***“Ne bis in idem”* e doppio binario sanzionatorio:** **prospettive di evoluzione dell’ordinamento processuale** **italiano alla luce del sistema penale eurounitario e** **convenzionale**

***1) Il principio del ne bis in idem: lo stato dell’arte e criticità alla luce della giurisprudenza nazionale (costituzionale e di legittimità), euro-unitaria e convenzionale.***

La definizione dell’esatto significato del principio di “*ne bis in idem*”, con riferimento alla pluralità di sanzioni e di procedimenti sanzionatori per un medesimo fatto materiale, ha severamente impegnato, negli ultimi anni, tanto i giudici nazionali quanto gli organi giurisdizionali facenti capo ad ordinamenti sovranazionali e internazionali[[1]](#footnote-1). Le ragioni di ciò sono molteplici e sono da rinvenirsi, oltre che nel non sempre agevole dialogo tra sistemi ordinamentali e giurisdizionali differenti, altresì nella progressiva espansione degli ambiti interessati dal suddetto principio[[2]](#footnote-2).

Ciononostante, l’elaborazione giurisprudenziale delle situazioni nelle quali il principio in discorso può dirsi violato sembra essere addivenuta a dei punti di approdo sufficientemente chiari e certi. Un’analoga certezza non sembra viceversa potersi ravvisare per ciò che concerne gli strumenti procedimentali in grado di consentire l’inveramento del medesimo principio.

Scopo del presente lavoro è pertanto quello di verificare la capacità delle forme procedimentali e processuali attualmente esistenti all’interno dell’ordinamento nazionale di assicurare il rispetto del principio[[3]](#footnote-3) in esame, soprattutto nelle ipotesi di sovrapposizione tra procedimenti penali e procedimenti sanzionatori amministrativi, ovvero di più procedimenti sanzionatori amministrativi instaurati presso distinte Autorità procedenti, per i medesimi fatti materiali. Tale scritto si ripropone altresì l’obiettivo di vagliare, in una prospettiva *de iure condendo*, le innovazioni normative necessarie o comunque opportune al fine di realizzare l’obiettivo che si è appena prefigurato.

L’analisi non potrà che prendere le mosse dalle recenti pronunce con cui tanto la Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo quanto la Corte di giustizia dell’Unione europea hanno delineato gli accorgimenti e i rimedi in grado di evitare una patente violazione del *ne bis in idem* in ambito sanzionatorio.

In particolare, il punto di partenza sarà certamente costituito dalla sentenza[[4]](#footnote-4) resa dalla Corte di Strasburgo nel noto **“*affaire Grande Stevens*”**.

In questa pronuncia, il Giudice della Corte europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali si è chiaramente espresso a sfavore del c.d. regime del “doppio binario” sanzionatorio, vale a dire di un regime che consenta il parallelo o consecutivo svolgimento di due procedimenti, di cui uno penale e l’altro formalmente amministrativo, ma comunque afferente alla materia penale delimitata secondo i cc.dd. “*Engel’s criteria*”, per le medesime condotte illecite. Un simile sistema, infatti, risulterebbe incompatibile con il principio del *ne bis in idem* processuale sancito dall’art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla predetta Convenzione.

Si è così addivenuti a statuire che la comminatoria di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali per condotte di abuso di mercato dovrebbe considerarsi, quantomeno in linea di principio, preclusiva all’avvio di un processo penale per le medesime condotte.

In altre parole, in tale arresto giurisprudenziale, si è affermato che il divieto di *bis in idem* dovrebbe operare non solo quando ad essere passata in giudicato sia una sentenza resa in un processo penale ma, altresì, quando sia già stata irrogata, in via definitiva, una sanzione qualificata come amministrativa dal diritto nazionale, ma riconducibile alla c.d. “materia penale” alla stregua della CEDU.

Tale giurisprudenza poggia sulla notoria nozione, ormai acquisita tanto dall’ordinamento sovranazionale euro-unitario quanto da quello facente capo alla Cedu, di illecito formalmente amministrativo, ma dotato di natura giuridica sostanzialmente penale.

Questo fondamentale precedente[[5]](#footnote-5) in materia di *ne bis in idem*, seguito dalla successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo, offre una lettura spiccatamente garantista del principio *de quo*, la quale tuttavia non preclude l’apertura di due procedimenti paralleli (penale ed amministrativo), limitandosi piuttosto ad imporre l’interruzione di uno dei due procedimenti nel momento in cui l’altro sia addivenuto a un esito definitivo.

La almeno apparente radicalità di questo *dictum* e le verosimili resistenze che esso avrebbe potuto generare all’interno di numerosi ordinamenti nazionali hanno indotto la stessa Corte di Strasburgo ad un ripensamento, concretatosi in una parziale “correzione di rotta” nella sentenza[[6]](#footnote-6) **“*A. e B. contro Norvegia*”**. In questa decisione, all’iniziale chiusura nei riguardi del sistema del “doppio binario” sanzionatorio si è sostituito un diverso approccio, orientato a rendere il nominato sistema conforme al su esposto divieto di “*ne bis in idem*”, attraverso una serie di correzioni operanti sul versante “pratico-applicativo”.

In particolare, a giudizio della Corte, si rende necessario stabilire se i due procedimenti, quello amministrativo e quello penale, siano ***“sufficiently connected in substance and in time”***. Si individua pertanto la necessità diuna duplice connessione, di tipo sostanziale e cronologico.

Dunque, la Corte di Strasburgo, nel delineare una sorta di “*editio minor*” del principio del *ne bis in idem* così come precedentemente affermato, ha puntualizzato che sottoporre a processo penale una persona già sanzionata sul piano amministrativo con l’applicazione di una sanzione sostanzialmente penale non deve considerarsi di per sé una violazione del divieto di *bis in idem*, a condizione però che tra i due procedimenti vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

In altri termini, si arriva a concludere che l’art. 4 del citato Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU richiede che il complessivo sistema sanzionatorio nazionale, ancorché strutturato in un duplice binario, esprima un approccio integrato, unitario e coerente, in relazione a fatti suscettibili di esprimere un disvalore sociale.

Un ulteriore aspetto rilevante introdotto nella sentenza “*A. e B. contro Norvegia*”[[7]](#footnote-7) è stato certamente quello di aver attribuito al giudice nazionale il compito di verificare in ultima istanza se i due procedimenti determinino in concreto un *bis in idem*, dovendosi escludere tale circostanza in tutti i casi in cui i procedimenti presentino il requisito del nesso materiale e temporale sufficientemente stretto. Ciò sembra aver comportato un drastico ridimensionamento del principio del divieto di *bis in idem* di matrice convenzionale, giacché i due procedimenti non solo potranno essere avviati, ma potranno addirittura giungere a termine, con l’irrogazione di due sanzioni, al ricorrere di determinate condizioni quali: la diversità delle funzioni perseguite dai procedimenti sanzionatori (funzione compensatoria per le sanzioni amministrative e punitiva per quelle penali), il carattere proporzionale del cumulo rispetto alla gravità dell’offesa, oltre che la prevedibilità del rischio di una doppia sanzione.

Entrando maggiormente nel dettaglio dell’analisi, la sentenza fornisce una serie di criteri alla stregua dei quali è possibile valutare la conformità del “doppio binario” sanzionatorio al divieto di *bis in idem*: a) la diversità degli scopi in concreto perseguiti dai due procedimenti, i quali dovranno essere complementari e quindi affrontare, in astratto e in concreto, differenti aspetti della condotta; b) la prevedibilità, al momento della condotta, della duplicazione delle procedure, giacché la dualità dei procedimenti deve essere una prevedibile conseguenza della condotta; c) la presenza di meccanismi di coordinamento procedurale e sostanziale tra le autorità intervenienti, specialmente in fase istruttoria, al fine di evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove. Inoltre, si sottolinea che, sul piano sostanziale, la sanzione imposta dalla prima Autorità procedente deve essere presa in debita considerazione dall’altra Autorità procedente, onde garantire, nel complesso, il rispetto del principio di proporzionalità della pena; d) l’estraneità dell’illecito amministrativo al “nucleo duro” del diritto penale.

L’esito interpretativo così raggiunto è stato pressoché pedissequamente recepito dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, nelle sentenze[[8]](#footnote-8) pronunciate dalla **Grande Sezione** in data 20 marzo 2018, relativamente alle cause **C-524/15, Menci; C-537/16**

**Garlsson Real Estate; C-596/16 e C-597/16 Di Puma e Zecca**. Queste pronunce, pur avendo oggetti variegati e pur essendo state rese alla stregua di un parametro normativo diverso da quello preso in considerazione dai Giudici di Strasburgo, sono pervenute a conclusioni assimilabili a quelle sopra illustrate, enunciando i seguenti criteri di compatibilità del sistema del “doppio binario” con il divieto di “*bis in idem*”: 1) la presenza di un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo di procedimenti e sanzioni, come in materia di contrasto delle frodi IVA, a condizione che i diversi procedimenti sanzionatori abbiano scopi complementari; 2) la presenza di disposizioni che garantiscano un coordinamento tra i diversi procedimenti; 3) l’esistenza di disposizioni capaci di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratta. In tal senso, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che la disciplina italiana degli abusi di mercato, caratterizzata da un doppio binario sanzionatorio, rispondesse ad un obiettivo di carattere generale, vale a dire l’integrità dei mercati finanziari dell’UE e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, e che, pertanto, potesse legittimarsi una limitazione del principio del ne bis in idem, in conformità con quanto previsto dall’art. 52 della Carta di Nizza.

La Corte ha altresì affermato che la disciplina italiana risulta conforme all’ulteriore requisito della prevedibilità, giacché risulta dettata da norme sufficientemente chiare e precise. Inoltre, i giudici europei, dopo aver ribadito che il cumulo delle sanzioni non deve comunque superare i limiti di quanto necessario a perseguire le finalità della normativa, nonché la necessità che l’ordinamento preveda delle norme che garantiscano che il cumulo delle sanzioni corrisponda alla gravità dell’illecito, ha evidenziato che l’allora vigente art. 187 *terdecies* T.U.F. (prima dei successivi interventi di riforma) non era idoneo a tale scopo. Infine, è stato statuito che l’art. 50[[9]](#footnote-9) della Carta di Nizza conferisce ai soggetti dell’ordinamento un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale.

Volendo ravvisare un qualche elemento di distinzione tra le conclusioni cui è pervenuto il Giudice di Lussemburgo e l’approdo ermeneutico della Corte di Strasburgo, può evidenziarsi che mentre la prima sembra tenere sempre ben presente lo scopo di evitare indebite duplicazioni, soprattutto alla presenza di norme formali che assicurino il coordinamento tra i diversi procedimenti vertenti sui medesimi fatti, la seconda adotta un approccio più “sostanzialistico” e, per così dire, di verifica dei sistemi sanzionatori *ex post*, richiedendo una tendenziale contestualità temporale e connessione sostanziale delle procedure, a prescindere dalle forme normative fissate *a priori*.

Ad ogni modo, i Giudici di Lussemburgo, recependo in parte l’indirizzo inaugurato dalla Corte EDU, vanno oltre quanto affermato nella precedente sentenza resa nel caso[[10]](#footnote-10) “*Akerberg Fransson*”. In quella occasione, infatti, si era affermata la ipotetica possibilità di una convivenza tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per i medesimi fatti, escludendo tuttavia l’ammissibilità di un “*bis in idem*” procedimentale qualora la sanzione amministrativa presentasse natura penale, secondo i criteri affermatisi a livello internazionale.

Giunti a questo punto, non ci si può astenere dall’osservare che la giurisprudenza convenzionale ed euro-unitaria che si è passata sinora in rassegna, nonostante l’apparente chiarezza delle formule e delle categorie impiegate, pone in capo ai giudici nazionali un onere alquanto gravoso, demandando a questi ultimi il compito di accertare la conformità, rispetto ai diritti fondamentali garantiti a livello europeo, del sistema sanzionatorio complessivamente adottato a livello nazionale[[11]](#footnote-11). La difficoltà maggiore discende dal fatto che, vista la non perfetta coincidenza tra le categorie impiegate dalle Corti europee e le categorie proprie delle tradizioni giuridiche dei singoli Stati, i giudici nazionali sono spesso privi di strumenti e forme procedimentali in grado di realizzare i valori che si sono sopra affermati.

La problematica appena tratteggiata si è posta con particolare forza nell’ordinamento italiano, stante la conclamata ed evidente inidoneità dell’art. 649 c.p.p. a fornire una risposta adeguata. Questa inidoneità è stata in qualche modo ammessa dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nella **sentenza n. 102 del 2016**, è stata chiamata a valutare la conformità a Costituzione dell’indicata norma processuale, nella parte in cui essa non preclude l’avvio di un processo penale a fronte di un provvedimento sanzionatorio divenuto definitivo e afferente alla “materia penale”, così come delineata dalla Corte di Strasburgo, per i medesimi fatti.

La questione così prospettata è stata dichiarata inammissibile dal Giudice delle leggi, in quanto l’accoglimento della stessa avrebbe determinato delle conseguenze non accettabili sul piano sistematico. In particolare, si sarebbe finito per rendere definitivo e irretrattabile il provvedimento reso per primo, a prescindere dal fatto che a pronunciarlo fosse stata un’Autorità amministrativa ovvero giurisdizionale e a prescindere dalla natura amministrativa ovvero penale della sanzione comminata, abbandonando così la regolazione dei rapporti tra procedimenti *stricto sensu* penali e procedimenti sanzionatori amministrativi alla mera casualità.

La Corte, così decidendo, ha quindi chiaramente evidenziato la necessità di un coordinamento normativo, possibilmente stabilito *ex ante* e in astratto, tra i vari procedimenti aventi ad oggetto il medesimo fatto, onde attribuire prevalenza a quello che esprima il maggior disvalore sociale e, dunque, verosimilmente, al procedimento penale.

La questione è stata nuovamente posta all’attenzione della **Consulta**,[[12]](#footnote-12) che, con **l’ordinanza n. 43 del 2018**, ha però rimesso gli atti al Giudice *a quo*, chiedendogli di rivalutare la necessità della sollevata questione di legittimità costituzionale, alla luce del mutamento[[13]](#footnote-13) della giurisprudenza europea in materia di “*ne bis in idem*” processuale di cui sopra si è dato conto. In particolare, in tale recente arresto, il Giudice delle leggi ha di fatto avallato la lettura del principio che si è venuta a delineare a partire dalla *sentenza A. e B. contro Norvegia*; ciò in quanto è stato affermato che qualora il giudice *a quo*, al quale sono stati rimessi gli atti, dovesse ritenere che il giudizio penale sia legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire il “*bis in idem*” sanzionato a livello convenzionale, non vi sarebbe la necessità di incidere, con una declaratoria di incostituzionalità, sull’art. 649 c.p.p..

Le prospettate criticità e discontinuità rispetto al sistema attualmente vigente sembrerebbero ridursi nel caso in cui a essere definito per primo sia il procedimento formalmente penale, specie in caso di emissione, all’esito di esso, di una sentenza assolutoria. Su tale questione è recentemente intervenuta la **Suprema Corte di cassazione[[14]](#footnote-14)**, con la **sentenza 6 dicembre 2018, n. 31362**, pronunciata nel procedimento nell’ambito del quale era stata sollevata la questione pregiudiziale, dinanzi alla Corte di giustizia Ue, che ha poi dato luogo alla pronuncia della sentenza **“*Di Puma e Zecca*”**, sopra ricordata. Nel menzionato precedente[[15]](#footnote-15), si è avuto modo di statuire che l’assoluzione pronunciata dal Giudice penale per insussistenza dei fatti contestati, i quali siano altresì oggetto di un procedimento sanzionatorio amministrativo afferente alla “*matière penale*” di matrice europea, impedirebbe l’avvio o la prosecuzione del procedimento da ultimo indicato, per effetto della diretta applicazione, nell’ordinamento nazionale, del principio di “*ne bis in idem*” ricavabile dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Nella sentenza in questione, a seguito di una preliminare esposizione dell’evoluzione storico-giuridica della giurisprudenza nazionale, euro-unitaria e convenzionale in materia di *ne bis in idem*, viene affrontato altresì il tema della verifica della proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate nei procedimenti penali ed amministrativi, rispetto alla gravità del fatto. In particolare, ci si interroga se tale attività di verifica sia riservata ai soli giudici di merito ovvero se possa essere effettuata anche dai giudici di legittimità. La Corte di Cassazione[[16]](#footnote-16), a tal proposito, nel propendere per la seconda soluzione, ha individuato nell’art. 133 c.p. la norma invocata in sede europea che permetterebbe ai giudici nazionali di garantire che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato. Ciò posto, i Giudici di legittimità hanno dato luogo al c.d. giudizio di proporzionalità, ritenendo che, nella fattispecie in questione, il cumulo sanzionatorio non determinasse un trattamento eccessivamente oneroso e, dunque, sproporzionato rispetto alla gravità dei fatti, essendo state le sanzioni applicate nel loro minimo edittale.

L’*excursus* normativo e giurisprudenziale che qui si è svolto sembra far emergere al sempre più impellente e imperativa necessità di svolgere un’indagine critica delle difficoltà che si sono prospettate, analizzando altresì le diverse soluzioni ipotizzabili, onde valutarne la compatibilità con il sistema, anche costituzionale, di diritto interno e la coerenza con gli obiettivi perseguiti.

Tali difficoltà sono state finora invero affrontate instaurando delle forme di connessione prevalentemente operanti sul piano sostanziale, che vanno nel senso di assicurare il necessario coordinamento tra procedimento penale e procedimento sanzionatorio amministrativo. Viene in primo piano, a tal proposito, l’art. 187-*terdecies* del precitato TUF, il quale prevede che, in caso di comminatoria di una sanzione amministrativa per abuso di mercato, la sanzione penale pecuniaria prevista per le medesime condotte debba essere ridotta in misura pari all’ammontare della medesima sanzione amministrativa. Diventa così alquanto interessante, ed è comunque alquanto controverso, stabilire se le forme di connessione (procedimentale e sostanziale) individuate siano sufficienti a integrare quella stretta connessione di cui sopra si è dato conto ovvero se, ancora una volta, si renda necessario un intervento riformatore ad opera del legislatore, al fine di vedere tutelato il principio del *ne bis in idem*[[17]](#footnote-17).

Infine, il tema dei rimedi procedimentali esperibili, tanto *de iure condito* quanto *de iure condendo*, non può non affrontarsi anche con riferimento alle possibili sovrapposizioni tra procedimenti sanzionatori condotti presso distinte Autorità amministrative. Problematica, quella da ultimo introdotta, che assume una rilevanza sempre più consistente, viste le recenti pronunce che hanno avuto modo di affrontare la questione delle possibili “zone di interferenza” tra poteri sanzionatori dell’AGCOM e poteri sanzionatori dell’AGCM.

Ci si riferisce, in particolare, alle **recenti *sentt. n. 3 e n. 4 del 2016* dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato**, le quali, proprio al fine di delimitare gli ambiti di rispettiva competenza delle predette Autorità, hanno avuto occasione di precisare l’esatto significato del principio di specialità applicabile alla materia qui affrontata, affermando, rispettivamente, che *“Il criterio di specialità non deve basarsi rigidamente sui “settori”, ma, piuttosto, su un “raffronto tra fattispecie concrete”, che assurge in tal modo a criterio generale di regolazione dei rapporti tra norme sanzionatorie, penali e amministrative, in tutte le materie disciplinate dalla legge nel nostro ordinamento ove si verifichino conflitti apparenti di norme e sia necessario, pertanto, risolvere le antinomie giuridiche”* e che “*La competenza ad irrogare la sanzione per pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva è sempre individuabile nell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*”.

Tuttavia, di nuovo, alla apparentemente limpida e incontroversa affermazione di principi ordinatori di natura sostanziale non si accompagna la definizione di strumenti procedimentali in grado di assicurare il pieno coordinamento tra procedimenti amministrativi sanzionatori differenti. Ad esempio, non si consente all’Autorità che si avveda dell’avvio di una procedura sanzionatoria, ad opera di un’altra Autorità, per i medesimi fatti o, comunque, per circostanze analoghe di chiudere il procedimento avviato o, perlomeno, di circoscriverlo all’ambito non investito dal parallelo procedimento sanzionatorio.

Ancora una volta, pertanto, sembrano imporsi soluzioni e proposte in chiave innovativa, che consentano di superare le lacune ordinamentali che si sono appena palesate.

Ad ogni modo, poste queste essenziali coordinate di sistema ed esplicitate le fondamentali problematiche che tuttora rimangono aperte, può procedersi a un esame dettagliato dei singoli ambiti tematici che si sono venuti sinora delineando.

***2) Analisi ermeneutica delle fonti normative di rango internazionale, sovranazionale e nazionale:***

A livello dogmatico, il principio del *ne bis in idem* processuale può essere inquadrato nell’ambito degli effetti preclusivi del giudicato. In età moderna, tale principio è stato elevato al rango di “principio comune” dei sistemi giuridici occidentali, oltre che a livello di fondamentale principio di “civiltà giuridica”. Tale baluardo di civiltà giuridica affonda le proprie radici nella categoria di matrice romanistica *dell'exceptio rei iudicatae*, opponibile rispetto a un *idem factum*.

Si tratta, in altre parole, del divieto di reiterazione del processo che sia già addivenuto a un esito definitivo, corollario ineliminabile di quei caratteri di razionalità e di ordine del processo, alla cui tutela è preordinata l'indicata “preclusione-consumazione” di un secondo procedimento.

La definizione del preciso perimetro del principio di *ne bis in idem* si è andata recentemente definendo nel dialogo, ma anche nel contrasto, tra le Corti italiane ed europee in materia di diritto tributario ed in ambito di intermediazione finanziaria: dialogo che ha contribuito alla creazione di un comune spazio giudiziario europeo, ricompreso in un “*entanglement globale*”.

Il principio del *ne bis in idem* costituisce, del resto, acquisizione comune anche ad altri ordinamenti occidentali, a partire da quelli nord-americani: non a caso, il V Emendamento della Costituzione federale americana afferma la c.d. “*double jeopardy rule clause*”.

Per quanto concerne specificamente lo “spazio giuridico europeo”, il divieto di essere sottoposti a un doppio giudizio per un medesimo illecito è rinvenibile tanto nell’art. 4 del Protocollo addizionale n.7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali quanto nell’art 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, la cui portata è estesa dal successivo art. 52, paragrafo 3. Il principio in parola si rinviene altresì nell’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di *Shengen*.

***3) Rimedi interni contro la violazione delle disposizioni della CEDU e della Carta di Nizza: tra sindacato ‘diffuso’ e ‘accentrato’ e rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.***

Una volta attestato che il divieto di *bis in idem* risulta sancito a chiare lettere tanto dal sistema Cedu quanto nel sistema di tutela dei diritti fondamentali rinvenibile nell’ordinamento dell’Unione europea, si tratta ora di vedere in che modo gli eventuali scostamenti dalle affermazioni di principio contenute in questi due sistemi, che trascendono la dimensione nazionale, possano essere fatti valere all’interno dei singoli Stati.

In caso di contrasto tra una norma interna e una disposizione della CEDU, è previsto un controllo accentrato in capo alla Corte costituzionale, mediante la prospettazione a quest’ultima di una questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 117, primo comma, della Costituzione, integrato dalla disposizione della CEDU che si assuma essere stata violata (si vedano le sentt. 347/-348 del 2007 della Corte costituzionale);

Viceversa, qualora venga in rilievo il contrasto tra una norma interna e una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, sottoscritta a Nizza, si dovrebbe avere, come per le altre fonti euro-unitarie a efficacia diretta, un controllo diffuso, attuato per mezzo del conferimento ai Giudici comuni del potere di disapplicare la norma interna illegittima, dando così piena e diretta applicazione alla previsione normativa contemplata dalla suddetta Carta di Nizza.

Recentemente, tuttavia, la Corte costituzionale, con **la sent. n. 269 del 2017**, ha evidenziato la necessità di sollevare comunque questione di legittimità costituzionale, qualora il diritto fondamentale in tesi leso sia enunciato anche dalla Costituzione.

Non si precisa tuttavia chiaramente in che modo le due questioni parimenti prospettabili, vale a dire quella pregiudiziale e quella di legittimità costituzionale per ragioni “interne”, debbano coordinarsi tra loro, anche perché, contestualmente all’affermazione dell’obbligo del Giudice comune di sollevare sempre e comunque la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta, si tiene comunque ferma la piena facoltà, per il medesimo giudicante, di sollevare in qualsiasi momento la pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Non è pertanto chiaro se la rimessione della questione pregiudiziale da ultimo menzionata alla Corte di Lussemburgo sia devoluta, in via privilegiata, alla Corte costituzionale adita con la questione di legittimità costituzionale e, soprattutto, se, eventualmente, il Giudice comune *a quo* possa sollevare contestualmente le due tipologie di questioni incidentali.

