

CONFRONTO DI IDEE

GIANRICO RANALDI E FEDERICO GAITO

Introduzione allo studio dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale

Gli Autori esaminano il tema del *ne bis in idem*: anzitutto, sottolineano l'importanza di tale principio, che rappresenta un valore fondamentale della società democratica e moderna; in secondo luogo, si concentrano, in maniera critica, sul concetto di *ne bis in idem* e lo inquadrano quale garanzia essenziale del sistema giuridico. Ulteriore passaggio è quello dedicato alla differenza tra il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale. La trattazione si conclude, da un lato segnalando i profili di merito del "dialogo" in atto sullo specifico tema tra le Corti e dall'altro lato facendo cenno alle soluzioni future per scongiurare le duplicazioni dei procedimenti e dei trattamenti sanzionatori.

The authors review the issue of ne bis in idem: initially stressing the importance of this principle, making this a fundamental value of modern democratic society, secondly the critically focuses on the concept of ne bis in idem and the frames which essential guarantee of the legal system. Additional step is the one dedicated to the difference between the substantive and procedural ne bis in idem. The discussion ends looking from side to what is currently on the merits of dialogue between the courts, the other in what might be the future solutions in order to avoid duplications of penalty proceedings and treatments

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un titolo. - 2. Il *ne bis in idem*: una garanzia di sistema tra tradizione ed (apparente) innovazione. - 3. Il *ne bis in idem* sostanziale: "ragion propria" di un canone positivizzato. - 4. (Segue): lineamenti di un consolidato *self restraint* giurisprudenziale. - 5. (Segue): il principio di specialità in tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi ed i confini applicativi dell'art 9 l. 24 novembre 1981, n. 689. - 6. Il *ne bis in idem* processuale: *ratio* di un criterio di efficienza sistematica e garanzia individuale. - 7. Il divieto di un doppio giudizio e di punire due volte: *minimalia* di un "dialogo" incompiuto tra le Corti. - 8. I futuribili.

1. Le ragioni di un titolo

Delineare i rapporti tra divieto di doppia incriminazione e divieto di doppia sanzione costituisce esercizio ermeneutico complesso¹: infatti, cogliere *ratio*, elementi di contatto e spunti di relazione tra gli specifici limiti al libero dispiegarsi del potere giurisdizionale dello Stato impone, al contempo, di individuare ragion propria ed implicazioni operative secondo una prospettiva che punti a conciliare -in maniera tendenzialmente compiuta- sistema, esegesi e diritto delle Corti.

A tacer d'altro, se la sottrazione dell'individuo dalla spirale di reiterate iniziative penali e punitive per il medesimo fatto rappresenta la traduzione operati-

¹ Gianrico Ranaldi ha curato i paragrafi 1, 2, 3, 6, 7, 8; Federico Gaito ha curato i paragrafi 4, 5.

va di un principio di civiltà giuridica di generalissima applicazione², allora lo studio di essa si (im)pone quale tema cruciale tra tavola dei valori, opzioni regolamentari e prassi.

In tale contesto largo, quindi, si inquadra il presente contributo, che è permeato da una consapevolezza *-id est*, l'intrinseca relatività delle riflessioni in esso articolate- e persegue un *target* definito *-id est*, introdurre allo studio dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale.

2. Il *ne bis in idem*: una garanzia di sistema, tra tradizione ed (apparente) innovazione

La rivitalizzazione speculativa del principio di *ne bis in idem* rappresenta il frutto “non avvelenato” della sentenza della Corte EDU sul caso Grande Stevens³, che «*ha rimestato rumorosamente le acque dello stagno, facendo affiorare quel che giaceva sotto la sua superficie*»⁴: il riferimento, all'evidenza, è ai «*profili di frizione dell'ordinamento interno con le garanzie convenzionali, collegati alla valenza “sostanzialistica” della nozione di “matière penale”, che di essa segna il perimetro*»⁵.

Sta di fatto, però, che la sentenza Grande Stevens⁶, di per sé rilevante, non ha rappresentato una novità nella giurisprudenza della Corte EDU⁷, ove si con-

² Così, testualmente, v. Corte cost., ord. n. 150 del 1995, in *www.giurcost.org*.

³ Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, che ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU, in relazione alla constatata duplicazione tra il procedimento per l'illecito amministrativo di manipolazione di mercato ex art. 187 D.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.) ed il procedimento per l'illecito penale per il reato di cui all'art. 185 D.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.). In tema, in via meramente esemplificativa, si veda V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, 1196.

