federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

28 GIUGNO 2017

La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio

di Antonino Longo
Professore associato e Docente di Diritto urbanistico e Diritto dell'ambiente
Università degli Studi di Catania

e Federica Maria Distefano
Laureata in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio *

di Antonino Longo
Professore associato e Docente di Diritto urbanistico e Diritto dell'ambiente
Università degli Studi di Catania

e Federica Maria Distefano
Laureata in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. Premessa**. 2.** Principio di legalità e portata innovativa dell'art. 7 CEDU: "*concezione autonomista*" di illecito e sanzioni penali. **3**. Natura intrinsecamente penale delle sanzioni amministrative CONSOB: il *Leading Case Grande Stevens e altri c. Italia* e le prime risposte della giurisprudenza italiana ai dettami provenienti dalla CEDU. **4.** La pronuncia della Consulta: una non decisione. **5.** Ulteriori profili di legittimità costituzionale con riferimento al reato di omesso versamento IVA: diretta applicabilità dell'art. 50 CDFU**. 6.** Il *revirement* della Grande Camera in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. **7.** Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia,* ric. n. 24130/11 e 29758/11 la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha chiarito che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Prot. 7 CEDU, così come enucleato dalla giurisprudenza sovranazionale, non pone un divieto assoluto in capo agli Stati di adottare il c.d. doppio binario sanzionatorio – sistema che consente al legislatore, a fronte del medesimo fatto illecito del contribuente, di comminare una duplice categorie di sanzioni, penali e amministrative – richiedendo solo che le due tipologie di sanzioni siano parte di un'unitaria reazione dell'ordinamento, proporzionata e prevedibile, alla medesima condotta illecita.

Precipuamente la Corte ha chiarito che la violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex art. 4, Prot. 7 CEDU, è esclusa ed i distinti procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, ben possono esaurirsi entrambi, quando tra essi sussiste una sufficiente connessione "*in substance and in time*".

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché frutto del lavoro compiuto dai due autori, il contributo risulta imputabile, quanto ai paragrafi 1, 2 e 3 ad Antonino Longo e, quanto ai paragrafi 4, 5, 6 e 7 a Federica Maria Distefano.

Per comprendere appieno la portata "innovativa" della pronuncia *de qua*, è utile ripercorrere brevemente gli orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale intervenuti in materia di violazione del *bis in idem*.

2. Principio di legalità e portata innovativa dell'art. 7 CEDU: "*concezione autonomista*" di illecito e sanzioni penali

L'art. 7 co. 1 CEDU, nel sancire il fondamentale principio secondo cui i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto, è destinato ad incidere profondamente sul nostro diritto penale nazionale ed in modo particolare sul principio di legalità.

Invero, la norma citata, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, non si limita a porre il divieto dell'applicazione retroattiva del diritto penale a discapito dell'imputato ma consacra, altresì, in modo più generale, un principio comune a tutti gli Stati aderenti alla Convenzione, ossia quello della legalità dei reati e delle pene, vietando agli stessi Stati l'applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: solo la legge è deputata a definire in modo chiaro quali fatti siano idonei ad essere criminalizzati (sentenza 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia).

Tale principio, seppur non connotato da particolare carica innovativa – limitandosi a confermare un dato comune ai patrimoni giuridici degli Stati aderenti – è tuttavia destinato ad assumere maggiore incidenza applicativa alla luce di una interpretazione garantista della Convenzione ad opera della Corte EDU.

Invero, l'art. 7 CEDU, per come inteso dalla Corte di Strasburgo, ha innovato il nostro ordinamento su due fronti: da un lato ha rafforzato la portata garantistica dei principi di legalità e irretroattività già positivizzati dal diritto interno, dall'altro ha esteso l'ambito applicativo dei suddetti principi al di là degli illeciti e delle sanzioni.

Con riferimento al primo aspetto, siffatto rafforzamento è consistito, in particolare, nella valorizzazione degli aspetti qualitativi della legalità, non più circoscritti alla determinatezza della norma bensì estesi anche all'accessibilità e alla prevedibilità sia delle fonti legali che della relativa giurisprudenza: le norme penali devono essere pubblicate o raccolte in modo da porre i destinatari nella oggettiva capacità di conoscerne l'esistenza; l'illecito penale deve essere chiaramente definito dalla legge – intendendosi per tale anche la consuetudine e la *common law* - ; l'interpretazione della norma deve essere "prevedibile" per il singolo cittadino.

In ordine al secondo profilo, invece, l'ambito applicativo del principio di legalità risulta notevolmente ampliato in forza della *concezione autonomista* accolta dalla giurisprudenza CEDU, secondo cui le nozioni

di pena e accusa penale devono essere autonomamente interpretate dalla Corte di Strasburgo, cui viene espressamente riconosciuto il potere di andare oltre il *nomen iuris* e di verificare se una misura costituisca in concreto una "pena".

La Corte EDU ha elaborato una serie di criteri – *c.d. Criteri Engel*[1] - da esaminare congiuntamente, volti ad accertare il carattere sostanzialmente penale di una sanzione qualificata dall'ordinamento interno come "non penale":

a) qualificazione giuridica operata dal legislatore nazionale;
b) natura dell'infrazione;
c) natura punitiva e gravità della sanzione diretta a fini preventivi e puntivi;
d) collegamento con una violazione penale.

Se ne deve inferire che la portata applicativa dei principi di legalità e irretroattività sfavorevole di cui al 1° co. dell'art. 7 CEDU si estenda al di là dei reati e delle pene formalmente intese dal diritto interno nazionale, ivi comprendendo anche quelle misure "intrinsecamente penali" perché aventi caratteristiche e finalità propriamente afflittive.

Rebus sic stantibus, l'art. 7 CEDU ha una portata applicativa più ampia rispetto all'art. 25 della nostra Carta fondamentale in quanto trova applicazione anche con riferimento a misure sanzionatorie che nel diritto interno non sono considerate pene in senso stretto, ma che tali vengono definite dalla Corte di Strasburgo in ragione della loro intrinseca natura punitiva (c.d. "pene camuffate").

Ebbene, la Corte EDU, ha di recente, richiamato la concezione autonomista proprio nel rivelare la natura sostanzialmente penale di talune misure qualificate come amministrative nel nostro ordinamento[2].

D'altronde, ormai da tempo Autorevole Dottrina[3] si interroga sulla corretta qualificazione del concetto di sanzioni amministrative nel nostro ordinamento e ciò in quanto, come sottolinea Travi[4], siffatta

[1] Così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi e costantemente richiamati dalla giurisprudenza successiva.

[2] *Cfr.*, R. Garofoli, *Compendio Superiore di Diritto Penale – Parte Generale*, III Edizione, 2015-16.

[3] A partire dalla monografia di G. Zanobini, "*Le sanzioni amministrative*", Torino, 1924, per poi giungere ai contributi di M. A. Sandulli, "*Le sanzioni amministrative pecuniarie",* Napoli, 1983, di A. Travi e C. E. Paliero "*Sanzioni Amministrative*", in Enc. Dir., Vol. XLI, Milano, 1989, pp. 345 ss.