Evidente è il rischio di un vero e proprio “corto-circuito” processuale, con conseguente evidente difficoltà, per il Giudice comune, di determinarsi in ordine alla strada da intraprendere qualora si prospetti, dinanzi a sé, una potenziale lesione di diritti fondamentali tutelati e garantiti tanto a livello costituzionale quanto a livello euro-unitario.

Riemerge così con forza il tema della difficile coesistenza tra il sindacato diffuso di conformità al diritto dell’Unione europea tendenzialmente richiesto da quest’ultimo, anche in applicazione del principio di “*primauté*” dell’ordinamento sovranazionale, e il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi che, almeno formalmente, resta intatto e, anzi, continua a rappresentare uno dei principi cardine dell’ordinamento costituzionale repubblicano [[18]](#footnote-18).

Il meccanismo del c.d. “sindacato diffuso”, come è ben noto, è stato recepito, pur tra mille difficoltà di coordinamento, dalla Corte costituzionale con la storica sentenza *“Granital”*, risalente al 1984. Dunque, mentre in caso di norme di diritto dell’Unione europea dotate di efficacia diretta, in presenza di contrasti con le norme nazionali, si procede alla disapplicazione di queste ultime in favore delle prime, al contrario, in presenza di norme di diritto dell’Unione europea prive di efficacia diretta, analogamente a quanto accade per il di diritto internazionale pattizio, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale e rimettere la questione ai Giudici delle leggi.

La succitata sent. n. 269/2017 della Corte costituzionale ha quindi dato luogo a un vero e proprio *revirement* della Consulta rispetto alla consolidata giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Granital,* sopra citata. La Corte Costituzionale[[19]](#footnote-19) torna a espandere l’ambito rimesso in via esclusiva alla propria potestà esclusiva, rivendicando la necessità di un proprio intervento *erga omnes* ogni qualvolta *«la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione*», con la conseguenza di attrarre nell’ambito del suo giudizio anche le norme della Carta dotate di effetti diretti. Si afferma dunque un’ipotesi di “doppia pregiudizialità”, con le connesse problematiche di coordinamento tra le due “pregiudiziali” cui sopra si è accennato.

La Corte costituzionale muove da una ricognizione delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, *inter alia*, ha attribuito effetti giuridici vincolanti e diretti alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, equiparandola ai Trattati (art. 6 del Trattato sull’Unione europea). In particolare, fermi restando i principi della *primauté* del diritto euro-unitario e dell’effetto diretto delle fonti del diritto dell’Unione europea c.d. “primarie”, la Consulta prende atto della circostanza per cui i principi e i diritti enunciati nella Carta, sovente, si sovrappongono in larga misura ai principi e ai diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni degli Stati membri)[[20]](#footnote-20). In tali frangenti di doppia violazione delle garanzie della Carte Costituzionale e della CDFUE, la sovrapposizione dei rimedi giurisdizionali (questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE) finisce per porre un problema che resta insoluto, limitandosi la Consulta a imporre una prioritaria attivazione dello scrutinio di legittimità costituzionale, salvo tuttavia non recedere dai principi, tradizionalmente affermati, concernenti la libertà del Giudice comune di adire in qualsiasi momento lo ritenga necessario la Corte di giustizia dell’Unione europea[[21]](#footnote-21).

***4) Dibattito ermeneutico sulla nozione di “idem”: a) idem crimen (concernente un confronto astratto tra le fattispecie incriminatrici); b) idem factum (riferito ad un raffronto tra fattispecie concrete).***

Passando ad affrontare questioni più prettamente sostanziali, anche la nozione di “*idem*” ha costituito motivo di “dialogo” e di aperto confronto tra giurisdizioni nazionali e Corti europee.

Fondamentale, al riguardo, è la **sentenza n. 200/2016 della Corte costituzionale**, con la quale il Giudice delle leggi si è pronunciato in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale[[22]](#footnote-22), sollevata incidentalmente nell'ambito del cd. processo *Eternit bis*. Nello specifico, la norma in questione è stata censurata nella parte in cui “*limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico*”.

La questione è stata sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'interpretazione dell'art. 649 c.p.p.[[23]](#footnote-23) fatta propria dal "diritto vivente" italiano precedente la dichiarazione di illegittimità della norma riconduceva l’interpretazione della locuzione "medesimo fatto[[24]](#footnote-24)" alla nozione di "fatto giuridico" e, dunque, risultava possibile celebrare un nuovo giudizio nei confronti dello stesso imputato, allorché le norme incriminatrici fossero risultate diverse e suscettibili di integrare un concorso formale omogeneo o eterogeneo di norme.

Diversamente, adottando il concetto di "medesimo fatto", in senso materiale, offerto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, occorre avere riguardo al "fatto storico", da determinarsi con riguardo al contesto spazio-temporale di riferimento e senza prendere in considerazione la qualificazione giuridica datane dall'ordinamento. Dunque, prima della pronuncia dei giudici della Consulta, emergeva con evidenza una incompatibilità ermeneutica tra la nozione di "medesimo fatto" adottata dal diritto vivente italiano, corrispondente al criterio dell'idem legale, e quella fatta propria dai giudici di Strasburgo riferita invece al criterio dell'*idem factum* inteso alla stregua della nozione dettata dalla Corte EDU a partire dal noto *leading case* “**Zolotoukine c. Russia**”, nell’ambito della quale si è delineata la nozione di “medesimezza del fatto storico naturalistico[[25]](#footnote-25)”.

Senonché, il rilievo di un “*idem factum*” così definito ha imposto e tuttora impone degli adattamenti rispetto alle forme di accertamento dell’eventuale *bis in idem* all’interno del processo penale. In particolare, non essendo più sufficiente un mero raffronto tra i capi di imputazione, si impone la necessità di addentrarsi nell’esame dei fatti sui quali il primo giudicante abbia avuto modo di pronunciarsi, con conseguente necessità di estendere la profondità e l’estensione dell’accertamento richiesto al Giudice che si trovi a verificare un simile “*bis in idem*”.

In ogni caso, l’affermazione di questa diversa e più ampia nozione di *bis in idem* si riflette anche su di un piano più spiccatamente sostanziale, come si verrà evidenziando nel paragrafo che segue.

***5) Distinzione tra il concorso apparente di norme ed il concorso reale di reati (formale o materiale), con particolare riferimento alla distinzione tra il concorso formale ed il ne bis in idem processuale****.*

La Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 200 del 2016, nel concludere per la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. proposta dai Giudici rimettenti, muove dall’esame del diritto vivente affermatosi in passato, secondo cui, in ipotesi di concorso formale di reati, pur venendo in rilievo un medesimo fatto empirico integrante diverse fattispecie incriminatrici, l’esercizio di una seconda azione penale non sarebbe precluso.

Dunque, secondo l’impostazione ermeneutica previgente, il principio del *ne bis in idem* non poteva trovare applicazione nel caso in cui il reato già giudicato fosse stato commesso in concorso formale con il reato oggetto della nuova azione penale, nonostante la medesimezza del fatto storico.

Per comprendere appieno la distinzione tra gli istituti giuridici del **concorso formale di reati** e del **ne bis in idem**, occorre muovere da una più generale ricostruzione delle forme di manifestazione del reato e, quindi, del **concorso apparente di norme** e del **concorso di reati (formale e materiale)**.

Sovente, nella prassi giudiziaria del diritto penale[[26]](#footnote-26), si verifica il caso in cui con una sola azione od omissione ovvero con una pluralità di azioni od omissioni si integrino gli estremi di più figure legali di reato. In tale ipotesi, è necessario comprendere in quale rapporto si trovino tra di loro le norme che prevedono quelle fattispecie di reato.

Si parla di concorso di norme[[27]](#footnote-27) allorché una pluralità di norme, appaiano, almeno *prima facie*, tutte applicabili ad un medesimo fatto.

Quando si è di fronte a un’ipotesi di concorso di norme incriminatrici[[28]](#footnote-28) si pone il problema di verificare se si tratti di un concorso reale di norme, nel senso che tutte le norme devono trovare applicazione nel caso di specie, e, dunque, di un concorso (reale) formale ovvero materiale di reati, oppure, se si tratti solamente di un concorso apparente di norme, e, in tal senso, si tratterà di un solo reato, giacché solo a prima vista il fatto sembra riconducibile sotto una pluralità di norme, pur trattandosi, invero, di un unico reato cui risulta applicabile un’unica norma.

L’interprete potrà infatti trovarsi di fronte all’ipotesi in cui una soltanto di quelle norme debba essere applicata, escludendosi l’applicazione delle altre, parlandosi in tal senso di concorso apparente di norme.

Diversamente, l’interprete potrà avere a che fare con l’ipotesi in cui tutte le norme prese in considerazione debbano essere applicate e, in questo caso, si avrà un concorso reale di reati[[29]](#footnote-29). In particolare, si tratterà di un concorso formale di reati qualora questi siano stati commessi con una sola azione od omissione; si parlerà invece di concorso materiale di reati, qualora gli stessi siano stati commessi con una pluralità di azioni od omissioni.

Per individuare un concorso apparente di norme[[30]](#footnote-30) (che esclude la presenza di un concorso reale di reati, formale o materiale), secondo la teoria “monista”, l’unico criterio idoneo (poiché legislativamente codificato) è quello di specialità (*lex specialis derogat legi generali*), previsto all’art. 15 c.p., secondo il 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*”.

Al contrario, secondo la teoria “pluralista”, il solo criterio di specialità non sarebbe sufficiente per stabilire se il concorso è apparente o reale e, dunque, sarebbe più opportuno prendere in considerazione anche altri e diversi criteri rispetto a quello codificato dal legislatore, quali: il criterio di sussidiarietà (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) e di consunzione (*lex consumens derogat legi consumptae*).

Nella prima ipotesi, la norma sussidiaria, ossia espressiva del minor disvalore, cede il passo alla norma principale. In altre parole, la norma principale esclude l’applicabilità della norma sussidiaria, intendendosi per norma sussidiaria quella che tutela un grado inferiore dell’identico bene giuridico tutelato anche dalla norma principale in grado superiore, giacché la norma principale esaurisce l’intero disvalore del fatto di reato. Nell’ipotesi della consunzione, viceversa, la commissione di un reato-mezzo è strettamente funzionale alla commissione di un reato-scopo, più grave del primo, che assorbe in sé il disvalore espresso dal primo.

Dunque, la norma consumante prevale sulla norma consumata, dovendosi intendere per norma consumante quella che comprende in sé il fatto previsto dalla norma consumata, e che quindi esaurisce l’intero disvalore del fatto concreto.

In altre parole, quando un unico fatto concreto sia riconducibile a due o più norme incriminatrici, vi è concorso apparente di norme[[31]](#footnote-31), ed è quindi applicabile una soltanto delle norme concorrenti, non solamente nel caso in cui sussista un rapporto di specialità, ma anche nell’ipotesi in cui vi sia un rapporto di sussidiarietà ovvero di consunzione.

I presupposti di operatività del criterio di sussidiarietà sono due:

a) il rapporto di specialità reciproca tra fattispecie; b) l’assorbimento dell’interesse tutelato da una norma nell’interesse tutelato dall’altra.

Diversamente, il criterio della continenza si rinviene: pacificamente, nelle ipotesi di continenza necessaria di una fattispecie legale in un’altra più grave (reato complesso, reato progressivo); meno pacificamente nei casi di continenza eventuale di un reato minore in un altro maggiore, quando il reato minore sia una delle possibili realizzazioni di quello maggiore, nonché nelle ipotesi controverse di *ante-factum e post-factum* non punibili.

Secondo una parte della comunità degli interpreti[[32]](#footnote-32), il criterio di sussidiarietà sarebbe rinvenibile, oltre che nelle ipotesi legislativamente espresse dal codice (si pensi alle clausole di riserva), anche in altre ipotesi di c.d. sussidiarietà tacita, tramite l’estensione analogica del criterio di sussidiarietà espressa a casi analoghi.

Tuttavia, il timore di un’arbitraria applicazione estensiva del principio di sussidiarietà ha condotto a porre dei limiti all’interpretazione analogica dei casi legali a casi simili, circoscrivendo tale applicazione ai soli casi in cui le due norme tutelino l’una un grado maggiore e l’altra un grado minore dell’identico interesse, ed ai soli casi in cui vi sia una diversità di pena, giacché la norma prevalente non può che contraddistinguersi per un trattamento sanzionatorio maggiore[[33]](#footnote-33).

Inoltre[[34]](#footnote-34), sempre nel timore di una estensione analogica eccessiva del principio di sussidiarietà, si è ritenuto opportuno porre l’attenzione sulla diversa natura di questo criterio, il quale avrebbe carattere di “regola generale” (giacché su di esso si fonda il criterio dirimente per individuare il concorso apparente), e il diverso criterio di sussidiarietà, il quale invece avrebbe carattere eccezionale (poiché parteciperebbe al concorso formale dei reati, sulla base del principio di specialità reciproca).

Anche per quanto concerne il criterio di consunzione, accanto ai casi espressamente tipizzati dal codice agli artt. 84 e 68 c.p., sarebbe ammissibile anche una consunzione tacita, attraverso una estensione analogica a casi simili.

Autorevole dottrina[[35]](#footnote-35), oltre a valutare come “inutile” il criterio di consunzione, le cui ipotesi sarebbero riconducibili ai criteri di specialità e di sussidiarietà, ritiene altresì che i criteri diversi da quello espressamente codificato dal legislatore all’art. 15 c.p., presenterebbero limiti insuperabili, per il loro indimostrato fondamento normativo e per la loro evanescenza e vaghezza ermeneutica.

I criteri di sussidiarietà e consunzione, infatti, darebbero luogo a una pericolosa confusione dei confini tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati[[36]](#footnote-36). Tale confusione[[37]](#footnote-37) di confini tra il concorso apparente di norme ed il concorso formale di reati avrebbe l’ulteriore conseguenza di ampliare la discrasia ermeneutica[[38]](#footnote-38) tra gli sforzi della dottrina di ampliare la sfera del concorso apparente, e gli sforzi della giurisprudenza di circoscriverlo al mero ambito della specialità[[39]](#footnote-39).

Non v’è chi non veda, pertanto, come le innovative statuizioni contenute nella sopra citata sent. n. 200 del 2016 siano suscettibili di incidere profondamente su un dibattito ancora aperto e suscettibile di sviluppi non del tutto prevedibili, quale è quello di cui si è appena dato conto.

***6) Distinzione tra principio di ne bis in idem processuale e sostanziale.***

Precisata la nozione di *bis in idem* sostanziale, che incrocia la tematica dottrinaria generale del rapporto tra concorso apparente di norme e concorso reale di reati, si tratta ora di soffermarsi sugli aspetti che valgono a distinguere quest’ultimo dal principio per certi versi affine del *ne bis in idem* processuale.

Il principio da ultimo enunciato prescrive, come si è già ricordato, il divieto di un doppio giudizio per il medesimo fatto[[40]](#footnote-40). Tale divieto è positivizzato dall'art. 649 c.p.p[[41]](#footnote-41)., nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 4 Prot. n. 7 Cedu): si tratta di una regola che opera preliminarmente sul piano processuale e che impedisce che il soggetto attivo di un reato già giudicato sia nuovamente sottoposto a processo per il medesimo fatto, ancorché diversamente considerato per titolo, grado o circostanze.

Diversamente, il principio del ne bis in idem sostanziale, è una regola diretta a disciplinare e risolvere il concorso di reati[[42]](#footnote-42), evitando che il disvalore dell’unitario fatto commesso sia remunerato più volte mediante l’applicazione di tutte le norme incriminatrici astrattamente convergenti su quel fatto.

In particolare, il principio del ne bis in idem sostanziale trova il suo fondamento giuridico-normativo negli artt. 15, 84, 61, 62 prima parte, 68, 581, comma 2, c.p.

Tale principio, di matrice sostanzialista, trova il suo significato più profondo nel vietare che il “medesimo fatto”, anche nell’ambito del medesimo procedimento penale, possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l’applicazione di una sola delle norme in cui il fatto sia astrattamente sussumibile ne esaurisca interamente il contenuto di disvalore.

La giurisprudenza, come si è avuto modo di vedere, limita l’operatività di tale regola alle sole ipotesi in cui tra le fattispecie astratte intercorra un rapporto di specialità unilaterale.

I criteri sostanzialistici della consunzione e dell’assorbimento, infatti, sono reputati contrastanti con il principio di legalità formale, in ossequio al quale si ritiene preferibile risolvere il problema del concorso di reati, reale o apparente, in base ai criteri logico-formali, al fine di soddisfare le esigenze di certezza del diritto.

Pertanto, il divieto di *bis in idem*, nella sua dimensione spiccatamente processuale, mira a proteggere l’individuo dall’avvio di un secondo procedimento penale per un fatto già giudicato in via definitiva con sentenza di condanna o di assoluzione.

Tutto ciò posto, il principio di *ne bis in idem* processuale[[43]](#footnote-43) deve essere tenuto distinto dal *ne bis in idem* sostanziale, giacché quest’ultimo risulta essere inscindibilmente legato all’istituto del concorso formale di reati[[44]](#footnote-44), il quale, sulla base dell’analisi sopra svolta, è uno strumento giuridico che esprime la propria efficacia sul piano del confronto astratta tra fattispecie, piuttosto che su quello pratico operativo dell’esperibilità di una pluralità di procedimenti per il medesimo fatto.

Ora, il divieto di *bis in idem*[[45]](#footnote-45), così come genericamente inteso, risulta sovente ricollegato all'esigenza di fondo di evitare una duplicazione di reazioni "penali" per il medesimo fatto (che, nella prospettiva Cedu, assumono valenza penale “sostanziale”). Tuttavia, il principio che impone la non reiterazione di più procedimenti non è strettamente condizionato da quei canoni di legalità, tipicità, riserva di legge, proporzionalità che, diversamente, forniscono sostanza al divieto di ricondurre a una pluralità di titoli di reato una fattispecie sostanzialmente unitaria.

Il *ne bis in idem* processuale nazionale soddisfa, in realtà, un'esigenza di certezza, economia e non contraddittorietà di accertamenti giudiziali definitivi, la cui valenza giuridica è inscindibilmente connessa al diritto a non essere esposti *sine die* all'alea del procedimento penale.

Dunque, ben potrebbe avere luogo un *bis in idem* processuale senza violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale (si pensi al caso in cui un soggetto sia sottoposto a più processi per lo stesso fatto, ma alla fine venga condannato una sola volta per un unico reato, o addirittura sempre prosciolto). Potrebbe darsi inoltre il caso, inverso, di un *bis in idem* sostanziale senza violazione del divieto di *bis in idem* processuale (quando, in un unico processo il medesimo fatto del soggetto viene qualificato alla stregua di una pluralità di reati).

La distinzione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale diviene fondamentale nell’analisi della sentenza “*A. e B. contro Norvegia*”, la quale, sul punto, ha ricevuto importanti critiche, giacché sembra fondare la propria statuizione su assunti teorici e metodologici che non corrispondono alla logica di garanzia eminentemente processuale del "divieto" di cui all'art. 4 Protocollo 7 della CEDU.

Tale incongruenza è evincibile dalla circostanza che la Corte ammette una ripetizione di procedimenti per il medesimo fatto, purché l'esito qualificatorio e sanzionatorio complessivo rimanga contenuto entro margini di legalità, proporzione e ragionevolezza/prevedibilità.

È stato in tal senso affermato che questa sentenza valorizza canoni di *ne bis in idem* sostanziale per ridimensionare la portata del *ne bis in idem* processuale; “*Un'operazione che, in sé, solleva in effetti numerose perplessità, ma che ai nostri fini è di peculiare interesse, perché finisce coll'offrire un fondamento convenzionale a una certa idea, appunto, di ne bis in idem sostanziale”[[46]](#footnote-46).*

La sentenza ammette che, pur in presenza di un medesimo fatto sottoposto a scrutinio, si possa ripetere un secondo giudizio, purché, oltre a sussistere altri requisiti, intesi a considerare la natura "funzionalmente" unitaria della pur articola reazione processuale, emergano altresì la diversità funzionale delle due reazioni punitive, essendo le stesse volte a valorizzare implicazioni diverse della stessa condotta antisociale (con riferimento alla distinzione tra reazioni amministrative dallo scopo "compensatorio", e reazioni penali con finalità eminentemente deterrente e punitiva), la proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva e la prevedibilità della duplice reazione processuale e sanzionatoria.

Come noto, infatti, il requisito della prevedibilità è, nella logica della Corte di Straburgo, un'espressione del principio di legalità; l'elemento della proporzionalità viene chiaramente correlato non (solo) alle implicazioni negative dei processi, ma (anche e soprattutto) all'entità complessiva della sanzione, requisito prettamente sostanziale. E tale proporzionalità, prevedibilità, nonché ragionevolezza, sembrerebbero *ipso facto* escluse ove le plurime sanzioni rapportate al medesimo fatto abbiano tutte natura penale[[47]](#footnote-47).

***7) Le Autorità amministrative indipendenti: origine, natura, funzioni, con particolare riferimento alle funzioni di regolazione e sanzionatorie.***

Giunti a questo punto, non ci si può astenere dall’estendere l’analisi alle possibili sovrapposizioni che possono riguardare i procedimenti sanzionatori amministrativi condotti, per identiche condotte materiali, dinanzi a differenti Autorità amministrative indipendenti.

Una simile trattazione presuppone però necessariamente, a sua volta, un inquadramento sistematico della posizione e delle funzioni proprie di queste Autorità all’interno dell’ordinamento vigente.

Il fenomeno delle Autorità indipendenti[[48]](#footnote-48) non si presta ad un’unitaria definizione, giacché non appare sorretto da una volontà legislativa coerente e unitaria, bensì da contingenti esigenze di indipendenza e neutralità in alcuni specifici settori[[49]](#footnote-49). Tuttavia, possono individuarsi alcuni tratti caratteristici ricorrenti, quali: a) uno specifico grado di indipendenza dal potere politico; b) l’esercizio di funzioni neutrali in diversi settori dell’ordinamento; c) l’elevato livello di competenze tecniche.

Le radici di tale fenomeno possono individuarsi nel modello americano delle c.d. *Independent Regulatory Agencies* che, verso la fine dell’Ottocento hanno svolto la funzione di attuazione del processo di regolazione pubblica dell’economia. Successivamente, alle *Agencies* sono state attribuite ulteriori funzioni, tra cui: funzioni di autorizzazione e di vigilanza; funzioni para-legislative; funzioni di *rulemaking;* funzioni di risoluzione delle controversie e di decisione (c.d. *judicial*). Tali organismi, destinatari di ingenti poteri sostanzialmente normativi delegati dal legislatore, hanno assunto un importante ruolo e potere e, dunque, al fine di evitare arbitri da parte degli stessi, si è sentita l’esigenza di approvare il *c.d. Administrative Procedure Act del 194*6, con il quale si è imposto il rispetto di una serie di regole procedimentali.

In Francia, le c.d. *Autorités Administratives Indépendentes* sono nate per via dell’esigenza di tutelare i diritti e gli interessi privati dai c.d. poteri forti.

In Gran Bretagna, invece, le Autorità hanno sempre avuto un ruolo sostitutivo della figura del giudice e, solo in un secondo momento le stesse hanno assunto anche rilevanti poteri amministrativi e normativi di c.d. *delegated legislation*.

Rispetto al fenomeno delle Autorità indipendenti[[50]](#footnote-50), in passato, si sono posti dubbi circa la sua copertura costituzionale, giacché sembra emergere una incompatibilità rispetto al principio di tripartizione dei poteri coniato da Montesquieu[[51]](#footnote-51).

La dottrina, contraria ad accogliere la tesi della natura para-giurisdizionale delle Autorità indipendenti, è tuttavia pervenuta ad un giudizio di “compatibilità” di tale fenomeno con l’attuale Carta Costituzionale, giacché il fondamento di legittimazione delle Autorità dovrebbe essere rinvenuto nel procedimento partecipativo dei soggetti interessati ai meccanismi decisionali. Ciò posto, in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del governo, l’indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare una “legittimazione dal basso”, a condizione che vengano rispettate le garanzie del giusto procedimento e che vi sia una successiva fase eventuale di controllo in sede giurisdizionale.

La controversa natura giuridica delle Autorità indipendenti aveva in passato condotto taluna parte degli interpreti a ritenere che si trattasse di soggetti aventi carattere giurisdizionale ovvero para-giurisdizionale, propendendosi per una forte limitazione del sindacato giurisdizionale sulle funzioni esercitate da parte delle stesse.

Tuttavia, nell’ordinamento giuridico italiano è prevalsa la tesi della natura amministrativa[[52]](#footnote-52), che nega la valenza giurisdizionale ovvero para-giurisdizionale delle Autorità indipendenti, con la conseguenza che ben potrebbe ammettersi una sottoposizione del loro operato ad un controllo eventuale, successivo, di carattere giurisdizionale.

Le Autorità amministrative[[53]](#footnote-53) sono “neutrali” e “indipendenti”. Tuttavia, neutralità non significa imparzialità e indipendenza non significa autonomia.