⁴ In termini analoghi, seppur con riferimento alla materia tributaria, ove la violazione del criterio *ne bis in idem* è stata ritenuta nel duplice giudizio che ha condotto all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e di una pena per frode fiscale, v. Corte EDU, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia. Va detto che la Corte EDU era pervenuta a conclusioni analoghe nel caso Jussila (Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia) e che si è pronunciata, in termini corrispondenti, nei casi Glantz (Id., sent. 20 maggio 2014, Glantz c. Finlandia) e Lucky Dev (Corte EDU, sent. 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia).

⁵ Così, FLICK, NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, p. 2, i quali rilevano che la nozione di «matière penale» è «capace notoriamente di inglobare -nella lettura dei giudici di Strasburgo- un ampio parco di illeciti e sanzioni etichettati in altro modo (e, segnatamente, come «amministrativi») dal diritto nazionale».

⁶ CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 1 ss.

⁷ La specifica circostanza è avvalorata, tra l'altro, dal rigetto della richiesta italiana di rinvio alla *Grande Chambre* della Corte per il riesame della decisione. Sul punto, v. FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle società*, 2014, 953 ss. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario"*

sideri che a partire dalla sentenza della Grande Chambre della medesima Corte del 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, s'è affermata la "centralità" -onde scrutinare l'identità del fatto rilevante agli effetti del divieto di doppio giudizio- dell'*idem factum*, inteso come medesimo fatto storico naturalistico per il quale la persona sia già stata irrevocabilmente giudicata e non anche, quindi, dell'*idem* legale, inteso come fatto giuridicamente qualificato secondo schemi ermeneutici e descrittivi corrispondenti e sovrapponibili⁸.

sanzionatorio, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 82 ss. Con specifico riguardo ai reati tributari, CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, cit., 2 ss.; DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai includibile*, in www.penalecontemporaneo.it. Con riferimento ai riflessi operativi derivanti, nel processo per gli abusi di mercato, dall'applicazione principio di ne bis in idem, v. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, 1 ss.; MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurolunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 218; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, V, 855; VIGANO, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU), in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 225 ss.; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸In proposito, v. Corte cost., sent. n. 2000 del 2016, in www.giurcost.org, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». In particolare, in sede motiva, la Corte ha rilevato, nell'ambito di un ragionamento argomentativo estremamente significativo, che «è errata la tesi di chi ritiene che, secondo i dicta della Corte EDU, il giudizio comparativo, tendente a scrutinare la medesimezza del fatto (da giudicare e già giudicato), debba condursi tenendo conto in esclusiva dell'azione o dell'omissione, trascurando evento e nesso di causalità». Infatti, il «fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di bis in idem, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affiancato dal gioco dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi. Non vi è, in altri termini, alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente. È chiaro che la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem legale*. Esse, infatti, non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto. Nell'ambito della CEDU, una volta chiarita la rilevanza dell'*idem factum*, è perciò essenziale rivolgersi alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, per comprendere se esso si restringa alla condotta dell'agente, ovvero abbracci l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico». In proposito, né «la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, né le successive pronunce della Corte EDU recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di bis in idem, con esclusivo rife-

Senonché -pur non potendosi prescindere dagli ulteriori assestamenti interpretativi dello specifico principio compiuti dalla Corte EDU⁹, che paiono significativi, all'evidenza, di una autentica "virata" interpretativa che ha modificato in maniera rilevante la portata applicativa del principio di *ne bis in idem*¹⁰ - non è a discutersi che il divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto rientri nel novero dei diritti fondamentali -e costituzionalmente rilevanti- della persona sottoposta a procedimento ovvero imputata¹¹: infatti, qualora il

rimento all'azione o all'omissione dell'imputato. A tal fine, infatti, non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto (ad esempio, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia).

⁹ Il riferimento è alla sentenza della Grande Camera della Corte Edu, 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, che ha posto le condizioni per «una significativa battuta d'arresto rispetto a quella che sembrava essere l'inarrestabile progressione espansiva delle maglie interpretative del *ne bis in idem*». In particolare, la Grande Camera, al contempo, ha confermato il rilievo applicativo dei canoni interpretativi in voga rispetto alle nozioni di materia penale e di medesimo fatto ed ha introdotto «una nuova chiave di valutazione per la verifica della sussistenza di una violazione del divieto di doppio giudizio nell'ordinamento interno di uno Stato membro, nel caso in cui ad una sanzione amministrativa definitiva si affianchi un procedimento penale per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona: i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere... qualora si ritenga tra loro una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta". In altri termini, la Corte EDU sembra aver individuato una terza via -tutta sbilanciata su valutazioni di ordine processuale e procedimentale- per dirimere la questione sulla violazione del principio di *ne bis in idem*. In proposito, la Corte EDU ha individuato alcuni parametri di riferimento concreto per valutare la sussistenza del nesso *temporale* e del nesso *sostanziale*: sotto il primo aspetto, nulla osterebbe sia alla conduzione parallela sia a quella non coeva dei due procedimenti sullo stesso fatto purché, però, il soggetto sottoposto al doppio binario sanzionatorio non patisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale; sotto il secondo aspetto, invece, i giudici europei individuano una serie di indicatori sintomatici della connessione richiesta per evitare il *bis in idem*. Si ha riguardo alla diversa finalità dei procedimenti; alla prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell'autore della condotta; alla conduzione "integrata" dei procedimenti, così da evitare, "per quanto possibile", la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; alla considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione inflitta nel primo, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena. In tal senso, v. *Il ne bis in idem percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Relazione di orientamento n. 26/17, Ufficio del Massimario*, in www.cortedicassazione.it. In proposito, v. anche VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it. Per un commento critico, seppur a "prima lettura", della specifica pronuncia della Grande Camera della Corte EDU, v. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ Trib. Milano, I Sez., 6 dicembre 2016, Lucchini ed altri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*.