[4] A. Travi, "*Incertezza delle regole e sanzioni amministrative",* Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana del professori di diritto amministrativo, tenutosi a Napoli il 3 ottobre 2014, avente ad oggetto il tema dell'incertezza delle regole.
Sul punto Travi sottolinea l'esigenza di non arroccarsi su nozioni circoscritte o eccessivamente rigide, di "sanzione amministrativa" ogni qualvolta vi sia in gioco l'applicazione di principi fondamentali (quali il principio di legalità), concernenti la responsabilità per violazione di regole. Invero, la logica accolta dalla Corte EDU, seppur difficilmente conciliabile con i principi del nostro ordinamento, impone uno sforzo in ordine ad una ridefinizione dell'ambito di applicazione dei principi fondamentali, fra i quali quello della certezza delle regole.

materia non rappresenta soltanto un "*terreno di confine*" fra il diritto amministrativo e il diritto penale, bensì un settore critico per lo stesso diritto amministrativo.

Con specifico riferimento all'individuazione della linea di demarcazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale, è possibile distinguere due diverse linee di pensiero.

Secondo un primo orientamento, il *discrimen* tra sanzione amministrativa e sanzione penale – e prima ancora tra illecito amministrativo e illecito penale - va ravvisato nell'elemento formale della competenza del soggetto deputato ad irrogare la sanzione: la sanzione è amministrativa non in quanto distinta da quella penale bensì perché inflitta dall'autorità amministrativa e dunque correlata alla potestà amministrativa[5].

Ad abundantiam preme rilevare che la prevalente dottrina formatasi dopo l'entrata in vigore della L. n. 689/1981, ha ritenuto che siffatta teoria dell'insussistenza di una differenza ontologica tra le due sanzioni trovi ulteriore conferma, sul piano pratico, dal fenomeno della depenalizzazione inteso quale mera sostituzione della punizione ad opera del Legislatore il quale, a seconda del momento storico, decide se un fatto determinato debba essere trattato o punito dagli organi della giurisdizione penale, piuttosto che affidato agli organi dell'amministrazione.

Orbene, se è vero che il passaggio di una sanzione dal regime penalistico a quello amministrativo e viceversa è rimesso alla sensibilità del Legislatore, non può di certo sottacersi che, sul piano sistematico, l'inquadramento come sanzione amministrativa ovvero penale trasformi inevitabilmente la funzione della sanzione anche nel caso in cui gli effetti punitivi siano gli stessi: la sanzione penale risponde infatti alla ratio della tutela dell'ordine pubblico alla punizione o alla punizione del reo in chiave di futura prevenzione; la sanzione amministrativa è funzionale e strumentale all'azione amministrativa, alla sua efficacia e alla sua effettività.

Siffatta teoria ritiene pertanto che sussista una differenza teleologica che risiede nello scopo cui la sanzione è orientata: per funzione amministrativa dovrà allora intendersi quel corollario della funzione di amministrazione attiva che è destinata ad assicurare il rispetto del provvedimento nonché l'effettività e l'efficacia dei precetti dettati nell'interesse pubblico[6].

---

[5] Secondo alcuni Autori, pertanto, la competenza è il vero elemento di differenziazione: v. G. Zanobini, op. cit. p. 3; A. Rocco, "*Sul così detto diritto penale amministrativo*" in Riv. Dir. Publ., 1909, I, 385 e ss..
I limiti al suddetto criterio "zanobiano" che ritiene la distinzione tra sanzioni una questione formale e non ontologica, vengono evidenziati da M. Sandulli, "*Sanzione. IV Sanzioni Amministrative",* op. cit. p. 3, alla luce della possibilità, riconosciuta al Giudice Penale dall'art. 24, L. n. 689/1981, di irrogare congiuntamente sanzioni penali e amministrative ove sia ravvisabile connessione oggettiva del reato.
Anche A. Travi, in "*Sanzioni Amministrative e pubblica Amministrazione*", Padova, Cedam, 1983, critica l'interpretazione di Zanobini ove identifica la natura amministrativa delle sanzioni unicamente sulla base del requisito soggettivo di chi è chiamato a infliggere la sanzione.

[6] G. Napolitano, "*Manuale dell'illecito amministrativo. Depenalizzazione e funzione sanzionatoria della Pubblica Amministrazione",* Maggioli Editori, 2013.

Secondo un diverso orientamento[7], invece, l'elemento di differenziazione è di tipo ontologico e non formale e va individuato, specificamente, nell'effettiva finalità perseguita dalla sanzione.

Come sottolinea A. Travi, l'impostazione di tipo sostanzialistico muove dall'esigenza di spiegare la compresenza delle due tipologie di sanzioni nel nostro ordinamento[8].

Ebbene, il carattere peculiare della sanzione amministrativa risiederebbe nell'oggetto della tutela: la sanzione amministrativa è finalizzata a garantire lo svolgimento ordinato dell'azione dell'Amministrazione.

Seguendo quest'ultima interpretazione, le sanzioni amministrative sono strumenti di attuazione del precetto, misure svantaggiose inflitte ai danni di chi non rispetta un proprio obbligo nei confronti dell'Amministrazione.

Ciò posto, se è vero che la tesi formalista c.d. "zanobiana" ha profondamente influenzato il dibattito in ordine al concetto di sanzione amministrativa e al *discrimen* tra questa e quella penale, è proprio partendo da quest'ultima che la Dottrina più recente[9] è giunta alla conclusione che "*ciò che connota effettivamente la sanzione è la sua natura afflittiva, con ciò assumendo una sostanziale coincidenza tra la sanzione amministrativa e la sanzione penale*"[10].

Trattasi di quella che viene definita sanzione amministrativa "*in senso stretto*" contrapposta alla categoria delle sanzioni amministrative "*in senso lato*", comprensiva di quelle misure che, seppur negative e reattive, sono solo eventualmente "*afflittive*".

Siffatta rigorosa nozione di sanzione amministrativa è tale da escludere le misure di tipo riparatorio ovvero ripristinatorio o più genericamente connotate da caratteri tipici della sanzione civile: per sanzione *"in senso stretto*" si intende la risposta punitiva dell'ordinamento nei confronti del soggetto resosi responsabile della commissione di un atto antigiuridico lesivo dell'interesse pubblico generale.

Sulla scorta di tale operazione esegetica, la soddisfazione dell'interesse del soggetto leso dall'atto antigiuridico potrà assumere rilevanza solo in via mediata, attraverso quelle misure amministrative – sanzione "*in senso lato*" – volte a reintegrare il suddetto interesse.

Ebbene, acclarato il comune intento punitivo delle due sanzioni, ben si comprende come il criterio di differenziazione debba essere ravvisato nella *voluntas* del legislatore il quale, dovendo operare una scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, opterà per la comminazione della prima ogni qual volta

---

[7] A partire da A. Tesauro, "*Le sanzioni amministrative punitive*", Tipografia Tocco, Napoli, 1925, ove viene criticato il criterio formalistico in quanto ritenuto insufficiente a spiegare le ragioni per le quali un determinato fatto può essere punito con una sanzione di ordine generale e una di ordine amministrativo.

