protezione del diritto individuale⁵³⁴.

Tale situazione depone per lo sviluppo del difficoltoso dialogo tra le Corti che si pone a livelli differenti, e che deve necessariamente essere affinato ed implementato.

⁵³² Cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 125, in cui si sottolinea come «In tale contesto, allora, si colloca la sinusoidale interpretativa relativa ai “tempi” ed ai “metodi” di applicazione del divieto di bis in idem, che deriva per li rami dal confronto tra i dicta – ed i relativi svolgimenti motivazionali – della Corte EDU, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e delle Corti interne».

⁵³³ Rappresentativa di questa situazione è la *natura* dei giudizi che si instaurano negli ordinamenti sovranazionali in questione: com'è noto, il giudice dell'Unione si pronuncia solo in via pregiudiziale, e quello della Convenzione conosce della condotta dello Stato, ma richiede comunque una ulteriore attività giurisdizionale interna per dare seguito alla condanna a Strasburgo.

⁵³⁴ Cfr. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1, 168.

In alcuni settori è stato –ed è tuttora– felice e ha portato a ottimi risultati, in altri la strada si prospetta ancora lunga e tortuosa: ma il dato positivo, innegabile, è che la dialettica è in corso ed è questo l'elemento che deve portare a salutare con favore questi fermenti ideologici i quali, seppur in taluni casi abbiano fatto registrare passi indietro, testimoniano come il sistema di tutela multilivello stia cercando di produrre i suoi frutti attraverso l'impegno di tutte le forze in causa⁵³⁵.

⁵³⁵ GIUNCHEDI, *Loquacità, moniti silenzi e ripensamenti nella dialettica tra Corti*, cit.

2.- Cosa resterà... prime ipotesi in prospettiva evolutiva

Nell'analisi della difficile relazione tra Corti, si è sostenuto che l'evoluzione dei rapporti tra divieto di doppia incriminazione e divieto di doppia sanzione coglie la distinzione tra forza dell'interpretazione ed autorità della legge scritta, peraltro sottolineando i limiti e le incertezze di quest'ultima⁵³⁶.

Tale incongruo rapportarsi ha certamente acuito un senso di incertezza, situazione che -invece- ogni sistema giuridico cerca di eliminare e contrastare, sebbene l'incerto come fenomeno giuridico costituisca tutt'altro che una novità: nonostante imperversino istanze che proclamino la certezza giudiziale come la prima fonte della sicurezza dei cittadini di fronte alle pretese dello Stato, l'incertezza giuridica si presenta con tale frequenza ed intensità da destare forti perplessità tra gli operatori del diritto, oltre che evidenti angosce tra i consociati⁵³⁷.

D'altra parte è risaputo che eccessi ed opinioni possano condizionare l'interpretazione, di per sé ontologicamente mutevole ed incerta, poiché teoricamente foriera di continue attribuzioni di significato: tutto è interpretabile. Ma se in astratto la situazione poc'anzi descritta è realistica, nel concreto non è esatta, nel senso di "accettabile", la coesistenza di plurime interpretazioni che determini il realizzarsi di una situazione di normale e continua incertezza⁵³⁸.

Il rischio concreto, d'altronde, sarebbe quello di veder realizzati multipli sistemi di interpretazione -paralleli e parimenti validi- che determinino vere e proprie fratture interpretative, con evidenti divergenze applicative della norma di riferimento (o del complesso normativo in esame), di difficile e a volte impossibile composizione, che rispettino il senso del testo, e, quindi, quanto voluto dal legislatore per il caso concreto:

⁵³⁶ Cfr. RANALDI-F.GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 126.

⁵³⁷ Cfr. FURFARO, *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

⁵³⁸ In tema ancora FURFARO, *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, cit., che sottolinea come «Nessuno dubita che, come per qualsivoglia tipo di interpretazione, anche per quella della legge si possa dire che, salvo i paradossi, ogni interpretazione sia valida e sostenibile; né che tra le interpretazioni possibili ve ne possa essere una, in sé, giusta, più giusta o vera. Così come per l'interpretazione di qualsivoglia ente, però, è necessario ribadire che, quella giuridica, debba comunque essere conforme a qualcosa cui in generale si riconosca valore di principio informatore della materia o del sistema».

sembra affacciarsi l'idea di un diritto processualpenalistico che comincia ad abbandonare il senso dell'oggettivo in proposito; fenomeno probabilmente destinato ad ampliarsi ed a trovare alimento negli atteggiamenti della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità, stimolati –e parzialmente in risposta- alle evoluzioni della giurisprudenza sovranazionale, sempre più imprescindibile anche nell'analisi del sistema interno.

La qual cosa non necessariamente deve esser vista in senso negativo, anzi, considerato che il disaccordo è caratteristica intrinseca di un dibattito ed emblema del concetto di evoluzione e dinamismo del diritto stesso, il quale deve sapersi adattare e modificare in base al momento storico ed alla società, e che deve poi culminare auspicabilmente in riforme e leggi scritte.

Il momento storico vissuto, sulle spinte europee (globalmente intese) sembra imporre una riconsiderazione dei sistemi nazionali, abbandonate le geometrie rigorose e le maglie della regolamentazione generale e astratta degli Stati, tendente verso la regolazione armonica delle situazioni e dei rapporti secondo un modo di intendere più “umanistico”, caratterizzato dall'adattamento al concreto, dall'approccio agli individui, dall'adeguatezza al contesto delle società che gli stessi sistemi giuridici, e dunque anche quello italiano, affermano di governare⁵³⁹, senza che si creino spaccature e divisioni tra tutela interna e sovranazionale.

Ma se l'attuale scena giuridica risulta caratterizzata dalla molteplicità di fonti normative (e giurisprudenziali) di rango primario, è opportuno analizzare il fenomeno in sé non come un pericolo dal quale salvaguardarsi attraverso l'esaltazione dei dati formali e dei certificati (quanto stereotipati) meccanismi frutto di antiche concezioni ritenuti validi sempre e comunque fino ad oggi, ma come il normale modo di produzione del diritto nel tempo attuale ed un'occasione di ulteriore crescita dell'intero sistema.

Venute meno le certezze che lo Stato garantiva per *auctoritas* e supremazia territoriale nel proprio *hortus conclusus*, bisogna cominciare ad approcciarsi ad

⁵³⁹ Cfr. ancora Cfr. FURFARO, *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

un'idea di diritto nazionale un po' meno "interna" e sempre più incline ad un diritto comune nell'interesse del singolo individuo.

È evidente che il complesso delle disposizioni fondamentali (la Costituzione, il Trattato dell'Unione o la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) costituisca, dal punto di vista formale, un sistema ordinato di regole che non si propone diversamente da qualsivoglia corpo normativo e che, in quanto tale, sia anch'esso da interpretare.

Proprio sul piano dell'interpretazione sembra chiaro che lo studio delle norme e degli istituti secondo la struttura del sistema sia l'unica via, nonché rimedio, praticabile laddove si voglia effettivamente garantire l'uniforme applicazione della legge e, così, l'uguaglianza di tutti i consociati, almeno nella considerazione di chi la legge deve applicare.

Focalizzandosi sul principio di *ne bis in idem*, se l'obiettivo finale appare non tanto evitare l'irrogazione di due sanzioni in ipotesi tra loro conflittuali, quanto garantire al condannato che all'illecito commesso verrà ricollegata un'unica sanzione attraverso un unico processo, così come che non vi sarà un altro processo destinato a ricollegare allo stesso fatto una sanzione di tipo diverso, sembra evidente anche la necessità di un intervento legislativo mirato e ragionato, che si affianchi -e si aggiunga- alla soluzione giurisprudenziale.

Il rischio di duplicazione di procedimenti e sanzioni nei confronti della medesima persona ed a fronte dell'*idem factum* -in base alla tendenza sempre più fluida ed unitaria di considerare i confini tradizionali del diritto penale, civile e amministrativo- potrà essere scongiurato solo se, e quando, il legislatore riterrà di implementare quale metodo elettivo di punizione dell'illecito penale -formalmente e sostanzialmente- quello dell'unico processo e dell'unica sanzione, adeguata al tipo ed alla gravità dell'illecito.

Ma al momento, se il legislatore, *more solito*, langue e se lo *jus commune* solo parzialmente, e in determinati casi, è ammesso nello *jus proprium*, la via per cercare di perseguire la certezza è stata per il momento solo quella interpretativa, purché non si rifletta in una sorta di continuo riferimento alla giurisprudenza *juscreativa*. Quella via, cioè, che facendo leva sul valore sostanziale delle norme sovranazionali

–e, in particolare, di quelle della C.e.d.u. nell’interpretazione datane dalla Corte europea– quali norme interposte che integrano il dettato costituzionale, riconsideri, tanto il portato del principio del *ne bis in idem*, quanto più approfonditamente la compatibilità convenzionale ed eurounitaria di certe preclusioni interne.