¹¹ In tema, PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2016, 269, la quale rileva che il *ne bis in idem* è una «tipologia di diritto soggettivo che si potrebbe definire... "intersettoriale", perché oltre ad essere declinato nella sua versione processuale e sostanziale -che protegge l'individuo dalla seconda punizione ma anche dal secondo procedimento- si spiega poi anche nei confronti dell'intero ordinamento giuridico...ovverosia a prescindere dal fatto che il secondo procedimento sia

contatto con l'apparato repressivo dello Stato fosse concepito come un *quid* di potenzialmente continuo, esso non farebbe altro che proiettare «l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale»¹².

A ciò s'aggiunga, seppur per cenni, che il principio di *ne bis in idem* -che è dotato di «forza espansiva»¹³ ed è contraddistinto dalla natura di «garanzia» personale- non solo si collega, pur non essendo riconosciuto espressamente dalla Costituzione, agli artt. 24 e 111 Cost.¹⁴ e presenta una particolare valenza significativa in materia penale¹⁵ - ma anche è «immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire»¹⁶.

Ciò posto, va detto che la garanzia individuale del divieto di *bis in idem* -per un verso- ha trovato espresso riconoscimento, seppur con peculiari sfumature, nelle Carte internazionali dei diritti umani¹⁷ e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁸ e -per un altro verso- si sviluppa, con assoluta certezza, in una dimensione esclusivamente processuale¹⁹.

etichettato e strutturato nell'ordinamento quale "nominalmente" penale, presupposto quest'ultimo che era originariamente previsto quale caposaldo del principio».

¹²Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org.

¹³Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 381 del 2006, in www.giurcost.org, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 197-bis, co. 3 e 6, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l'assistenza di un difensore e l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis cod. proc. pen., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "per non aver commesso il fatto" divenuta irrevocabile».

¹⁴ In tal senso v. Corte cost., ord. n. 501 del 2000, in www.giurcost.org, alla cui stregua «tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione (sentenza n. 224 del 1996); sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2».

¹⁵ Corte cost., sent. n. 284 del 2003, in www.giurcost.org.

¹⁶ Così, Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org.

¹⁷ Si ha riguardo, a mero titolo esemplificativo, oltre che all'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU, anche all'art. 14, par. 7, Patto internazionale sui diritti civili e politici ed all'art. 20 Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

¹⁸ La definizione degli ambiti operativi del principio del *ne bis in idem* costituisce tema trasversale alle due Corti europee: infatti, se ne è occupata, non solo la Corte EDU, ma anche, poco prima della sentenza Grande Stevens, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in sede di questione pregiudiziale ex art. 267 Trattato sul funzionamento dell'UE, che venne sollevata dalla competente autorità svedese nel

Sotto il primo profilo, si ha riguardo, assecondando la prospettiva regionale europea²⁰, ai toni ed ai contenuti -rispettivamente- dell'art. 4 del Protocollo n.