I criteri di nomina[[54]](#footnote-54) dei componenti delle autorità indipendenti, tuttavia, variano al variare dell’Autorità presa in considerazione, giacché non sussiste una disciplina unitaria del fenomeno.

Per quanto concerne le funzioni svolte dalle Autorità amministrative indipendenti, si fa riferimento a due principali funzioni di cui le stesse sono titolari: quella di regolazione e quella sanzionatoria.

I poteri regolatori sono poteri sostanzialmente normativi che si traducono nella predeterminazione ex-ante delle regole di comportamento destinate a vincolare l’operato dei soggetti che agiscono nel mercato di volta in volta preso in considerazione. Tali poteri regolatori sono espressione di un potere di scelta (c.d. potere di policy) non predeterminato legislativamente.

I poteri sanzionatori, invece, non fissano regole per il funzionamento del mercato, ma vigilano sull’osservanza delle stesse, tramite interventi ex-post volti a reprimere condotte lesive del libero gioco concorrenziale.

L’attività sanzionatoria è tradizionalmente un’attività di carattere doveroso e vincolato, volta all’accertamento e al rinvenimento degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria descritta dal legislatore.

La problematica che soggiace all’attività di regolazione è da rinvenirsi innanzitutto nel deficit di legalità sostanziale e nella carenza di legittimazione democratica delle Autorità.

Per garantire la legittimazione dell’operato delle Autorità indipendenti quando queste esercitino funzioni di regolazione, si è dapprima fatto riferimento alla c.d. “funzione di normazione neutrale” scaturente dalle esigenze del mercato, oltre che dai principi euro-unitari della libera concorrenza, della libertà di circolazione e stabilimento e della tutela degli investitori-risparmiatori, e risulta inoltre avere base normativa costituzionale all’interno degli artt. 21, 41, 97, e 47 Cost.

La Giurisprudenza amministrativa[[55]](#footnote-55) ha ritenuto di poter superare gli ostacoli del *deficit di legalità sostanziale e di legittimazione democratica* valorizzando i valori e le garanzie della legalità procedimentale (c.d. giusto procedimento e c.d. principio del contraddittorio verticale ed orizzontale). Vi sarebbe, infatti, una sorta di “correlazione inversa” tra la legalità sostanziale e quella procedurale, nel senso che il *vulnus* arrecato al valore della legalità sostanziale tramite l’attribuzione di poteri normativi e amministrativi particolarmente ingenti alle Autorità indipendenti verrebbe a essere “colmato” dal potenziamento delle forme di coinvolgimento dei soggetti interessati nei procedimenti destinati all’assunzione di decisioni.

Il superamento del *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica è poi superato tramite il ridimensionamento del vizio della violazione di legge e la valorizzazione del vizio dell’eccesso di potere, il quale è diventato lo strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi di coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità ed adeguatezza delle regole imposte agli operatori di settore.

Per quanto riguarda invece le problematiche che sottostanno all’esercizio di poteri sanzionatori da parte delle Autorità indipendenti, è opportuno fare riferimento al fatto che, secondo la Corte EDU, alcune sanzioni comminate dalle Autorità indipendenti sarebbero pene in senso sostanziale, pur avendo la forma di sanzioni amministrative, beneficiando, dunque, delle garanzie previste dalla materia penale “convenzionale” di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU (si pensi a tal riguardo alle note[[56]](#footnote-56) **sentenze Menarini e Grande Stevens**, riguardanti le sanzioni irrogate da CONSOB e AGCM).

Nella sentenza Menarini, in particolare, la Corte di Strasburgo si è posta il problema se il tipo di sindacato esercitato dal Giudice amministrativo italiano sulle sanzioni dell’AGCM possa considerarsi in linea con le previsioni della Convenzione ex art. 6 della CEDU.

La Corte parte dall’assunto teorico che le sanzioni amministrative irrogate dall’AGCM, pur essendo sanzioni formalmente amministrative, costituiscono, ai sensi della Convenzione, vere e proprie “pene”, come tali rientranti nel campo di applicazione dell’art. 6 della CEDU.

In tal senso, è stato rilevato come, nell’ordinamento italiano, gli illeciti anticoncorrenziali non possiedono formalmente natura penale, in quanto essi sono sanzionati non ai sensi di norme penali, ma ai sensi della legge 287 del 1990 che garantisce la tutela della concorrenza e del mercato. Ciononostante, le sanzioni irrogate dall’AGCM possiedono sostanzialmente carattere penale, in quanto perseguono il duplice obbiettivo di prevenire e reprimere le condotte anticoncorrenziali realizzate dalle imprese.

L’applicazione dell’art. 6 della CEDU implica il diritto del soggetto sanzionato di accedere al sindacato giurisdizionale “pieno” sulla fondatezza dell’accusa contestata. Di qui la necessità di verificare se il sindacato esercitato dal giudice amministrativo abbia quei caratteri di pienezza necessari per assicurare il rispetto della Convenzione. In questa fattispecie la Corte giunge a dare una risposta positiva, ritenendo che il GA non si sia limitato ad un semplice controllo di legittimità, giacché i giudici amministrativi avevano potuto verificare se, in relazioni alle particolari circostanze del caso concreto, l’AGCM avesse fatto uso appropriato dei suoi poteri, nonché la proporzionalità e l’adeguatezza della misura inflitta ed anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico.

La Sentenza Menarini, in definitiva, pur escludendo che nel caso di specie vi fosse stata una violazione del diritto CEDU, afferma, tuttavia, il principio secondo cui il sindacato sulle sanzioni non può essere assimilato al sindacato di legittimità sui comuni provvedimenti amministrativi, ma deve estendersi ad un sindacato pieno di *full jurisdiction*, il che implica il potere del giudice di riesaminare la questione giuridico fattuale su cui si fonda il provvedimento.

Anche nella sentenza “*Grande Stevens*”[[57]](#footnote-57), la Corte EDU, pur escludendo che l’art. 6 della CEDU imponga una revisione in senso sostanzialmente giurisdizionale del procedimento amministrativo che conduce all’irrogazione delle sanzioni CONSOB, ha tuttavia precisato che, quando il “giusto processo” non si sia realizzato nella fase amministrativa che conduca alla irrogazione della sanzione, l’art. 6 della CEDU impone che contro il provvedimento che infligge la sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale l’interessato abbia la possibilità di ricorrere di fronte ad un giudice indipendente e imparziale, in grado di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*.

Secondo i dettami ermeneutici della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il *vulnus* procurato al principio del giusto procedimento durante la fase di irrogazione delle sanzioni nei procedimenti amministrativi deve poi essere sanato successivamente in sede giurisdizionale, tramite il c.d. sindacato di *full jurisdiction,* volto ad un controllo di fondatezza dell’applicazione della sanzione penale. In altre parole, se durante la fase preliminare di irrogazione delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali sono violati i principi del giusto processo (quali ad esempio quello della distinzione non solo formale ma anche funzionale tra poteri istruttori e decisori), sarà necessario e doveroso un successivo recupero della legalità giurisdizionale tramite un sindacato di *full jurisdiction*.

Sarebbe inoltre opportuno il passaggio da un sindacato di attendibilità in astratto ad uno di maggior attendibilità, giacché non risulta sufficiente il fatto che l’amministrazione abbia fatto una valutazione astrattamente attendibile, ma sarebbe altresì necessario che la sua soluzione sia quella “più” attendibile rispetto a quella tecnica prospettata dal privato.

In altre parole, le citate sentenze della Corte EDU (sentenza Menarini e Grande Stevens) rappresentano un chiaro argomento a sostegno delle tesi che valorizzano la peculiarità della funzione sanzionatoria ed affermano la necessità di un sindacato più intenso rispetto a quello esercitato sui comuni provvedimenti amministrativi[[58]](#footnote-58).

***8) I rapporti tra i poteri sanzionatori di AGCOM e AGCM. Il rischio di duplicazione sanzionatoria in materia di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra AGCM e AGCOM. Il principio di specialità nella sua duplice accezione: a) specialità per settori; b) specialità per fattispecie***

Fissate queste coordinate ermeneutiche essenziali per quanto concerne l’inquadramento sistematico delle Autorità amministrative indipendenti, è ora possibile addentrarsi nell’analisi delle problematiche che possono essere determinate dall’eventuale sovrapposizione dei poteri sanzionatori di due o più di queste Autorità.

Tra le *Authorities* è possibile operare una distinzione tra autorità cc.dd. di settore e autorità cc.dd. “trasversali”, a seconda che esse siano preposte alla tutela di un settore specifico, come l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, oppure siano investite della tutela di interessi pubblici di portata trasversale, come l’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La ripartizione delle funzioni tra autorità trasversali e di settore ha generato conflitti sulla esatta delimitazione dei rispettivi ambiti di intervento, specie per quanto riguarda le sanzioni agli operatori economici responsabili di illeciti anticoncorrenziali che integrino altresì la violazione di norme sostanziali.

Tale conflitto di competenza tra più Autorità sul potere di sanzionare una medesima condotta potrebbe dare luogo ad un doppio procedimento nei confronti del medesimo soggetto e per uno stesso fatto, con il rischio di una duplicazione delle sanzioni amministrative, non ammessa dall’ordinamento se in presenza di norme di coordinamento atte a precludere l’avvio di un nuovo procedimento finché l’altro non si sia concluso definitivamente. La questione si è posta con riferimento all’AGCM e all’AGCOM, in casi di illeciti antitrust posti in essere da operatori economici nel settore delle comunicazioni.

In questo settore, infatti, la tutela degli utenti è assicurata dall’AGCOM, secondo quanto previsto dal D.lgs. 259/2003. Diversamente, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha una competenza trasversale in materia di tutela dei consumatori, alla luce del D.lgs. 206 del 2005.

In particolare, si è posto il problema di individuare l’Autorità competente a sanzionare la condotta di *omesse informazioni da parte di un operatore nel settore delle comunicazioni*, giacché la medesima condotta omissiva è venuta in rilievo quale fatto astrattamente costitutivo di due diverse fattispecie sanzionatorie, perseguibili da due diverse autorità. Cumulo questo assai problematico, anche alla luce di quanto stabilito dagli artt. 9 della legge 689 del 1981 e 19 del d.lgs. 206 del 2005.

Sul principio di specialità e sull’interpretazione della sua portata ha avuto modo di pronunciarsi più volte il Consiglio di Stato, il quale, con una prima **Adunanza Plenaria del 2012**, nel propendere per **la tesi della specialità c.d. per settore**, ha ritenuto che la normativa del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. 259 del 2003 (e dei provvedimenti integrativi dell’AGCOM) fosse speciale rispetto a quella generale dell’AGCM regolata dal Codice di Consumo e, dunque, su quest’ultima avrebbe dovuto prevalere.

***“Spetta all'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom), e non all'Autorità antitrust (Agcm), la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni, attesa la presenza di requisiti di specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza; di conseguenza è da escludere la possibilità, sul piano sanzionatorio, di una competenza concorrente da parte dell'Antitrust”*. Consiglio di Stato ad. plen., 11/05/2012, n.11**

L’Adunanza Plenaria affronta **la questione *dell’actio finium regundorum* tra AGCOM e AGCM in materia di “*Ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet***”, ex art. 1 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, nella legge 2 aprile 2007, n. 40.

È bene rilevare, dal quadro delle disposizioni normative vigenti sul piano nazionale e sovranazionale, l’esistenza di una *communis opinio*, a livello istituzionale, in ordine alla **competenza di AGCOM ad occuparsi di tutela del consumatore**.

Non può, quindi, convenirsi con la tesi secondo cui la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe una specifica finalità di tutela della concorrenza ed una speciale funzione di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore.

Ciò posto, occorre verificare che tipo di rapporto debba instaurarsi con la disciplina generale a tutela del consumatore, disciplinata nel nostro ordinamento nel Codice del consumo e attribuita alla competenza di AGCM. Infatti, quest’ultima normativa detta una disciplina articolata proprio al fine di tutelare le esigenze e le aspettative del consumatore/utente in tutti i campi del commercio, senza prendere in considerazione le specificità di singoli settori quale, relativamente alla fattispecie in esame, quello delle comunicazioni elettroniche.

A tal fine soccorre **l’art. 19, comma 3, del Codice del consumo**, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, la norma in esame si iscrive nell’ambito del principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince **dall’art. 15 del cod.pen**. e **dall’art. 9 della legge n. 689 del 1981**), ai sensi del quale non si può fare contemporaneamente applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell’altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dall’elemento di specificità.

E invero, al riguardo, può concretamente soccorrere quanto previsto dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all’art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell’art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina speciale in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell’applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

*La voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che presenti maggiori elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta, vale a dire la disciplina affidata alla competenza dell’AGCOM. In altre parole, la disciplina generale (quella inerente la tutela della concorrenza e del mercato, di competenza dell’AGCM) va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale (quella inerente all’AGCOM) offre elementi aggiuntivi e di specificazione.*

**Pur pervenendo al medesimo risultato pratico, in virtù di una diversa lettura ermeneutica, nel 2016, il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria si è nuovamente pronunciato, superando la tesi della specialità per settori avvallata precedentemente nel 2012 e aderendo alla differente impostazione della specialità per fattispecie concrete.**

*“Il criterio di specialità non deve basarsi rigidamente sui “settori”, ma, piuttosto, su un “raffronto tra fattispecie concrete”, che assurge in tal modo «a criterio generale di regolazione dei rapporti tra norme sanzionatorie, penali e amministrative, in tutte le materie disciplinate dalla legge nel nostro ordinamento ove si verifichino conflitti apparenti di norme e sia necessario, pertanto, risolvere le antinomie giuridiche”* ***Consiglio di Stato ad. plen., 09/02/2016, n.4***. “*La competenza ad irrogare la sanzione per pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva è sempre individuabile nell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*”.

**Consiglio di Stato ad. plen., 09/02/2016, n.3**

Nel nostro sistema, mentre la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell’area di competenza dell’Autorità Antitrust, la violazione degli obblighi informativi è invece, di per sé, suscettibile di sanzione da parte dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni**.** Evidentemente, quindi, si assiste ad **una ipotesi di specialità per progressione di condotte lesive** che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi, comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale ovvero di una pratica commerciale aggressiva.

*Si realizza quindi nell’ipotesi in esame, sempre ai fini dell’individuazione dell’Autorità competente, più che un conflitto astratto di norme in senso stretto, una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione, atteso che la condotta astrattamente illecita presidiata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall’Autorità Antitrust appellante.*

Infatti, la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi è necessario inferire l’esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all’utilizzo e al pagamento dei servizi reimpostati e, per conseguenza, ritenere integrata la condotta del “**pagamento immediato o differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto**” che costituisce, ai sensi **dell’art. 26 del Codice del consumo** citato,

“**pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva**”[[59]](#footnote-59).

Tale conclusione non è in contrasto con la citata pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 11 del 2012, atteso che le stesse stabilivano da un lato che “*occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*”, muovendo dalla circostanza che “*la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame*”.

In conclusione, in risposta ai quesiti sottoposti dalla Sezione VI, l’Adunanza Plenaria enuncia il seguente principio di diritto: la competenza ad irrogare la sanzione per “pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva” è sempre riconducibile all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

***9) La valenza giuridica del divieto del doppio giudizio alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE: la compatibilità dei sistemi nazionali di doppio binario sanzionatorio, in relazione alle potenziali violazioni del ne bis in idem processuale nazionale e internazionale***

Dalla giurisprudenza delle Corti europee (Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo), è possibile dedurre e rinvenire “le condizioni” reputate necessarie al fine di invocare legittimamente l'applicazione del principio del ne bis in idem:

1) una sanzione penale non può essere applicata allo stesso soggetto, correlatamente ad un'altra sanzione qualificata come sostanzialmente "penale" secondo i criteri Engel, ancorché formalmente amministrativa, quando le due sanzioni abbiano per oggetto fatti identici e la stessa condotta;

2) è necessaria l'identità della condotta, dei fatti sostanziali, oltre che del soggetto nei due diversi procedimenti penale e amministrativo, giacché non può applicarsi tale principio quando le sanzioni tributarie o finanziarie siano imposte a un ente, mentre il procedimento penale sia promosso contro una persona fisica, quand'anche quest'ultima sia legale rappresentante della prima;

3) almeno uno dei due procedimenti deve aver portato a una *final decision*, cioè a una decisione non più soggetta a contestazione mediante mezzi di impugnazione ordinari, per esaurimento degli stessi o per decorso dei relativi termini, non però in caso di acquiescenza al provvedimento da parte del soggetto. In tal senso, non è vietata a priori la celebrazione di due procedimenti paralleli indipendenti, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo;

4) infine, sussiste violazione del ne bis in idem solo se i due procedimenti che portano all'irrogazione delle due sanzioni penali non siano interconnessi, ma indipendenti l'uno dall'altro.

***10) Sentenza Engel della Corte EDU[[60]](#footnote-60).*** ***La diversa estensione della ‘materia penale’ nell’ordinamento nazionale e sovranazionale, con riferimento all’applicazione delle garanzie CEDU nel caso di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali. La tecnica legislativa del doppio binario sanzionatorio, con riferimento al sotto-sistema degli illeciti finanziari e tributari.***

Il fenomeno delle sanzioni sostanzialmente penali consiste in quel meccanismo di predisposizione di misure sanzionatorie interne, le quali, ancorché formalmente qualificate in termini diversi, vengono considerate sostanzialmente penali ai fini dell’applicazione delle garanzie previste nella CEDU, qualora abbiano una finalità repressiva e un elevato grado di afflizione. Tale tema assume rilevanza con riferimento alla *c.d. materia penale euro-unitaria*, essendo gli Stati membri liberi di scegliere la risposta sanzionatoria ritenuta più idonea a perseguire gli illeciti, predisponendo sanzioni penali ovvero amministrative oppure ancora entrambe.

Tuttavia, una sanzione che per l’ordinamento nazionale ha natura amministrativa può non essere considerata tale ai fini del rispetto delle garanzie CEDU.

I criteri individuati con la sentenza Engel sono: a) la qualificazione giuridica dell’illecito per l’ordinamento interno (penale o amministrativo); b) la natura giuridica dell’illecito, valutata non in base alla qualifica determinata dall’ordinamento di appartenenza, bensì alla luce di diversi indici, quali il comportamento sanzionato, la struttura della norma, le regole procedurali, la finalità della sanzione repressiva o di risarcimento del danno, il bene giuridico protetto; c) natura e gravità della sanzione.

In generale, attribuire la qualifica sostanziale di pena ad una sanzione amministrativa comporta l’applicazione del sistema complessivo di tutele predisposte dalla convenzione CEDU e dai relativi Protocolli addizionali[[61]](#footnote-61).

In particolare, vengono in rilievo la violazione del principio del giusto processo e del giusto procedimento di cui all’art. 6 CEDU, con particolare riferimento ai procedimenti sanzionatori di fronte alle Autorità amministrative indipendenti, nei quali non è assicurata la distinzione tra il soggetto che svolge l’istruttoria e il soggetto che assume la decisione sulla sanzione.

A tal proposito, recentemente, la Corte Costituzionale[[62]](#footnote-62), nel ribadire l’assenza di una distinzione tra soggetto che svolge l’istruttoria e soggetto che assume la decisione sulla comminatoria della sanzione all’interno dell’AGCM, ha statuito nel senso della natura giuridica non giurisdizionale di tale soggetto, il quale, non essendo un giudice, non è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

In tale prospettiva, la materia penale, rilevante ai fini dell’applicazione del principio del *ne bis in idem*, assume consistenza più ampia nell’ordinamento CEDU rispetto agli ordinamenti nazionali.

Il conflitto tra l’ordinamento nazionale e quello sovranazionale nella ricostruzione della nozione del principio del *ne bis in idem* è, infatti, centrale ai fini del vaglio dell’ammissibilità della tecnica del “doppio binario sanzionatorio”.

Tale tecnica consiste nel sanzionare una stessa condotta illecita tramite la previsione di una sanzione penale ed una sanzione amministrativa[[63]](#footnote-63). Si pensi, in tal senso, alla disciplina degli abusi di mercato, che punisce la medesima condotta con una fattispecie penale, ex art. 185 d.lgs. 58/1998, e mediante una fattispecie amministrativa, ex art. 187-ter d.lgs. 58/1998.

La scelta di prevedere una doppia sanzione, penale e amministrativa, per il medesimo fatto ha determinato un contrasto rispetto alla garanzia CEDU del principio del ne bis in idem, con riferimento ai quei casi in cui la sanzione, qualificata formalmente come sanzione amministrativa dall’ordinamento nazionale, deve essere considerata sostanzialmente penale nell’ottica sovranazionale delle garanzie della CEDU.5

Il tema della compatibilità del divieto di *bis in idem* e le ipotesi di doppio binario sanzionatorio, previste a livello legislativo ovvero di conio giurisprudenziale, ha in particolare interessato i due sotto-sistemi degli illeciti finanziari e tributari.

Per quanto concerne specificatamente il rapporto tra il procedimento penale e procedimento dinnanzi alla Consob, ai fini dell’applicazione, rispettivamente delle sanzioni penali ed amministrative in materia di *market abuse*: c.d. insider trading e manipolazione di mercato, è opportuno svolgere le seguenti considerazioni.

In tal senso, è bene evidenziare come rispetto alle fattispecie contemplate nel T.U.F, il sistema del doppio binario sanzionatorio risulta essere una precisa scelta normativa del legislatore, il quale ha ritenuto opportuno proteggere l’interesse al corretto assetto concorrenziale dei mercati finanziari, attraverso la predisposizione di una duplicazione di fattispecie (penale ed amministrativa). Il d.lgs. n. 58 del 1998, infatti, prevede la disciplina di due diversi procedimenti: 1) quello penale, volto ad irrogare sanzioni pecuniarie e detentive ai sensi degli artt. 184 e 185 del TUF; 2) quello amministrativo, che si svolge dinnanzi alla autorità di vigilanza, diretto all’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui agli artt. *187 bis e 187 ter* del TUF.

Il rapporto tra i due procedimenti è disciplinato dall’art. 187 *decies* e si fonda su una serie di principi: a) sulla collaborazione tra CONSOB e autorità giudiziaria; b) sulla legittimazione dell’autorità di vigilanza a costituirsi parte civile; c) sul principio della mancata sospensione del procedimento amministrativo in attesa della definizione di quello penale. Il temperamento del sistema del doppio binario sanzionatorio è inoltre garantito dall’art. 187 *terdecies*, secondo cui la sanzione pecuniaria penale deve essere ridotta rispetto alla parte già riscossa dalla CONSOB.

Diversamente, con riferimento al rapporto tra procedimento penale e amministrativo-tributario, per l’applicazione, rispettivamente, delle sanzioni penali per omesso versamento delle ritenute IVA ex artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. 74 del 2000 e delle sanzioni amministrative previste all’art. 13 del D. Lgs. 471 del 1997, sembra opportuno svolgere le seguenti considerazioni.

Il meccanismo del doppio binario sanzionatorio nel sotto-sistema tributario non sembra essere il frutto di una scelta consapevole del legislatore, ma deriva da una peculiare interpretazione offerta dalla giurisprudenza prevalente. Dalla prassi giurisprudenziale, infatti, emerge che le fattispecie non sono in rapporto di specialità unilaterale, ma costituiscono un fenomeno di progressione criminosa, con la conseguenza che debbono applicarsi entrambe. Diversamente, la dottrina ritiene che le norme siano in rapporto di specialità unilaterale in quanto quella amministrativo-tributaria punisce le condotte di omesso versamento delle ritenute o dell’IVA protrattesi per tre mesi, mentre quella penale punisce la più grave ipotesi della protrazione per un anno.

Ne consegue che la relazione che sussiste tra le norme non sarebbe riconducibile all’ipotesi dei cerchi che si intersecano (specialità reciproca o per interferenza), ma alla diversa ipotesi dei cerchi concentrici (specialità unilaterale). Coerentemente alla *ratio* sottesa alla previsione di un illecito amministrativo, che riposa sulla esigenza di rendere il presidio penale *l’extrema ratio* cui l’ordinamento ricorre per tutelare gli interessi più rilevanti, infatti, le due sanzioni difficilmente possono essere irrogate per i medesimi fatti.

L’ordinamento realizza tale obbiettivo tramite il principio di specialità che, in ambito amministrativistico, si rinviene negli artt. 9 della legge 689 del 1981 e 19 del d.lgs. 74 del 2000, relativamente agli illeciti amministrativo tributari, disponendosi l’operatività del principio di specialità tra illecito amministrativo e penale.

Inoltre, talvolta si neutralizza il rischio della applicazione congiunta di fattispecie legate da una relazione di interferenza o specialità reciproca, tramite la previsione di clausole di sussidiarietà in favore dell’illecito penale.