3.- Alcune riflessioni circa la rivoluzione del concetto di *idem fattuale*

Alla luce dell'*excursus* giurisprudenziale nostrano, sembra che il diritto vivente esca rafforzato dalla sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale, la quale, ammettendo che l'*idem factum* rilevante ai fini dell'art. 649 c.p.p. sussiste solo in presenza di una coincidenza tra condotta, evento e nesso di causalità, consente una spaccatura fra le due dimensioni, processuale e sostanziale, della stessa vicenda⁵⁴⁰. Questa rinnovata (nei contenuti) duplice dimensione del principio di *ne bis in idem*, presenta anche aspetti speculari, così che quando non sembri poter operare il divieto di duplicazione sostanziale sanzionatoria, dovrebbe poter intervenire in soccorso dell'interessato il divieto processuale di doppio giudizio⁵⁴¹.

Ma, stando alla ricostruzione del principio in sede giurisprudenziale, se strettamente connessa al tenore della legge scritta, si genera inevitabilmente una discrasia che potrebbe comportare, potenzialmente, la possibilità di instaurare un secondo giudizio, per difetto del criterio dell'*idem factum*, per reati che potrebbero tuttavia rientrare nelle logiche del *ne bis in idem* sostanziale⁵⁴².

L'effetto sortito dalla sentenza della Corte Costituzionale è stato quello, confermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁵⁴³, di affermare che, anche nel caso del concorso formale di reati, perché vi possa essere un secondo procedimento nei

⁵⁴⁰ Cfr. PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, cit., 386.

⁵⁴¹ Cfr. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1181 e ss., «si può anzi ritenere - come regola di carattere generale - che laddove sussista il rischio di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, non possa non operare il *ne bis in idem* processuale»; PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, cit. 385-386.

⁵⁴² Cfr. PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, cit.

⁵⁴³ Cass., Sez. V, 15.02.2018 (dep. 06.06.2018), n. 25651. In tale occasione, la Cassazione, mutando il proprio precedente orientamento, ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte di appello di Trieste, con la quale quest'ultima (nell'ambito di un procedimento avviato una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento) condannava il ricorrente per il reato di bancarotta fraudolenta distrattiva (ex art. 216 l. fall.), nonostante costui fosse già stato giudicato, con sentenza divenuta definitiva, nell'ambito di un procedimento per appropriazione indebita (ex art. 646 c.p.). La Corte, infatti, riconosciuta l'identità del fatto in senso naturalistico (medesima era la condotta distrattiva considerata nei due procedimenti), non ha potuto far altro che ravvisare l'operatività della preclusione processuale di cui all'art. 649 c.p.p., a nulla rilevando la possibilità di ricondurre, in virtù dell'intervenuta dichiarazione di fallimento, la condotta distrattiva alle due fattispecie incriminatrici. Per un approfondimento sul punto si veda MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in www.penalecontemporaneo.it.

confronti dello stesso soggetto, l'interprete dovrà preliminarmente accertare che i fatti pragmaticamente intesi siano diversi, con attenzione agli elementi identitari del reato, compendiati in condotta, evento e nesso causale⁵⁴⁴.

Per quanto attiene, poi, al merito della decisione, sono stati evidenziati già da tempo i risvolti problematici⁵⁴⁵ connessi all'adozione della nozione di "stesso fatto" imperniata sulla triade condotta-evento-nesso di causalità⁵⁴⁶.

D'altra parte, si deve tenere a mente come il criterio adottato dalla recente giurisprudenza, sia ispirato da esigenze di giustizia sostanziale, che verrebbero messe in pericolo dall'adozione della nozione di *idem factum* circoscritta alla mera condotta⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Cass., Sez. V, 15 febbraio 2018 (dep. 06, giugno 2018), n. 25651, Considerato in diritto, par. 4.1, ove la Corte afferma che «*anche se si dovesse ritenere che l'appropriazione indebita e la bancarotta integrino una ipotesi di concorso formale di reati (cosa decisamente dubbia, per le ragioni limpidamente esposte nella sentenza n. 37298/2010, sopra richiamata), la possibilità di procedere per la bancarotta dopo la formazione del giudicato sull'appropriazione è, ora - dopo la sentenza n. 200/2016 della Corte Costituzionale, sopra richiamata, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale - condizionata alla possibilità di leggere, nella bancarotta, un fatto diverso rispetto all'appropriazione, sulla base degli elementi identitari del reato, tradizionalmente compendiati nella triade condotta, nesso causale, evento. Dopo questa pronuncia, infatti, la problematica posta dall'impatto del ne bis in idem sul concorso reale di norme va risolta alla stregua dei criteri enunciati in precedenza, secondo cui un nuovo giudizio è consentito solo se il fatto che si vuole punire sia, naturalisticamente inteso, diverso, e non già perché con la medesima condotta sono state violate più norme penali e offesi più interessi giuridici. Il che impedisce di far riferimento all'istituto del concorso reale di norme per dirimere la problematica posta dal sopravvenire del fallimento alla pronuncia di appropriazione*».

⁵⁴⁵ Sono state ad esempio sottolineate le criticità emergenti nel caso dei reati progressivi: Tizio cagiona delle lesioni a Caio, il quale a distanza di tempo muore. Ora si immagini che Tizio sia stato condannato (o prosciolto) con sentenza divenuta definitiva in relazione all'accusa di lesioni. Sopraggiunta la morte di Caio, il p.m. ben potrà esercitare l'azione penale nei confronti di Tizio per il reato di omicidio, nonostante la lettura dell'art. 649 c.p.p. fornita dalla Suprema Corte e dalla Corte Costituzionale, in quanto le lesioni e la morte sono due distinti eventi anche sotto il profilo strettamente storico-naturalistico. Una conclusione di questo tipo, però, viene osservato, porterebbe a vanificare il dato letterale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui afferma che il fatto è lo stesso indipendentemente dal grado, oltre a tradire la portata teleologica della disposizione medesima tutelare l'individuo da plurimi giudizi aventi ad oggetto lo stesso brano di vita.

⁵⁴⁶ Si veda CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1181 e ss.; CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 1035; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Archivio Penale*, 2015, 3, 897-898; LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2017, 1, 66 ss.

⁵⁴⁷ CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1181 e ss.

Considerate le esigenze di giustizia sostanziale e anche della necessità di non addivenire ad una interpretazione *contra legem*, forse un punto di incontro con le necessità di tutela dell'individuo, cui certamente il principio del *ne bis in idem* è preposto, può trovarsi, secondo parte della dottrina, nella proposta ermeneutica che fa corrispondere al “medesimo fatto” di cui all'art 649 c.p.p., non solo la condotta, ma anche l'oggetto verso il quale questa è diretta (nei reati c.d. materiali)⁵⁴⁸. In tal modo, da un lato, si dovrebbe ravvisare l'esistenza della preclusione processuale nei casi di reato progressivo⁵⁴⁹; dall'altro lato, anche le esigenze di giustizia sostanziale non verrebbero oltremisura compresse⁵⁵⁰.

Applicando la visione sostanziale ed unitaria già tratteggiata, e spostando poi l'attenzione sullo stato dell'arte in materia di confisca, come già brevemente ricostruita nei suoi caratteri salienti, si nota una prassi giudiziaria che mostra delle criticità in relazione al divieto di *bis in idem*.

Una volta esclusa la natura sanzionatoria della confisca antimafia, che le resistenze giurisprudenziali continuano a qualificare come semplice misura di prevenzione, il soggetto può essere sottoposto a indebite reiterazioni del potere punitivo nei suoi confronti, in sedi separate e sulla base del medesimo fatto materiale: da un lato, l'accertamento del fatto di reato; dall'altro, il procedimento di prevenzione⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1224 ss.; CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 1035; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit.; FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, cit., 77; LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., 68; RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, cit.

⁵⁴⁹ Sul punto CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1219, afferma che: «L'art. 649 suona altrettanto chiaro rispetto al reato progressivo: ad esempio, percossa-lesione-omicidio; una condotta cade sotto norme diverse non cumulativamente applicabili (concorso apparente, risolto dall'art. 15 c.p.). Le rispettive figure differiscono nel “grado”: differenza irrilevante; l'assolto o condannato sul reato minore non è più giudicabile». Cfr. anche CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit.

⁵⁵⁰ Cfr. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit.

⁵⁵¹ Come sottolineato, per l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, il principio di autonomia tra processo penale e processo di prevenzione consentirebbe di tenere distinti i relativi presupposti applicativi, evitando di porre a carico del giudice della prevenzione condizionamenti valutativi derivanti dall'accertamento di merito: in virtù di questo principio, secondo i giudici di legittimità l'assoluzione in sede di merito dal reato contestato all'imputato, non impedisce a quest'ultimo di assumere la veste di proposto per una misura di prevenzione relativa agli stessi fatti, diversa essendo la finalità perseguita nel secondo procedimento e potendo il giudice della prevenzione attingere anche al compendio indiziario del processo penale, al fine di rivalutarlo per la

Se le finalità istituzionali dei due procedimenti sono ben distinte⁵⁵², le diversità formali risultano in parte tradite dallo stesso legislatore, che privando il giudizio di pericolosità del carattere dell'attualità, ha di fatto eliminato i tratti residui di prevenzione in capo alla confisca in esame, accentuando quelli puramente sanzionatori e afflittivi: la misura patrimoniale sembra assumere le caratteristiche di una pena patrimoniale, salvo il *nomen iuris* di misura di prevenzione con tutte le relative conseguenze in punto di esclusione delle norme in tema di giusto processo, del contraddittorio sulla formazione della prova, del divieto di doppio giudizio relativo al medesimo fatto materiale, ossia dei parametri di legalità imposti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea.