caso *Åkglaren c. Hans Åkeberg Fransson* in ordine al rapporto tra giudizio tributario e procedimento penale per frode fiscale. Il riferimento è a Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, *Åkglaren c. Hans Åkeberg Fransson*, C-617/10 in www.penalecontemporaneo.it con nota di VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, il quale, tra l'altro, ha sottolineato che la Corte ha accolto «una interpretazione dell'art. 50 CDFUE, nella parte in cui riconosce il *ne bis in idem* interno, diversa da quella effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, che pur si applica -senza alcuna riserva eccezzuativa alla materia penale- allo Stato svedese. D'altra parte, nessun riferimento è stato effettuato espressamente dalla Corte di Giustizia al summenzionato art. 4, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, nonostante la previsione di cui all'art. 52 § 3 CDFUE letta alla luce delle Spiegazioni di corredo della Carta. In effetti, se da un lato i giudici euromunitari hanno richiamato i criteri *Bonda-* che a loro volta fanno riferimento ai criteri *Engel* elaborati dalla Corte europea- per accertare la natura penale delle sanzioni fiscali, dall'altro lato sembrano essersene in parte discostati» laddove hanno rimesso nelle mani del giudice interno il compito di sciogliere il relativo nodo interpretativo. Infatti, se è «tendenzialmente chiaro -nonostante le dirompenti conseguenze- che il soggetto che opererà la valutazione, in questo caso, sarà il giudice comune, meno chiaro è il tipo di valutazione che egli dovrà compiere. In primo luogo, l'*oggetto della valutazione* sembra mutare rispetto a quanto affermato in principio dalla Corte di Giustizia (§ 34) e in genere dalla Corte europea (in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU), non concernendo più la sola natura penale delle sanzioni (illeciti, procedure) fiscali (da cui scatterebbe, in caso di esito positivo, la preclusione processuale ex art. 50 CDFUE come accade, di regola, per l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU18), ma il *cumulo tra sanzioni penali e tributarie* (di natura penale) per lo stesso fatto. In secondo luogo, rimane ben più di qualche dubbio interpretativo in ordine al tipo e alla misura dello *standard di protezione (interno o euromunitario) di cui dovrà tener conto il giudice nazionale nella sua valutazione*. Dunque, l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE pare scostarsi da quella abitualmente fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, giacché si concretizza in una lettura tendenzialmente *restrittiva* del divieto di un secondo giudizio, non fosse altro per il fatto che tale diritto va bilanciato dal giudice con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali».

¹⁹ Il divieto di *bis in idem* si sviluppa anche in una dimensione sovranazionale. In proposito, v. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale in materia penale*, Padova, 1984, 6, secondo cui il *ne bis in idem* internazionale è una «*anomala struttura normativa, in bilico fra le due discipline differenti del diritto penale e del diritto internazionale... che esclude la rinnovabilità del procedimento avente ad oggetto un fatto già giudicato in via definitiva con sentenza straniera di condanna o di proscioglimento, emanata da autorità giudiziaria appartenente ad un ordinamento diverso da quello potenzialmente competente a procedere in idem*» nonché, di recente, DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 324. In tema, volendo, v. RANALDI, *Esecuzione penale*, a cura di Gaito, Ranaldi, Milano, 2016, 124. In tema, seppur con riferimento specifico all'ambito regionale europeo ed alla relativa previsione di meccanismi procedurali volti ad evitare che, in relazione allo stesso fatto, vengano avviati, dinanzi a diverse autorità nazionali, paralleli procedimenti penali, si vedano le disposizioni del D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, rubricato «*Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali*». A tale ultimo riguardo, v. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni*, in *Cass. pen., Supplemento al volume LVI*, 2016, 26.

²⁰ In tema, anche sulle ricadute della giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem*, sul diritto interno, v. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215.

7 alla CEDU²¹ e dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²²; sotto il secondo profilo, invece, il riferimento è alla circostanza che l'effetto impeditivo che promana dal principio *de quo* non preclude, per tradizione risalente, il *simultaneus processus* per reati diversi commessi con il

²¹ L'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU -rubricato «Diritto a non essere giudicato o punito due volte» - prevede testualmente che «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione». Sugli ambiti operativi della specifica disposizione anche in relazione ai toni ed ai contenuti precettivi dell'art. 649 c.p.p., v. Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org.

²² L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea -rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» - prevede che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». In proposito, vale l'apertura di un inciso: infatti, se ai diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito, CDFUE) è stato riconosciuto identico valore giuridico dei Trattati -ad opera dell'art. 6 del Trattato UE- non è a discutersi che la garanzia euromunitaria contemplata dall'art. 50 CDFUE dovrebbe avere la medesima valenza disciplinare dell'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU, tanto alla stregua dell'art. 52, par. 3, CDFUE, rubricato «Portata dei diritti garantiti» (secondo cui «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»)-quanto in base alla Spiegazione relativa all'art. 50 CDFUE, ove si legge che «Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo n. 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU» (Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali - 2007/C 303/02). Semmonché, in tema, v. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, *Åkglaren c. Hans Åkeberg Fransson*, C-617/10, alla cui stregua se i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali (art. 6, par. 3, TUE) e se l'articolo 52, par. 3, della CDFUE prevede che i diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla medesima CEDU, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. In tal senso, tra le altre, v. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, sent. 5 aprile 2017, Orsi, C-217/15, Baldetti, C-350/15, secondo cui «L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica». Sui principi penalistici sanciti dalla CDFUE, tra gli altri, v. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, pp. 147 ss.

medesimo fatto, bensì una seconda iniziativa penale laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

Ed ecco il punto.