La natura sostanzialmente penale delle sanzioni tributarie italiane e la mancanza di interconnessione tra processo tributario e penale all'interno dell'ordinamento nazionale sono tematiche strettamente legate al criterio di specialità e al sistema del doppio binario sanzionatorio, con riferimento alla possibilità di violazioni del principio del ne bis in idem, come interpretato dalla giurisprudenza europea.

L'ordinamento italiano, infatti, adotta accanto al criterio di specialità il sistema del c.d. "doppio binario". In ambito tributario, il criterio di specialità (disciplinato a livello penale dall'art. 15 c.p.) si è affermato, come sopra anticipato, con la previsione dell'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000, che dispone: "*quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale".*

La specialità, come noto, presuppone il "concorso apparente" di norme, che si verifica quando lo stesso fatto è apparentemente disciplinato da due o più disposizioni normative. Il criterio consente di individuare tra le due norme che vangano in considerazione quella "speciale", ossia quella che contiene tutti gli elementi dell'altra, oltre a ulteriori elementi aggiuntivi che la rendono appunto "speciale" rispetto a quella generale. La disposizione speciale, grazie ai suoi elementi caratterizzanti, disciplina con maggiore esattezza e completezza il disvalore della singola condotta punita da entrambe le disposizioni.

Il criterio di specialità dovrebbe garantire il rispetto del *ne bis in idem*, in quanto dovrebbe evitare la duplicazione delle sanzioni tributarie e penali e assicurare l'irrogazione della sola sanzione speciale.

Tuttavia, l'art. 19 sembra non in linea con tali direttive, giacché configura un sistema che pare violare il *ne bis in idem*. In tal senso, l'art. 20 del d.lgs. n.74 del 2000, introduce il "doppio binario": il giudicato penale non si ripercuote sul processo tributario, né viceversa, e i due procedimenti corrono paralleli. Allo stesso modo, gli artt. 3 e 479 c.p.p. dispongono che il processo penale non possa sospendersi in attesa della definizione di quello tributario, anche in considerazione delle limitazioni probatorie che vigono nel processo tributario.

Dunque, gli artt. 19 e 20 appaiono contraddirsi perché, mentre l'art. 19 prevede l'applicazione della sola sanzione speciale, l'art. 20 dispone che i due procedimenti procedano paralleli tra loro, senza alcun rapporto vicendevole, causando teoricamente l'irrogazione di entrambe le sanzioni, penale e amministrativa. Non è previsto, infatti, un criterio o un'autorità cui spetti il compito di individuare a priori quale delle due sanzioni debba considerarsi speciale rispetto all'altra. Anche il successivo art. 21, non sembra risolvere il contrasto, giacché dispone la sospensione dell'esecuzione della sanzione amministrativa nei confronti del soggetto sottoposto a procedimento penale per lo stesso fatto, fino al momento in cui tale procedimento sia definito con provvedimento di archiviazione, sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento con formula che escluda la rilevanza penale del fatto. In altre parole, solo in tali casi la sanzione irrogata dall'Amministrazione finanziaria tornerà a essere eseguibile, essendo esclusa dall'esito del giudizio penale l'applicazione della pena. La conseguenza del combinato disposto dei tre articoli è che, se l'imputato viene condannato, le sanzioni amministrative diverranno ineseguibili, viceversa, se l'imputato è assolto, esse torneranno eseguibili.

Dall’analisi ermeneutica di queste disposizioni sembra emergere un netto contrasto con il principio del *ne bis in idem*. Il principio di specialità, infatti, imporrebbe all'interprete di scegliere la sanzione speciale tra le due astrattamente applicabili al caso di specie, onde evitare che lo stesso soggetto sia punito due volte per lo stesso fatto. Diversamente, dal combinato disposto degli artt. 19, 20 e 21 emerge una violazione ne bis in idem, perché l'art. 19 opera solo a posteriori dopo che il procedimento penale si sia concluso. Infatti, l'art. 21 prevede che l'Ufficio irroghi comunque la sanzione amministrativa anche di fronte a un illecito penalmente rilevante, in tal caso sospendendone l'eseguibilità fino all'esito del procedimento penale, rinunciandovi in caso di sentenza di condanna e riassumendola in caso di assoluzione.

Questa impostazione comporta una chiara violazione del *ne bis in idem*, come interpretato dalle Corti europee. Infatti, secondo il principio di specialità, la sopravvenuta definitività del procedimento amministrativo-tributario o l'intervento di una sentenza tributaria passata in giudicato non impediscono la celebrazione del processo penale, così come l'assoluzione definitiva nel processo penale non impedisce l'esecuzione della sanzione amministrativa, ma ne posticipa solo l'esecuzione.

Inoltre, il principio di specialità, come declinato dal combinato disposto delle norme citate, al contrario del *ne bis in idem*, non considera il diverso grado di afflizione delle sanzioni poste tra loro in raffronto, come elemento sul quale radicare la verifica della pena, ma, valutando solo la connotazione specialistica delle disposizioni, accorda sempre preferenza a quelle penali, in base all'art. 21, disapplicando di fatto la sanzione amministrativa, a meno che non intervenga una sentenza assolutoria penale. Cosicché, di fronte a un *idem factum*, la sentenza di assoluzione non impedisce la prosecuzione del procedimento tributario per l'esecuzione del provvedimento d'irrogazione della sanzione oggetto dell'atto d'accertamento.

Per il principio di specialità, quindi, rileva la mera specialità formale della norma applicabile, il ne bis in idem, al contrario, guarda solo al procedimento che porta a una sanzione con finalità afflittive che si chiude per primo, che sia tributario o penale, impedendo la continuazione dell'altro e, in caso di riconoscimento di responsabilità, guarda alla pena che viene irrogata per prima; oppure, in caso di assoluzione, all'esito favorevole del primo procedimento chiuso in via definitiva. Non pare ci siano dubbi, quindi, sul netto contrasto tra il principio di specialità e doppio binario da una parte e ne bis in idem dall'altra[[64]](#footnote-64).

La soluzione più lineare e maggiormente efficace da perseguire sembra perciò quella di evitare il concorso tra le sanzioni penali e quelle tributarie, così da prevedere le sole sanzioni amministrative per gli illeciti caratterizzati da un minor disvalore e quelle penali per quelli più gravi, superandosi, in tal modo, il sistema attuale degli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000, il quale risulta essere contraddittorio e si pone in diretto contrasto con il ne bis in idem. Dovrebbe essere dunque valorizzata l'esclusività della sanzione penale in certi settori e dovrebbero limitarsi le sanzioni amministrative tributarie per altri. Le sanzioni penali dovrebbero costituire *l'extrema ratio* di fronte ai comportamenti più riprovevoli e connotati da maggiore disvalore sociale come le fattispecie frodatorie, ove si utilizzano documenti, fatture o altri strumenti falsi al solo fine di evadere le imposte.

***11) Sentenza Fransson della Corte di Giustizia UE[[65]](#footnote-65)****.* ***L’ammissibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio e compatibilità con il diritto euro-unitario. La distinzione della tecnica legislativa del doppio binario sanzionatorio con il divieto di bis in idem e la necessità di una valutazione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni formalmente amministrative già irrogate in materia IVA***

Nel definire il campo di applicazione del divieto di *bis in idem* enunciato dall’art. 50 della Carta di Nizza, è stata affrontata la questione dell’estensione della materia penale anche alle sanzioni formalmente amministrative, con specifico riguardo al caso in cui sia avviato un procedimento penale nei confronti di un soggetto per fatti rispetto ai quali sia già intervenuta nei suoi confronti una sanzione amministrativa definitiva (nel caso di specie, una sovrattassa in materia di IVA).

L’art. 50 CDFUE trova applicazione nel caso di sanzioni entrambe sostanzialmente penali, occorrendo, pertanto, che il giudice valuti se la sanzione amministrativa inflitta per il medesimo fatto per cui sia stato avviato il procedimento penale debba ritenersi anch’essa di natura penale, operando solo in tal caso il divieto di *bis in idem*[[66]](#footnote-66).

In definitiva, l’art. 50 della CDFUE non osta a che gli Stati membri predispongano un sistema basato su più sanzioni per gli stessi fatti, di natura sia penale che amministrativa.

La violazione del *ne bis in idem* sarà integrata solamente se il giudice accerti la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa già comminata[[67]](#footnote-67).

In tal caso, il divieto di *bis in idem* preclude che per il medesimo fatto sia avviato un nuovo procedimento penale, escludendosi il cumulo tra la sanzione penale ed amministrativa. In altre parole, gli Stati possono prevedere per i medesimi fatti, una pluralità di sanzioni, penali ed amministrative, a condizione che la sanzione amministrativa non presenti delle caratteristiche tali da poter essere qualificata come sostanzialmente penale.

***12) Sentenza Grande Stevens della Corte EDU****.* ***Violazione del principio del ne bis in idem nel caso di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali della Consob, in materia di abusi di mercato d.lgs. 58/1998***

La Corte EDU, nel Caso Grande Stevens, in un’ottica profondamente garantista e di valorizzazione del principio del ne bis in idem processuale, manifesta la sua contrarietà rispetto ai sistemi fondati sul doppio binario sanzionatorio.

A tal proposito, secondo quanto statuito dalla Corte di Strasburgo, la previsione di un doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria, che consenta il parallelo o consecutivo svolgimento di due procedimenti sanzionatori, di cui uno penale e l’altro formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale, aventi ad oggetto il medesimo fatto, è incompatibile con il principio[[68]](#footnote-68) del *ne bis in idem* processuale sancito dall’art. 4 Protocollo 7 CEDU.

In particolare, con riferimento alla duplice sanzione irrogabile, in materia di manipolazione del mercato, ai sensi degli articoli 185 (illecito penale) e 187 ter (illecito amministrativo) del d.lgs. 58/1998, la sentenza si è pronunciata su di un caso nel quale era stato avviato un procedimento penale per i medesimi fatti rispetto ai quali era già intervenuta una pronuncia definitiva, all’esito di un procedimento amministrativo, con la quale era stata irrogata una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente[[69]](#footnote-69) penale.

La questione del concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali e della compatibilità di questo con il principio del ne bis in idem è stata evidentemente centrale nel caso *Grande Stevens*. In particolare, la vicenda relativa alla fattispecie concreta risulta sussumibile sotto la condotta di manipolazione del mercato di cui all’art. 187 ter TUF (illecito amministrativo) e 185 TUF (illecito penale), con specifico riferimento ai due procedimenti sanzionatori, da parte della CONSOB e del giudice penale, il primo volto alla irrogazione della sanzione amministrativa, il secondo volto all’instaurazione del processo penale.

La celebrazione di un doppio processo (della Consob e dell’autorità giudiziaria) indusse uno dei soggetti sanzionati (l’Avv. Grande Stevens) ad adire la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del principio del ne bis in ide di cui all’art. 4 Protocollo 7 alla CEDU. Nel 2014, la statuizione Grande Stevens giudicò come effettivamente sussistente la violazione lamentata, giacché le sanzioni comminate per l’illecito previsto dall’art. 187 ter, pur essendo qualificate come formalmente amministrative, risultavano integrare una pena in senso sostanziale, data la loro portata dissuasiva, repressiva, deterrente ed afflittiva.

Con tale sentenza, i giudici della Corte Europea hanno statuito che le sanzioni comminate dalla Consob devono essere considerate quali sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente[[70]](#footnote-70) penali e, dunque, l’avvio di un processo penale sugli stessi fatti comporta una violazione del principio del ne bis in idem. Il procedimento sanzionatorio dinanzi alla Consob, infatti, pur avendo carattere e natura amministrativa, è volto ad infliggere sanzioni che possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, anziché amministrative, vista l’eccessiva severità delle stesse, oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

Per comprendere pienamente il tema della natura sostanzialmente penalistica delle sanzioni amministrative di carattere pecuniario di talune autorità amministrative indipendenti (quale è la CONSOB), sembra opportuno indagare il significato più profondo della sanzione penale, la quale si caratterizza per via del fatto che si avvale delle tecniche specifiche della “afflizione” e della “emenda".

In particolare, il carattere “afflittivo” non è tipico esclusivamente delle sanzioni comminate dal giudice penale, giacché anche "altre sanzioni” possono avere, di fatto, un contenuto afflittivo, si pensi alle sanzioni del diritto civile volte al ristoro del “danno patrimoniale”, ed in generale i c.d. “*punitive damages*” che, pur essendo contestati e piuttosto discussi nel nostro ordinamento, sembrano attribuire una natura polifunzionale alla responsabilità civile (non più meramente risarcitoria e compensativa, bensì anche punitiva, deterrente e punitiva).

Ciononostante, non tutte le sanzioni mirano ad essere afflittive (per es. il risarcimento del danno patrimoniale ha la funzione di ristabilire un equilibrio patrimoniale alterato e, dunque, ha una funzione per lo più di ripristino dello *status quo ante*).

Le sanzioni penali, invece, con riferimento ad una tradizione ancestrale ed inveterata nel tempo, hanno sempre avuto come carattere distintivo quello della natura afflittiva.

Il tema della natura dissuasiva, deterrente, afflittiva e punitiva delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti, oggetto di discussione nella giurisprudenza europea fin dal noto *leading case* “Engel”, è stato affrontato in modo a dir poco viscerale dalla statuizione della Corte EDU “Grande Stevens”, giacché si è addivenuti, sulla base di criteri di matrice sostanzialista, a propendere per la classificazione (ancorché non formale) delle sanzioni della CONSOB in materia di intermediazione finanziaria alla stregua di sanzioni penali, non da un punto di vista nominalistico, bensì sulla base di una indagine della loro naturale propensione intrinseca a porsi quali strumenti repressivi, punitivi e sanzionatori.

Dunque, le sanzioni formalmente amministrative comminate dalla Consob, in quanto sanzioni “sostanzialmente” penali alla luce dei criteri dettati dalla sentenza Engel, devono osservare le garanzie che la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali riserva alle sanzioni penali.

La sentenza Grande Stevens c. Italia, condanna il sistema del doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria, giacché i relativi procedimenti (penale ed amministrativo) risultano essersi svolti parzialmente in parallelo, in spregio delle garanzie del divieto di bis in idem ed in generale delle garanzie convenzionali. A differenza di altri precedenti della stessa Corte, non vi è stato alcun riferimento al criterio della connessione sostanziale e temporale, intesa quale clausola di salvaguardia dei sistemi di doppio binario sanzionatorio rispetto all’operatività del principio di bis in idem. Infatti, come sopra ribadito, tale pronuncia ha una valenza prettamente e precipuamente garantista ed è volta a garantire una portata applicativa ampia al principio in questione, a differenza delle successive statuizioni che, sembrano invece aver “scalfito” il principio della assolutezza del divieto di bis in idem, al ricorrere di determinate condizioni.

***13) Sentenza A. e B. c. Norvegia della Corte EDU****.* ***L’assenza della violazione del principio del ne bis in idem sulla base della sussistenza, tra i procedimenti, di una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”***

Con tale arresto giurisprudenziale, la Corte EDU esamina l’ipotesi in cui il medesimo episodio di evasione fiscale in materia IVA sia punito, in primis, con una sanzione amministrativa e, successivamente, con una sanzione penale, escludendo, in questo caso, che l’imposizione di una duplice sanzione costituisca bis in idem[[71]](#footnote-71).

La sentenza chiarisce che il principio del ne bis in idem di cui all’art. 4, Prot. 7 non impedisce, di per sé, agli Stati Contraenti di configurare un “doppio binario sanzionatorio” (amministrativo e penale) con riferimento agli illeciti fiscali. Nondimeno, come emerge dal corpo della motivazione, tale “doppio binario sanzionatorio” deve essere valutato alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte.

In particolare[[72]](#footnote-72), a giudizio dei Giudici di Strasburgo, al fine di escludere la violazione del *ne bis in idem* occorre verificare se i due procedimenti, quello amministrativo e quello penale, siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo, da cui il conio della seguente formula: ***“sufficiently connected in substance and in time”***.

La Corte, dunque, individua in una duplice connessione sostanziale e cronologica, quale condizione per assicurare un duplice procedimento, senza che ciò comporti la violazione dell’art. 4 Protocollo Addizionale n. 7 alla CEDU.

La Grande Camera, giunge alla conclusione secondo la quale il criterio più sicuro "*the surest manner*" per accertare la compatibilità dei sistemi di doppio binario sanzionatorio degli stati membri con l'art. 4, prot. 7, della Convenzione, è quello di valutare la sussistenza, in una fase appropriata dell'evoluzione dei procedimenti, di una procedura sostanzialmente unificata ("*a single-track procedure*") che sia in grado di far convergere i profili paralleli delle differenti previsioni normative ("*enabling the parallels strands of legal regulation of the activity concerned to be brought together*"), in modo tale che le diverse esigenze sociali, da valutare nella risposta ad una condotta antisociale (sotto diversi profili), possano essere affrontate nel contesto di un unico processo. In particolare, affinché sia accertata l'assenza di un'effettiva duplicazione, lo Stato contraente deve dimostrare che il doppio binario sanzionatorio è caratterizzato da una "*sufficiently close connection in substance and time*", e cioè deve essere dimostrato che il doppio sistema sanzionatorio è stato concepito in maniera integrata, in modo tale da essere considerato “un tutt'uno coerente”. Il ché non implica soltanto che gli scopi perseguiti, e gli strumenti (sanzionatori) utilizzati per raggiungerli, siano complementari e temporalmente connessi, ma richiede che la risposta sanzionatoria (nel suo complesso) sia congegnata in modo tale da essere prevedibile e proporzionata.

Per quanto concerne nello specifico i c.d. "*material factors" del test* e cioè le condizioni che devono sussistere, affinché si possa ravvisare il criterio della *sufficiently close connection* sono i seguenti. In primis, è necessario che i diversi procedimenti sanzionatori (penale ed amministrativo/tributario) perseguano scopi complementari, in modo tale da affrontare, non soltanto in astratto, ma in concreto, i diversi profili antisociali della condotta. È necessario, in secondo luogo, che la doppia risposta sanzionatoria sia una conseguenza prevedibile, sia in termini normativi che in termini pratici, della condotta illecita posta in essere dall'individuo. È altresì necessario, che i due processi siano condotti in modo tale da evitare, ove possibile, una duplice raccolta e valutazione degli elementi di prova. Effetto perseguibile mediante un'adeguata interazione fra le diverse autorità competenti, in modo tale che l'accertamento dei fatti compiuto in un processo sia valutabile anche nell'altro. In particolare, è necessario che le sanzioni irrogate nel processo che si conclude per primo vengano debitamente considerate in quello che si conclude per ultimo, allo scopo di evitare che l'individuo coinvolto debba, in ultima analisi, sopportare un peso sanzionatorio eccessivo. Rischio, quest'ultimo, che è meno probabile se esiste un meccanismo di compensazione volto a garantire che l'importo globale delle sanzioni imposte sia proporzionato. Il test della "*sufficiently close connection in substance and time*", dunque, viene specificato attraverso una serie di condizioni che ne dovrebbero consentire un'agevole applicazione.

Ad avviso della Corte[[73]](#footnote-73), pertanto, la previsione di una sanzione amministrativa e di una penale, irrogate da autorità diverse, per il medesimo fatto e nei confronti del medesimo soggetto non contrasta con l’art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU, a condizione che il sistema sanzionatorio, complessivamente considerato, rappresenti un approccio integrato, unitario e coerente, di risposta sanzionatoria alla condotta illecita, in relazione a fatti che possano sviluppare diverso disvalore sociale. A tal proposito, la pronuncia fornisce un elenco esemplificativo di criteri, che la Corte ha definito “indici sintomatici della connessione sostanziale[[74]](#footnote-74)”.

Questi sono: a) la diversità degli scopi in concreto perseguiti dai due procedimenti, i quali devono risultare complementari e quindi affrontare, in astratto ed in concreto, differenti aspetti della condotta complessiva; b) la prevedibilità, al momento di esecuzione della condotta, della duplicazione delle procedure; c) la presenza di meccanismi di coordinamento procedurale e sostanziale tra le autorità intervenienti, ad esempio durante la fase istruttoria, al fine di evitare una duplicazione in sede di raccolta e valutazione della prova.

Quanto a tale ultimo e fondamentale aspetto, la Corte sottolinea non solamente la necessità che, sul piano procedurale, si eviti una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, ma altresì che, sul piano sostanziale, la sanzione imposta dal primo giudice sia presa in debita considerazione dal secondo giudice, onde garantire il rispetto del principio di proporzionalità della pena; d) l’estraneità dell’illecito amministrativo al “nucleo duro” del diritto penale. Infatti, la violazione del principio convenzionale è, sulla base degli assunti sopra riportati, più probabile se il procedimento amministrativo, concernendo illeciti di particolare disvalore, assuma in concreto cadenze stigmatizzanti simili a quelle del processo penale. Dunque, in altre parole, la previsione di un sistema ispirato al modello del doppio binario sanzionatorio viola il principio del ne bis in idem processuale, di matrice convenzionale, qualora tra i due procedimenti sussista una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta. Per la connessione temporale non è necessario che i due procedimenti si svolgano contemporaneamente. Tuttavia, la relazione di consequenzialità cronologica rende maggiormente gravoso l’onere dello Stato di spiegare le ragioni di questa scissione temporale[[75]](#footnote-75).

La portata garantista del principio del ne bis in idem sanzionatorio non sembra essere stata scalfita dalla Corte EDU, la quale, sembra piuttosto aver giocato un ruolo di primaria importanza nella definizione della valenza gnoseologica del principio in questione a livello giuridico. Tuttavia, la Grande Camera ha comunque inteso circoscrivere l'ambito di operatività del divieto di bis in idem, ritenendolo non applicabile nei casi in cui sia ravvisabile il criterio della "*sufficiently close connection in substance and time*". Tale criterio era già evincibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[[76]](#footnote-76) ma, adesso, con tale specifico arresto, la Grande Camera lo ha strutturato nella forma più definita di un “test”, identificando i c.d. *material factors* che ne individuano la sussistenza.

Taluna parte degli interpreti ha voluto leggere tale pronuncia nel senso di un possibile ridimensionamento del campo di applicazione della garanzia convenzionale, oltre che nel senso dell’abbandono di quegli orientamenti fortemente garantistici che avevano invece contrassegnato l'evoluzione della giurisprudenza della Corte.

Ciononostante, è possibile azzardare una lettura alternativa di questi sviluppi più recenti e, segnatamente, una lettura che vede nel criterio della "*sufficiently close connection*" non la volontà di ridimensionamento della portata del principio in questione, quanto piuttosto il tentativo di bilanciare il diritto al *ne bis in idem* con il diritto degli Stati membri e dei singoli cittadini alla piena tutela dell'efficacia della risposta sanzionatoria alle condotte di evasione fiscale.

La scelta della Grande Camera della Corte EDU di conferire una forma strutturata al criterio della *sufficiently close connection in substance and time* è riconducibile ad altri precedenti della stessa Corte EDU e può inserirsi, dunque, in una linea evolutiva della sua giurisprudenza che, sotto il profilo strettamente teorico, trova un suo saldo fondamento giuridico. L’impressione che sembra potersi evincere dalla lettura della sentenza, è quella in base alla quale un diritto fondamentale quale quello al *ne bis in idem* non è necessariamente intangibile. Esistono infatti interessi, di rilevanza generale (quale l’interesse a perseguire condotte antisociali ed illecite lesive degli interessi finanziari e fiscali nazionali e sovranazionali), di cui uno Stato è portatore, che possono confliggere con il raggio d'ampiezza di un diritto fondamentale. La Grande Camera, in questo senso potrebbe aver inteso riaffermare il suo ruolo di artefice di un'operazione di bilanciamento fra diritti fondamentali, ed il criterio della sufficiently close connection altro non sarebbe se non lo strumento per operare tale bilanciamento.

Tale assunto sarebbe confermato dalla circostanza che esso è stato strutturato come un test e risulta corredato da specifiche condizioni di applicazione. Il test, per sua natura, richiede una valutazione da fare caso per caso e, dunque, dovrebbe essere in grado di individuare quelle ipotesi in cui il diritto al ne bis in idem debba contrarsi e restringersi nella sua portata applicativa, ma mai annullarsi, per lasciar spazio a un diritto sociale condizionato che è collegato alla funzione "sociale" della fiscalità e che trova la sua tutela anche nell'imposizione di sanzioni combinate[[77]](#footnote-77).

***14) Sentenza della Corte di Giustizia dell’UE del 20/03/2018[[78]](#footnote-78)****.* ***Il principio del ne bis in idem osta all’applicazione del regime del doppio binario sanzionatorio, qualora le due sanzioni applicabili abbiano natura sostanzialmente penale e, qualora, la condanna già riportata sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionale e dissuasiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso. Dunque, nei casi in cui la prima condanna non abbia assicurato la repressione dell’intero disvalore della condotta, è possibile, secondo il sistema delineato dall’attività ermeneutica delle Corti sovranazionali, irrogare una nuova sanzione di natura sostanzialmente penale, per i medesimi fatti, senza che ciò comporti una lesione del principio del ne bis in idem***

Alla luce di tale ultimo arresto giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell’UE in materia di divieto di bis in idem e compatibilità con i sistemi nazionali di doppio binario sanzionatorio, l’art. 50 della CDFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona, per omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale, purché siffatta normativa: 1) sia volta a un obbiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia IVA, fermo restando che detti procedimenti e sanzioni devono avere scopi complementari; 2) contenga disposizioni che garantiscano un coordinamento che limiti a quanto strettamente necessario l’onere supplementare risultante dal cumulo dei procedimenti; 3) preveda disposizioni che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratta.