[8] *Cfr.* M. A. Sandulli, "*Sanzione. IV) Sanzioni Amministrative",* op. cit. p. 3 *in Enc. Giur., Vol. XXVIII, Treccani, Roma, 1991.*

[9] A. Travi, C. E. Paliero, e M.A. Sandulli, op. cit. p. 3.

[10] A. Leoni, "*Le sanzioni amministrative non pecuniarie*", tesi di dottorato, Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli", Sezione Diritto Amministrativo, XXVI Ciclo, Università degli Studi di Roma Tre, a.a. 2014/15.

la violazione abbia ad oggetto una norma posta a tutela di un interesse generale della società civile, e per la seconda ove ad essere leso sia invece l'interesse di un particolare settore amministrativo[11].

Dalle superiori considerazioni emerge con evidenza come il generale sistema del diritto punitivo si stia sempre più articolando sul doppio binario dei due sottosistemi del diritto criminale o penale in senso stretto e diritto punitivo amministrativo o diritto penale amministrativo[12], intesi rispettivamente l'uno come complesso di norme che prevedono quei fatti illeciti per i quali sono comminate sanzioni penali *stictu sensu*, l'altro quale complesso di norme che disciplinano quei fatti illeciti per i quali sono comminate sanzioni extrapenali aventi carattere punitivo.

Come evidenzia F. Mantovani, il sistema vigente è per vero caratterizzato da una valorizzazione del diritto penale amministrativo sia da parte della legislazione statuale che ha fatto largo impiego in questi anni della sanzione amministrativa *ab origine* o in via di depenalizzazione, sia da parte della legislazione regionale, sicché l'elaborazione di un'organica disciplina dell'illecito amministrativo si impone non soltanto sotto il profilo strutturale ma soprattutto con riferimento al regime sanzionatorio.

Orbene, la ricorrente e generica affermazione secondo cui un medesimo fatto può costituire ad un tempo illecito penale ed illecito amministrativo e, per l'effetto, sottostare a sanzioni penali e sanzioni amministrative, merita più puntuali approfondimenti onde evitare che si persegua uno stesso comportamento con sanzioni dell'uno e dell'altro ramo del diritto aventi la medesima finalità punitiva[13].

Così brevemente richiamate le Autorevoli conclusioni elaborate dalla dottrina amministrativista e dalla moderna scienza penale in ordine al concetto di sanzione amministrativa, giova sin da subito sottolineare come nel sistema attuale il dibattito sull'elemento di differenziazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale non possa prescindere dalla ricostruzione della nozione di sanzione elaborata dalla giurisprudenza della Corte EDU, finalizzata a delineare il perimetro di applicazione dei principi sanciti dalla CEDU e in particolare dagli artt. 6 e 7 della CEDU.

---

[11] E' quanto evidenziato da M. A. Sandulli, op. cit. p. 4, ove afferma che: "*quando, in aggiunta o in sostituzione di una specifica sanzione amministrativa, l'ordinamento prevede per un certo tipo di infrazione altresì una sanzione penale, ciò sta a significare che, in quel dato momento storico, detta infrazione è ritenuta di tanto rilievo che la turbativa che essa arreca all'ordine giuridico appare lesiva, oltre che degli interessi propri dell'ordine amministrativo (affidato alla cura della p.a.) anche di quelli più generali della società civile globalmente intesa.*

La qualificazione giuridico-funzionale di un illecito in termini, rispettivamente, amministrativi o penali, riposa, invero, in questo quadro, essenzialmente sulle conseguenze che la legge fa nascere dalla sua consumazione, e però, in senso più ampio, sulla valutazione del tipo di responsabilità che di volta in volta si riconosce al contravventore (nei confronti, rispettivamente, dell'Amministrazione, della società civile nella sua nella sua interezza - alla cui tutela è preposto il magistero penale, riservato allo Stato come ente esponenziale della comunità nazionale – o nei soli soggetti di diritto privato) e che l''ordinamento esprime appunto attraverso la previsione di diversi tipi di misure repressive, alternativamente o cumulativamente tra loro".

[12] Per una puntuale disanima dell'argomento, di v. Nuvolone, "*Il dir. pun. nella nuova legislazione*" in Indice Penale, 1982, 79 e Paliero –Travi, "*La sanzione amministrativa"*, Milano, 1988.

[13] F. Mantovani, "*Diritto Penale – Parte Generale*", IX Edizione, 2015. Come ammonisce Mantovani, il diritto amministrativo è oggi divenuto la *valvola di scarico* delle esigenze punitive che non possono essere soddisfatte dal diritto e dal processo penale.

3. Natura intrinsecamente penale delle sanzioni amministrative CONSOB: il *Leading Case* Grande Stevens e altri c. Italia e le prime risposte della giurisprudenza italiana ai dettami provenienti dalla CEDU

La Corte EDU, nel noto Caso *Grande Stevens*[14], è stata chiamata a valutare la coerenza del nostro sistema legislativo in materia di abusi di mercato - disciplinato sul piano penale dall'art. 185 e su quello amministrativo, dall'art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58/1998 (di seguito TUF) – con il diritto ad un equo processo e con il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo 7, a tenore del quale "*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*"[15].

Nel caso in esame i ricorrenti, dopo essere stati sanzionati per l'illecito amministrativo quale esito del procedimento introitato innanzi alla CONSOB, venivano rinviati a giudizio nel procedimento penale e condannati in appello.

La Corte di Strasburgo, con sentenza 4 marzo 2014, ha rilevato il contrasto del sistema italiano con i principi di cui agli artt. 6 CEDU e 4 del Protocollo n. 7, censurando il nostro Paese per aver previsto un sistema di "doppio binario" sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato.

Premessa indefettibile nell'iter argomentativo seguito dalla Corte è rappresentata dalla natura giuridica delle sanzioni per prime inflitte ai ricorrenti e qualificate come amministrative dall'art. 187 *ter* T.U.F..

Invero, avuto riguardo alla rilevante severità delle sanzioni irrogate ai ricorrenti dalla CONSOB (desunta dai seguenti indici: l'importo in concreto afflitto e in astratto comminabile; le sanzioni accessorie collegate e le ripercussioni sul condannato; il malcelato scopo repressivo e preventivo sotteso alla *ratio* della disciplina; l'apprezzamento, in sede di inflizione delle sanzioni, della gravità della condotta contestata e non del danno provocato agli investitori) la Corte ne rilevava la natura sostanzialmente penale, sostenendo, pertanto, il necessario rispetto delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

---

[14] *Cfr.* Nota a sentenza di Tripodi, "*Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato"* in Diritto Penale Contemporaneo del 9 marzo 2014.