Per i giudici alsaziani, nelle pronunce relative al divieto di *bis in idem*, la pena va rintracciata in quelle reazioni dell'ordinamento che abbiano carattere repressivo⁵⁵³ e tenendo in considerazione, inoltre, la proporzionalità tra l'intensità e la gravità della misura irrogata e lo scopo che con essa viene perseguito⁵⁵⁴: se queste sono le coordinate seguite a Strasburgo anche per riqualificare la confisca in ambito penale⁵⁵⁵, lo stesso percorso ermeneutico sembra possa essere seguito anche con riferimento alla confisca legata al procedimento di prevenzione, dal momento che l'espropriazione dei beni può seguire anche a un accertamento assolutorio in sede

confisca del patrimonio: in sintesi, il giudizio di pericolosità sociale non è automaticamente escluso da una decisione irrevocabile di assoluzione (Cfr. Cass, VI, 18 settembre 2014, n. 50946, *Catalano*, Cass., V, 16 maggio 2014, n. 32353, *Grillone*, Cass., I, 7 gennaio 2016, n. 6636, *Pandico e altri*).

⁵⁵² Il meccanismo predisposto dall'art. 18 del D. Lgs. 159/2011 introduce, in capo al soggetto che rientra tra quelli indicati dalla legge, un meccanismo probatorio basato su presunzioni relative, dal momento che consente la confisca del patrimonio se c'è sproporzione tra gli acquisti effettuati in un determinato periodo di tempo e il reddito dichiarato a fini fiscali o l'attività economica svolta, ovvero se sussistono indizi idonei a far ritenere che gli acquisti in parola siano il frutto o il reimpiego di proventi delittuosi, salvo prova contraria del proposto. Sul riparto degli oneri probatori tra parte pubblica e proposto, con particolare riferimento alla necessità di considerare la presunzione in parola sempre relativa, consentendo al proposto di fornire la prova contraria, anche con semplici allegazioni, dell'origine lecita dei beni, a pena di illegittimità del procedimento di prevenzione, si veda da ultimo Cass., VI, 8 giugno 2017, n. 48610.

⁵⁵³ Sui criteri identificativi della "materia penale", tra le altre, Corte E.d.u., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, che ha riconosciuto natura sostanzialmente punitiva a una forma di confisca allargata.

⁵⁵⁴ Cfr. GAITO-FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *Archivio Penale*, 2016, 3, 615-617.

⁵⁵⁵ Il riferimento va alle due note vicende giudiziarie Corte E.d.u., 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, nonché Corte E.d.u., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, cit. Cfr., in tema, CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *Archivio penale*, 2015, 2.

di merito e risolvendosi, in tal modo, in una duplicazione processuale lesiva del *ne bis in idem*.

Una volta riconosciuta la natura afflittiva della confisca disciplinata dal Codice Antimafia, a nulla rilevando la sua collocazione all'interno del procedimento di prevenzione, che ha di recente acquisito una spiccata finalità retributiva, si comprende il problema di *bis in idem* che comporta una giustizia differenziata a seconda dello scopo nominalmente perseguito, che si risolve tuttavia in duplice accertamento in *idem factum* a danno del soggetto, prima imputato e successivamente proposto per la prevenzione.

Come sottolineato a più riprese, la Corte europea ha insistito, specie con le sentenze Zolotukhin e Grande Stevens, sulla considerazione di una accezione materiale del fatto posto a base del divieto di doppio giudizio, onde evitare che la veste formale conferita dal legislatore all'accadimento materiale possa consentire a quest'ultimo di modulare a piacimento la portata di quello che, ai sensi della Convenzione europea, è un diritto fondamentale del cittadino, che lo mette al riparo da reiterate persecuzioni "penali" relative allo stesso fatto naturalistico.

A monte del problema di *bis in idem*, in sintesi, c'è un importante problema di politica criminale e di collocazione codicistico/sistematica. D'altronde annoverare la misura patrimoniale nell'ambito del procedimento di prevenzione risolve numerose problematiche di politica criminale, poiché in tal modo essa riesce a raggiungere beni di cui è arduo dimostrare il legame con un fatto di reato ampiamente provato, riuscendo a colpire ciò che evidentemente sfugge agli istituti sanzionatori che conosce il processo di merito⁵⁵⁶, mediante quelle presunzioni di pericolosità che non possono entrare in gioco quando l'ordinamento intenda formulare il rimprovero penale, ma che ritornano *in auge* se finalizzate a colpire il patrimonio indiziato di acquisto illecito⁵⁵⁷, comportando così una trasformazione

⁵⁵⁶ Sul tema MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 303-304.

⁵⁵⁷ Sul punto VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali penali*, in *Riv. Dir. Proc.* 2016, 65 e ss.

della confisca in parola da strumento *praeter delictum* ad espropriazione dei beni *praeter probationem delicti*⁵⁵⁸.

Una trasformazione, in sintesi, che impone di superare l'etichetta formale del legislatore e distinguere tra misure che effettivamente perseguono una finalità special-preventiva di contrasto alla pericolosità, come le misure personali, e misure che sono preventive solo in senso lato, avendo acquisito tratti caratteristici della punizione, per la loro funzione deterrente: tratti che, ove riscontrati, richiedono all'interprete di collocare correttamente la misura nella *matière pénale* e imporre per essa il rispetto delle garanzie europee, non potendosi ritenere che le misure patrimoniali, non riguardando direttamente la libertà personale dell'individuo, possano offrire una resistenza maggiore ai principi convenzionali che regolano il potere punitivo dello Stato⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Secondo MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in Mazzaresse-Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile, amministrativo*, Palermo, 2010, 119 ss., la nuova morfologia della confisca di prevenzione si iscrive in una tendenza legislativa, sempre più generalizzata a livello internazionale, a strutturare un vero e proprio procedimento contro il patrimonio, una *actio in rem* indipendente dalla responsabilità penale del titolare.

⁵⁵⁹ Cfr. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc.*, 2015, 3, 1282.

4.- *La crisi del concetto del c.d. “doppio binario”:
da un binario molteplice ad un binario morto?*

Il più delle volte, ad esser colpita da pronunce di condanna provenienti da Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, è una tipologia piuttosto precisa di Stati, ovvero quelli che prevedono sistemi normativi caratterizzati non solo -e non tanto- dalla simultanea presenza di sanzioni penali e amministrative convergenti sul medesimo fatto, secondo il familiare schema del *doppio binario*, ma che presentano un modello di c.d. doppio binario *sanzionatorio* (amministrativo e penale), che diventa rilevante ai fini del *ne bis in idem* quando la sanzione amministrativa, mostrando un contenuto sostanzialmente punitivo, non corrispondente -quindi- alla semplice nomenclatura utilizzata nello Stato membro, venga ricondotta, sulla base dei noti criteri Engel e delle successive integrazioni, nel perimetro della materia penale.

Molto spesso, gli Stati hanno utilizzato tale meccanismo sanzionatorio in risposta alla difficoltà di colpire effettivamente un certo tipo di illeciti, oltre che per mascherare alcune *defaillances* dal punto di vista sistematico e/o di adattamento ad un determinato comportamento antiggiuridico, finendo però, nella maggior parte dei casi, con il prevedere ed autorizzare (oltre che incentivare) una locupletazione di sanzioni sempre più incisive in danno del soggetto attinto.

Come spiegato dalla Corte di Strasburgo, nel caso “*Zolotukhin*”, adottando invece l’approccio più favorevole all’individuo, anche una chiara ipotesi di concorso formale di illeciti, come tale non riconducibile allo schema dell’*idem* legale in ragione della disomogeneità delle strutture normative dei due reati, potrà dar luogo al divieto di procedere per entrambe le fattispecie penali (*rectius*, per l’una, quando si sia chiuso il giudizio sull’altra) sancito dal principio del *ne bis in idem* convenzionale.

Si spiega, dunque, come nella rete del divieto convenzionale possano restare imbrigliati non solo i sistemi a doppio binario sanzionatorio *cumulativo*, dove cioè sullo stesso fatto convergono per espressa previsione legislativa entrambe le sanzioni (è il caso, ad esempio, della normativa interna in materia di abusi di

mercato), con l'effetto –sul piano processuale– di determinare l'apertura di due procedimenti sul medesimo accadimento storico; ma anche quelli a doppio binario sanzionatorio *alternativo*, dove cioè le due sanzioni sono attivabili alternativamente⁵⁶⁰.