In particolare, i giudizi di Lussemburgo hanno chiarito che spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l’onere risultante dall’applicazione del complesso delle norme sanzionatorie nazionali non risulti eccessiva rispetto alla gravità del reato commesso. L’art. 50 CDFUE, inoltre, conferisce ai soggetti degli ordinamenti nazionali un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale. La Corte di Giustizia dell’UE ha chiarito come sia necessario che vi sia una base legale del meccanismo del cumulo sanzionatorio, oltre che la previsione dello stesso attraverso norme chiare e precise che consentano al singolo di prevedere quali atti o omissioni possano costituire oggetto di un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni.

Inoltre, viene ribadita la necessità di un carattere complementare del cumulo sanzionatorio, giacché un cumulo di procedimenti e sanzioni di carattere penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino, in vista della realizzazione di un interesse generale, scopi complementari vertenti eventualmente su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata, circostanza questa che spetta al giudice verificare.

Infine, risulta necessario che gli oneri a carico degli interessati derivanti da un cumulo di procedimenti siano limitati a quanto strettamente necessario al fine di realizzare l’obbiettivo di interesse generale richiamato e le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.

Dunque, in altre parole, sempre nell’ottica del ridimensionamento della rilevanza del principio del *ne bis in idem* internazionale, così come prospettato già in precedenza dalla sentenza “*A. e B. contro Norvegia*”, la Corte di Giustizia dell’UE ha riconosciuto che agli Stati membri è consentito prevedere un cumulo sanzionatorio, a patto che tale sistema di doppio binario sia conforme a determinate caratteristiche e condizioni dalla stessa precisate.

Tuttavia, la Corte afferma che qualora sia stata pronunciata una sentenza di condanna penale, ad esito di un procedimento penale, la celebrazione di un procedimento riguardante sanzioni amministrative pecuniarie di natura penale conduce a una violazione del principio del ne bis in idem, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l’infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo.

La sentenza della Corte di Giustizia dell’UE ha dato risposta a una serie di questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali ex art. 267 TFUE, quali:

***a) Causa C-524/15, Luca Menci.*** In questo caso oggetto della valutazione è stato il sistema del doppio binario sanzionatorio in tema di reati fiscali[[79]](#footnote-79), giacché al ricorrente era stata irrogata una sanzione amministrativa pari a € 84 milioni per fatti di omesso versamento dell’IVA e, successivamente, nei suoi confronti era stato avviato un procedimento penale per il medesimo fatto.

Nel verificare il rispetto delle condizioni ex art. 52, la Corte ha ritenuto che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni in ambito fiscale sia prevista dalla legge italiana, in modo chiaro e preciso e, inoltre, tale normativa sarebbe effettivamente volta ad un obiettivo di interesse generale che giustifica il cumulo, quale è quello di assicurare la riscossione integrale dell’IVA dovuta.

Per quanto la Corte di Giustizia UE si sia discostata dagli indirizzi ermeneutici dettati dall'Avvocato generale M. Campos Sànchez Bordona nelle sue conclusioni, (presentate il 12 settembre 2017 in Menci Luca c. Italia, Causa C-524/15, parr. 69-73), sembra opportuno riprenderne le linee direttrici per comprendere la portata del principio del ne bis in idem emergente dalle fonti euro-unitarie.

In particolare, nelle conclusioni dettate dall’avvocato generale, veniva detto che: "*Da parte mia, non vedo motivi (ma piuttosto inconvenienti) per i quali la Corte dovrebbe aderire alla decisione della Corte EDU di ridurre il contenuto del diritto che il principio del ne bis in idem garantisce ai singoli, quando si tratti di sanzioni della stessa natura (materialmente penali) imposte due volte per i medesimi fatti. Se esiste un doppio procedimento, ancorché misto, la conseguenza, di norma, è la violazione del principio del ne bis in idem. In secondo luogo, il mutamento di orientamento giurisprudenziale diretto a far salvi i 'procedimenti misti che presentano un nesso temporale e materiale sufficiente' è ispirato a una posizione di deferenza verso gli argomenti degli Stati parti della CEDU. Inoltre, introdurre nel diritto dell'Unione un criterio di interpretazione dell'articolo 50 della Carta fondato sul maggiore o minore nesso materiale e temporale tra alcuni procedimenti (quelli penali) e altri (quelli amministrativi sanzionatori) aggiungerebbe notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti. I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti e il loro esercizio richiede una prevedibilità e una certezza che, a mio parere, non sono compatibili con un simile criterio*"[[80]](#footnote-80).

***b)******Causa C-537/16, Garlsson Real Estate e a****.* Questo secondo procedimento aveva ad oggetto la valutazione di conformità al diritto euro-unitario e convenzionale del doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria, conseguente a fatti di manipolazione di mercato, giacché Il ricorrente, dopo essere stato destinatario di una sentenza di applicazione su richiesta delle parti, si trovava coinvolto in un procedimento per l’applicazione di una sanzione amministrativa.

I Giudici di Lussemburgo si sono espressi nel senso della chiarezza e precisione della legge nazionale che prevede il cumulo sanzionatorio derivante dal sistema del doppio binario ed è stato altresì rilevato come la stessa persegua un interesse generale, consistente nella tutela del mercato[[81]](#footnote-81).

***c) Causa C-596/16 e C-597/16, Di Puma e altri.*** Quest’ultimo procedimento aveva invece ad oggetto la valutazione della conformità del sistema del doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria al principio del *ne bis in idem*, con specifico riferimento alle condotte di cd. *insider trading*, disciplinate e sanzionate, in ambito penale, dall’art. 184 T.U.F., e, in ambito amministrativo, dall’art. 187bis T.U.F.

La fattispecie *de quo* aveva ad oggetto l’ipotesi di un ricorrente assolto in via definitiva per mancanza di prova dei fatti che era stato contemporaneamente sottoposto ad un procedimento amministrativo volto all’accertamento dello stesso fatto. In questo caso, il Giudice del rinvio si interrogava circa il fatto se il diritto euro-unitario (segnatamente l’art. 14, Direttiva 2003/6 e l’art. 50 Carta di Nizza) dovesse essere interpretato nel senso che una pronuncia penale assolutoria, impedisca (o meno) la prosecuzione del procedimento amministrativo per lo stesso fatto.

La Corte UE ha affermato che, se non vi sono ostacoli all’irrogazione di una sanzione amministrativa nel caso in cui il processo penale abbia riscontrato la responsabilità dell’autore del fatto, la prosecuzione di un procedimento inteso all’irrogazione di una sanzione formalmente amministrativa (di carattere pecuniario) ma sostanzialmente di natura penale “*eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l’obiettivo generale di tutela del mercato*” (comportando una violazione del principio di divieto di bis in idem), dal momento che se esiste una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l’assenza degli elementi costitutivi dell’infrazione, la prosecuzione del giudizio amministrativo risulta sprovvista di qualsivoglia fondamento.

Dunque, in data 20 marzo 2018, la Corte di Giustizia UE[[82]](#footnote-82) è giunta ad enunciare alcuni importanti principi, hanno anche dato adito, secondo parte della comunità degli interpreti, a nuove e diverse aporie interpretative.

Dalla lettura delle tre pronunce della Corte[[83]](#footnote-83), sembrano potersi desumere i seguenti principi. In primo luogo, sarebbe legittima la coesistenza di procedimenti amministrativi e penali che portino entrambi a sanzioni di carattere sostanzialmente penale, a patto che il cumulo delle diverse sanzioni non superi i limiti di quanto necessario e sufficiente al conseguimento delle legittime finalità perseguite dalla normativa di cui si tratta, in ragione del principio di proporzionalità, previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza. In secondo luogo, l'attribuzione del potere di valutazione in concreto della proporzionalità del cumulo dei due procedimenti all'apprezzamento discrezionale del giudice nazionale. In terzo luogo, la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta di Nizza da parte del giudice nazionale nell'ambito di attuazione del diritto euro-unitario e la legittimazione del giudice comune a disapplicare la norma interna con esso contrastante.

L’analisi ermeneutica di questi principi rivela una disomogeneità di orientamenti nella giurisprudenza della Corte. Infatti, da un lato, con l’affermazione della diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta di Nizza ad opera del giudice nazionale, la Corte di giustizia ha risolto un annoso contrasto a sicuro vantaggio della certezza del diritto e della tutela dei diritti del cittadino. Dall'altro, tuttavia, in spregio del principio della certezza, la Corte ha altresì affermato la possibile coesistenza di procedimenti amministrativi e penali aventi entrambi per oggetto sanzioni di carattere sostanziale penale, purché il cumulo dei procedimenti risulti rispettoso del principio di proporzionalità, ed ha rimesso la valutazione della proporzione e dunque della legittimità del cumulo all'apprezzamento discrezionale del giudice nazionale. Così operando, il principio di proporzionalità risulta delineato alla stregua di un criterio ampiamente discrezionale e soggetto a parametri diversi a seconda dell'ordinamento e del momento in cui viene emesso il giudizio, non garantendosi in tal senso la certezza del diritto e l’omogeneità e l’armonizzazione del diritto euro-unitario.

L’ampia discrezionalità dei giudici nazionali nella valutazione della proporzionalità del cumulo sanzionatorio sembra operare un superamento ovvero una limitazione del principio stesso del ne bis in idem.

In altre parole, il principio di proporzionalità (ormai assunto a principio cardine e, inserito, a seguito della sentenza A e B contro Norvegia, tra i fattori materiali che devono concorrere a determinare l'esistenza del *coherent whole* in grado di evitare la violazione del ne bis in idem), sembra condurre ad un superamento del divieto di bis in idem.

***15) Corte di Cassazione sentenza 6 dicembre 2018, n. 31362. Il c.d. giudizio di proporzionalità delle pene volto alla rilevazione di una violazione del ne bis in idem “convenzionale” da parte del sistema di doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria, deve essere esperito con riferimento all’art. 133 c.p. e può trovare suo compimento anche in sede di legittimità tramite lo strumento giuridico-processuale dell’art. 620, lett. l), c.p.p.***

Circa la compatibilità del divieto di bis in idem processuale ed il sistema legislativo di doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria, con particolare riferimento al reato di manipolazione del mercato, è recentemente intervenuta la **Suprema Corte di cassazione**, con la **sentenza 6 dicembre 2018, n. 31362**, pronunciata nel procedimento nell’ambito del quale era stata sollevata la questione pregiudiziale, dinanzi alla Corte di giustizia Ue, che ha dato luogo alla sentenza **“*Di Puma e Zecca*”**, sopra ricordata.

La Corte di Cassazione, infatti, è intervenuta per la prima volta, a seguito delle rilevanti pronunce della Corte di Giustizia UE 20 marzo 2018 (*Cause Menci, Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca*), in tema di ne bis in idem nei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo.

Il caso in esame trae origine da un ricorso proposto avverso una decisione della Corte di appello di Milano con la quale gli imputati erano stati dichiarati responsabili del reato di manipolazione del mercato, ai sensi dell’art. 185 del D. Lgs. n. 58 del 1998. I ricorrenti, in particolare, hanno lamentato una violazione del principio del ne bis in idem, giacché gli imputati erano precedentemente stati sanzionati in via amministrativa per l’illecito previsto e punito ex art. 187 ter T.U.F.

Dunque, la decisione è intervenuta in materia di doppio binario sanzionatorio (illecito penale ed amministrativo) con riguardo ad un’ipotesi di reato nella materia di intermediazione finanziaria, con specifico riferimento al delitto di manipolazione del mercato.

Tali disposizioni sono state oggetto di una modifica da parte del D. Lgs. n. 107 del 2018, in attuazione della Direttiva 2014/57 UE, a seguito della quale, in materia di abusi di mercato, sono state introdotte alcune sanzioni amministrative di natura interdittiva, caratterizzate da un notevole carattere afflittivo, le quali dovranno essere valutate dai giudici nazionali quando siano chiamati a valutare la proporzionalità del cumulo delle sanzioni rispetto alla gravità del fatto commesso.

A prescindere dalle dinamiche fattuali del caso in questione, la pronuncia appare particolarmente interessante per via del fatto che la Corte ha ritenuto che i giudizi contenenti le valutazioni attinenti alla proporzionalità del cumulo sanzionatorio possano essere compiute anche dai giudici di legittimità, a condizione che non risultino necessari ulteriori accertamenti di fatto, ricorrendo ai criteri di cui all’art. 133 c.p. La sentenza de quo, ponendosi in linea con la più recente giurisprudenza di Strasburgo e Lussemburgo, sembra aver notevolmente ridimensionato la portata del principio del ne bis in idem.

In tale arresto giurisprudenzialesi è avuto modo di statuire che l’assoluzione pronunciata dal Giudice penale per insussistenza dei fatti contestati, i quali siano altresì oggetto di un procedimento sanzionatorio amministrativo afferente alla “*matière penale*” di matrice europea, impedirebbe l’avvio o la prosecuzione del procedimento da ultimo indicato, per effetto della diretta applicazione, nell’ordinamento nazionale, del principio di “*ne bis in idem*” ricavabile dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Nella sentenza in questione[[84]](#footnote-84), a seguito di una preliminare esposizione dell’evoluzione storico-giuridica della giurisprudenza nazionale, euro-unitaria e convenzionale, viene affrontato il tema della verifica della proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate nei procedimenti penali ed amministrativi, rispetto alla gravità del fatto, ed in particolare viene affrontata la questione circa il fatto se tale attività di verifica sia riservata ai soli giudici di merito, ovvero se possa essere effettuata anche dai giudici di legittimità.

La Corte di Cassazione, a tal proposito, nel propendere per la seconda soluzione, ha individuato nell’art. 133 c.p. la norma invocata in sede europea che permetterebbe ai giudici nazionali di garantire che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato.

Ciò posto, i giudici di legittimità hanno dato luogo al c.d. giudizio di proporzionalità ritenendo che, nella fattispecie in questione, il cumulo sanzionatorio non determinasse un trattamento eccessivamente oneroso e, dunque, sproporzionato rispetto alla gravità dei fatti, essendo state le sanzioni applicate nel loro minimo edittale.

La portata certamente innovativa della pronuncia in questione risiede nel fatto che per la prima volta nell’ambito della giurisprudenza nazionale della Corte di Cassazione viene riconosciuta “la competenza” dei giudici di legittimità ad occuparsi del giudizio di proporzionalità del doppio binario sanzionatorio, giacché si è affermato che l’accertamento del carattere sproporzionato delle sanzioni cumulativamente applicate non è di esclusiva competenza dei giudici di merito e, dunque, ben potranno in futuro i giudici di legittimità verificare che le sanzioni cumulativamente applicate non risultino eccessive e lesive del divieto di doppia imposizione. I Giudici di Piazza Cavour, nell’individuare nell’art. 133 c.p. la norma dell’ordinamento nazionale idonea a fondare il giudizio di proporzionalità volto ad impedire che il cumulo di sanzioni risulti eccessivo, hanno previsto quale strumento giuridico-processuale idoneo a tal fine quello dell’annullamento senza rinvio ex art. 620[[85]](#footnote-85) lettera l c.p.p.

In tal senso, i giudici di legittimità potranno procedere direttamente al giudizio di proporzionalità, senza, dunque, dover rinviare tale valutazione ai giudici di merito.

Dunque, in altre parole, l’art. 133 c.p. deve essere intesa quale norma che garantisce il rispetto della proporzionalità del cumulo delle sanzioni oltre che quale norma che permetterebbe al giudice penale di graduare la pena così che, quest’ultima, sommata alla sanzione già irrogata, non risulti eccessiva rispetto alla gravità del reato.

In tal senso, il giudice nazionale è chiamato ad esercitare un potere discrezionale quale il giudizio di proporzionalità, che necessariamente deve fare riferimento ai criteri di cui all’art. 133 c.p., indipendentemente dalla circostanza che il potere di valutare la proporzionalità del cumulo debba essere prerogativa dei giudici di merito ovvero possa anche essere esercitato dai giudici di legittimità, trattandosi di una norma chiave di portata generale valida per l’esercizio del potere discrezionale, anche al di fuori della irrogazione della pena in senso stretto.

Il giudice, quindi, ai fini della valutazione della gravità del reato, ai sensi dell’art. 133 primo comma c.p., dovrà ricorrere ai criteri in esso previsti: la natura, la specie, i mezzi, l’oggetto, il tempo, il luogo, ogni altra modalità dell’azione, la gravità del danno e l’intensità dell’elemento soggettivo.

La Cassazione, in virtù dell’assunto che i giudici di legittimità hanno la facoltà di svolgere direttamente il giudizio di proporzionalità (a condizione che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto) ricorrendo ai criteri previsti dall’art. 133 c.p., ha ritenuto che nella fattispecie concreta fosse stato rispettato il criterio della proporzionalità, giungendo a tali conclusioni all’esito di un’ampia valutazione delle sanzioni amministrative e delle pene concretamente irrogate, escludendo che si fosse in presenza di una violazione del divieto di bis in idem sul solo presupposto che le varie sanzioni erano state irrogate nel minimo edittale.

***16) Sentenze nn. 102/2016 e 43/2018 della Corte costituzionale***

In conseguenza delle numerose pronunce delle Corti europee in materia di *ne bis in idem*, alcuni giudici ordinari italiani hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede una preclusione all’avvio o alla continuazione del processo penale in presenza di un provvedimento definitivo che commini, per gli stessi fatti, una sanzione formalmente amministrativa, ma espressiva di una gravità assimilabile a quella di una sanzione penale.

La Consulta, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità così prospettata, evidenzia l’impossibilità di un in proprio intervento additivo, dal momento che il sistema che ne scaturirebbe finirebbe per essere fondato sulla mera casualità; in altre parole, in assenza di meccanismi codificati di coordinamento tra procedimenti penali e procedimenti amministrativi sanzionatori verrebbe a prevalere, sempre e comunque, il procedimento che sia stato avviato, o concluso, per primo, a prescindere da un confronto tra la gravità delle relative fattispecie.

Pertanto, la Corte costituzionale, pur non negando il problema lasciato aperto dalle pronunce sovranazionali e dalla loro difficile integrazione con le forme procedimentali tradizionali dell’ordinamento italiano, ha rimesso la soluzione del problema alla discrezionalità del legislatore nazionale.

La problematica appena illustrata, come già evidenziato in precedenza, si è posta con particolare attenzione nell’ordinamento italiano, stante l’evidente inidoneità dell’art. 649 c.p.p. a fornire uno strumento idoneo alla disciplina del contrasto tra meccanismo legislativo del doppio binario sanzionatorio e divieto di bis in idem. Questa inidoneità è stata riscontrata in parte dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 102 del 2016, è stata chiamata a valutare la conformità a Costituzione della indicata norma processuale, nella parte in cui essa non preclude l’avvio di un processo penale a fronte di un provvedimento sanzionatorio, afferente alla materia penale delineata dalla Corte di Strasburgo, per i medesimi fatti.

La questione della violazione del *ne bis in idem* è stata infatti dichiarata inammissibile dal Giudice delle leggi, in quanto l’accoglimento della stessa avrebbe determinato delle conseguenze non accettabili sul piano sistematico. In particolare, si sarebbe finito per rendere definitivo e irretrattabile il provvedimento reso per primo, a prescindere dal fatto che a pronunciarlo fosse stata un’Autorità amministrativa ovvero giurisdizionale ed a prescindere dalla natura amministrativa ovvero penale della sanzione comminata, abbandonando così la regolazione dei rapporti tra procedimenti *stricto sensu* penali e procedimenti sanzionatori amministrativi alla mera casualità.

La Corte, così decidendo, ha evidenziato la necessità di un coordinamento normativo, possibilmente stabilito *ex ante* e in astratto, tra i vari procedimenti aventi ad oggetto il medesimo fatto, onde attribuire prevalenza a quello che esprima il maggior disvalore sociale e, dunque, verosimilmente, al procedimento penale.

La questione è, da ultimo, stata nuovamente posta all’attenzione della **Consulta**, che, con **l’ordinanza n. 43 del 2018**, la quale ha però rimesso gli atti al Giudice *a quo*, chiedendogli di rivalutare la necessità della sollevata questione di legittimità costituzionale, alla luce del mutamento della giurisprudenza europea in materia di “*ne bis in idem*” processuale di cui sopra si è dato conto.

Con tale statuizione[[86]](#footnote-86) si è evidenziato come, il ne bis in idem convenzionale ha cessato di essere una regola inderogabile che consegue alla sola presa d’atto circa la definitività del primo procedimento, giacché viene subordinato ad un apprezzamento del singolo giudice in ordine al nesso che lega i procedimenti, poiché in presenza di una significativa connessione tra il giudizio amministrativo e quello penale è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell’altro.

La Corte ha inoltre sostenuto che tra i criteri maggiormente in evidenza per affermare o negare il legame materiale emerge quello che si riferisce all’entità della sanzione complessivamente irrogata, dal momento che, se la prima sanzione è ritenuta modesta sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del predetto legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all’applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risulti sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato ed il divieto di bis in idem pienamente operante.

I Giudici delle leggi hanno dunque avallato la lettura del principio che si è venuta a delineare a partire dalla sentenza “*A. e B. contro Norvegia*”, affermando che qualora il giudice a quo (al quale sono stati rimessi gli atti) ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire una violazione del divieto di bis in idem, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell’ordinamento alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto, incidendo sull’art. 649 c.p.p.

La Consulta[[87]](#footnote-87) in definitiva, ha ritenuto l’art. 649 c.p.p. conforme a costituzione nella misura in cui il giudice nazionale ha la possibilità di verificare la sussistenza di una *sufficiently close connection in substance e time*, facendo quindi propri i dettami ermeneutici chiariti dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. contro Norvegia.

***17) Conclusioni e prospettive di sviluppo dell’ordinamento nazionale***

Tirando le fila del discorso che si è venuto svolgendo, non sembra potersi negare come l’affermazione, a livello europeo, di una tutela sempre più piena e omnicomprensiva del generale principio che vieta il c.d. “*bis in idem*” comporti dei notevoli problemi di adattamento alle categorie interne.

I maggiori problemi si rinvengono certamente sul piano processuale, dove si evidenzia chiaramente l’insufficienza dei rimedi e degli strumenti messi a disposizione dall’ordinamento vigente, anche per mezzo di un eventuale intervento additivo della Corte costituzionale. In particolare, il Giudice penale che si trovi a dover giudicare su fatti già puniti in sede amministrativa con una sanzione sostanzialmente penale e in assenza dei requisiti di legittimità del “doppio binario” sanzionatorio verrebbe a trovarsi nell’impossibilità di chiudere il processo dinanzi a sé instaurato, esponendosi così alla violazione di norme euro-unitarie o della Cedu, con conseguente responsabilità, sul piano internazionale, dello Stato italiano.

La soluzione del problema sembrerebbe quindi essere demandata al legislatore, il quale si troverebbe tuttavia a scegliere tra una pluralità di soluzioni possibili, potendo optare per la prevalenza del procedimento che sia stato avviato per primo ovvero del procedimento che per primo sia addivenuto a un provvedimento definitivo ovvero ancora per la prevalenza, sempre e comunque, del procedimento penale, anche se avviato e concluso per secondo. In quest’ultima ipotesi, si porrebbe peraltro la necessità di elidere gli effetti del provvedimento sanzionatorio amministrativo precedentemente adottato, anche in questo caso con una varietà di soluzioni possibili: così, potrebbe permettersi al Giudice penale di pronunciare una sentenza che travolga gli effetti del precedente provvedimento amministrativo oppure, in alternativa, potrebbe prospettarsi un’ipotesi di annullamento doveroso in autotutela.

Il problema appare certamente di più agevole soluzione nel caso in cui si tratti di dover decidere su una sanzione amministrativa, a seguito della pronuncia di un giudicato penale sui medesimi fatti che abbiano portato alla sanzione in parola, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione che sopra si è richiamata.

Senonché, anche questa soluzione non appare pienamente soddisfacente, fondandosi su presupposti, quali l’assoluzione per omessa o insufficiente prova dei fatti contestati e la partecipazione, in veste di parte civile, dell’Autorità amministrativa procedente, nella specie la Consob, al previo processo penale, che non sembrano suscettibili di essere generalizzati alla totalità dei casi astrattamente prospettabili.

Una possibile via d’uscita alla problematica che si è venuta delineando potrebbe invero essere rappresentata dalla recente svolta giurisprudenziale[[88]](#footnote-88) della Corte EDU, che, come si è visto, ammette la possibilità di un cumulo tra sanzioni formalmente penali e sanzioni amministrative, a patto che sia rispettata quella stretta connessione “*in substance and in time*” di cui sopra si è dato conto.