[15] Le principali figure di condotte abusive nell'ambito dei mercati finanziari (l'abuso di informazioni privilegiate o *insider trading*, e la manipolazione del mercato) sino al 2005 erano punite, nel nostro ordinamento, soltanto ai sensi degli artt. 184 e 185 del T.U.F.. Con la l. 18 aprile 2005, n. 62 il legislatore italiano – in ottemperanza agli obblighi imposti dalla direttiva 2003/6/CE (la c.d. MAD I) – ha provveduto ad accostare a tali fattispecie delittuose due paralleli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187 *bis* e 187 *ter* T.U.F. in tal modo generando una sorta di doppia punibilità (penale e amministrativa) per il medesimo fatto storico. Siffatta sovrapposizione tra procedimento penale e amministrativo sembrerebbe inevitabile e anzi necessaria alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 187 *decies* - che impone doveri di collaborazione reciproca tra la CONSOB e il Pubblico Ministero- e 187 *duodecies* - il quale vieta espressamente la sospensione del procedimento amministrativo in attesa della definizione di quello penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

Veniva, altresì, rilevata la medesimezza del fatto storico oggetto di entrambi i procedimenti e, per l'effetto, la manifesta violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Protocollo n. 7.

Sul punto giova sottolineare che, nel valutare la coerenza del nostro ordinamento con i principi del giusto processo e del divieto di un doppio giudizio, la Corte di Strasburgo ha evidenziato come la questione da definire non sia quella di stabilire se gli *elementi costitutivi* degli illeciti *ex* artt. 187 *ter* e 185 T.U.F. siano o meno i medesimi, quanto piuttosto se i *fatti* ascritti ai ricorrenti innanzi alla CONSOB e al Giudice penale siano riconducibili alla medesima condotta.

Sicché gli operatori del diritto, onde addivenire ad una pronuncia in tema di medesimezza del fatto, devono avere riguardo a tutti gli elementi – giuridici e fattuali – che caratterizzano il caso concreto[16].

Ed è proprio con riferimento alla *vexata quaestio* afferente ai profili di attrito tra la vigente disciplina sanzionatoria del *market abuse* e la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *ne bis in idem* che la Quinta Sezione Penale della Cassazione - con ordinanza del 15 gennaio 2015, n. 1782[17] - ha sollevato una duplice questione di legittimità costituzionale nei termini di seguito illustrati[18]:

a) in via principale: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'articolo 117 Cost., co.1, in relazione all'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 187 bis, comma 1 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi della Legge 6 febbraio 1996, n. 52, articoli 8 e 21), nella parte in cui prevede "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*" anziché "*Salvo che il fatto costituisca reato*";

b) in via subordinata: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'articolo 117 Cost., co.1, in relazione all'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'articolo 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

[16] Nel caso di specie, la Corte coglie l'occasione per sottolinea che "*La pression des marchès ne peut prevaloir sur les obligations internationales de respect des droits de l'homme qui incombent aux Etats lies par la Convenzion*", ed invita il legislatore italiano a rimediare a quelle che definisce "*defaillances*" strutturali della procedura amministrativa e giudiziaria di applicazione e di controllo delle sanzioni amministrative CONSOB.

[17] *Cfr.* Nota di C. Federico, "*Doppio Binario Sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte Costituzionale*", in Archivio Penale n. 2/2015.

[18] Invero, giova ricordare che il concorso tra gli originari delitti di "manipolazione del mercato" e di "abuso di informazioni privilegiate" (rispettivamente artt. 184 e 185 del T.U.F.) e le nuove ipotesi di illecito amministrativo (artt. 187 *bis* e 187 *ter* T.U.F.) – dall'identico *nomen iuris* e dal contenuto sovrapponibile – comporta, infatti, l'instaurazione di due diversi procedimenti tra loro paralleli ed autonomi (l'uno propriamente penale, dinanzi all'autorità giudiziaria, e l'altro "sostanzialmente" penale, condotto dalla CONSOB). In definitiva, una medesima condotta materiale di abuso del mercato è sanzionata tanto sul piano penale quanto su quello amministrativo.

natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli.

Al fine di ricomporre le evidenti frizioni sussistenti tra l'ordinamento interno e il divieto di *bis in idem*, come ampiamente inteso nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, i giudici rimettenti richiedevano, dunque, alla Corte costituzionale un intervento additivo tale da precludere la continuazione di un secondo giudizio "penale" ove il primo fosse giunto già a definitiva conclusione[19].

Seguiva, sempre con riferimento al medesimo profilo applicativo della coerenza dell'ordinamento interno – in questo caso finlandese – con il principio del *ne bis in idem ex* art. 4, Protocollo 7, un'ulteriore pronuncia della Corte di Strasburgo (resa con sentenza del maggio 2014 nel caso *Nykanen*[20]) sulla natura giuridica della sanzione amministrativa della c.d. sovrattassa, concludendo per la natura penale della stessa alla luce dei criteri enucleati dalla Corte (c.d. *Engel criteria).*

La storia si ripeteva anche con riferimento al reato di omesso versamento IVA: il Tribunale di Bologna, richiamando i criteri *Engel* e quanto espresso in seno alle sentenze *Grande Stevens* e *Nykanen,* con ordinanza del 21 aprile 2015 sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in riferimento all'art. 4, Prot. 7 CEDU, questa volta in relazione al reato di cui all'art. 10 ter del d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio ove sia già stata inflitta all'imputato, nell'ambito di un procedimento amministrativo per il medesimo fatto, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale secondo la Convenzione[21].

Tanto il Tribunale di Bologna quanto la V Sezione della Cassazione hanno, dunque, ritenuto di sottoporre alla Corte Costituionale[22], attraverso il grimaldello dell'art. 117, co. 1 Cost., la composizione dell'antinomia tra il diritto nazionale - che non prevede alcun divieto di celebrare un processo penale

---

[19] Per un'attenta analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 102 del 2016 si v. la nota a margine di R. Rudoni, "*La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte Costituzionale in attesa dell'intervento del legislatore",* in Osservatorio costituzionale AIC, n. 2/2016.

[20] Nel caso di specie, a fronte del medesimo fatto – consistente nel conseguimento in modo occulto di dividendi pari ad € 33.000 – venivano parallelamente avviati il procedimento sanzionatorio per l'illecito amministrativo e quello penale per frode fiscale. Invero, al ricorrente Nykanen era stata comminata la sanziona amministrativa pecuniaria (sovrattassa) pari ad € 1.700 nonché – nel procedimento penale – la pena di 10 mesi di reclusione ed € 12.420 (somma pari all'importo delle tasse evase).

[21] *Cfr.* Nota di M. Caianiello, "*Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale",* in Diritto Penale Contemporaneo, 18 maggio 2015; *cfr. supra* paragrafo 5.