Attraverso il parziale *revirement* operato a partire dalla citata decisione “*A e B. c. Norvegia*” e dai casi successivi, di chiara ispirazione politica stante la pressione degli Stati membri alla salvaguardia e tutela dei meccanismi di c.d. doppio binario sanzionatorio, viene stabilito –per il momento– che due differenti procedimenti, al ricorrere di determinate condizioni, debbano essere considerati, ai fini della valutazione del rispetto del principio del *ne bis in idem*, come aspetti di un unico procedimento, così venendo meno, alla radice, qualsiasi problematica: ad esempio nel caso in cui si celebri un processo penale nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto dall'amministrazione tributaria con una sopratassa riconducibile alla *matière pénale*, quando tra i due procedimenti esista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

Il nucleo essenziale della decisione, pur ispirato al consueto approccio anti-formalistico, sembra quasi mostrare come la prevalenza della sostanza sulla forma finisca per ridimensionare e modificare l'operatività del diritto fondamentale: per valutare se i due procedimenti risultino connessi occorrerà constatare, non solo la relativa complementarità nei mezzi e negli obiettivi perseguiti unitamente alla presenza di una inter-connessione di natura cronologica, ma anche la *prevedibilità* e la *proporzionalità* della *complessiva* risposta sanzionatoria.

Discorso analogo se si allarga l'orizzonte al diritto eurounitario: nella prospettiva della Corte E.d.u., l'operatività del principio del *ne bis in idem* consegue ad un eccessivo –e dunque sproporzionato– complesso sanzionatorio; nell'ottica della Corte di giustizia, parimenti ed *a contrario*, la mancata operatività del principio del *ne bis in idem* consegue al riscontro di una effettiva risposta sanzionatoria proporzionata al caso di specie, dunque in entrambi i casi è il trattamento

⁵⁶⁰ Cfr. TRIPODI, *Il ne bis in idem nella prospettiva europea*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

sanzionatorio (complessivamente) proporzionato a rappresentare la possibile ancora di salvezza del doppio binario rispetto alle censure di *bis in idem*⁵⁶¹.

A fronte dell'affermazione del necessario criterio di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, che sembrerebbe aver avuto anche ripercussioni sull'operatività e l'importanza del principio del *ne bis in idem* integrandolo o comunque aggiungendosi ad esso nella tutela dei diritti dell'individuo, era comprensibile che il bersaglio della giurisprudenza convenzionale fosse individuabile nei sistemi sanzionatori a doppio binario, seppur nello scenario contrappositivo, che vede gli Stati, sovrani delle proprie politiche sanzionatorie, interagire con la piattaforma dei diritti umani.

Sembra affermarsi l'idea che rispetto al giudizio di Strasburgo possa giocare un ruolo fondamentale l'operato del giudice nazionale, sempre più figura chiave, e che assume posizione determinante la quale, in questo caso, non si manifesta nella fase della sola interpretazione del testo normativo, bensì in sede di commisurazione della pena, dove, in assenza di meccanismi legalmente predeterminati di scomputo sanzionatorio (qual è quello in materia di abusi di mercato), il giudice potrà tener conto, nell'esercizio del proprio potere (vincolato), di quanto irrogato nel primo procedimento, compiendo in tal modo delle scelte "minimaliste" ovvero proporzionate. In altri termini, ancora una volta, in tempi di inerzia ed incertezza legislativa, è il giudice nazionale la figura a cui è rimessa l'opera di composizione dei caratteri irrazionali e distorti del sistema sanzionatorio.

La navigazione nelle acque agitate del mare del *ne bis in idem* europeo lascia un'immagine del principio dai contorni sbiaditi, nel senso che la questione che esso pone rispetto ai doppi binari sanzionatori sembra sfumare in una faccenda di proporzionalità sanzionatoria complessiva⁵⁶².

Il *target* iniziale sembrava, dunque, quello di smantellare la proliferazione di sistemi con previsioni di plurimi binari sanzionatori, in favore dell'idea e della realizzazione di un unico ed unitario complessivo trattamento sanzionatorio

⁵⁶¹ Cfr. TRIPODI, *Il ne bis in idem nella prospettiva europea*, cit., secondo cui il carattere proporzionato della sommatoria delle sanzioni è indice di legittimità convenzionale del doppio binario.

⁵⁶² Cfr. TRIPODI, *Il ne bis in idem nella prospettiva europea*, cit.

proporzionato ai fatti di causa: sennonché, come facilmente intuibile, un tale intervento (così profondo ed allo stesso tempo invasivo nell'ottica degli Stati membri), sembrerebbe esser stato ridimensionato, seppur solo parzialmente e per il momento, attraverso le ultime sentenze che hanno provato a recuperare terreno, sostenendo la compatibilità di plurimi accertamenti purché strettamente connessi tra loro nei termini già descritti.

È chiaro che la spinta degli stessi Stati membri (restii ad abbandonare certi stratificati meccanismi anche per via delle ripercussioni legislative, oltre che pratiche, che ciò comporterebbe nel futuro immediato) ha fatto sì che il processo evolutivo fosse in un certo qual modo parzialmente arrestato nella marcia; ma ciò non vuol dire che il percorso sia stato abbandonato o interrotto e che in ogni caso tenda verso quella direzione.

L'esigenza di riaffermare il massimo grado di tutela possibile dell'individuo, nel confronto perennemente impari con lo Stato, è infatti la bussola che sembra guidare la rotta della giurisprudenza sovranazionale, con il timore degli Stati nazionali naviganti al seguito.

Ecco che allora, nell'analisi evolutiva del principio del *ne bis in idem* in chiave europea affiancato dal concetto di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, emerge con forza una componente politica e di adattamento sistemico che non può essere ignorata. Difatti alcune dissertazioni circa l'operatività o meno di certi istituti, od il recepimento di alcuni principi così come sanciti a livello europeo, costituiscono lo spunto per domandarsi ancora una volta che direzione prendere nell'ottica di un'Europa unita o meno, tema particolarmente impellente in tempi di *Brexit*: chiaramente sono tutti interrogativi di non facile né univoca soluzione, ma che mano a mano affiorano e si ripresentano ciclicamente quali argomenti di forte impatto per tutti gli operatori giuridici ad ogni livello, e che di certo non possono essere sottovalutati o -peggio ancora- ignorati.

5.- Verso l'infinito: il necessario superamento delle barriere "formali"...

La recente stagione di interventi giurisprudenziali in ambito europeo e nazionale, alimenta nuovamente il dibattito su uno dei grandi temi su cui spesso ci si trova a discutere, ovvero la centralità dell'individuo all'interno del sistema legislativo di un determinato ordinamento.

Storicamente si è infatti parlato di teoria della retribuzione⁵⁶³, teoria della pace sociale⁵⁶⁴, funzione rieducativa della pena, funzione riconciliativa del diritto penale⁵⁶⁵, e così via anche nell'approcciarsi ai concetti, tra gli altri ed a mero titolo esemplificativo, di prescrizione, procedibilità, punibilità, *ne bis in idem* e *favor rei*: strumenti di tutela della sfera processualpenalistica che occupano un ruolo di notevole interesse per l'adeguamento delle astratte previsioni legislative alle concrete esigenze della realtà di tutti i giorni, poiché capaci di mitigare l'obbligatorietà dell'azione penale, e di adattarla a fronte di situazioni che solo in astratto porterebbero ad applicare legittimamente l'azione penale, ma che si risolverebbero -a tutti gli effetti- in un contrasto col (ed una negazione del) rispetto delle garanzie basilari della dignità umana.

La sanzione penale, almeno nelle originarie intenzioni codicistiche, rappresenta un meccanismo attraverso cui viene assicurato un interesse pubblico concreto volto alla repressione di un comportamento ritenuto illecito, che comporta la lesione di un determinato bene giuridico tutelato dalla norma di riferimento, garantendo certezza della pena e non mera volontà di rappresaglia o vendetta rispetto all'autore del reato⁵⁶⁶.

Sennonché, come in ogni aspetto della vita quotidiana, nel tempo ci si è particolarmente evoluti in tema, fino ad abbozzare (anche in questo, almeno nelle intenzioni) un sistema penale maggiormente orientato verso la persona ed incline alla possibilità di approcciarsi diversamente a determinati concetti e valori nel

⁵⁶³ Cfr. AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Gualiano Vassalli*, in www.archiviopenale.it.

⁵⁶⁴ Cfr. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla ripartizione del torto*, Milano, 1958, 21.

⁵⁶⁵ Cfr. ARCHIBUGI, *Diritto penale internazionale tra passato e futuro*, in www.questionegiustizia.it.

⁵⁶⁶ Cfr. COCO, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in www.archiviopenale.it.

tentativo di abbandonare il criterio puramente retributivo della pena, in favore di un'ottica effettivamente (e non solo a parole) rieducativa della pena, attraverso l'adozione del criterio del minor sacrificio necessario: dunque affiora e si percepisce un'idea più *umana* della pena⁵⁶⁷.