Tuttavia, anche la concreta ed effettiva realizzazione di una siffatta connessione pone delle questioni non certo trascurabili di tenuta del sistema. Così, ad esempio, l’acquisizione, in sede penale, di tutti gli elementi istruttori raccolti nel procedimento amministrativo teso all’adozione di un provvedimento sanzionatorio potrebbe incontrare un serio ostacolo nei principi informatori del sistema processul-penalistico, che impongono che la prova debba formarsi nel processo, nel contraddittorio tra tutte le parti.

Inoltre, ci si potrebbe domandare se la connessione di cui parlano i giudici europei debba necessariamente realizzarsi sul piano dell’accertamento oppure se siano sufficienti quegli strumenti normativi e quegli istituti che già oggi consentono agli elementi di prova raccolti in sede amministrativa di entrare, se non propriamente nel processo, perlomeno nel procedimento penale, in sede di indagini preliminari. Si pensi, in particolare, all’art. 187-*decies* del D.lgs. n. 58 del 1998, il c.d. TUF, che impone alla Consob di trasmettere al Pubblico ministero che indaghi per gli stessi fatti o per fatti contigui gli elementi raccolti nell’ambito della propria istruttoria, con possibilità, peraltro, di costituirsi come parte nel successivo processo penale.

Infine, non ci si può nascondere il rilevante tema della definizione di forme e procedimenti di raccordo tra le Autorità amministrative indipendenti che siano investite, a fini sanzionatori, della conoscenza dei medesimi comportamenti di fatto.

In particolare, potrebbero prospettarsi meccanismi di “*disclosure*” o, comunque, di messa in comune, tra diverse Autorità amministrative, delle acquisizioni e delle informazioni ottenute nello svolgimento della normale attività di accertamento e di irrogazione delle conseguenti sanzioni amministrative da parte di una o di alcune di esse.

**Elena Berto**

Tirocinante

presso il Consiglio di Stato

Pubblicato il 2 maggio 2019

1. Bernardi, “*Europeizzazione del diritto e della scienza penale*”, Giappichelli, Torino, 2004. Bernardi, “*Principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*”, in Riv. dir. Pubbl. com., 2002. Bernardi, “*sulla opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali”, in Foffani, “Diritto penale comparato, europeo, ed internazionale: prospettive per il XXI secolo*”, in Studi in onore di Romano, *Jovene editori*, Napoli, 2011, Volume IV. Bernardi, “*l’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*”, in Riv. it. Dir. E proc. Pen., 2008. Bin, Caretti, Pitruzzella, “*Profili costituzionali dell’Unione europea*”, Bologna, il Mulino, 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dall'analisi della giurisprudenza europea è possibile notare come le Corti sovranazionali valorizzino criteri sostanzialistici, giacché questi risultano essere l’unico modo per trovare a livello europeo un elemento comune tra ordinamenti giuridici statali diversi. Così operando, tuttavia, il ne bis in idem e il concetto di sanzione sostanzialmente "penale" pongono ovviamente problemi di compatibilità con il sistema legislativo e costituzionale italiano che, invece, si rifà come solitamente si rifanno gli ordinamenti nazionali, a criteri nominalistici e di legalità formale. Gli artt. 1 e 199 del Codice penale italiano e l'art. 25 della Costituzione, infatti, collegano la nozione di illecito penale a un criterio di stretta legalità formale: una sanzione è penale se essa è prevista come tale da una norma di legge. La discrasia vigente tra interpretazione delle Corti europee e principio di legalità formale interno ha creato un inevitabile conflitto giurisprudenziale con i giudici nazionali, specie di legittimità, restii ad accogliere i principi sostanzialistici europei. A tal proposito, numerose sono state le decisioni della Corte di Cassazione contrarie a ogni ipotesi di "contaminazione" del paradigma legale di illecito penale. Tale contrasto ha causato ripetuti rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, oltre ad aver contribuito a sollevare varie questioni di legittimità costituzionale per violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost. [↑](#footnote-ref-2)
3. Per una prospettiva storica della disciplina degli abusi di mercato si rinvia alla consultazione di Sorbello, “*Il bis in idem nell’ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*”, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, n.3, pg. 83 e ss. ed anche Mucciarelli, “*Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*”, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 agosto 2018. [↑](#footnote-ref-3)
4. Si tratta del noto *leading case* della Corte EDU del 4 marzo del 2014 (ricorso n.18640/10), Grande Stevens e altri c. Italia. Per un commento alla sentenza si rinvia a Allena “*Il caso grande Stevens contro Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*”, in Giorn. Dir. Amm., 2014, n. 11, pg. 1053 e ss.; De Amicis, “*Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell’ordinamento italiano*”, in [www.penalecontemporaneo,it](http://www.penalecontemporaneo,it), 2014 nn. 3 e 4, pg. 201 e ss; Guizzi, “*La sentenza CEDU del 4 marzo 2014 ed il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*”, in Corr. Giur., 2014, n. 11, pg. 1321 e ss; Lavarini, “*Corte europea dei diritti dell’uomo e ne bis in idem: la crisi del doppio binario sanzionatorio*”, in Dir. Pen. e Processo, 2014, n.12, pg. 82 e ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Per un ulteriore commento della sentenza Grande Stevens, si veda Monalenti, “*Abusi di mercato e procedimento CONSOB: il Caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*”, in Giur. Comm., 2015, n. 3, pg. 478 e ss. [↑](#footnote-ref-5)
6. Si tratta della sentenza della Corte EDU, Grande Chambre, del 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia. Per una puntuale analisi si veda Viganò, “*La Grande Camera della Corte di strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Fatta, “*Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della grande camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*”, in Giurisprudenza penale WEB, 2017 n.1; Menardo, “*Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria. Analisi de jure condito e riflessioni de jure condendo*”, in Dir. Prat. Trib., 2018, n.5. [↑](#footnote-ref-6)
7. Nella giurisprudenza di legittimità nazionale, i criteri cui occorre fare riferimento per valutare la sussistenza della clausola “***sufficiently close connection in substance and in time***” sono stati oggetto di una lunga riflessione ed analisi. In tal senso, sotto il profilo del “nesso materiale”, occorre fare riferimento: 1) al perseguimento, da parte dei procedimenti sanzionatori, di scopi differenti e del loro tenere conto di profili diversi della medesima condotta antisociale; 2) alla prevedibilità del doppio giudizio; 3) alla conduzione dei procedimenti, così da evitare la duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove; 4) alla proporzione complessiva della pena; 5) all’appartenenza delle fattispecie in oggetto al “nucleo duro del diritto penale”. Sotto il profilo temporale, occorre fare riferimento alla presenza di un collegamento di natura cronologica tra i procedimenti, che devono essere sufficientemente vicini nel senso di non protrarsi eccessivamente nel tempo, affinché la persona sottoposta alla giustizia non sia “sotto processo” per un periodo temporale irragionevolmente prolungato. [↑](#footnote-ref-7)
8. Le sentenze cui si fa riferimento sono le pronunce scaturenti dalle **cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. c. CONSOB (C-573/16), e Di Puma e Zecca c. CONSOB (C-596/16 e C-597/16)**, in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018, con nota di Galluccio, “*La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*”. Per un maggiore approfondimento, si veda anche Consulich, “*Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice euro-unitario*”, in Dir. e Processo, 2018 n.7, pg. 949 e ss., oltre che, Recchia “*Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’UE, in materia di ne bis in idem*”, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it). [↑](#footnote-ref-8)
9. Per un commento all’art. 50 della Carta di Nizza si rinvia a Amalfitano, D’Ambrosio “*Art. 50 CDFUE e diritto a non essere punito e giudicato due volte per lo stesso reato*”, in Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini “*Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*”, Milano, 2017, pg. 1016 e ss. A tal proposito, è opportuno rilevare che l’art. 50 CDFUE incorpora il contenuto dell’art. 4 Protocollo 7 addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in forza della clausola di equivalenza dell’art. 53 comma 3 della Carta di Nizza: “*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*.” [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte di Giustizia UE, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, 26 febbraio 2013, causa C-617/10. [↑](#footnote-ref-10)
11. In tal senso, è opportuno sottolineare come, con la sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 15 Novembre 2016, A e B c. Norvegia, si è statuito che gli Stati membri possono legittimamente scegliere “*risposte giuridiche complementari di fronte ad alcuni comportamenti giuridici inaccettabili*” attraverso procedure diverse che possano formare “*un insieme coerente in maniera tale da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione a condizione che tali risposte giuridiche tra di loro combinate non rappresentino un onere eccessivo*”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Cost. 2 marzo 2018, n. 43, in Cass. pen., 2018 n. 6, pg. 1940 e ss. con nota di Aprile “*Osservazioni*”; si veda inoltre Pepe “*La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*”, in Giur. Cost., 2018, n.2, pg. 520 e ss.; Tripodi “*Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*”, in Giur. Cost., 2018, n.2 pg. 530 e ss. [↑](#footnote-ref-12)
13. Con riferimento al parziale mutamento giurisprudenziale intervenuto a seguito della sentenza A. e B. c. Norvegia della Corte di Strasburgo, con particolare riferimento all’ammissibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria nel caso di stretta connessione materiale e temporale tra i due procedimenti, si prendano in considerazione gli scritti di Viganò “*La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*” e Viganò “*Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*”, in [www.dirittopenalecontemporaneo](http://www.dirittopenalecontemporaneo). Si veda inoltre Bontempelli “*Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee tra ne bis in idem processuale e sostanziale*”, in Arch. Pen., 2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. La Corte di Cassazione è intervenuta per la prima volta, a seguito delle rilevanti pronunce della Corte di Giustizia UE 20 marzo 2018 (*Cause Menci, Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca*), in tema di ne bis in idem nei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo. La Corte ha ritenuto correttamente che le valutazioni attinenti alla proporzionalità del cumulo sanzionatorio possano essere compiute anche dai giudici di legittimità, a condizione che non risultino necessari ulteriori accertamenti di fatto, ricorrendo ai criteri di cui all’art. 133 c.p. La sentenza de quo, ponendosi in linea con la più recente giurisprudenza di Strasburgo e Lussemburgo, sembra aver notevolmente ridimensionato la portata del principio del ne bis in idem. [↑](#footnote-ref-14)
15. La sentenza in commento è la prima decisione della Cassazione intervenuta in materia di bis in idem dopo le rilevanti sentenze della Corte di Giustizia UE del 20 marzo 2018. In tal senso, il caso in esame trae origine da un ricorso proposto avverso una decisione della Corte di appello di Milano con la quale gli imputati erano stati dichiarati responsabili del reato di manipolazione del mercato, ai sensi dell’art. 185 del D. Lgs. n. 58 del 1998. I ricorrenti, in particolare, hanno lamentato una violazione del principio del ne bis in idem, giacché gli imputati erano precedentemente stati sanzionati in via amministrativa per l’illecito previsto e punito ex art. 187 ter T.U.F. Dunque, la decisione è intervenuta in materia di intermediazione finanziaria, con specifico riferimento al delitto di manipolazione del mercato. Tali disposizioni sono state oggetto di una modifica da parte del D. Lgs. n. 107 del 2018, in attuazione della Direttiva 2014/57 UE, a seguito della quale, in materia di abusi di mercato, sono state introdotte alcune sanzioni amministrative di natura interdittiva, caratterizzate da un notevole carattere afflittivo, le quali dovranno essere valutate dai giudici nazionali quando siano chiamati a valutare la proporzionalità del cumulo delle sanzioni rispetto alla gravità del fatto commesso. [↑](#footnote-ref-15)
16. La Giurisprudenza di legittimità in materia di giudizio di proporzionalità delle sanzioni oggetto del cumulo del doppio binario sanzionatorio rispetto alla gravità del fatto, nel rinvenire la norma fondante tale giudizio nell’art. 133 c.p., ha statuito che si deve dare luogo ad un annullamento senza rinvio ex art. 620 c.p.p., giacché tale strumento processuale deve essere utilizzato quando sia ritenuto superfluo il rinvio e quando all’esito di valutazioni discrezionali si ritenga che la causa possa essere decisa alla stregua di elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti. [↑](#footnote-ref-16)
17. In generale, le condizioni alla luce delle quali l’interprete è chiamato a verificare la violazione del principio del ne bis in idem processuale sono: 1) l’identità del soggetto coinvolto nei due procedimenti; 2) l’inerenza alla “materia penale” dei fatti contestati nei due procedimenti, giacché le sanzioni irrogate con i due procedimenti devono essere configurabili come penali (se non formalmente, almeno sostanzialmente); 3) l’identità del fatto contestato in entrambi i due procedimenti (c.d. idem factum); 4) sussistenza di una pronuncia definitiva di assoluzione o condanna relativamente ad uno dei due procedimenti; 5) la sufficiente e stretta connessione temporale e sostanziale tra i due procedimenti, dal momento che è necessario che i due procedimenti gravanti sul medesimo soggetto (l’uno penale e l’altro amministrativo) procedano paralleli, senza alcuna interconnessione o interdipendenza. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cartabia, “*L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*”, Bologna, Mulino, 2007. Cartabia, “*Unità nelle diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali*”, Milano, Giuffrè, 2005. Cartabia, “*Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti e giudici*”, in Giur. Cost. 2007. [↑](#footnote-ref-18)
19. In altre parole, quando la violazione del diritto fondamentale importa una lesione sia delle garanzie costituzionali che della CDFUE, la Corte, nel rivendicare la priorità dello strumento del sollevamento della questione di legittimità costituzionale rispetto a quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE, afferma che: “*laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE****”.***  [↑](#footnote-ref-19)
20. Canestrari, Foffani, “*Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*”, Milano, Giuffrè, 2005. Cannizzaro, “*Diritto dell’integrazione dell’Unione europea*”, Giappichelli, Torino, 2013. [↑](#footnote-ref-20)
21. La Consulta, per avvalorare la sua tesi della natura prioritaria dello strumento del sollevamento della questione di legittimità costituzionale, richiama le parole della stessa Corte di giustizia, avendo questa in passato affermato che “*il diritto dell’Unione non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Per una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di identità del fatto e bis in idem, si prendano in considerazione i seguenti scritti: Bignami “Identità del fatto e ne bis in idem”, in *Il libro dell’anno del diritto* 2017, [www.treccani.it](http://www.treccani.it); Lavarini “*Il fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e CEDU: la Corte Costituzionale alla ricerca di un difficile equilibri*o”, in Proc. Pen. e giust. 2017, n.1, pg. 60 e ss. [↑](#footnote-ref-22)
23. Per un commento esaustivo della disposizione normativa di cui all’art. 649 c.p.p. si veda Iovino “*sub art. 649 c.p.p.”* a cura di Giarda e Spangher “*Codice di procedura penale commentato*”, III, Milano, 2017 pg. 9 e ss.; Marinelli, “*sub art. 649 c.p.p*.” in Conso e Illuminati, “*Commentario breve al codice di procedura penale*” Padova, 2015, pg. 2840 e ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. Per un approfondimento della tematica della nozione del concetto di medesimo fatto e delle relative evoluzioni nella giurisprudenza nazionale ed europea, si prenda in considerazione la nozione di idem factum adottata dalla Corte di Strasburgo a partire dalla sentenza della Grande Camera del 10 febbraio 2009 nel caso *Zolotoukine contro Russia*, vale a dire quella di “**medesimo fatto storico naturalistico**”. In particolare, per quanto concerne i riflessi che tale nozione di medesimo fatto storico naturalistico in ambito europeo hanno avuto nella giurisprudenza nazionale costituzionale, si veda anche Corte Cost. del 21 luglio 2017 n. 200, in Giur. cost. 2016, n. 4. pg. 1420 e ss. con nota di Vicoli “*Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte Costituzionale delinea i nuovi equilibri*”, in Giur. cost., 2016, n.6 pg. 2466 e ss. [↑](#footnote-ref-24)
25. Una delle principali condizioni che la giurisprudenza sovranazionale ritiene necessarie al fine di integrare una violazione del ne bis in idem è che i due procedimenti abbiano ad oggetto la stessa condotta, gli stessi fatti sostanziali e gli stessi soggetti. Sotto quest'aspetto è stato valorizzato un approccio sostanzialistico. Rilevante in tal senso è la pronuncia Zolotukhin c. Russia, in cui è stato definito il concetto di *same offence*, ossia dell'idem factum, poi costantemente confermato dalla giurisprudenza successiva: secondo i giudici di Strasburgo, il metro di giudizio per verificare se i fatti oggetto dei due procedimenti (penale e amministrativo) siano gli stessi, è la valutazione delle concrete circostanze di fatto e non l'astratta previsione legislativa. Inoltre, in aggiunta all'idem factum, il ne bis in idem presuppone che le due sanzioni siano irrogate nei confronti dell'*eadem* persona. In generale, secondo la Corte, il principio non può applicarsi in caso di dualità di procedimenti per gli stessi fatti quando le sanzioni tributarie siano irrogate a un ente e il procedimento penale venga, invece, promosso nei confronti di una persona fisica, anche se questa è la legale rappresentante del primo. In casi simili, in assenza dell'eadem persona, non è applicabile il ne bis in idem. In Italia, ciò è espressamente previsto dall'art. 7 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, che dispone che "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica", mentre quelle penali sono sempre a carico della persona fisica.

    Ciò posto, è opportuno ribadire come, ai fini dell'applicazione del ne bis in idem, è necessaria l'identità della condotta e del soggetto nei diversi procedimenti penale e amministrativo. Non può invece applicarsi il principio quando le sanzioni tributarie siano imposte a un ente, mentre il procedimento penale sia promosso contro una persona fisica, anche se quest'ultima è legale rappresentante della prima. [↑](#footnote-ref-25)
26. Bindi, Pisaneschi, “*La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*”, in Giorn. di dir. amm., 2019, 1. Boncompagni, “*Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*”, in Dir. Pen. E Processo, 2019, n. 3, pg. 397 e ss. Cadoppi, Veneziani, “*Elementi di diritto penale”, Parte generale,* sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015. Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, “*Diritto penale dell’economia*”, Tomo II, Reati societari, fallimentari, finanziari, bancari, tributari. Torino, UTET, 2016. Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, “*Trattato di diritto penale. Il diritto penale e la legge penale*”, parte generale, Volume I, Tomo I, UTET, Torino, 2012. [↑](#footnote-ref-26)
27. Per una compiuta analisi degli istituti del concorso apparente di norme e concorso reale di reati (formale e materiale), si vedano Mantovani “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015; Marinucci Dolcini “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Ramacci “*Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015; Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Musco, Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016; Pulitanò “*Diritto penale*”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015; Cadoppi, Veneziani, “*Elementi di diritto penale*”, parte generale, sesta edizione, Padova, CEDAM, 2015; Fiandaca, Musco, “*Diritto penale*”, parte generale, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014; Fiorella, “*La legge penale e la sua applicazione. La struttura del diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. [↑](#footnote-ref-27)
28. Grosso, Pellissero, Petrini, Pisa, “*Manuale di diritto penale*”, parte generale, seconda edizione, Giuffrè Milano, 2017. Lanzi, Aldovrandi, “*Diritto penale tributario*”, Seconda edizione, CEDAM, Padova, 2017. Mantovani, “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015. Mantovani, “*Principi di diritto penale*”, seconda edizione, CEDAM, Padova, 2007. Manzini, “*Trattato di diritto penale italiano*”, Volume III, Torino, UTET, 1934. Marinucci, E. Dolcini, “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Musco, F. Ardito, “*Diritto penale tributario*”, Terza edizione, Zanichelli, Bologna, 2016. Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012. Pagliaro, “*Principi di diritto penale”, quarta edizione, Milano, Giuffrè, 1993. -F. Palazzo, “Corso di diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in Arc. pen., 2018, 9. Pulitanò, “*Diritto penale”, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2015. Ramacci,* *“Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015. Ramponi, “*Diritto penale dell’economia*”, Torino, Giappichelli, 2017. [↑](#footnote-ref-28)
29. Qualora non possa configurarsi il concorso apparente di norme (per via della impossibilità di rinvenire un’unica norma applicabile sulla base dei principi di specialità, sussidiarietà e consunzione), le fattispecie astratte di reato concorrono tra di loro, e, dunque, si sarà in presenza di un concorso reale di reati (omogeneo od eterogeneo), il quale può assumere la valenza di concorso: a) formale, quando alla pluralità delle fattispecie di reato si sia dato vita attraverso una sola azione od omissione; b) materiale, quando si sia in presenza di una pluralità di azioni od omissioni. Nel caso di concorso materiale di reati, si applica il c.d. cumulo materiale; nell’ipotesi di concorso formale si applicherà il c.d. cumulo giuridico di cui all’art. 81 c.p. [↑](#footnote-ref-29)
30. Conti, Giarda, Marandola, Spangher, Tonini, Varraso, “*La nuova giustizia penale tributaria. I reati ed il processo”, Collana: “Problemi attuali della giustizia penale*”, a cura di Giarda, Perini, Varrano, CEDAM, Padova, 2016. D’Avirro, Giglioni, D’Avirro, “*Reati Tributari e sistema normativo europeo. La Riforma della frode discale e della dichiarazione infedele*”, CEDAM, Padova, 2017. Daniele, “*La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione europea, CEDU, e sistemi nazionali*”, in Dir. Pen. Cont., 6/aprile/2016. Delli Priscoli, *Ne bis in idem e diritto vivente europeo (Nota a Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43, C. S.)*, Giust. pen., 2018, 1. Desana, “*Ne bis in idem: l’infinito dialogo tra corti e legislatore*”, in Giur. it., 2019, 2. Donini, “*Europeismo giudiziario e scienza penale*”, Milano, Giuffrè, 2011. Fiandaca, E. Musco, “*Diritto penale*”, Parte generale, settima edizione, Zanichelli, Bologna, 2014. Fiorella, “*La legge penale e la sua applicazione. La struttura del diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Fiorella, “*Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*”, Giappichelli, Torino, 2016. Gaito, “*Codice di procedura penale e leggi complementari*”, Dike giuridica, 2017. Gaito, Chinnici, “*Regole europee e processo penale”*, Padova, CEDAM, 2016. Gallo, “*Diritto penale italiano. Appunto di parte generale*”, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2015. [↑](#footnote-ref-30)
31. Rocco, “*Corso di diritto penale*”, quinta edizione, a cura di Guerrini, Torino, Giappichelli, 2013. Ronco, “*Legalità penale e processuale*”, in Arch. Pen. N.2 del 2017. Ronco, “*Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposto oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*”, seconda edizione, Zanichelli, Bologna, 2011. Ronco, “*Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*”, Zanichelli, Bologna, 2006.

    Trapani, “*Costituzione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*”, in Arch. Pen. n. 1 del 2017. [↑](#footnote-ref-31)
32. Marinucci Dolcini “*Corso di diritto penale*”, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, 2012; Ramacci “*Corso di diritto penale*”, quarta edizione, a cura di Guerrini, Giappichelli, Torino, 2015; Padovani, “*Diritto penale*”, decima edizione, Milano, Giuffrè, 2012. [↑](#footnote-ref-32)
33. Non può non rilevarsi in tale sede come molteplici siano le perplessità da parte della comunità degli interpreti riguardo le impostazioni di carattere "valutativo". Si fa qui riferimento a criteri come quello di sussidiarietà, o consunzione, ante-fatto o post-fatto non punibili, progressione criminosa e altri di analogo tenore. Ma anche al criterio, ancor diffuso in giurisprudenza, secondo il quale il presupposto del concorso apparente (la "medesima materia" di cui tratta l'art. 15 c.p.) sarebbe determinato da una corrispondenza qualitativa tra oggettività giuridiche. Quando l’interprete viene svincolato dall’obbligo della presa in considerazione degli elementi strutturali del fatto tipico "astratto", e gli viene attribuito il compito di decidere altrimenti l'ambito di operatività di norme incriminatrici, è come se si desse luogo ad un giudizio di tipicità squisitamente sostanzialistico, nel quale assume un ruolo preponderante l'equità del giudice, la quale risulta orientata dallo "spirito" della legge penale, nonché svincolata da ogni parametro di legalità formale. Un modello che viene normalmente, e giustamente, ripudiato dalla dottrina penalistica quando si tratti di orientare l'applicazione di singole fattispecie criminose, e che dunque non si capisce perché mantenga tanto seguito quando si ragioni, invece, delle interferenze applicative tra più fattispecie criminose. Tali meccanismi sembrano mettere altresì a repentaglio la certezza e l'uguaglianza del trattamento, e la legalità intesa come "prevedibilità", alla stregua dell'art. 7 Cedu. Tali impostazioni potrebbero persino condurre all'assurdo corollario che le stesse norme saranno o non saranno tra loro in concorso apparente a seconda dei fatti considerati, e del loro disvalore in concreto di volta in volta "misurato", sia pure alla stregua di unità di misura che si asseriscono tratte dalla norma penale. [↑](#footnote-ref-33)
34. Secondo parte della comunità degli interpreti, i criteri di consunzione, sussidiarietà ed ante-fatto o post-fatto non punibile, contrastano con l'art. 25 Cost. e l'art. 7 Cedu perché non sono chiaramente riconosciuti da alcuna disposizione di legge. Le regole in punto di concorso di norme e di reati (e di pene) devono fondarsi anch'esse su indicazioni legislative, ancorché di carattere elastico, giacché si tratta di precetti "di parte generale", visto che vanno a completare la valutazione circa il rilievo penale di una condotta. [↑](#footnote-ref-34)
35. Mantovani “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015; [↑](#footnote-ref-35)
36. Mantovani, “*Diritto penale*”, nona edizione, Padova, CEDAM, 2015. Mantovani, “*Principi di diritto penale*”, seconda edizione, CEDAM, Padova, 2007. Manzini, “*Trattato di diritto penale italiano*”, Volume III, Torino, UTET, 1934. [↑](#footnote-ref-36)
37. A parere di taluna parte della dottrina, infine, i criteri diversi da quello di specialità conducono ad esiti sempre manipolabili, scientificamente impraticabili: questa risulta essere una critica decisiva, la cui fondatezza può essere empiricamente dimostrata ripercorrendo i liberi ondeggiamenti della giurisprudenza che a quei metodi si rifà. Adottando una prospettiva “valoriale” sovente potrà sostenersi ogni soluzione, e quella contraria, con scarsa resistenza alle "suggestioni" promananti, dal "caso concreto" e dalla sua contingente connotazione valoriale. In tal senso, a voler prender in considerazione in modo puntuale i criteri valoriali, si potrebbe negare un concorso apparente persino tra disposizioni in rapporto di specialità unilaterale, solo perché volte a salvaguardare differenti beni giuridici, come ad es. l'appropriazione indebita e il peculato.