[22] In ossequio all'insegnamento delle Sentenze Gemelle della Corte Costituzionale (nn. 348 e 349 del 2007): nel caso in cui il Giudice nazionale rilevi che la norma di diritto interno si pone in evidente collisione con una disposizione della CEDU o dei suoi Protocolli, deve preliminarmente cercare di porvi rimedio sulla scorta di una interpretazione conforme della norma interna, sì da sanare il contrasto in via ermeneutica. Solo ove siffatta interpretazione non risulti possibile il Giudice comune dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna *ex* art. 117 co. 1 Cost., assumendo la disposizione convenzionale quale parametro interposto e rimettendo la questione alla Consulta, risultandogli preclusa qualsivoglia disapplicazione della norma interna contrastante. (*Cfr.* Roberto Garofoli, "*Compendio Superiore di Diritto Penale – Parte Generale*", op. cit. p. 3.

per fatti già sanzionati in via definitiva nell'ambito di un procedimento formalmente qualificato come amministrativo (ancorché di natura sostanzialmente punitiva, secondo i noti criteri elaborati dalla Corte EDU) - e l'art. 4, Prot. 7 CEDU, che sancisce, invece, a livello europeo il *ne bis in idem* in una estensione assai più vasta di quella riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale in sede di interpretazione dell'art. 649 c.p.p..

4. La pronuncia della Consulta: una non decisione

La Corte Costituzionale si è limitata a dichiarare inammissibili tutte le questioni sottoposte al suo esame, non addentrandosi nel tortuoso cammino della valutazione circa la (in)compatibilità dell'attuale meccanismo del doppio binario con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, così come declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU.

La Corte ha dichiarato anzitutto inammissibile la questione formulata in via principale dalla Suprema Corte, con la quale si sollevava il dubbio sulla compatibilità dell'art. 187 *bis* co. 1 T.U.F. con l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 4, Prot. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, nella parte in cui la disposizione impugnata prevede «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» anziché «*Salvo che il fatto costituisca reato*».

Secondo la Corte la questione difettava di rilevanza avendo ad oggetto una disposizione (l'art. 187 *bis* T.U.F.) che era già stata definitivamente applicata nell'ambito del procedimento celebratosi innanzi alla CONSOB, sicché non riguardava più il pendente procedimento penale, ove invece si discuteva in ordine al corrispondente illecito penale di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 T.U.F.

La Corte ha, altresì, soggiunto che un ipotetico accoglimento della questione non sarebbe valso a impedire la temuta violazione del diritto convenzionale, posto che - anche nell'ipotesi in cui la precedente sanzione CONSOB fosse stata revocata *ex* art. 30, co. 4, l. 87/1953 in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità - il processo penale instaurato nei confronti dell'imputato si sarebbe comunque dovuto celebrare. Il che avrebbe costituito un'ulteriore violazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU, che vieta non già l'irrogazione di una doppia sanzione, ma la celebrazione di un secondo processo per il medesimo fatto[23]: *"Va aggiunto che la questione posta in via principale dalla Corte di cassazione, se da un lato non vale a prevenire il vulnus all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU nel processo principale, dall'altro lato, sul piano sistematico, eccede lo scopo al quale dovrebbe essere invece ricondotta sulla base della norma interposta appena richiamata. È infatti pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di bis in idem ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse*

[23]F. Viganò, "*Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni",* in Diritto penale contemporaneo, 16 maggio 2016.

sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro.

Non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU". (Corte Cost., sentenza 102 del 2016).

Le argomentazioni della Consulta riportate *ad litteram* per mera chiarezza esplicativa, seppur comprensibili, pongono l'interprete dinnanzi ad un ineludibile interrogativo: in attesa di un intervento normativo di riforma del sistema sanzionatorio degli abusi di mercato da parte del legislatore, quali misure è chiamato ad adottare il singolo giudice onde addivenire ad una pronuncia che non si ponga in aperta collisione con i principi sanciti dalla CEDU?

Se è vero, infatti, che le soluzioni di sistema competono al legislatore, non si può al tempo stesso ignorare come nel caso in cui venga ravvisato un evidente contrasto tra l'ordinamento interno e i principi posti a presidio di un diritto fondamentale, sia compito di ciascun operatore del diritto attivarsi nell'immediato al fine di porre rimedio alle lesioni di tale diritto.

Anche la seconda questione di legittimità costituzionale sollevata in via subordinata dalla Suprema Corte, avente ad oggetto l'art. 649 c.p.p. – anche in questo caso per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4, prot. 7 CEDU, nella parte in cui la disposizione impugnata 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*" – è stata giudicata inammissibile dalla Consulta. Ciò in considerazione del "*carattere perplesso della motivazione sulla sua non manifesta infondatezza*".

Invero, la Corte ha affermato che l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p. avrebbe semplicemente impedito la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento o processo per il medesimo fatto, senza però determinare alcun ordine di priorità tra sanzione penale e amministrativa, affidando così la determinazione della concreta risposta sanzionatoria alla circostanza aleatoria di quale dei due procedimenti sanzionatori venga definito più celermente[24].

[24] La Corte non si esime dal sottolineare come, in realtà, dalla suddetta incertezza e dalla causalità delle sanzioni applicabili potrebbe scaturire la violazione di altri principi costituzionali, "*perché si determinerebbe una violazione dei principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; in secondo luogo perché potrebbe risultare vulnerato il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; infine, perché potrebbero essere pregiudicati i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza, 23 febbraio 2013, in causa C-617/10 Aklagaren contro Akerberg Fransson), in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.".*

Da ultimo, la Corte Costituzionale ha affrontato la questione di legittimità costituzionale proposta dalla sezione tributaria civile della Corte di Cassazione con ordinanza del 21 gennaio 2015[25].

La Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile anche quest'ultima questione, in quanto "*formulata in maniera dubitativa e perplessa" tanto da determinare "l'incertezza e l'oscurità del petitum, giacché il rimettente fini[va] per non chiarire adeguatamente la portata dell'intervento richiesto"*.

Precipuamente, a parere della Consulta, non veniva individuato in modo chiaro ed univoco il *petitum* della questione, ossia il tipo di pronuncia richiesto alla Corte costituzionale dal giudice *a quo*, con conseguente impossibilità per il Giudice delle leggi di determinare con precisione i confini dell'intervento invocato. Quanto, invece, al carattere perplesso e dubitativo della motivazione, "*la Corte rimettente non scioglie i dubbi che essa stessa formula quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi del diritto dell'Unione Europea*", dubbi che "*dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata*".

In attesa di un intervento riformatore del legislatore, chi auspicava una pronuncia additiva di principio volta ad orientare l'operato dei giudici nella ricerca di soluzioni conformi alle garanzie convenzionali, non può di certo sottacersi la delusione scaturente da un siffatto intervento del Giudice delle Leggi.

4. Ulteriori profili di legittimità costituzionale con riferimento al reato di omesso versamento IVA: diretta applicabilità dell'art. 50 CDFU

Con la sentenza resa il 21 aprile 2016, n. 25815, la Terza Sezione Penale della Suprema Corte ha annullato con rinvio una sentenza del giudice di merito (Tribunale di Asti) che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento alla fattispecie criminosa di cui all'art. 10 *ter* del d.lgs. n. 74/2000, la cui violazione aveva già dato luogo alla irrogazione di sanzioni amministrative tributarie.