Per l'effetto, un doppio processo per il medesimo accadimento storico rappresenterebbe –e rappresenta a tutti gli effetti– un aggravio di sofferenza per l'individuo, messo in contrapposizione con l'esigenze della società, a causa dell'irragionevole moltiplicazione delle azioni punitive sostenute dallo Stato che, se portata alle estreme conseguenze, finirebbe –e finisce– con l'inaccettabile lesione delle prerogative e delle garanzie del singolo: ecco che il *ne bis in idem*, in questa prospettiva, acquista un ruolo salvifico (nei confronti della macchina Statale) e riequilibratore (per la disparità di poteri) nell'interesse dell'individuo.

La ricerca di giustizia e l'analisi del concetto di “giusto” per il singolo uomo, apre ancora una volta il campo all'ulteriore e fondamentale dibattito (già affrontato a più riprese nel corso della presente trattazione) circa la nettezza di alcune barriere formalistiche presenti all'interno del nostro ordinamento, ma che alla luce delle recenti interpretazioni giudiziali devono esser riconsiderate con profonda presa di coscienza e accortezza, nonché con avveduto senso della misura.

L'idea di un'azione penale repressiva e nettamente divisa dalle altre realtà giuridiche del diritto, in particolare a livello di diritto amministrativo, sembra aver segnato il passo, in favore di un'idea unitaria di sanzione nella forma e –soprattutto– nella sostanza penale calibrata sul grado di afflittività rispetto al singolo individuo ed al tipo di illecito contestato, abile a ricomprendere al suo interno anche forme punitive storicamente ricondotte all'interno del settore amministrativo o civile/sanzionatorio.

Così inteso, ad oggi, il *ne bis in idem* sembra poter rappresentare un principio “a due velocità”.

⁵⁶⁷ Cfr., MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in Gaito A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016; in tema anche AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, cit.

La recalcitranza degli Stati europei e il *self-restraint* mostrato dal Giudice di Lussemburgo hanno condotto la Corte dei diritti umani a più miti approdi, rispetto all'approccio propugnato nei casi Zolotukhin e Grande Stevens.

Si è dunque riaperta la frattura nel grado di tutela apprestato all'individuo (definitivamente giudicato) di fronte al rischio di incorrere in un secondo procedimento "penale" *de eadem re*. Il discrimine fra una tutela più elevata ed una meno estesa è dato, ancora una volta verrebbe da dire, dalla classificazione legale dei procedimenti volti a sanzionare l'illecito che si assume esser stato commesso⁵⁶⁸. Il rischio, *rebus sic stantibus*, appare essere quello di una "diluizione" del *ne bis in idem* processuale in quello sostanziale. Non è più rilevante, insomma, la prosecuzione di un secondo procedimento (sia pur sostanzialmente) penale, a valle di un primo definitivamente celebrato e concernente la medesima *res*. Ciò che è divenuto "il perno del sistema" è garantire che il cumulo sanzionatorio non sfoci in un'eccessiva e intollerabile sproporzione, parametrata al danno arrecato dal reo alla società.

In un Paese, quale il nostro, che fatica (eufemismo) a trovare una stabilità, anzitutto politica, ed in cui -probabilmente- manca la volontà di riconsiderare dalle fondamenta i pilastri su cui è stato eretto il sistema processualpenalistico, rimanendo ancorati alle vecchie concezioni di sovranità giuridica, che risultano quasi anacronistiche a fronte delle evoluzioni eurounitarie, e in cui troppo spesso si è finiti per rifugiarsi nella legislazione d'emergenza invece di operare riforme ponderate e concrete nelle aree bisognose d'intervento, ben si comprende come l'adattamento ad una concezione, a tutti gli effetti "rivoluzionaria", come quella in

⁵⁶⁸ In un primo ordine di casi, ossia in quelle ipotesi in cui ad entrambi i procedimenti il legislatore italiano conferisca il timbro penalistico, il soggetto definitivamente processato riceve la più ampia tutela prevista dall'art. 649 c.p.p.; in quanto il secondo procedimento è *tout court* impedito dal passaggio in giudicato della pronuncia *de eadem re*. Nelle restanti ipotesi (sicuramente di maggior interesse e complessità) l'interprete è chiamato ad un sforzo ermeneutico ulteriore. Laddove, in altre parole, l'illecito commesso sia sanzionato secondo il regime del doppio binario amministrativo/tributario, il definitivamente giudicato va incontro alla possibilità di essere assoggettato ad entrambi i procedimenti materialmente penali. Qualora, infatti, sia ravvisabile quel nesso, delineato con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la definitiva chiusura di una delle due vicende processuali non è d'ostacolo all'incedere dell'altra.

parte propugnata ed incentivata dalle Corti sovranazionali e dall'Europa *-latu sensu* intesa-, risulti estremamente difficile⁵⁶⁹.

Il retaggio culturale che il nostro Paese continua a trascinarsi dietro le “spalle”, fa sì che l'inadeguatezza a livello europeo dell'ordinamento italiano si manifesti a più riprese non solo nell'ambito del divieto di *bis in idem*, ma anche in svariate e numerose tematiche del diritto: dalla rimessione in termini, alla revisione del processo penale, dalle misure di prevenzione alla recentissima illegalità convenzionale dell'ergastolo “ostativo” (previsto solamente in Italia).

Continuare a “isolarsi” giuridicamente, rimanendo ancorati alle tradizionali e rigorose visioni “a compartimenti stagni”, senza effettivamente comprendere (o nel tentativo di ignorare o sottostimare) la gravità e l'afflittività di determinati tipi di sanzioni o meccanismi processuali (già il dover sostenere un procedimento rappresenta *in re ipsa* un peso –e dunque un principio di patimento *ergo* sanzione-per l'individuo), non sembra tuttoggi una scelta pienamente appagante. Infatti, è di tutta evidenza che la fisionomia della cosa giudicata e del principio di *ne bis in idem*, per come delineata dal diritto vivente europeo in un clima di “umanesimo giuridico”, non appare formalmente “ingessata”, tutt'altro: emerge insistentemente la riconduzione del divieto nell'area dei presidi soggettivi, quale diritto della persona suscettivo di rivendicazione anche ben oltre i confini processuali e sostanziali, confermandosene la funzione di tutela di chi è stato giudicato da una seconda punizione come da un ulteriore procedimento.

Un diritto soggettivo a tutto tondo, appagante ed esaustivo, dagli effetti a raggiera verso l'intero ordinamento giuridico, a prescindere dall'inquadramento della natura del secondo procedimento come penale o meno⁵⁷⁰, a tal punto che le differenti aree dell'ordinamento hanno visto via via sfumare i propri sicuri confini a favore di una piattaforma condivisa (meglio: di una visione unitaria) dell'orizzonte punitivo entro

⁵⁶⁹ Cfr., anche MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017.

⁵⁷⁰ Cfr. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in CHINNICI-GAITO, *Regole europee*, cit.

il quale fare confluire l'operatività del divieto, con un'immanenza degli effetti oltre gli steccati del singolo processo (penale, civile o amministrativo che sia)⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Cfr. A.GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, cit. in cui si sostiene come «Pertanto, una volta realizzatosi il diritto nel caso concreto, l'ordinamento ha consumato il suo potere di cognizione, essendosi delineata una situazione soggettiva che impedisce all'autorità di coinvolgere chiunque sia già stato giudicato una volta in qualsiasi ulteriore procedimento con oggetto i medesimi fatti, da ritenere definitivamente accertati una volta per tutte. Se, quindi, il ne bis in idem come diritto interno fondamentale della persona è risalente all'indomani del secondo conflitto mondiale nella nota accezione relativa, nelle fonti normative europee non solo è successivo, essendo stato previsto all'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla Convenzione e.d.u., ma l'assetto si è definito solo nel tempo, grazie alla intensa elaborazione giurisprudenziale, collocandosi nell'orizzonte dei valori da tutelare in modo assoluto, come garanzia per chiunque di non subire due o più giudizi de eadem re, qualora una procedura si sia conclusa con un accertamento definitivo. La 'totipotenza' del principio si rinviene, oramai in modo nitido, nel superamento della pre-condizione di omogeneità formale della pluralità di procedimenti: in sostanza si incorre nel divieto anche se uno degli itinerari giudiziari sia penale mentre l'altro abbia diversa afferenza ma sia potenzialmente capace di generare ripercussioni di tipo punitivo sulla sfera soggettiva della persona già giudicata, potendo, di tal fatta, essere considerato come penale in senso sostanziale».

6.- ...e oltre: l'esigenza di un'armonizzazione sistemica illuminata

Tentare di tirare le ipotetiche fila del lungo discorso intrapreso è opera ardua ma necessaria, ed in parte già intrapresa nelle pagine precedenti.

Quel che resta all'esito della ricerca è, come spesso ed inevitabilmente accade, più un interrogativo che non una risposta vera e compiuta: quali gli sviluppi nel complicato dialogo tra Alte Corti? e quali gli scenari futuribili in tema di *ne bis in idem* interno e sovranazionale?