    Per un approccio ermeneutico critico al sistema dei criteri “sostanzialistici e valoriali” si veda Vallini, “*Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*”, in Dir. Pen. e Processo, 2018 n 4 pg 525., il quale afferma che: “*Quando si intende riconoscere una "medesimezza di materia", o comunque una consunzione di un disvalore nell'altro, o una sussidiarietà di scopi di tutela, basterà enfatizzare gli elementi di contiguità o sovrapposizione (sempre presenti), asserendo che essi siano sintomatici di una pur relativa coincidenza di oggettività giuridica. Diversamente, qualora si intendesse, affermare la soluzione opposta, ben potranno essere valorizzati gli elementi di differenziazione (anch'essi sempre presenti). Il paradigma della "pluri-offensività", cui la giurisprudenza ricorre, incrementa ulteriormente gli spazi di libera discrezionalità dell'interprete. La proliferazione dei "beni giuridici" alla cui salvaguardia sarebbe finalizzata la singola fattispecie, aumenta le possibilità sia di affermare interferenze con gli orizzonti di tutela di altre norme incriminatrici, sia di sostenere (in senso invece favorevole al concorso di reati) che l'orientamento teleologico di certe figure di reato non sia propriamente coincidente con quello delle altre, in quanto volte, le prime, a salvaguardare beni "ulteriori" rispetto a quelli di cui si preoccupano le seconde*”. [↑](#footnote-ref-37)
38. Che "medesima materia" non potesse significare, ai sensi dell'art. 15 c.p., "medesimo bene giuridico" già veniva evidenziato da Antolisei, “*Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*”, in Giust. pen., 1942, II, 611. Quanto all'impossibilità di individuare il fondamento legale di altri parametri valoriali nell'ultima frase dell'art. 15 c.p., o di desumerlo "per analogia" da altri indici normativi, si veda Vallini, “*Concorso di norme e di reati, in Le forme di manifestazione del reato*”, a cura di De Francesco, Torino, 2011, pg. 299. [↑](#footnote-ref-38)
39. Antolisei, “*Manuale di diritto penale*”, parte generale, quattordicesima edizione, aggiornata da Conti, Milano Giuffrè, 2000. Antolisei, “*Manuale di diritto penale*”, Tredicesima edizione, a cura di C. F. Grosso. *Leggi complementari, Tomo II, reati fallimentari, reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambiente ed urbanistica. Responsabilità degli enti*. Edizione Giuffrè, Milano, 2014. Antolisei, “*Manuale di diritto penale*” quattordicesima edizione, a cura di C. F. Grosso. *Leggi complementari, reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*. Edizione Giuffrè, Milano, 2013. [↑](#footnote-ref-39)
40. Galantini, “*Il divieto di doppio processo come diritto della persona*”, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, pg. 97 ss; Caprioli, “*Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*”, in Giur. it., 2010, pg. 1183; Giovannini, “*Il principio del ne bis in idem sostanziale*”, in A. Giovannini, di Martino, Marzaduri (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, I, Diritto penale e processuale, Milano, 2016, pg. 1265. Galantini, “*Il fatto nella prospettiva del divieto di doppio giudizio*”, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, pg. 1209 ss.; Lozzi, “*Lineamenti di procedura penale*”, 8a ed.,Torino, 2017, pg. 451 s. [↑](#footnote-ref-40)
41. Gaito, “*Esecuzione*”, in Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam ed., 2006, pg. 940; Tonini, “*Manuale di procedura penale”*, Milano, Giuffrè ed., 201516, pg. 1059. [↑](#footnote-ref-41)
42. Per quanto concerne il principio del ne bis in idem sostanziale, avente fondamento giuridico negli artt. 15, 84, 61, 62 prima parte, 68, 581 comma2, c.p., consiste nella regola generale secondo cui è fatto divieto che il “medesimo fatto”, anche nel medesimo procedimento penale, 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 soggettivo. Per una compiuta disamina sul punto si veda Gaito “*introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*”, in Arch. Pen. 2017, n.1 pg.9. [↑](#footnote-ref-42)
43. Il principio del ne bis in idem processuale viene dedotto in via generale dagli artt. 24 e 111 Cost. (*Corte cost. 13 novembre 2000, ord. n. 501*), assumendo un’importanza pregnante in ambito penale, giacché si correla al valore del giudicato: Corte cost. n. 200/2016. Sempre sul tema del divieto di bis in idem sostanziale e processuale si veda Conso, “*I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*”, Milano, 1955, pg. 101; De Luca, “*Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*”, in Riv. proc. pen., 1960, pg. 198 ss.; Lozzi, “*Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*”, Milano, 1974, pg. 67 ss.; 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 Arch. pen., 2015, pg. 129 s. [↑](#footnote-ref-43)
44. Canzio, Cerqua, Luparia, “*Diritto penale delle società. Accertamento della responsabilità individuale e processo alla persona giuridica*”, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2016. Carnelutti, “*Teoria generale del reato*”, Padova, 1933. [↑](#footnote-ref-44)
45. Vassalli, “*I diritti generali del diritto nell’esperienza penalistica*”, in Riv. it. Dir. Proc. Pen., 1991. [↑](#footnote-ref-45)
46. Tripodi, “*Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi - Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale (Nota a Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, C. S.)*”, in Giur. cost., 2018. [↑](#footnote-ref-46)
47. La Cedu ha sostanzialmente affermato che, laddove due figure di illecito sanzionate in via penale si riferiscano al medesimo fatto, inteso nei termini proposti dalla decisione *Zolotukhin v. Russia*, siano, cioè, in grado di attribuire una duplice rilevanza, a diversi fini, a medesimi segmenti del fatto "storico" ulteriori rispetto alla sola condotta (la loro duplice applicazione condurrebbe a una duplicazione della riposta punitiva contrastante con parametri di ragionevolezza/proporzione e prevedibilità quale componente della legalità). Questa decisione, dunque, sembra offrire un neppure troppo indiretto sostegno a impostazioni che tentino di ricostruire il tema del ne bis in idem sostanziale muovendo, appunto, da principi di ragionevolezza, proporzione e legalità, per approdare al criterio della sussistenza o meno di profili fattuali sufficienti, in numero e qualità, a ritenere al contempo integrate plurime e distinte fattispecie criminose. [↑](#footnote-ref-47)
48. Casetta, Fracchia, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Giuffrè, Milano, 2018; Cerulli Irelli, “*Lineamenti di diritto amministrativo*”, Giappichelli, Torino, 2017; Clarich, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Il Mulino, Bologna, 2017. [↑](#footnote-ref-48)
49. Le ragioni della nascita delle figure delle Autorità amministrative indipendenti differiscono a seconda che si prenda in considerazione il contesto geo-politico dei paesi europei, ovvero degli USA. Infatti, mentre in America le Autorità indipendenti hanno segnato il passaggio da un regime di totale assenza di disciplina del mercato ad un contesto di “*regulation*”, diversamente, in Europa si è passati da un rigido modello dirigistico dell’economia (caratterizzato dal massiccio intervento dello Stato nell’economia) ad un modello neo-liberista, caratterizzato dalla privatizzazione dei settori economici in mano pubblica. Per un sapiente inquadramento della tematica in questione si veda Chieppa, Giovagnoli, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Giuffrè, Milano, 2018. [↑](#footnote-ref-49)
50. In Italia, pur mancando una disciplina organica del fenomeno, è possibile rinvenire varie ipotesi di Autorità indipendenti, a partire dalle più antiche, quali la Banca d’Italia (preposta alla tutela del risparmio) e la CONSOB (cui è stata attribuita funzione di vigilanza sui mercati mobiliari, di protezione degli investimenti e di garanzia della trasparenza informativa del mercato e della correttezza dei suoi operatori), fino ad arrivare alle Autorità di più recente origine, quali l’Autorità garante delle comunicazioni (AGICOM), l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), l’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, il Garante per la protezione dei dati personali, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), l’Autorità di regolazione dei trasporti. [↑](#footnote-ref-50)
51. Secondo il principio della tripartizione dei poteri di *Montesquieu*, esistono tre diversi centri dell’egemonia statale: 1) il potere legislativo di creazione delle norme (svolto dal Parlamento); 2) il potere governativo di esecuzione delle norme (svolto dal Governo e dalla P.A.); 3) il potere giudiziario di risoluzione delle controversie (spettante alla magistratura). Mentre il potere esecutivo è legittimato dalla fiducia del Parlamento (il quale trae il proprio fondamento di legittimazione dal sistema democratico rappresentativo di elezioni popolari) e, mentre, la magistratura è per “nozione costituzionale” indipendente, diversamente, le Autorità indipendenti si caratterizzano per un’autonomia rispetto al potere del governo, non codificata a livello normativo o costituzionale ed, inoltre, fuori escono altresì dal sistema di responsabilità delineato dall’art. 95 Cost. [↑](#footnote-ref-51)
52. La natura amministrativa delle Autorità indipendenti può riscontrarsi sia dall’analisi di dati normativi che giurisprudenziali, giacché l’art. 119 del c.p.a. fa espresso riferimento alla locuzione “Autorità amministrative indipendenti” e, inoltre, la Cassazione ha in varie occasioni escluso la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale ovvero para-giurisdizionale alle Autorità indipendenti, muovendo dall’assunto che l’ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione (*Corte di Cassazione civile, sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341*). [↑](#footnote-ref-52)
53. Per neutralità si intende indifferenza rispetto agli interessi in gioco; per imparzialità si intende invece l’assenza di discriminazione nei confronti dei soggetti destinatari dell’esercizio del potere amministrativo, il quale è volto al perseguimento dell’interesse pubblico, nell’ambito del bilanciamento tra gli interessi in gioco inerente alle scelte discrezionali amministrative. L’imparzialità è un vincolo costituzionale imposto dall’art. 97 cui soggiace l’intera attività di gestione della “res” amministrativa. La neutralità, invece, è avulsa da qualsiasi condizionamento politico e non soggiace al vincolo di prevalenza del miglior interesse pubblico, ma soprattutto non caratterizza l’intera attività amministrativa (comprensiva anche dell’attività di gestione), bensì solo l’attività di controllo, regolazione e sanzione. L’indipendenza si distingue dall’autonomia poiché la prima presuppone l’assenza di un rapporto e l’attribuzione di funzioni da svolgere senza condizionamenti di alcun tipo, mentre la seconda presuppone almeno un rapporto di equi-ordinazione. L’indipendenza delle Autorità, che si caratterizza per essere un’indipendenza dai poteri pubblici e dai poteri forti privati, è supportata dalla durata limitata e dalla revocabilità e rinnovabilità della carica dei componenti. [↑](#footnote-ref-53)
54. Il potere di nomina membri dell’AGCM è attribuito al Presidente delle Camere; per l’AGICOM e per il Garante della privacy è competente la Camera ed il Senato; per l’Autorità garante dell’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, per la CONSOB, per l’Autorità di regolazione dei trasporti e per l’ANAC è competente il Governo. [↑](#footnote-ref-54)
55. Casetta, F. Fracchia, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Giuffrè, Milano, 2018. Cerulli Irelli, “*Lineamenti di diritto amministrativo*”, Giappichelli, Torino, 2017. Cianferotti, “*Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza nazionale ed europea e il doppio binario tributario italiano*”, in Dir. e prat. Trib., 2019, 1. Clarich, “*Manuale di diritto amministrativo*”, Il Mulino, Bologna, 2017. [↑](#footnote-ref-55)
56. Nel Caso Menarini, l’AGCM comminava alla *società Menarini Diagnostics s.r.l.* una sanzione formalmente amministrativa (di carattere pecuniario) di 6 milioni di euro, contestando l’illecito di pratiche anticoncorrenziali lesive del buon funzionamento e buon andamento del mercato dei test diagnostici del diabete. I giudici amministrativi di primo e secondo grado, nel rigettare il ricorso della società avverso il provvedimento sanzionatorio, asserivano che lo scrutinio del giudice amministrativo avesse per oggetto soltanto la legalità del provvedimento, e pertanto incontrasse il limite della discrezionalità amministrativa, sindacabile soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere e, dunque, malgrado la legge attribuisse espressamente al GA il potere di valutare la proporzionalità della sanzione amministrativa, ed eventualmente rideterminarla (art. 23 della legge n. 689 del 1981, richiamato dalla legge sulla concorrenza n. 287 del 1990), non vi era dubbio che, in base ai principi generali, l'organo giurisdizionale non potesse sostituire le proprie valutazioni dei fatti a quelle dell'autorità indipendente, bensì soltanto verificare che la stessa avesse esercitato correttamente il proprio potere. Dopo aver adito invano le Sezioni Unite della Cassazione, la società Menarini ricorreva alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione del diritto ad un equo processo, sotto il profilo del mancato esame della fondatezza dell'accusa mossale dell'AGCM. La Corte di Strasburgo si interroga, preliminarmente, sull'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6 della Convenzione, dal momento che tale norma riserva alla materia penale il diritto all'esame sulla fondatezza dell'accusa, mentre nel caso di specie alla ricorrente era stata inflitta una sanzione formalmente amministrativa, di carattere pecuniaria, ancorché sostanzialmente penale. In tal senso, i giudici di Strasburgo affermano che, in base ai criteri stabiliti dalla sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* per la qualificazione delle misure sanzionatorie, benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano (primo criterio *Engels*), la loro qualificazione in termini penali discende dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati (secondo criterio), nonché dalla finalità repressiva e general-preventiva della sanzione inflitta, e dalla severità della stessa (terzo criterio). Nel merito, i giudici di Strasburgo rigettano il ricorso, affermando che non sarebbe possibile rinvenire una violazione dell’art. 6 comma 1 della CEDU, dal momento che la società ricorrente aveva beneficiato di una tutela di piena giurisdizione, non limitata al mero controllo di legalità, giacché il GA, dopo aver esaminato gli elementi di prova allegati dalle parti, aveva svolto un adeguato sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, oltreché una dettagliata analisi circa l'adeguatezza della sanzione ai rilevanti parametri, compresa la proporzionalità. [↑](#footnote-ref-56)
57. La questione del concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali e della compatibilità di questo con il principio del ne bis in idem è stata portata all’attenzione degli interpreti in varie occasioni. In particolare, in una vicenda concernente il comunicato pubblicato dalle due società controllanti della Fiat nell’agosto del 2005, ascritto alla condotta di manipolazione del mercato di cui all’art. 187 ter TUF (illecito amministrativo) e 185 TUF (illecito penale). In tale frangente erano stati avviati due procedimenti sanzionatori, da parte della CONSOB e della Procura di Torino, il primo volto alla irrogazione della sanzione amministrativa, il secondo volto all’instaurazione del processo penale. Il Procedimento CONSOB si era concluso con l’irrogazione di ingenti sanzioni amministrative di carattere pecuniario e, la sussistenza dell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato era stata confermata dalle pronunce della Corte di appello di Torino del 2008 davanti alla quale erano state impugnate le sanzioni della CONSOB. I successivi ricorsi per Cassazione contro le stesse furono rigettati dai giudici di legittimità nel 2009. Parallelamente veniva avviato un procedimento penale per le stesse condotte, ai sensi dell’art. 185 TUF, che si concludeva nel 2013 con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. La celebrazione di un doppio processo indusse uno dei soggetti sanzionati (l’Avv. Grande Stevens) ad adire la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del principio del ne bis in ide di cui all’art. 4 Protocollo 7 alla CEDU. La vicenda si concluse nel 2014, con la nota sentenza Grande Stevens, che giudicò effettivamente sussistente la violazione lamentata, giacché le sanzioni comminate per l’illecito previsto dall’art. 187 ter, pur essendo qualificate come formalmente amministrative, risultavano integrare una pena in senso sostanziale, data la loro portata dissuasiva, repressiva, deterrente ed afflittiva. [↑](#footnote-ref-57)
58. La questione relativa all’intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche discrezionali dell’amministrazione è tematica piuttosto discussa nell’ambito della giurisprudenza amministrativa da molto tempo. In tal senso è possibile richiamare la storica pronuncia del ***Consiglio di Stato (IV Sezione) n. 601 del 1999***, con la quale si è superata l’originaria assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa tout court intesa, segnandosi il passaggio da un sindacato giurisdizionale “estrinseco” ad un sindacato giurisdizionale di tipo “intrinseco”, nel quale, si ammette che il giudice, pur non potendosi sostituire alla P.A., possa comunque censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili non solo agli occhi del “profano” ma anche a quelli “dell’esperto”. Dunque, in altre parole, con riferimento al tema del sindacato tecnico-discrezionale, risulta potersi pacificamente affermare che il giudice è legittimato ad esperire un sindacato giurisdizionale volto a controllare l’attendibilità tecnica delle valutazioni compiute dalla P.A., anche se deve riconoscersi che a fronte di più soluzioni opinabili ma attendibili, dovrà comunque prevalere la scelta tecnica compiuta dalla p.a., non potendo il giudice imporre la soluzione tecnica in cui crede maggiormente, ma solo verificare se la p.a. ha rispettato i margini di operatività di scelte discrezionali che la norma gli garantisce (collocandosi entro i confini dell’attendibilità). [↑](#footnote-ref-58)
59. *La nozione di «fornitura non richiesta», ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), dev'essere interpretata nel senso che, con riserva di verifiche da parte del giudice del rinvio, essa ricomprende condotte come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM (Subscriber Identity Module, modulo d'identità dell'abbonato) sulle quali sono preimpostati e pre-attivati determinati servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e pre-attivazione né dei costi di tali servizi (la Corte si è così pronunciata nelle controversi promesse dall'Autorità italiana garante della concorrenza contro alcune compagnie telefoniche).* ***CORTE DI GIUSTIZIA UE - SECONDA SEZIONE - SENTENZA 13 settembre 2018, n.54\_ PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.***

    [↑](#footnote-ref-59)
60. Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 novembre 1976, Engels e altri c. Paesi Bassi. [↑](#footnote-ref-60)
61. Al fine di comprendere più nel profondo il criterio della valenza sostanzialmente penale delle sanzioni formalmente amministrative è utile richiamare la pronuncia della Corte EDU nel caso *Jussila c. Finlandia*, in cui un contribuente finlandese era stato sanzionato con una sovrattassa pari al 10% della maggiore imposta accertata (ma di ammontare comunque modesto, 308 euro), che, seppure formalmente qualificata come sanzione amministrativa dall'ordinamento finlandese, la Corte EDU riteneva avesse natura penale per via appunto della sua finalità deterrente e punitiva. Un identico principio veniva espresso anche nelle sentenze *Glantz c. Finlandia, Nykanen c. Finlandia, Ruotsalainen c. Finlandia, Yukos c. Russia* e nella pronuncia, ormai piuttosto nota, Grande Stevens c. Italia, ove, per un caso di manipolazione del mercato, la Corte EDU nuovamente enfatizzava la natura "penale" della sanzione amministrativa, a scapito della qualificazione giuridica conferitale dall'ordinamento italiano, in ragione del suo grado di severità potenziale. [↑](#footnote-ref-61)
62. Corte Costituzionale, sentenza n. 13 del 2019. Tale recente statuizione ha negato all’AGCM la qualità di giudice legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale, in via incidentale, nei procedimenti sanzionatori, disattendendo il principale argomento che l’AGCM aveva utilizzato per sostenere la propria terzietà: quello fondato sulla separazione tra funzioni inquirenti (attribuiti agli uffici amministrativi alle dipendenze del segretario generale) e le funzioni decisorie (attribuite al collegio dei componenti, guidato dal presidente dell’autorità). La Corte ha evidenziato come tale separazione non sia sostenibile, attesa l’esistenza, ai sensi dell’art. 11 comma 5 della 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente. Tale sentenza ha importanti ripercussioni sul tema dell’intensità del sindacato giurisdizionale, poiché esclude la terzietà dell’AGCM, offrendo un ulteriore argomento alla tesi che predica la necessità di un sindacato di *full jurisdiction*. 5 Corte EDU, II sezione, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia. [↑](#footnote-ref-62)
63. Ambrosetti, Mezzetti, Ronco, “*Diritto penale dell’impresa*”, quarta edizione, Bologna, Zanichelli, 2016. [↑](#footnote-ref-63)
64. Secondo un'altra parte della dottrina, il sistema italiano del "doppio binario" parrebbe assicurare il rispetto del ne bis in idem solo sul piano sostanziale, non su quello processuale. Infatti, mediante il meccanismo dell'art. 21 (specialmente dopo la riforma del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158) le sanzioni penali e quelle amministrative comunque non si possono cumulare in capo al responsabile. Tuttavia, l'individuo, in caso di assoluzione penale, tornerà a subire le conseguenze delle sanzioni tributarie, che ritorneranno eseguibili, in tal modo violandosi nuovamente il ne bis in idem, anche se solo a livello processuale, che è tutelato alla pari del ne bis in idem sostanziale dalla giurisprudenza sovranazionale europea. Altri ancora ritengono che il principio di specialità sia in effetti disapplicato nell'ordinamento italiano, perché vi sono previsioni che vi derogano espressamente. Si prenda, ad esempio, l'art. 13 del d.lgs.10 marzo 2000, n. 74, che, prima della riforma del d.lgs. n. 158 del 2015, prevedeva un'eccezione espressa al principio di specialità, subordinando il riconoscimento di un'attenuante, pari a un terzo della sanzione penale irrogabile, al fatto che l'imputato avesse assolto le imposte, sanzioni amministrative e interessi prima dell'apertura del dibattimento. La disposizione comporta di fatto una sostanziale duplicazione della reazione sanzionatoria all'illecito. La riforma del 2015 ha modificato l'art. 13 sostituendo l'attenuante con un'esimente e risolvendo di fatto il problema della duplicazione delle sanzioni, ma poiché ha trascurato, ancora una volta, la previa valutazione della specialità della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, non ha sciolto la questione. [↑](#footnote-ref-64)
65. Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson. [↑](#footnote-ref-65)
66. La pronuncia della Corte di giustizia europea sul caso svedese *Akerberg Fransson* riguardava un lavoratore autonomo svedese al quale l'Amministrazione finanziaria aveva contestato il mancato adempimento degli obblighi dichiarativi, recuperando a tassazione le imposte sul reddito e l'iva e irrogandogli una sanzione amministrativa (cosiddetta sovrattassa o "surcharge"). Al contempo, nei confronti del lavoratore era incardinato anche un procedimento penale per gli stessi fatti per frode fiscale aggravata. Nelle motivazioni la Corte di giustizia sanciva il principio che le sanzioni penali e tributarie possono cumularsi solo a patto che queste ultime non abbiano "natura penale" e, al fine di valutare quando una sanzione amministrativa abbia carattere "penale", richiamava la sentenza dell'8 giugno 1976 della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Engel c. Paesi Bassi, confermando la rilevanza di tre distinti criteri, alternativi tra loro: a) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; b) la natura dell'illecito e la primaria finalità della sanzione; c) la finalità e il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere. I "criteri Engel" hanno costituito il parametro per valutare la penalità sostanziale delle sanzioni amministrative tributarie in tutta la recente giurisprudenza europea.