L'art. 649 c.p.p. -che è rubricato «*divieto di un secondo giudizio*» - riprende in larga parte i contenuti dell'art. 90 c.p.p. abr.²³, ma presenta una collocazione sistematica totalmente nuova²⁴: infatti, la corrispondente disciplina, nel codice di rito del 1930, era inserita nel libro sulle «*disposizioni generali*», mentre nel codice vigente è “interna” al titolo I del libro X sull'«*esecuzione*», quasi per simboleggiare che il divieto in discorso potesse essere concepito solo come effetto della irrevocabilità e non anche come garanzia fondamentale per la persona sottoposta a procedimento. Inoltre, la disposizione *de qua* -da leggersi per interazione logica necessaria con gli artt. 15, 84, 61, 62, prima parte, 68, 581, co. 2, c.p. -che rappresentano i riferimenti normativi del principio omologo di *ne bis in idem* sostanziale- facendo riferimento esplicito al decreto penale irrevocabile, oltre che alla sentenza, ha colmato una lacuna testuale che presentava l'art. 90 c.p.p. abr., alla cui stregua l'effetto impeditivo tipico del giudicato era collegato in esclusiva alla sentenza irrevocabile²⁵.

Tornando al punto di partenza, allora, la rinnovata attenzione per il principio di *bis in idem*, che pareva proiettato verso una massima espansione, deriva dal concetto di *matière pénale* inteso in chiave sostanzialistica, che è stato tratteggiato dai c.d. criteri Engel enucleati da una sentenza del 1976 della Corte EDU e successivamente affinati²⁶: il primo corrisponde con la qualificazione dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale ed è, quindi, formale; gli altri due, invece -che sono di natura sostanziale e devono essere considerati se-

²³ In tema, in prospettiva storica, v. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1204, il quale rileva che le formule codificate “nostrane” risalgono a modelli francesi, tanto che «*I testi italiani usano parole equivalenti a quelle impiegate nel code d'instruction criminelle del 1808, ma «l'art. 435 cod. 1913 differisce dal predecessore (art. 518 cod. 1865) nel taglio analitico, codificando un discorso comune alle giurisprudenze francese e italiana: l'“assolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile” (o il condannato...), non è più giudicabile sul medesimo fatto, neppure se “diversamente definito” rispetto a “a titolo, grado o quantità di reato”; il non doversi procedere perché mancano querela o richiesta, invece, cade al sopravvenire della condizione. L'art. 90 cod. 1930 apporta una variante: “titolo...grado o...circostanze”; e l'attuale art. 649 nutra tale formula».*

²⁴ In tema, v. *Rel. prog. prel.*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord. n. 2, Serie speciale*, 140.

²⁵ Sul punto, tra gli altri, v. RIVELLO, *sub art. 649 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 422 ss., il quale sottolinea, però, che «*neppure in passato sorgeva il dubbio sull'applicabilità del ne bis in idem in relazione al decreto penale di condanna*».

²⁶ Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi. La decisione in discorso ha ritenuto la qualificazione giuridica dell'illecito, nel diritto interno, criterio solo formale e relativo: infatti, dovrebbe attribuirsi, nella prospettiva di qualificazione della *matière pénale*, maggiore valenza significativa alla natura della violazione ed al grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato.

condo una logica alternativa²⁷ - si identificano con la natura della violazione e con la natura, gravità e scopo della sanzione, secondo la valutazione operata dalla Corte EDU, e valgono nel caso in cui manchi tale qualificazione ovvero quando il legislatore nazionale qualifichi diversamente il comportamento scrutinato²⁸.

Pertanto, a fronte di un comportamento che -alla stregua dei succitati criteri Engel- va qualificato come illecito in *matière pénale*, non è a discutersi che i relativi moduli di accertamento e le correlative sanzioni siano vincolati al rispetto delle garanzie del giusto processo (art. 111 Cost., art. 6 CEDU ed art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), del principio di legalità (art. 25 Cost., art. 7 CEDU e art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), del principio di *ne bis in idem* processuale ovvero del diritto di non essere condannato due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

3. Il *ne bis in idem* sostanziale: “ragion propria” di un canone positivizzato

Il *ne bis in idem* sostanziale nega, sul piano dei principi, che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo.

Pertanto, nulla osta, sul piano delle opzioni statuali di politica criminale, a che un'unica azione ovvero omissione infranga diverse disposizioni penali²⁹, alle quali corrisponde un disvalore autonomo che il legislatore (parlamentare o tecnico delegato: è lo stesso), nei limiti della discrezionalità di cui è titolare, valuta doveroso riflettere in molteplici e corrispondenti reati e sanzionare con la previsione delle relative pene, seppur a computo “calmierato” alla stregua del criterio di favore posto dall'art. 81 c.p.³⁰.