Nell'approcciarsi a tali domande non si può non tener conto del dinamismo giuridico dei nostri tempi e di una realtà di giustizia a formazione progressiva, che comportano il superamento della concezione dei rapporti tra diritto interno e sovranazionale secondo uno schema gerarchico ed a multipli livelli. Piuttosto lo schema che sembrerebbe più corretto ed idoneo a descrivere la relazione tra diritto italiano ed europeo è quello sostanzialmente paritario di mutua contaminazione ed integrazione, non certo di gerarchia o contrapposizione, dove gli operatori interni di ciascuno Stato accettano recettivamente gli impulsi provenienti dall'Europa, la quale deve –d'altra parte- esser ugualmente recettiva e disponibile nell'ascoltare e far proprie le esigenze e le criticità sollevate dal singolo Paese.

Come orientarsi, dunque in una realtà così eterogenea e magmatica, costantemente stimolata dalla vita "processuale" di tutti i giorni e dai rapporti tra le forze in causa? Si è sottolineato a più riprese che il tentativo di tornare sui "propri passi" da parte del nostro Paese, in nome di un malcelato e -a conti fatti- ininfluenza (se non attraverso il deprecabile e malaugurato abbandono di qualsivoglia tipo di rapporti con la realtà sovranazionale) sovranismo giuridico, non sembra un atteggiamento appagante, oltre che giuridicamente e logicamente auspicabile e sostenibile.

Sarebbe opportuno probabilmente fare invece un ulteriore passo in avanti, alla ricerca di un percorso, sicuramente sconosciuto e mai effettivamente provato, ma che alla lunga potrebbe portare verso mete più sicure e stabili: un percorso che passa inevitabilmente dalla riconsiderazione del particolarismo giuridico, oggi scelta sempre meno convincente, e dalla ricalibratura di alcuni istituti interni alla luce di un vero confronto con i propri omologhi in chiave europea.

Scelte politiche e giuridiche, negli ultimi anni, hanno riportato dati ed atteggiamenti contrastanti, da una parte strizzando l'occhio al nuovo che avanza, e dall'altra rifuggendo alcuni fondamentali moniti ed inviti di integrazione di matrice europea, salvo poi doverne pagare il prezzo –talvolta in senso metaforico, talaltra invece prosaicamente- e correre frettolosamente –ma pur sempre in ritardo- ai ripari attraverso interventi legislativi d'emergenza, che il più delle volte hanno finito per tradire le aspettative e rivelare la propria natura, ovvero quella di cerotti malposti rispetto ad una situazione di “malattia” endemica.

D'altra parte rimane pur sempre auspicabile una faticosa operazione, difficilmente procrastinabile, ovvero quella di riconsiderare e rianalizzare i cardini del processo penale nostrano (a partire anche dalle evoluzioni “umanistiche” in tema di *bis in idem*) alla luce della cultura giuridica europea che, per quanto variegata e mutevole, è pur sempre una parte della nostra cultura giuridica, ed a cui il Paese ha contribuito storicamente e continua a contribuire in maniera costante, per ripartire verso nuovi orizzonti di tutela sostanziale ed effettiva dei singoli individui⁵⁷².

È innegabile che la relazione tra Corte Europea e Giudice interno, in punto di rapporti di forza tra Corte E.d.u. e ordinamenti nazionali è stata (e ancora lo è) un mutamento continuo, che si è manifestato nell'intraprendere direzioni diverse e non prevedibili, non di rado anche divergendo le visioni sostenute dalla Corte di Strasburgo con quelle proprie della Corte del Lussemburgo.

Se pure è necessario fare il punto, tuttavia si deve avere la consapevolezza della situazione di incertezza, perché l'orizzonte di un sistema processuale penale “europeo” è ancora in via di definizione ed ha bisogno delle opportune considerazioni: innanzitutto, occorre evidenziare come le difficoltà di costruzione di un sistema organico sono amplificate dal fatto che i rapporti di forza tra ordinamento europeo (in fase di progressiva costruzione) e ordinamenti nazionali interni, oltre a registrare pesi diversi, non di rado scontano un qualche margine di disarmonia già tra le due Corti, quella di Strasburgo e quella del Lussemburgo.

⁵⁷² Cfr., in tema SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015.

Poi, va ricordato che l'Europa non si sostituisce al singolo Stato nell'amministrazione della giustizia per il caso concreto, ma si limita a riconoscere una serie di diritti soggettivi, dettando anche regole di organizzazione e di funzionamento. Tuttavia, si è assistito e continua a verificarsi quella fondamentale novità per cui formule tralaticciamente ritenute non più che raccomandatorie e prive di sanzione hanno finalmente acquistato concreta effettività⁵⁷³.

Da un lato, quindi, i modelli interni consolidati e strutturati, dall'altro la proliferazione di principi ad opera dell'attività della giurisprudenza europea, che ha scardinato assetti, scandito nuove declinazioni nelle nozioni di istituti, reimpostato relazioni tra soggetti, cambiato la semantica di alcuni diritti. Del resto, che la lettura europea non solo non possa essere ignorata nel caso concreto, ma abbia una portata imperativa che esonda i confini del processo per cui è stata formulata, è da tempo ammesso dal nostro giudice di legittimità. Gli effetti, in punto di concreta applicazione, anche in altri giudizi, si verificano quando, a seguito del *dictum*, si riscontra un contrasto tra regole interne e norme sovranazionali, dovendo allora «*le Corti nazionali ... adottare misure positive a tal fine, anche se il ricorrente non ha fatto richiesta*»⁵⁷⁴.

Quali i futuribili nello specifico campo del divieto di *bis in idem*?

Nelle pagine immediatamente precedenti si è argomentato circa l'inappagante tendenza al formalismo giuridico, ed al possibile superamento del sistema c.d. a doppio binario, emblematica *quaestio iuris* dell'intero progetto di ricerca.

Anche in tale prospettiva politico-giuridica, il principio del *ne bis in idem* non può non essere posto al centro della rivoluzione culturale che deve guidare negli anni a seguire il sistema interno globalmente inteso.

Ma se non sembrano più validi ed attuali antichi schemi e definizioni, ed in tal senso sono state emblematiche le valutazioni più volte richiamata effettuata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2016 per cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui si riteneva che il fatto fosse il

⁵⁷³ Già così A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, O. Mazza, Varraso, Vigoni, *Procedura penale*, 3^a ediz., Torino, 2015, 30.

⁵⁷⁴ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti.

medesimo per la sola circostanza secondo la quale sussisterebbe –o potrebbe sussistere- ipoteticamente il concorso formale tra i due tipi di reato contestati nei rispettivi procedimenti, ecco che i principi provenienti dall'Europa impongono allora di delineare ipotesi di tentata giustizia, in riferimento alle innovate dimensioni della preclusione a procedere *bis in idem*: sebbene si tratta di profili ancora poco diffusi nelle aule universitarie e totalmente eterodossi nelle nostrane aule di giustizia, tuttavia non possono esser pretermessi, considerato che la legalità europea impone la necessaria prevedibilità e la tendenziale omogeneità delle decisioni penali in caso di situazioni analoghe⁵⁷⁵.

D'altronde, ed in tale prospettiva, occorre pur sempre prevenire il rischio concreto di una lesione inaccettabile del diritto -garantito a livello europeo- dell'imputato alla omogeneità del trattamento giuridico rispetto ai precedenti procedimenti giudiziari che abbiano coinvolto i medesimi fatti⁵⁷⁶.

Alla luce di ciò, probabilmente la scelta risolutiva più convincente sarebbe costituita da una riforma legislativa "illuminata", guidata da un forte e coraggioso spirito umanistico e innovatore, comportante l'eliminazione dei c.d. sistemi a doppio binario in favore dell'adozione di scelte più coerenti e proporzionate in tema di ripartizione tra sanzioni penali e amministrative: fermo restando l'obbligo di

⁵⁷⁵ IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Archivio penale*, 2018, 3.