Nel caso di specie, la Corte ha mosso una censura al Giudice di merito, il quale avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale in ottemperanza alle direttive impartite dalla Consulta con le note sentenze gemelle del 2007, assumendo quale parametro interposto l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un doppio giudizio nel caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per

[25] In questo caso i dubbi di costituzionalità originavano da un giudizio relativo all'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", dopo che il processo penale già si era chiuso con applicazione della pena su richiesta delle parti. Il giudice *a quo* chiedeva se l'art. 187 *ter* T.U.F. si ponesse in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. "*alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce dell'applicazione del principio del «ne bis in idem» di cui agli artt. 2 e 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in ragione della definitività della sentenza del Tribunale*" conclusiva del processo penale.

l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli.

Ad abundantiam, la Corte di legittimità ha affermato di non poter/voler adire il Giudice delle Leggi, e ciò non soltanto alla luce della sentenza della Corte Costituzionale (n. 102/2016) che solo pochi mesi prima aveva dichiarato inammissibile una questione di legittimità del tutto analoga a quella in esame - dichiarandosi fondamentalmente impotente dinnanzi alla stasi del legislatore - ma anche in virtù della carenza di certezza in ordine al carattere definitivo dell'accertamento tributario compiuto nei confronti dell'imputato.

Ciò che risalta agli occhi del lettore sono le modalità sbrigative con cui gli ermellini hanno affrontato la soluzione prospettata dal Giudice di merito, avente ad oggetto la possibilità di risolvere siffatta antinomia tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale attraverso l'applicazione diretta dell'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (d'ora in avanti CDFU), norma che sancisce il principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento eurounitario[26].

Invero, la Corte si è limitata a rilevare l'impossibilità di sottoporre la questione ermeneutica alla Corte di Giustizia UE attraverso il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TUE, e ciò alla luce della incertezza in ordine alla definitività dell'accertamento tributario compiuto.

Giova, al riguardo, sottolineare la possibilità di invocare, con riferimento alle tematiche sottese all'evasione IVA, l'art. 50 CDFU, trattandosi di materia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto UE. Invero, alla luce del principio di *primautè* del diritto europeo sul diritto nazionale, l'art. 50 troverebbe immediata applicazione nel nostro ordinamento, previa disapplicazione da parte del giudice nazionale di una norma interna eventualmente contrastante[27].

Altra soluzione prospettata da autorevole dottrina[28] in ordine all'applicabilità dell'articolo 4, Protocollo n. 7 CEDU, consiste nel richiamare un orientamento della Suprema Corte di Cassazione - affermatosi a partire dalla sentenza resa nel noto caso *Polo Castro* del 1989[29] - a tenore del quale le norme *self* –

[26] Si veda al riguardo F. Viganò, "*Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)",* in Diritto penale contemporaneo, 30 giugno 2014.

[27] Il Giudice penale, ove nutrisse dubbi in ordine all'ambito applicativo della norma di diritto UE, potrebbe adire direttamente la Corte di Giustizia, senza necessità di investire previamente della relativa *quaestio iuris* la Corte Costituzionale.

[28] Di cui tiene conto l'acuto contributo di F. Viganò, "*Omesso versamento iva e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?",* in Diritto Penale Contemporaneo, 11 luglio 2016, cui si rimanda ntegralmente.

[29] Cass. pen., SS.UU., 23 novembre 1988 n. 15: nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno dichiarato l'applicabilità diretta dell'art. 5, co. 4 CEDU, e ciò in quanto la CEDU "*conferisce al singolo la legittimazione attiva per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti da essa riconosciuti (…) Nel nostro Paese, in linea di massima, le norme della Convenzione sono di immediata applicazione e, soprattutto, all'interno dello Stato aderente alla Convenzione, i diritti da questa riconosciuti all'individuo sono soggettivi e perfetti",* sicché di immediata applicabilità"; cass. pen., SS.UU., 14 luglio 2011, n. 27918: "*Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai*

executing della CEDU (ivi compresi i suoi Protocolli) costituiscono disposizioni direttamente applicabili dal giudice nazionale, e ciò in quanto incorporate nel nostro ordinamento in forza della relativa legge di esecuzione.

Secondo questo orientamento, l'unico ostacolo alla diretta applicabilità delle norme *self – executing* della Convenzione e dei suoi Protocolli potrà essere ravvisato nel caso in cui sussista, all'interno dell'ordinamento nazionale, una disposizione che regoli in modo opposto la medesima fattispecie. Nelle suddette ipotesi, infatti, sarà compito del Giudice investire della *queastio iuris* la Corte Costituzionale tramite il ricorso all'art. 117, co. 1, Cost., ostacolo che i fautori di siffatta tesi ermeneutica non ravvisano nel nostro ordinamento, e in particolare nell'art. 649 c.p.p..

Ebbene, la Corte di Giustizia è stata investita della questione afferente alla possibilità che l'art. 50 CDFUE – con tre ordinanze *ex* 267 TFUE poi riunitesi in un unico procedimento – letto alla luce dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, possa rappresentare un ostacolo all'instaurazione di un procedimento penale e alla conseguente pronuncia condannatoria per omesso versamento IVA nel caso in cui al contribuente sia già stata comminata una sanzione tributaria definitiva.

La Corte dovrà, dunque, preliminarmente (e definitivamente) pronunciarsi sulla natura giuridica delle sanzioni tributarie irrogate dall'autorità amministrativa, in particolare in ordine alla loro asserita natura penale anche alla luce dell'art. 50 CDFUE. In secondo luogo, la Corte di Lussemburgo dovrà stabilire se la condotta che ha dato origine al procedimento penale sia la medesima ("*idem*") già sanzionata dall'amministrazione tributaria.

Ad una risposta affermativa ai quesiti su brevemente illustrati farebbe eco il dovere del Giudice penale di procedere direttamente all'applicazione dell'art. 50 CDFUE e, per l'effetto, chiudere entrambi i procedimenti con una pronuncia di rito del tutto analoga a quella di cui all'art. 649 c.p.p.[30].

---

principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU , fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

Va ricordato al riguardo che la norma in questione –art. 6 CEDU - essendo stata recepita con un atto avente forza di legge, ha anch'essa, quanto meno, forza e valore di legge, anche se poi, sotto altri profili, funge anche da parametro di costituzionalità ossia da norma interposta, ai sensi dell'articolo 117 Cost., comma 1, tanto da essere stata anche collocata ad un livello sub-costituzionale (Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e successive). Inoltre, non si tratta di una norma-principio, ossia di una norma generica ed aspecifica, che di solito si ritiene, in quanto tale, insuscettibile di automatica operatività e di immediata applicazione da parte del giudice (Sez. 1, sent. n. 2549 del 16/04/1996, Persico, Rv. 204733), bensì di una norma che è stata resa specifica e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU, sicché non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità da parte del giudice italiano (come perspicuamente affermato da Sez. U, sent. n. 15 del 23/11/1988, dep. 1989, Polo Castro, Rv. 181288, che esattamente ha rilevato che "ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico)".

[30] *Cfr.* F. Viganò, "*A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*", in Diritto penale contemporaneo, 17 ottobre 2016.