²⁷ In proposito, v. Corte EDU, sent. 10 febbraio 2009, *Zolotoukine c. Russia*, che ha affermato che il secondo ed il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi, anche se è ammissibile il ricorso ad entrambi per il caso in cui l'analisi separata di ciascun criterio non consente di pervenire ad “*conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale*” (par. 53).

²⁸ Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

²⁹ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, 1966, passim.

³⁰ In proposito, v. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, in *questa Rivista* online, con osservazioni a prima lettura di FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, che, seppur *incidenter tantum*, sottolinea che «il divieto di bis in idem ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro».

Senonché, qualora si escluda che le disposizioni penali si pongano tra esse in concorso apparente, che può derivare da un rapporto di specialità (in astratto, in concreto o bilaterale), di sussidiarietà o di assorbimento tra le fattispecie incriminatrici³¹, non è a discutersi che si debbano attribuire all'autore del comportamento tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, pur quando il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico, tanto che la legge penale sostanziale ammette il *bis in idem* sanzionatorio.

In tale contesto di sistema, allora, il divieto di sanzionare due o più volte l'*eadem persona* per l'*idem factum* trova chiara eco, in prospettiva generale, nel disposto degli artt. 15, 84, 61, 62, prima parte, 68, 581, co. 2, c.p. che esprimono, all'evidenza, il criterio ermeneutico per cui è inammissibile, a fronte della medesimezza del fatto, la doppia sanzione, ogniqualvolta la natura del reato (ritenuto e sanzionato), il bene giuridico da esso tutelato e l'evento in senso giuridico che esso contempla, esauriscano integralmente il disvalore che promana dall'azione o dall'omissione, tanto rispetto alla tipicità del comportamento che alla relativa colpevolezza.

Ciò posto, va rilevato, seppur con consapevole autolimitazione, che non solo «*la portata del ne bis in idem sostanziale, valida a tracciare una relazione tra norme (anche) in funzione della rispettiva oggettività giuridica, non s'addice - per la sua veste inestricabilmente legale- alla portata del ne bis in idem processuale, che si cala sull'eterogeneo e preliminare livello del fatto, come puntualmente emerge dalla dizione dell'art. 649 c.p.p. e dalla relativa lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata*»³², ma anche che è ineludibile la separazione concettuale e della portata teleologica del principio, a seconda che si tratti della figura sostanziale o di quella processuale, seppur connotate con il differente criterio costruttivo dell'uno (medesima materia) e dell'altro (medesimo fatto) *ne bis in idem*³³.

Al riguardo, va rilevato che le succitate disposizioni del Protocollo n. 7 CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea colgono, all'evidenza, il legame e la separazione che insistono fra il divieto del secondo

³¹ In proposito, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, tra gli altri, v. ROMANO, *Sub art. 15 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, I, 173.

³² Così, ma anche per gli interessanti spunti, FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *questa Rivista*, 2017, 1, 6. Inoltre, per una significativa ricostruzione del criterio del *ne bis in idem* nel campo del diritto processuale e in quello del diritto sostanziale, v. G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 67 ss.; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 1183.

³³ Così, ancora, v. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, cit., 7.

giudizio e il divieto della seconda condanna: il riferimento -per l'appunto- è ai toni ed ai contenuti dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, rubricato «*diritto di non essere giudicato o punito due volte*»³⁴ e dell'art. 50 CDFUE, che è intitolato «*diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto*»³⁵.

E si spiega.

Se la «*disgiunzione che corre tra l'uno e l'altro diritto segnala l'indubbia diversità del piano operativo tra l'uno e l'altro divieto*», è chiaro che il *ne bis in idem* sostanziale risponda ad esigenze di equità e di giustizia sostanziale, essendo «*concentrato ad evitare l'irrazionale ingiustizia di una duplice condanna per lo stesso fatto di reato*»³⁶, mentre il *ne bis in idem* processuale tende ad assicurare, anzitutto, esigenze di certezza del diritto e di economia dei giudizi³⁷.

Stando così le cose, il rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale può configurarsi secondo il seguente "schema operativo", stante la separatezza che contraddistingue i relativi spazi di violazione: l'operatività del divieto di doppia sanzione assicura effettività al divieto di doppia incriminazione, ove si consideri che non si può procedere *ex novo* nei confronti di colui che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto; di contro, il *ne bis in idem* processuale non esclude che, nell'ambito del medesimo procedimento, colui nei cui confronti si procede possa essere giudicato, a fronte dell'*idem factum*, per molteplici reati e, per l'effetto, sanzionato con l'irrogazione delle relative pene, nonostante il criterio di favore posto dall'art. 81 c.p.³⁸; inoltre, la violazione del divieto di doppia incriminazione non determina, di per sé, la

³⁴ Si veda nota 19.