⁵⁷⁶ La Corte di Strasburgo ha affermato da tempo che la non omogeneità di trattamento giuridico da parte di una pluralità di giudici di merito, investiti con procedimenti distinti e in relazione alla medesima vicenda, costituisce una violazione del diritto dell'imputato a un equo processo previsto dall'art. 6, § 1, Conv. e.d.u., nella prospettiva di prevenire le contraddizioni cui va incontro la giurisprudenza di merito e conferire stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale e al suo esito complessivo. Nel caso *Iordan Iordanov contro Bulgaria*, cit., infatti, la Corte europea ha ricordato «che il principio della certezza del diritto è implicito in tutti gli articoli della Convenzione e che costituisce uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto. [...] Certo, le divergenze di giurisprudenza sono inerenti a qualsiasi sistema giudiziario basato su un insieme di giudici di merito, ciascuno avente il proprio riparto di giurisdizione. Tuttavia, il ruolo di una Corte suprema è proprio quello di affrontare queste contraddizioni (*Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia [GC]*, n. 24846/94 e 34165/96 e 34173/96, § 59)». Analogamente, nel caso *Beian c. Romania*, (Corte e.d.u., 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*, § 39), il Giudice europeo, censurando la medesima imprevedibilità di giudizio in seno alla Corte di legittimità, ha statuito che «*La pratica sviluppata all'interno della più alta autorità giudiziaria del paese è di per sé contraria al principio della certezza del diritto, un principio implicito in tutti gli articoli della Convenzione e costituisce uno degli elementi di base dello Stato di diritto [...] Invece di adempiere al proprio compito di stabilire l'interpretazione da seguire, la stessa Corte di cassazione è divenuta una fonte di incertezza giuridica, minando in tal modo la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario*».

criminalizzare le condotte più gravi nell'ottica della sanzione penale quale *extrema ratio*, la preferenza tra sanzione penale ed amministrativa potrebbe esser definita da scelte di politica criminale determinate in base ad un effettivo calcolo della capacità di deterrenza e riparazione degli strumenti repressivi adottati.

Ma se, è intuitivo il necessario coinvolgimento dell'Autorità al momento della scelta della sanzione da comminare, è altrettanto imprescindibile un'attenta presa di coscienza da parte del legislatore: appare infatti necessario il riordino dei confini tra le fattispecie soggette a sanzioni penali e gli illeciti amministrativi (in cui vanno ricompresi *latu sensu* anche gli illeciti tributari) assieme all'adozione di una normativa transitoria altrettanto attenta alla rimozione delle situazioni di violazione non altrimenti eliminabili. Imponendo una soluzione alla duplicazione delle istanze punitive dello Stato, indipendentemente dalla qualificazione interna, il monito dei giudici alsaziani suggerisce indirettamente una razionalizzazione della legislazione penale interna, al fine di evitare quanto più possibile, la sovrapposizione con altre forme, legittime ma non per ciò solo cumulabili, di repressione/prevenzione di condotte illecite.

L'adeguamento alla nozione convenzionale di *ne bis in idem* impatta in maniera significativa anche sull'attuale validità del criterio di specialità tra illecito penale e sanzione amministrativa: pertanto, anche per questi motivi, deve esser intrapresa la sfida di razionalizzare il sistema punitivo interno in materia fiscale e di misure di prevenzione, seppur formalmente amministrativo, che per caratteristiche delle molteplicità degli strumenti repressivi, pecca attualmente di efficacia e proporzionalità.

Una punizione giusta, proporzionata, certa e in tempi ragionevoli, sorge da un contesto sistemico di norme coerenti, codificate, chiare nel significato e nella portata, di numero ristretto; viceversa la sovrapposizione nell'*idem factum* di plurimi strumenti sanzionatori, confusionari e caotici, poiché cervellotici e dai labili confini applicativi per via del tenore poco trasparente del dettame normativo, permette la proliferazione di incertezza, disuguaglianza, sproporzione ed illegalità. L'aspettativa non è quella di uniformare il diritto punitivo sotto un unico e solitario modello valido (in reità inesistente *a priori*) di accertamento, né di sanzione; e

d'altra parte non è neanche l'auspicio delle Alte Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, le quali hanno sempre ricordato come spetti ai singoli Stati adattarsi ed adeguarsi ai principi fondamentali, rimanendo liberi di autodeterminarsi come meglio credano in ossequio alle garanzie dei propri cittadini: ma è pur vero che lo Stato non può creare arbitrarietà e disparità di trattamento, in nome di formalismi e nomenclature giuridiche, a dispetto della natura sostanziale delle sanzioni poi puntualmente irrogate all'esito di determinate procedure. Ed anzi, in tal senso, il principio del *ne bis in idem*, come sottolienato più volte, opera quale monito (per lo Stato) e strumento di garanzia (per l'individuo), affinché non vengano perpetrate ingiustizie e persecuzioni (pur non escludendo in partenza i sistemi a doppio binario, la giurisprudenza europea ha più volte ricordato di pretendere che la sinergia delle articolazioni punitive dello Stato conduca sempre ad una sola decisione punitiva o al massimo ad un complesso di fasi processuali tra loro coordinate, in modo di consentire una procedura complessiva unitaria, raccordata e soprattutto proporzionata).

Ove però, continuasse a latitare l'intervento del legislatore, tale opera verrebbe rimessa sulle spalle dei giudici nazionali, già gravati di par loro da altrettanto fondamentali problemi da risolvere, chiamati a svolgere un ruolo che non gli è proprio (né per Costituzione, né per propensione) con il risultato che la giurisprudenza *juscreativa* continuerebbe a proliferare ondivaga e incoerente, seguitando a perseverare nell'incertezza a discapito dei singoli individui coinvolti nelle vicende processuali e degli *standards* di tutela garantiti.

Chi vivrà, vedrà...

BIBLIOGRAFIA:

ADAMO, *L'amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, 2015, in www.giurcost.org/studi/adamo.pdf.

ADLER, *Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem*, in *The Yale Law Journal*, 2014.

ALLEGREZZA, *Art. 4 Protocollo n. 7*, in Bartole-De Sena-Zagrebel'sky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 894-905.

AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

AMATO, *Estensione del "ne bis in idem" sulla base di principi generali*, in *Guida al dir.*, 2005, 40.

ANDRIOLI, voce "*ne bis in idem*", in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.

APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2011, 4, 422.

ARCHIBUGI, *Diritto penale internazionale tra passato e futuro*, in www.questionegiustizia.it.

ARROYO-ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista española de Derecho Consititucional*, 1983.

ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, Torino, 2008, 733.

AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, in www.archiviopenale.it.

AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, III, I, Lione, 1642.

BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Milano, 2011.

BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art.6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, 4, 6.

BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem, dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 11.

BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *www.federalismi.it*, 2018.

BINDI-PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia, Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2018.

BINDI-PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, 79.

BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi Re di Babilonia*, Milano, 1903.

BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità nel processo per gli abusi di mercato*, in *Archivio Penale*, 2016, 2, 5.

BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Archivio Penale*, 2015, 1.

BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, in *Relazione di orientamento n. 35 dell'8 maggio 2014*.

BRISSOT DE WARVILLE, *Theorie des lois criminelles*, Neuchatel, 1781, 219.

BOULOC, *Abus de marché. Cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014.

CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009.

CALLARI, *La relazione dialettica tra l'irrefragabilità del giudicato penale ed il giudizio di revisione*, in *IP*, 2006.

CANFORA, *Discorsi e lettere di Demostene*, Torino, 2000.

CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.

CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1181.

CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il fisco*, 2014.

CARLTON III, *The Constitution Versus Congress: Why Deference to Legislative Intent is Never an Exception to Double Jeopardy Protection*, in *Howard Law Journal*, 2014, 605.

CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1, 353.

CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in Conso-Grevi-Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2016, 953.

CHENAL-TAMIETTI, *Art. 6*, in Bartole-De sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *Archivio penale*, 2015, 2.

COCO, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in www.archiviopenale.it.

COFFEY, *The constitutional status of the double jeopardy principle*, in *Dublin University Law Journal*, 2008, 138.

COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New journal of European criminal law*, 2013, 67.

COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

COLAIANNI-MONZA, *Il problema del "conflitto" tra ne bis in idem "internazionale" e doppio binario tributario. La parabola del Principio verso l'eclisse?* in *Riv. dir. trib.*, 2017, 2.

CONSO, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Torino, 1955.

CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010.

CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015.

CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 3.

CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it.

CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost., sent. n. 49/2015)*, in *Rubrica Studi di Consulta OnLine*, 2015, 1.

CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *Int. Crim. Law Review*, 2003, 227.

CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1957.

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.

CORSO, *Codice di procedura penale*, Piacenza, 2018.

CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Archivio Penale*, 2016, 3.

COSTANZO-TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in www.consultaonline.it.

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

D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in Pin (a cura di) *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015.

D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Milano, 2003.

DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3.

DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2.

DE BRACCIO, *The Double Jeopardy Clause, Newly Discovered Evidence, and an “Unofficial” Exception to Double Jeopardy: a Comparative International Perspective*, in *Albany Law Review*, 2013.

DE LA CUESTA, *Concurrent national and International criminal jurisdiction and the principle ‘ne bis in idem’*. *General Report*, in *Rev. int. der. penal*, 2002.

DE LEON VILLALBA, *Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*, in AA.VV., *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Murcia, 2007.

DE LEON VILLALBA, *Acumulacion de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcellona 1998.

DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

DE LUCA, voce “*Giudicato*”, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1988.

DELL’ANNO, *L’intervento della giurisdizione Esecutiva*, in Kalb (a cura di), *Impugnazioni, esecuzione penale e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2015.

DELLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo I, Torino, 2008.

DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in Gaito A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.

DEL MONACO, *la prova dell’alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla ripartizione del torto*, Milano, 1958.

DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell’età della codificazione*, Padova, 2001.