5. Il *revirement* della Grande Camera in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio

Il già complesso dialogo delle Corti nazionali e sovranazionali risulta oggi arricchito dalla decisione della Grande Camera, resa nel noto caso *A e B c. Norvegia*[31]*:*

"Non viola il ne bis in idem convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".

Questo il principio di diritto formulato dalla Grande Camera, il cui effetto non potrà che essere quello di ampliare ulteriormente i dubbi e le incertezze circa la compatibilità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio (in materia tributaria e di abusi di mercato) con quelle garanzie che si era ritenuto di dover dedurre dalla giurisprudenza della Corte EDU a partire dal *leading case Grande Stevens c. Italia*, del 2014.

Nel caso di specie[32], la Corte Suprema norvegese ha riconosciuto la medesimezza del fatto che aveva dato luogo alle due sanzioni (con conseguente sussistenza di un *idem* alla luce della sentenza della Grande Camera *Zolotukhin*) nonché la natura sostanzialmente penale della sovrattassa pari al 30%

[31] *Cfr.* Corte Edu (Grande Camera),15 novembre 2016, A.e B. c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

[32] Il primo ricorrente, il signor A, è stato arrestato nel 2007 per non avere dichiarato profitti derivatigli da complesse transazioni finanziarie compiute all'estero. Sentito quale indagato, ammetteva di avere compiuto tali transazioni, pur negando la propria responsabilità penale. Nell'ottobre 2008 veniva esercitata nei suoi confronti l'azione penale per il reato di frode fiscale. Poco dopo, nel novembre 2008, l'amministrazione finanziaria irrogava nei suoi confronti 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. Il signor A provvedeva a versare 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 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 dichiarando di essere stato perseguito e punito due volte per il medesimo fatto e ciò in violazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU. Tanto la Corte d'appello, quanto la Corte suprema respingevano tuttavia la doglianza, confermando la condanna, che diveniva definitiva nel 2010.
Del tutto simile la vicenda relativa al secondo ricorrente, il signor B coinvolto nella medesima indagine che aveva condotto alla condanna del signor A. L'amministrazione finanziaria gli contestava nell'ottobre 2008 di non aver dichiarato profitti derivanti da transazioni estere per un importo di € 500.000, applicandogli una sovrattassa del 30% rispetto all'importo evaso, sulla scorta delle dichiarazioni da lui rese in sede di indagini. Anche in questo caso il signor B provvedeva a pagare gli importi dovuti e il procedimento amministrativo si chiudeva nel dicembre 2008. Nel novembre 2008 veniva promossa nei suoi confronti l'azione penale e un anno dopo veniva condannato dal tribunale 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 la lamentata violazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU, sulla base degli stessi argomenti richiamati in ordine al ricorrente A. e la Corte Suprema rifiutava di esaminare il caso, rendendo così definitiva la sentenza di condanna.

dell'importo evaso (con conseguente applicabilità della garanzia di cui all'art. 4, Prot. 7 CEDU) e il carattere definitivo della decisione amministrativa.

I Giudici norvegesi sono riusciti a far vacillare il baluardo del carattere assoluto del principio di cui all'art. 4, Prot. 7 CEDU, invitando ad una interpretazione meno rigorosa della suddetta disposizione convenzionale nel caso i cui i due procedimenti per lo stesso fatto possano definirsi *paralleli* e non consecutivi (casi di instaurazione di un secondo procedimento dopo la conclusione del primo).

Specificamente, facendo riemergere un vecchio orientamento, i giudici supremi norvegesi hanno evidenziato come tra i due procedimenti (tributario e penale) esistesse nel caso di specie una *sufficient connection in substance and time* tale da far sì che le due sanzioni potessero essere considerate come parti di un'unica risposta sanzionatoria ad un medesimo fatto illecito rappresentato dall'evasione fiscale e non invece come due distinti processi per il medesimo fatto.

Ciò posto, la Grande Camera ha statuito che le due sanzioni (sovrattassa e pena detentiva) abbiano ad oggetto il medesimo fatto (l'evasione del tributo dovuto in relazione ai ricavi non dichiarati dai contribuenti). In ordine alla natura sostanzialmente penale della sovrattassa, seppur adottando un approccio assai più restrittivo rispetto al passato (con riferimento in particolare all'art. 6 CEDU), la Grande Camera ha tuttavia confermato la piena validità degli *Engel criteria* anche in relazione al diritto al *ne bis in idem*, e ciò in ottemperanza alle esigenze di interpretazione sistematica della Convenzione, intesa come un corpo unitario.

Più complesso, invece, il tessuto motivazionale della pronuncia della Corte nella parte in cui ha valutato la possibilità che l'art. 4, Protocollo n. 7, risulti preclusivo soltanto con riferimento ai procedimenti *consecutivi*, ovvero anche ai procedimenti *"che procedono parallelamente"*.

La Corte evidenzia anzitutto come dal proprio *case law* emerga pacificamente l'applicabilità, in linea di principio, della garanzia convenzionale anche ai casi di procedimenti paralleli per il medesimo fatto. Tuttavia, la Corte richiama il principio della "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*" tra i due procedimenti, quale requisito ulteriore per l'accertamento della violazione[33], e ciò alla luce della necessità 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

[33] Principio affermatosi in passato da alcune sentenze che 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, evocato anche in taluni dei casi svedesi e finlandesi che si erano occupati di *ne bis in idem* e sovrattasse in materia tributaria (come nel summenzionato caso Nykänen), nei quali però la Corte aveva negato che tra i due procedimenti paralleli (penale e amministrativo-tributario) intercorresse alcuna particolare connessione, con il risultato che la violazione del *ne bis in idem* convenzionale era stata comunque riconosciuta.

ratificato da quattro Stati (tra cui nientemeno che la Germania, i Paesi Bassi, la Turchia e il Regno Unito), e rispetto al quale quattro Stati contraenti – tra cui l'Italia – hanno espresso riserve con lo specifico fine di contenere l'ambito di applicazione alle sole decisioni qualificate anche formalmente come "penali" nei rispettivi ordinamenti[34].

Muovendo da queste premesse, la Corte afferma che in linea di principio l'art. 4, Prot. 7 CEDU, non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articoli attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato. Spetterà alla Corte verificare se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti nella sostanza una violazione del divieto di *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*".

In ragione di quanto sopra, la Corte invita gli Stati aderenti ad adottare meccanismi in grado di unificare i due procedimenti sanzionatori, sì da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo. *Rebus sic stantibus*: l'art. 4, Prot. 7 CEDU, 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.

Siffatta valutazione non dovrà essere operata arbitrariamente bensì alla luce di criteri enucleati dalla Corte, tra cui gli scopi e la prevedibilità della duplicità dei procedimenti, l'adozione di opportune cautele volte ad evitare inutili "duplicazioni" in tema di raccolta e valutazione degli elementi probatori (e ciò 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*"), nonché la necessità che la sanzione imposta nel procedimento conclusosi per primo venga tenuta in considerazione nell'altro procedimento (principio di proporzionalità complessiva della pena irrogata).