³⁵ Si veda nota 20.

³⁶ In tal senso, v. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, cit., 7.

³⁷ In maniera esemplare, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1205, il quale rileva che «*Anche i penalisti postulano un ne bis in idem: attribuiremmo due volte lo stesso atto all'autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall'altra ("concorso apparente"); la figura legale "omicidio", ad esempio, include "lesioni" e "percossa". Ma il divieto d'un secondo giudizio sulla eadem res ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l'azione, l'attore la consuma. Assolto N dall'accusa d'aver ucciso colposamente P, nessuna regola penale vieta ridefinizioni dolose: sono figure indipendenti*».

³⁸ In tema, per gli interessanti spunti di riflessione, CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, cit., 15; GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 222; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183; BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità nel processo per gli abusi di mercato*, cit., 5 ss.

trasgressione del divieto di doppia sanzione, potendo il secondo giudizio definirsi con un proscioglimento³⁹.

4. (Segue): lineamenti di un consolidato *self restraint* giurisprudenziale

È dato acquisito che il sistema processualistico *latu sensu* inteso miri alla prevenzione ed all'eliminazione *in nuce* di situazioni in cui siano -o possano essere, fa lo stesso- duplicati tanto i procedimenti di accertamento, quanto le sanzioni per l'*idem factum*; di contro, è lecito -ed allo stesso tempo necessario- continuare ad interrogarsi sull'effettività e sull'efficacia di tali principi e meccanismi.

Vale a dire.

L'art. 15 c.p., a norma del quale «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito», è disposizione che venne “concepita” per far sì che venisse radicalmente esclusa la possibilità di far nascere due piste alternative, due binari paralleli attigui, volti a sanzionare il medesimo fatto-reato⁴⁰: tralasciando l'approfondimento di tematiche particolarmente complesse, quale è quella relativa alla definizione del concetto di «stessa materia» (*id est*, se è da intendere non solo -e non tanto- alla luce dell'originaria impostazione codicistica, quanto soprattutto -e piuttosto- nell'ottica dell'evoluzione legislativa nel tempo)⁴¹ o relative al valore ed all'operatività delle clausole di esclusione, è

³⁹ CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183, il quale rileva che «le istanze garantistiche che ispirano il divieto di secondo giudizio non coincidono con la sola necessità di evitare che sia condannato due volte un soggetto che la legge consente di punire una sola volta. Ovvio, in altre parole, che non si possa instaurare un secondo giudizio quando non vi siano più sanzioni penali legittimamente applicabili; ma sarebbe un errore limitare questi soli casi la sfera di incidenza del ne bis in idem processuale».

⁴⁰ Il sistema prevede anche il criterio di consunzione espressamente disciplinato dall'art. 84 c.p. (secondo il principio *lex consumens derogat legi consumptae*), che esprime la relazione tra due norme di cui una abbia portata maggiore rispetto all'altra, e comporta che quella avente più ampio raggio includa la minore, ricomprendendo quest'ultima ed assorbendone il disvalore giuridico: si tratta dei casi di reato *complesso* e reato *progressivo*, indicando con ciò quel reato i cui elementi costitutivi o le cui circostanze aggravanti sono previste come reati a sé stanti da norme diverse (come nell'ipotesi di scuola della rapina, la quale assorbe i reati di furto e di violenza privata), e la fattispecie criminosa che si configura quando l'agente, da una condotta iniziale che realizza un tipo di reato, pone in essere un nuovo reato che presuppone il primo, come nel caso di passaggio dal sequestro di persona alla riduzione in schiavitù.

⁴¹ La giurisprudenza, in passato propensa ad avvalersi del criterio di “identità del bene protetto”, ormai sembra essersi assestata verso l'asserzione per cui il principio di specialità opera non solo tra due reati in cui uno è per forza di cose assorbito e compreso nell'altro, ma anche quando lo stesso fatto sia riconducibile in tutti i suoi elementi ad entrambe le figure criminose, seppur tra esse non vi sia in astratto un rapporto di genere a specie (ad esempio nelle ipotesi di truffa e millantato credito). In proposito, v.

la prassi operativa ed ermeneutica a testimoniare come, di fatto, al principio secondo cui *lex specialis derogat legi generali* venga ritagliato uno spazio che si presenta, all'evidenza, residuale, fino ad arrivare ad una sostanziale amputazione dello stesso⁴².