DI GIOVANNI, *L’esecuzione nel nuovo processo penale*, Napoli, 1989.

DINACCI, *Interpretazione “europeisticamente” orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.

DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzioni e fonti sovranazionali*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

DI STASI, *Garanzie “multilivello” e tutela sostanziale nella CEDU*, in Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento interno*, Padova, 2016.

DONINGER, *Le leggi di Manu*, (trad. it a cura di Ripepi), Milano, 1996.

DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

ESER, *Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von “ne bis in idem” und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten*, in Sieber-Satzger-von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden Baden, 2014.

FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *www.archiviopenale.it*, 2017.

FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2017.

FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2007.

FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 1.

FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *IP*, Padova, 1970.

FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista dell’Associazione Italiana Dei Costituzionalisti*, 2014, 3.

FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum?*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015, 3.

FORAMITI, *Corpo del diritto civile*, Napoli, 1844.

FRIELAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969.

FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Firenze, 1971.

FURFARO, *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

- FUSCO-BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 1.
- GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quaderni Cost.*, 2014, 3.
- GAITO A. & PARTNERS, *Procedura penale*, Torino, 2018.
- GAITO A., *Le impugnazioni penali, I*, Torino, 1998.
- GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006.
- GAITO A., *In tema di "irrevocabilità" ed "esecutività" della sentenza penale*, in *GPC*, 1990, 1.
- GAITO A., *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.
- GAITO A., *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Archivio Penale*, Pisa, 2019, 1.
- GAITO A., *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Aa. Vv., *Procedura penale*, Torino, 2017.
- GAITO A.-CHINNICI, *Regole europee e processo penale*, Milano, II, 2018.
- GAITO A.-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016.
- GAITO A.-FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *Archivio Penale*, 2016, 3.
- GAITO F., *L'idem factum e la sanzione penale in Italia: tra norma e prassi*, in *Investigacion y prueba en los procesos penales de Espana e Italia*, 2019.
- GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di doppio giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
- GALANTINI, *L'evoluzione del principio ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005.
- GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 1.
- GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1.

GALLARDO CASTILLO, *El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto «fundamento» como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial*, in *Actualidad Administrativa*, 2015.

GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 3.

GALLUCCIO, *La Corte Edu esclude la natura penale del Daspo e, conseguentemente, la violazione del principio “ne bis in idem” in caso di misura disposta per fatti oggetto di una condanna penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.

GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2008.

GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Torino, 2009.

GIOVENE, *Giudicato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, 1991, Torino.

GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Archivio penale*, 2013, 1.

GIUNCHEDI, *Loquacità, moniti silenzi e ripensamenti nella dialettica tra Corti*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

GUERRERO PICÒ, *Spagna*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem*, (servizio studi Corte Costituzionale), 2016, in www.cortecostituzionale.it.

IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: La Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2011.

IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Archivio penale*, 2018, 3.

KAPELLER, *Sanzioni amministrative (Ordnungswidrigkeiten) nella RFT-Breve esposizione*, 2015, in www.altalex.com.

KIRCHEIMER, *The Act, the Offence and Double Jeopardy*, in *58 Yale Law Journal*, 1949, 513. Id. *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in *65 Yale Law Journal*, 1956, 341.

KITTRIE, *Criminal procedure*, in Janosik (a cura di), *Encyclopedia of the American Judicial System. Studies of the Principal Institutions and Processes of Law*, New York, 1987.

KOSTOVA, *Ne bis in idem: le origini del principio*, in *Diritto e Storia*, XII, 2013.

LASSERRE CAPDEVILLE, *Sanctions administratives et sanctions pénales des abus de marché: confirmation de l'admission du cumul*, in *Actualité juridique du droit pénal*, 2014.

LAVARINI, Il “fatto” ai fini del *ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio, in *Processo Penale e Giustizia*, 2017, 1.

LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015.

LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 3.

LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950.

LOPEZ, *Not twice for the same crime: How the dual sovereignty doctrine is used to circumvent non bis in idem*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000, 33.

LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Milano, 1974.

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017.

LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2018.

LOZZI, *Fatto antecedente e successivo, non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.

LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012.

MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.

MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?* Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3.

MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012.

MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc.*, 2015, 3.

MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in Aa. Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012.

MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017.

MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2016.

MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1996.

MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1934.

MARINELLI, *sub. Art. 649*, in Conso-Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., Padova, 2015.

MARRONE, *Riflessioni in tema di giudicati: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in Vacca (a cura di) *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo: giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914 -1995)*, Padova, 2008.

MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4.

MASUCCI, *I reati contro l'economia*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016.

MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in Mazzaresse-Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile, amministrativo*, Palermo, 2010.

MAZZA, *I protagonisti del processo*, in Aa. Vv., *Procedura penale*, Torino, 2017.

MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in Gaito A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.

MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 4.

MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, in *Archivio Penale*, 2016, 3.

MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Torino, 2013.

MONTALDO, *L’ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2013, 7.

MOSCARINI, *Il concetto europeo d’”infrazione penale” e la concorrenza fra I sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.

MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it.

MUCCIARELLI, *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in www.penalecontemporaneo.it.

MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it.

MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in www.penalecontemporaneo.it.

NASCIMBENE, *Ne bis in idem. Diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3.

NEAGU, *The ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012.

NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, in Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Volume VI, Torino, 2009, 10.

PACE, *Fifth Amendment. The Adoption of the "Same Elements" Test: The Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1994, 4.

PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

PALAZZO, *Il Principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985.

PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1977.

PASETTO, *Inghilterra*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, 2016, in www.cortecostituzionale.it.

PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, in www.cortecostituzionale.it, 2016.

PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Archivio Penale*, 2018, 2.

PIGNOTTI, *Storia della Toscana sino al principato: con diversi saggi sulle scienze, lettere e arti*, vol. 2, 1820.

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, Milano, 2005.

POCAR, *Art. 51*, in Pocar-Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione Europea*, Padova, 2014.

PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in Gaito-Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018.

PROST DE ROYER, *Dictionnaire de Jurisprudence et de l'Arrets*, Lione, 1781, XXX.

PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1.

RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010.

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.*, 2017, 2.

RANALDI, *La ricerca di rimedi interni volti ad operare una restituito in integrum dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo*, in Gaito-Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018.

RANALDI, *Il procedimento di esecuzione*, in Gaito-Ranaldi (a cura di), *Esecuzione penale*, Milano, 2016.

RANALDI-GAITO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio Penale*, 2017, 1.

RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 3.

RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2005.

RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.

RIVELLO, *Art. 649*, in Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991.

ROCCATAGLIATA, *La Corte di Giustizia UE deposita tre sentenze in tema di doppio binario sanzionatorio. L'approdo definitivo del Giudice europeo?*, in www.giurisprudenzapenale.com.

ROERIG, *Germania*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, in www.cortecostituzionale.it, 2016.

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

ROMOLI, *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in www.archiviopenale.it, 2011.

ROMOLI, *Spazio giudiziario europeo (profili comparati)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, *Aggiornamento*, 2011.

RONTCHEVSKY, *La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet une nouvelle fois le cumul de poursuites et de sanctions des abus de marché*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014.

RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 4.

RUDSTEIN, *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2015, 14.

- RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2.
- RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017.
- SALUTO, *Commenti al Codice di procedura penale*, Vol. IV, Torino, 1878.
- SANTORIELLO, *Appunti di diritto penale societario*, Torino, 2008.
- SCALFATI, *Digesto del processo penale*, Torino, 2013.
- SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti*, in *Archivio Penale*, 2015, 3.
- SCHWARTZ, *A Commentary on The Constitution of The United States. Part. III, Rights of the person*, New York, 1968.
- SHMIDT-ABMANN, in *Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Beck-online, 2015.
- SIEGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963.
- SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Archivio Penale*, 2019, 1.
- SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Torino, 1961.
- SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Indice penale*, 2017.
- SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015.
- THOMAS, *Double jeopardy. The history, the law*, 2000.
- TORRISI, *Francia*, in Passaglia (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (servizio studi Corte Costituzionale)*, in www.cortecostituzionale.it, 2016, 14.
- TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Archivio Penale*, 2018, 2.
- TRANCHINA, *L'esecuzione*, in *Diritto processuale penale*, D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, Milano, 2011.

TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per la violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it.

TRIPODI, *Il ne bis in idem nella prospettiva europea*, in Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018.

TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 3.

TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3.

TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quaderni Cost.*, 2017, 1.

UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 1.

VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali penali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016.

VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005.

VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *European Criminal Justice in the post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice (with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori)*, Trento, 2014.

VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 2015, 2.

VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3.

VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

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

VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, in www.penalecontemporaneo.it.

VIGONI, *Il giudicato*, in Aa. Vv., *Procedura penale*, Torino, 2018.

VILLEMOT, *Non bis in idem n'est pas français*, in *GFP*, 2017.

VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 3.

WARD, *The double jeopardy clause of the fifth amendment*, in *American criminal law review*, 1989.

ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014.

ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2012.