In ordine al caso prospettatole la Corte, sulla scorta dei principi brevemente illustrati, è giunta ad escludere qualsivoglia violazione delle garanzie convenzionali invocate.

Invero, pur affermando la natura sostanzialmente penale delle sovrattasse del 30 % irrogate nei confronti di entrambi i ricorrenti, e che entrambe le misure (sovrattasse e sanzioni penali) avessero ad oggetto i medesimi fatti storici, ha escluso che nel caso di specie possa ravvisarsi una duplicazione dei procedimenti, ossia un *bis* vietato dall'art. 4, Prot. 7 CEDU.

Sul punto, la Corte ha rimarcato il diverso scopo perseguito nell'ordinamento norvegese dalle sanzioni amministrativo-tributarie, da un lato, e penali *stricto sensu*, dall'altro: le prime aventi

[34] *Cfr.,* F. Viganò, "*La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*", in Diritto penale contemporaneo del 18 novembre 2016.

finalità deterrenti mentre, le seconde prevalentemente punitive. La Corte ha altresì sottolineato la stretta correlazione sussistente tra i due procedimenti: è proprio dalle dichiarazioni rese dagli interessati in seno al procedimento penale, infatti, che è scaturita l'irrogazione della sanzione tributaria; di contro, i giudici penali, in sede di commisurazione della pena, hanno tenuto conto delle sanzioni già irrogate dall'amministrazione tributaria.

Sulla scorta delle superiori considerazioni la Grande Camera ha quindi ritenuto che l'istaurazione di due distinti giudizi non abbia arrecato alcun *vulnus* ai diritti dei ricorrenti, e ciò alla luce della *"connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta"* tra i procedimenti.

Così brevemente ripercorsi i passaggi più "innovativi" della suddetta pronuncia della Grande Camera EDU, giova ora soffermarsi sull'unica *dissenting opinion* a firma del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, il quale critica fortemente il criterio della "*connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta*" tra i due procedimenti, giudicato un *vulnus* all'eredità garantistica di *Zolotukhin*.

In particolare, Pinto sottolinea la fallacia delle argomentazioni spese a sostegno del *discrimen* tra la finalità deterrente propria della sovrattassa e quella retributiva perseguita invece dalle sanzioni detentive, nonché dei criteri elaborati dalla Corte al fine di accertare una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra due procedimenti.

Precipuamente, a destare le aspre critiche del Giudice Pinto è l'invito, formulato dalla Corte, ad elaborare criteri di commisurazione della pena che tengano conto della sanzione eventualmente già irrogata nell'ambito del procedimento conclusosi per i medesimi fatti.

A tal riguardo, non può di certo sottacersi come un simile meccanismo non sortirebbe alcun effetto nei confronti di un individuo assolto in uno dei due procedimenti[35].

Ad abundantiam, siffatta soluzione, che dovrebbe risolversi *sic et simpliciter* nello scomputo della parte di pena da considerarsi già espiata, è già stata respinta dalla Corte nel caso *Grande Stevens* in quanto ritenuta in collisione con la ratio di tutela di cui all'art. 4, Prot. 7 CEDU.

In quel frangente, infatti, la Corte ha ricordato come la *ratio* di tutela sottesa all' 4, Prot. 7 CEDU, mirasse a garantire non tanto la proporzionalità della *sanzione*, quanto piuttosto il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio *procedimento* per il medesimo fatto.

Illuminanti le parole di Pinto ove afferma che: "*Dopo aver messo sottosopra la ratio del ne bis in idem, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile. Una politica che potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti*", e ciò secondo un approccio "*assai distante dalle note radici storiche*

[35] Cfr. F. Viganò, "*La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio",* op. cit. p. 19.

del ne bis in idem e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario. La Grande Camera in Zolotukhin non sarebbe stata d'accordo a degradare il diritto individuale e inalienabile al ne bis in idem a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio. Io nemmeno".

7. Conclusioni

Difficile saggiare la plausibilità delle motivazioni della Corte e dell'opinione dissenziente del Giudice Pinto. Certo è che la Grande Camera, attraverso il richiamo ad un criterio coniato dalla giurisprudenza norvegese, ha circoscritto fortemente la portata applicativa del principio del *ne bis in idem*, discostandosi da quanto sancito negli ultimi anni a partire dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

La *Grande Chambre,* attraverso un'operazione ermeneutica censurabile in quanto basata su una lettura frammentaria e parziale dei precedenti arresti giurisprudenziali in materia, ha ridisegnato i confini del principio del *ne bis in idem*, restringendone sensibilmente il perimetro applicativo finanche ritenerlo un problema di mera dosimetria della pena.

Ciò che preme in questa sede evidenziare sono i pericoli insiti nella ricostruzione che la sentenza *de qua* offre del divieto del *bis in idem*, primo fra tutti quello del contrasto di giudicati a causa delle diverse regole probatorie che governano il procedimento amministrativo rispetto a quello penale.

Precipuamente, la Grande Camera sembra aver obliato quelle esigenze garantiste poste a fondamento dell'art. 4 Prot. 7 CEDU - così come interpretato dalla stessa Corte di Strasburgo a partire dal *leading case Grande Stevens* - la cui ratio va ravvisata nell'esigenza di tutelare non tanto la proporzionalità della sanzione quanto il diritto a non essere processati due volte per lo stesso fatto.

Siffatta interpretazione, così come ammonisce il Giudice Pinto, apre pericolosamente le porte ad una politica criminale fondata sulla previsione di procedimenti multipli, strategicamente connessi tra loro e incardinati con il precipuo scopo di raggiungere "*the maximum possible repressive effect*".

Ed invero, a fronte della omessa elaborazione di una definizione puntuale e vincolante, il criterio della "*sufficiently close connection*" - e del mero richiamo a una serie di indici "sintomatici" dai quali desumere l'esistenza di una connessione tra i due procedimenti - si palesa "*vaghissimo e arbitrario*", del tutto inidoneo ad fungere da parametro sul quale ancorare il giudizio sulla effettiva sussistenza di un "*bis in idem*", finanche riconoscere al Giudice spazi di discrezionalità interpretativa e di adattamento alla fattispecie concreta tali da recare un *vulnus* ai principi di legalità e di uguaglianza.

In conclusione, ancora una volta, il delicato rapporto tra contenzioso tributario e giudizio penale si palesa terreno fertile per il proliferare di *principia* di propulsione nazionale e sovranazionale, destinati il più delle volte ad entrare in conflitto tra loro.

Agli estenuanti e continui tentativi di dialogo, financo vacui, delle Corti nazionali e sovranazionali sembrerebbe sottesa una tacita spinta utilitaristica avente ad oggetto il raggiungimento di un ambizioso

quanto vanaglorioso primato (l'individuazione dei perimetri entro cui confinare i diritti e le garanzie del giusto procedimento) piuttosto che la positivizzazione di quel minimo comune denominatore di legalità, atto ad evitare talune delle più vistose deviazioni dello Stato di diritto.