    Per quanto riguarda il primo criterio, vale a dire la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, sembra possibile affermare che: è penale la sanzione qualificata come tale dall'ordinamento nazionale. Il problema si pone, invece, di fronte al secondo e terzo criterio, ossia a sanzioni formalmente diverse (una penale e una amministrativa), ma che nella sostanza hanno caratteristiche simili, se si ha riguardo alla natura dell'illecito e alla finalità e severità della sanzione. In tal senso, la penalità di una sanzione può identificarsi anche nella sua primaria finalità deterrente o punitiva, oppure nel suo grado di severità. [↑](#footnote-ref-66)
67. Nella sentenza A e B c. Norvegia, ad esempio, i giudici hanno ritenuto si dovesse attribuire natura penale ad una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 alla CEDU. In altre parole, risulta evidente che la giurisprudenza europea consideri una sanzione come "penale" non solo ove questa ne abbia formalmente il *nomen iuris*, ma anche quando ne appaia evidente la primaria finalità deterrente e punitiva; ovvero sulla base dell'effettivo importo e grado di gravità della sanzione di cui è passibile la persona oggetto del provvedimento. Questi criteri "sostanzialistici", ormai consolidati nella giurisprudenza sovranazionale, nella definizione della natura giuridica della sanzione, hanno creato notevoli problemi interpretativi e di coordinamento nell'ordinamento italiano, perché, si pongono in netto contrasto con il principio formalistico di legalità penale. [↑](#footnote-ref-67)
68. A riguardo si veda F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* in www.penalecontemporaneo.it; G.M. Bozzi, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del "ne bis in idem*", in Cass. pen., 2014, 3099 ss.; Abbadessa, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in Giur. comm., 2014, II, 546 ss.; Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il "ne bis in idem"* nella Cedu, in Giur. it., 2014, 1196; Giovannini, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, in Rass. trib., 2014, 1168. [↑](#footnote-ref-68)
69. Si tratta dei criteri che, nella nota sentenza Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi (ma in termini analoghi si veda altresì Corte EDU, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania), la Corte di Strasburgo ha declinato per qualificare una sanzione amministrativa come "sostanzialmente penale". Il primo criterio è costituito dalla verifica della qualificazione formale dell'infrazione da parte del diritto interno agli Stati, e non ha valore decisivo, ma rappresenta nella giurisprudenza della Corte EDU, un semplice punto di partenza. Il secondo criterio attiene ai destinatari delle sanzioni, nel senso che esse sono qualificate come amministrative laddove si tratti di disposizioni particolari e concrete rivolte a specifici destinatari, ed invece (sostanzialmente) penali laddove si tratti di disposizioni "generali ed astratte". Il "terzo criterio Engel" è misurato, invece, sul grado di afflittività e severità della sanzione. [↑](#footnote-ref-69)
70. Sul tema della natura e della funzione delle sanzioni penali, si veda N. Bobbio, *Sanzione*, in Noviss. Digesto it., vol. XVI, Utet, Torino, 1969, 530 ss.; D'Agostino, *(voce) Sanzione (teoria generale),* in Enc. dir., XLI, 1989, 312 ss. Pagliaro, *(voce) Sanzione penale (Sanzione II),* in Enc. giur., 3, il quale afferma che "*la sanzione penale si caratterizza perché, nel disapprovare una condotta, si avvale delle tecniche specifiche della afflizione e della emenda", aggiungendo che "altre sanzioni (per es., nel diritto civile, il risarcimento del danno patrimoniale) possono avere, di fatto, un contenuto afflittivo. Ma non mirano ad essere afflittive (per es. il risarcimento del danno patrimoniale ha la funzione di ristabilire un equilibrio patrimoniale alterato). Le sanzioni penali, invece, secondo una lunga tradizione, che risale fino ai tempi delle prime configurazioni storicamente autonome del diritto penale, hanno sempre avuto come carattere distintivo l'afflittività*". Cadoppi, Veneziani, *Elementi di Diritto Penale - IV ed. - Parte generale,* Cedam, Padova, 2010, 463 ss.; Nuvolone, (*voce) Pena (in generale),* in Enc. dir., XXXII, 1982, 787 ss. [↑](#footnote-ref-70)
71. Sul tema dell'interconnessione dei due procedimenti la pronuncia A e B v. Norvegia ha fissato ed enumerato criteri precisi perché i due procedimenti possano considerarsi non una duplicazione, bensì un "*integrated whole*", così da evitare una violazione del ne bis in idem. Secondo la Corte, affinché sia integrato il test della "*sufficient connection in substance and in time*" e i due procedimenti costituiscano un "*integrated whole*", l'ordine in cui i due procedimenti sono condotti è irrilevante, essendo piuttosto necessaria un'interconnessione tra i due: essi cioè devono rinviare l'uno all'altro, avere scopi, mezzi simili ed essere interconnessi. La Corte procede successivamente ad elencare una serie di fattori materiali che sarebbero idonei a determinare una sufficiente connessione in grado di evitare la violazione del ne bis in idem: a) quando i due procedimenti perseguano fini complementari e affrontino in concreto differenti aspetti della stessa condotta; b) quando i procedimenti paralleli siano una conseguenza prevedibile della condotta del trasgressore; c) quando i procedimenti siano condotti in maniera tale da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, specificamente mediante la necessaria comunicazione tra le varie autorità; d) e, infine, quando la sanzione irrogata nel procedimento che diventa definitivo per primo venga presa in considerazione nell'altro, così da evitare che il soggetto sia costretto a subire una pena eccessiva. Ciò è sicuramente meno probabile che accada quando sussista un meccanismo di compensazione tale da ottenere un ammontare complessivo di sanzioni proporzionato. La tutela sottesa a quest'orientamento giurisprudenziale è quella di censurare le norme nazionali solamente ove queste comportino una *double jeopardy* per l'individuo: ciò non avviene quando le stesse siano il prodotto di un sistema integrato, che consenta la completa valutazione giuridica del fatto nel suo intero disvalore, ovvero che consenta di affrontare i diversi aspetti del comportamento illecito del soggetto in modo prevedibile e proporzionato formando un "coherent whole", in grado, quindi, di evitare l'ingiustizia del bis in idem. Infine, secondo la Corte, quando la connessione *in substance* è presente, occorre nondimeno anche la connessione temporale “in time”: il che significa che dev'essere presente una sufficiente connessione temporale in grado di proteggere l'individuo dall'essere soggetto a incertezze o ritardi e tale da evitare che i due procedimenti siano ingiustificatamente protratti nel tempo, anche quando si svolgano in un ordinamento nazionale che preveda un sistema integrato di differenti procedure giurisdizionali tributarie e penali. [↑](#footnote-ref-71)
72. Per quanto concerne i fatti di causa, occorre rilevare come, ad entrambi i ricorrenti (i signori A e B) era stato contestato l'illecito di omessa dichiarazione di proventi derivanti da complesse operazioni finanziarie con l'estero. Il ricorrente A veniva arrestato nel 2007 e l'azione penale nei suoi confronti veniva esercitata nell'ottobre del 2008. Analogamente, nei confronti del ricorrente B, coinvolto per il medesimo titolo nella medesima indagine, l'azione penale veniva esercitata nel novembre 2008. Nel frattempo, negli stessi mesi di ottobre e novembre del 2008, l'amministrazione norvegese applicava ai signori A e B una sopratassa sugli importi oggetto di evasione fiscale ed in entrambi i casi, l'amministrazione finanziaria ha applicava la sanzione amministrativa sulla base delle dichiarazioni che gli stessi ricorrenti avevano rilasciato in sede penale. Entrambi i ricorrenti pagavano la sanzione amministrativa irrogata prima della scadenza del termine per l'impugnazione della stessa, per cui il procedimento amministrativo/tributario, di fatto, si concludeva. Nei mesi di marzo e settembre 2009 i ricorrenti venivano penalmente condannati a un anno di reclusione per frode fiscale. Per entrambi i ricorrenti, nella commisurazione della pena, il Tribunale norvegese dichiarava di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta agli stessi e da questi integralmente pagata. I due ricorrenti adivano in primis la Corte d’appello, e successivamente ricorrevano di fronte alla Suprema Corte norvegese, lamentando una violazione dell'art. 4, prot. 7, della CEDU, poiché per il medesimo fatto erano stati puniti due volte: con la sanzione amministrativa da essi spontaneamente pagata e con la pena inflitta dal Tribunale norvegese, ma sia il giudice d'appello, quanto la Suprema Corte norvegese, confermavano la sentenza di condanna inflitta in primo grado. Dunque, i signori A e B proponevano ricorso alla Corte di Strasburgo per supposta violazione dell'art. 4, prot. 7, della Convenzione. [↑](#footnote-ref-72)
73. Quindi, in presenza dello stesso fatto illecito e della concorrenza di una sanzione penale e di una misura afflittiva formalmente amministrativa ma effettivamente di stampo penale, la regola del ne bis in idem dovrebbe applicarsi. Tuttavia, questo divieto non può invocarsi qualora sussista una sufficiente connessione *in substance and in time* fra il procedimento penale e quello amministrativo. In altre parole, il bis in idem è consentito se può ravvisarsi una reazione coordinata, attraverso i due menzionati procedimenti, a fronte del medesimo fatto illecito. È necessario anche un coordinamento dal punto di vista temporale per evitare che l’autore dell’illecito resti troppo a lungo nell'incertezza circa la complessiva reazione sanzionatoria a fronte di quanto contestatogli. In particolare, la Corte di Strasburgo ha indicato gli indici sintomatici di siffatta reazione coordinata, consistenti: a) nei diversi finalità ed oggetto dei procedimenti; b) nella prevedibilità della duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni (sì che il presunto autore dell'illecito non debba trovarsi in una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte giudiziale); c) nella conduzione "integrata" dei procedimenti tale da evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove; d) nella considerazione, nel secondo procedimento, della sanzione inflitta nel primo al fine di assicurare una complessiva proporzionalità della pena. In sintesi, la Corte EDU, pur non contraddicendo formalmente la propria precedente impostazione, ne ha minato l'assolutezza, richiedendo (per affermare la violazione del ne bis in idem) oltre alla sussistenza *dell'idem factum* e della natura sostanzialmente penale della sanzione formalmente amministrativa anche l'evidenziata "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*". [↑](#footnote-ref-73)
74. L'efficacia del principio del ne bis in idem sancito dall'art. 50 CDFUE è subordinata alla verifica del carattere effettivo, dissuasivo e proporzionato della sanzione applicata per prima. Dunque, il secondo giudice non troverebbe ostacolo nel procedere qualora reputasse la prima sanzione inadeguata a reprimere compiutamente l'illecito, come in concreto avviene quando la sanzione penale sia inflitta dopo quella tributaria e presupponga un disvalore maggiore rispetto a quest'ultima (si pensi ad una condotta fraudolenta). Siffatta valutazione, esigendo un apprezzamento della combinazione delle sanzioni applicabili nelle due separate sedi, dimostra oltretutto come il principio in esame non abbia una portata meramente processuale. Esso ha, adesso, una natura composita, processuale e sostanziale al tempo stesso. [↑](#footnote-ref-74)
75. Di rilevanza eminente è il precedente della Corte *Nilsson c. Svezia*, in cui, per la prima volta, la Corte EDU aveva fatto esplicito riferimento al test della "*sufficiently close connection in substance and time*", ritenendo che il ritiro della patente (per guida in stato di ubriachezza) fosse una conseguenza diretta e prevedibile dal ricorrente, per effetto della precedente condanna penale da lui subita per i medesimi fatti. la Grande Camera, in tal senso, osservava che nonostante si fossero ravvisati nel ritiro della patente (per 18 mesi) gli elementi di una sanzione amministrativa "sostanzialmente penale", che si cumulava, pertanto, con la pena, ciononostante, fra le due sanzioni emergeva "a *sufficiently close connection in substance and in time*", tale che il ritiro della patente potesse essere considerato *"to be part of the sanctions under Swedish law for the offences of aggravated drunken driving and unlawful driving*". [↑](#footnote-ref-75)
76. Si pensi alle note sentenze Nykänen c. Svezia, LukyDev c. Svezia e Glantz c. Finlandia, nelle quali la Corte EDU non aveva escluso l'eventualità di processi paralleli per l'applicazione della pena e delle sanzioni amministrative, ma aveva tuttavia ritenuto di non dover applicare, nel caso in questione, il criterio della *sufficiently close connection* in quanto ne mancavano le condizioni. In particolare, è stato rilevato che le sanzioni amministrative e la pena erano state irrogate da diverse autorità senza alcuna connessione fra i processi. Ognuno dei due riti aveva seguito il suo corso e si era concluso separatamente dall'altro. Inoltre, nessuno dei due giudici (penale e tributario) aveva considerato la sanzione irrogata dall'altro per determinare la severità della propria, in un’ottica di giudizio di proporzionalità. Infine, l'accertamento dei fatti è stato autonomo in ogni processo. Pertanto, nonostante vi fosse una connessione temporale, era assente la connessione sostanziale e ciò è stato ritenuto sufficiente dalla Corte EDU per affermare la violazione della garanzia prevista dall'art. 4, prot. 7. [↑](#footnote-ref-76)
77. Il fatto che il diritto del ne bis in idem possa essere contratto e limitato nella sua portata applicativa, ma mai annullato del tutto è stato dimostrato e ribadito dalla recente sentenza della stessa Corte EDU (*18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda*) che ha riaffermato la piena applicazione della garanzia convenzionale laddove non siano soddisfatte le condizioni del test. [↑](#footnote-ref-77)
78. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20.03.2018. (C-524/15, Menci; C-537/16 Garlsson Real Estate; C-596/16 e C-597/16 Di Puma e Zecca. Con tale statuizione, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata sul tema della compatibilità del doppio binario sanzionatorio in materia di intermediazione finanziarie e reati tributari, in relazione all’art. 50 CDFUE, ammettendo la legittimità del cumulo, purché il complessivo trattamento sanzionatorio risulti proporzionato alla gravità del reato, e rimettendo al giudice nazionale la valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo.

    [↑](#footnote-ref-78)
79. In tal senso, la Corte ha ravvisato come i procedimenti penali e amministrativi hanno scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta: le norme amministrative hanno lo scopo di reprimere qualsiasi inadempimento, indipendentemente dalla volontarietà e gravità della condotta, quelle penali sono volte a reprimere e dissuadere solo i comportamenti più gravi. Sotto altro profilo, le regole *de quo* garantirebbero un coordinamento che limita allo stretto necessario l’onere supplementare che risulta dal cumulo di sanzioni giacché, l’art. 21 d. lgs. 74/00 non si limiterebbe a prevedere la sospensione dell’esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale nel corso del procedimento penale, ma esso osterebbe definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell’interessato. Dall’altro lato, il pagamento volontario del debito tributario costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell’ambito del procedimento penale. Entrambi i profili implicano una verifica in concreto da parte del Giudice del rinvio, dal momento che al Giudice europeo spetta solo il compito di definire i parametri astratti entro cui la norma nazionale può essere conforme al diritto europeo. Inoltre, al Giudice del rinvio è rimesso anche il compito di svolgere una valutazione in merito alla proporzionalità fra il complesso delle sanzioni risultante dal doppio binario e la gravità del fatto commesso. [↑](#footnote-ref-79)
80. Sempre con riferimento alle Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sànchez Bordona presentate il 12 settembre 2017 in Menci Luca c. Italia, cit., parr. 106-107, sembra opportuno rilevare come, a differenza di quanto poi statuito dalla Corte di Giustizia UE, la previsione di un duplice trattamento sanzionatorio comporterebbe una violazione del divieto di bis in idem non sanabile in alcun modo: "*Di fronte a una condotta omissiva consistente nell'inadempimento dell'obbligo di versare l'iva, ciò che rileva è il complesso delle circostanze di fatto specifiche, inscindibilmente connesse nel tempo e nello spazio, riconducibili a uno stesso trasgressore. Orbene, tanto nel caso delle violazioni fiscali quanto in quello delle violazioni penali in discussione nel procedimento principale, le differenze che, secondo il governo italiano, determinano l'applicazione dei due tipi di sanzione non sono di natura fattuale, ma giuridica. Il fatto materiale è sempre lo stesso, vale a dire l'omesso versamento dell'iva per un importo elevato, e gli ulteriori requisiti previsti in relazione a tale omesso versamento, ossia la presentazione della dichiarazione iva annuale, una soglia minima e un termine di riferimento, sono presupposti giuridici, e non di fatto. Sebbene il governo italiano osservi giustamente, in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che occorre procedere a una 'valutazione concreta' dei fatti, la sua tesi relativa al rapporto di 'progressione illecita' nella condotta attinente all'omesso versamento dell'iva quale base per concludere che, in questi casi, non sussiste identità tra i fatti sanzionati due volte, non mi convince. Difatti, per quanto riguarda il sig. Menci, le circostanze di fatto concrete, che hanno dato luogo all'irrogazione della sanzione tributaria e alle quali può applicarsi del pari la sanzione penale, sono le stesse: l'omesso versamento dell'iva corrispondente al periodo d'imposta compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2011 per un importo di euro 282.495,76. La sanzione tributaria viene applicata a tali fatti utilizzando taluni criteri giuridici, mentre la sanzione penale richiede una valutazione di elementi giuridici diversi, ma le circostanze di fatto, ribadisco, non sono differenti".* [↑](#footnote-ref-80)
81. In particolare, la Corte ha precisato che l’instaurazione di un procedimento amministrativo ai sensi dell’art. 187ter eccederebbe quanto “strettamente necessario” per conseguire l’obiettivo di tutela dei mercati finanziari e, dunque, sarebbe in tale circostanza ipotizzabile una violazione del principio del ne bis in idem. Infatti, nel caso in cui sia stata pronunciata una condanna penale in forza dell’articolo 185 del TUF al termine di un procedimento penale, la celebrazione di un giudizio amministrativo eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell’obiettivo di tutela di un interesse generale (e dunque conduce ad una violazione del divieto di bis in idem), qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l’infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo. Tale ultima circostanza dovrà essere valutata dal Giudice del rinvio e, dunque, all’esito di un giudizio sull’efficacia, proporzionalità e dissuasività della pronuncia penale, il Giudice amministrativo potrà ravvisare la contrarietà del doppio binario all’art. 50 della Carta. [↑](#footnote-ref-81)
82. La CGUE con la sentenza "Menci" del 20 marzo 2018, causa C-524/15, con riferimento alla disciplina sanzionatoria italiana in caso di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, ha affermato che l'art. 50 CDFUE, letto alla luce dell'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, non osta ad una normativa nazionale che contempli tanto la sanzione penale quanto quella amministrativa di natura sostanzialmente penale purché: a) essa sia volta al perseguimento di un "obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari"; b) "contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, dal cumulo di procedimenti"; c) consenta di garantire che "la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti". Spetta, poi, al giudice nazionale accertare che l'onere per l'interessato non sia eccessivo avuto riguardo alla gravità dell'illecito compiuto, anche se la Corte europea, nel caso rimesso al suo esame, ha rilevato che "*la normativa nazionale ... prevede condizioni idonee a garantire che le autorità competenti limitino la severità del complesso delle sanzioni*". [↑](#footnote-ref-82)
83. Dunque, la CGUE, ha riconosciuto come il c.d. doppio binario non sia, di per sé, contrario al canone del ne bis in idem, soffermando la sua attenzione sull'intensità della combinata reazione punitiva a fronte dell'idem factum, ribadendo la necessità che essa rispetti il principio di proporzionalità. In sintesi, è decisivo il quantum della complessiva reazione sanzionatoria.

    [↑](#footnote-ref-83)
84. La decisione in questione, riconosce in capo ai giudici di legittimità il potere di valutare se il cumulo delle sanzioni sia proporzionato alla gravità del fatto, in virtù dello strumento di cui all’art. 133 c.p., norma che viene individuata come idonea al fine dell’esperimento del giudizio di proporzionalità. Sullo sfondo di tali prese di posizione, si delinea il principio di diritto secondo cui: quando sia già stata irrogata una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva (non corrispondente ai massimi edittali), il giudice penale potrà evitare di incorrere in una violazione del principio del ne bis in idem semplicemente applicando a sua volta una pena (anche della reclusione) nel minimo edittale. [↑](#footnote-ref-84)
85. *L’art. 620 c.p.p.* è stato modificato con la *Legge Orlando n. 103 del 2017*, dal momento che prima di tale intervento, la previgente disposizione limitava le ipotesi di annullamento senza rinvio ai casi in cui una rimessione ai giudici di merito risultasse superflua ovvero alle ipotesi in cui fosse possibile procedere direttamente in sede di legittimità alla rideterminazione della pena o all’adozione dei provvedimenti necessari. In passato, la norma era interpretata nel senso di limitare i casi di annullamento senza rinvio alle sole ipotesi in cui non risultasse necessario compiere accertamenti e valutazioni discrezionali su circostante o punti controversi, suscettibili di diversi apprezzamenti di fatto.

    Dopo la Riforma Orlando, si è statuito che, la Corte di Cassazione può annullare senza rinvio ogni volta che ritenga di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, ovvero ogni volta che ritenga di dover rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare provvedimenti necessari. Dunque, dopo la riforma, si è di fatto apportata un’aggiunta alle ipotesi già contemplate dalla lettera “l” dell’art. 620 c.p.p., giacché si è introdotta la facoltà dei giudici di legittimità di annullare la sentenza impugnata senza rinvio ogniqualvolta ritengano di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto. È dunque corretto affermare che, dopo l’entrata in vigore della nuova disposizione normativa, i poteri di annullamento senza rinvio si sono notevolmente ampliati e, dunque, l’annullamento senza rinvio risulterebbe di fatto precluso solo nel caso in cui siano necessari ulteriori e nuovi accertamenti di fatto o sia obbiettivamente impossibile adottare una decisione senza ricorrere ad accertamenti e valutazioni discrezionali sullo specifico punto oggetto di annullamento.

    In conclusione, la Cassazione ha individuato nella nuova ipotesi del “poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto”, la locuzione normativa che permetterebbe ai giudici di legittimità di valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio. Il fondamento di tale facoltà è rinvenibile anche nella possibilità di rideterminazione della pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito. Questo perché, con riferimento al giudizio di proporzionalità, i giudici penali sono chiamati a prendere atto della sanzione irrogata nel procedimento amministrativo e, alla luce degli accertamenti compiuti dai giudici di merito in ordine alla gravità del reato, applicare una pena che sommata alla sanzione amministrativa di natura penale, risulti proporzionata alla gravità del reato. [↑](#footnote-ref-85)
86. La Corte costituzionale, nel prendere atto che i presupposti fondanti la questione rimessa al suo esame erano messi in crisi dal cambiamento di giurisprudenza della Corte EDU e, dunque, nell’ordinare la restituzione degli atti al giudice a quo, ha statuito importanti principi circa la concreta operatività del divieto di bis in idem nell'ordinamento italiano. In particolare: a) "*Il ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una close connection è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro*"; b) il divieto del ne bis in idem non riveste più natura esclusivamente processuale, in quanto "*criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata*", con la conseguenza che "*ciò che il divieto di bis in idem ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate*"; c) dunque, "*si è passati dal divieto ... di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena ... complessivamente irrogata*"; d) per quanto concerne il rapporto fra i procedimenti penale e tributario italiani, "*pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto del ne bis in idem*"; tuttavia, "*la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità che procede*" perché "*sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una close connection, vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedimentali si sono atteggiate nel caso concreto*"; e) in conclusione, seppure la nuova giurisprudenza della Corte EDU renda meno probabile l'operatività del ne bis in idem, non può escludersi che "*tale applicazione si imponga di nuovo ... ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedimentali*" e, quindi, non viene meno l'invito al legislatore, già espresso con la sentenza n. 102 del 12 maggio 2016, a "*stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni*" che il vigente sistema del c.d. doppio binario determina fra l'ordinamento italiano e la CEDU. In altre parole, la regola in questione impone di verificare il legame fra i due procedimenti, valutandolo alla luce delle concrete dinamiche procedimentali, e l'entità e la coordinazione della duplice reazione sanzionatoria al medesimo fatto illecito. Qualora detto legame materiale e temporale non sia abbastanza stretto e se la complessiva risposta punitiva risulta essere sproporzionata, il divieto del ne bis in idem troverà applicazione. [↑](#footnote-ref-86)
87. Corte Cost. 2 marzo 2018, n. 43. Per una puntuale disamina ed analisi della sentenza in questione si veda Tripodi, “*Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*”, in Giur. Cost., 2018, n. 2 pg. 530 e ss. [↑](#footnote-ref-87)
88. In tal senso, mentre in precedenza la giurisprudenza europea sembrava negare ogni possibilità di una duplicità di sanzioni penali per il medesimo fatto, dopo la sentenza del 15 novembre 2016 la Corte europea ha ammesso il sistema del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, quando tale scelta legislativa sia il frutto di un “*sistema integrato che permette di reprimere un illecito sotto i suoi vari aspetti in maniera prevedibile e proporzionata e che forma un insieme coerente, in modo tale da non causare alcuna ingiustizia all’interessato*”. [↑](#footnote-ref-88)