A fronte del canone positivizzato a maglie inevitabilmente "larghe" -forse anche troppo- dal legislatore (art. 15 c.p.p), si è assistito ad un'implementazione del peso specifico delle decisioni giurisprudenziali che ha portato ad una vera e propria deriva ermeneutico-applicativa, che è finita con l'intaccare significativamente la portata e l'efficacia del principio richiamato, arrivando così a delineare uno scenario più attinente ad un sistema di *common law* ed alla regola dello *stare decisis*, che ad un impianto tipicamente di *civil law*.

Sennonché, non sono mancati recenti esempi in cui le Corti "interne", alla luce delle summenzionate sentenze nazionali ed internazionali, hanno interpretato il divieto di *bis in idem* in un'ottica convenzionalmente orientata, estendendo in maniera garantista il detto principio in casi prima di allora mai vagliati⁴³; tuttavia è innegabile che, anche a fronte di queste aperture innovati-

Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 248864, secondo cui «*in caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità (art. 15 c.p.) richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle*».

⁴² Si pensi, ad esempio al rapporto intercorrente tra la violenza o minaccia, anche aggravata, e l'estorsione: in proposito, v. Cass., Sez. II, 9 ottobre 2008, Cuomo, in *Mass. Uff.*, n. 242244, secondo cui «*il delitto di violenza o minaccia per costringere a commettere un reato e quello di estorsione possono formalmente concorrere perché essi, data la diversità delle condotte finalistiche e dei beni tutelati, non sono in rapporto di specialità*»; Cass., Sez. V, 13 giugno 2007, in *Mass. Uff.*, n. 237442, alla cui stregua «*il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, previsto dall'art. 513 bis c.p. e avente natura di reato complesso, non può essere assorbito nel reato di estorsione (art. 629 c.p.), in base al criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., trattandosi di norme con diversa collocazione sistematica e preordinate alla tutela di beni giuridici diversi: la disposizione di cui all'art. 513 bis c.p., collocata tra i reati contro l'industria e il commercio, richiede una condotta tesa a scoraggiare mediante violenza o minaccia l'altrui concorrenza e ha come scopo la tutela dell'ordine economico e, quindi, del normale svolgimento delle attività produttive a esso inerenti, mentre la norma di cui all'art. 629 c.p., collocata tra i reati contro il patrimonio, tende a salvaguardare prevalentemente il patrimonio dei singoli. Ne deriva che qualora si realizzino contemporaneamente gli elementi costitutivi di entrambi i reati è configurabile il concorso formale degli stessi, non ricorrendo l'ipotesi del concorso apparente di norme*».

⁴³ Cfr. Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, Gasbarro, con nota di GALANTINI, *Il Principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 2015, 215. In particolare, la specifica vicenda processuale riguardava un procedimento che aveva ad oggetto il reato di danneggiamento a carico di un detenuto che, per aver distrutto alcune suppellettili in dotazione alla cella, aveva già subito un giudizio disciplinare secondo la normativa penitenziaria, in seguito al quale gli erano state inflitte le sanzioni disciplinari della esclusione per un certo tempo dalla attività in comune e dell'isolamento continuo, oltre che il prelievo dal peculio di una somma a titolo di risarcimento del danno. A tal proposito il Trib. Brindisi

ve, si continui -e si continuerà nell'immediato futuro- ad assistere ad una locupletazione di procedimenti e di sanzioni formalmente e sostanzialmente attinenti alla *matière pénale*, così come delineata dai *dicta* di Strasburgo e non solo, per fatti sostanzialmente scaturenti dalla stessa condotta, o in rapporto tra loro di vincolata successione o progressione temporale il più delle volte inscindibile ed inevitabile⁴⁴, in forza dell'invocata -ma non per ciò solo esistente, anzi- differenza di materia.

È su questa tela, caratterizzata dalla proliferazione di arresti giurisprudenziali sulle tematiche trattate, che si è andato ad inserire il già citato intervento da parte della Corte costituzionale che è stata chiamata a fare chiarezza -almeno in parte- sulla sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione limitava l'applicazione del principio di *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU⁴⁵.

ha affermato che *«l'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. impone di emettere sentenza di non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale per bis in idem quando l'imputato ha subito per il medesimo fatto, all'esito di un procedimento definitivo, una sanzione qualificata come disciplinare nel nostro ordinamento, ma da ritenersi "penale" ai sensi degli artt. 6 Cedu e 4 Protocollo 7 Cedu»*.

⁴⁴ Si pensi ad esempio a Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, Favellato, in cui si è ricostruito in termini di "progressione" -e non di specialità- il rapporto intercorrente tra la fattispecie penale di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, (per cui è punito *«chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta»*), e la fattispecie amministrativa di cui all'art. 13,co.1,d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, (a norma del quale *«chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile»*), dimodoché si è ritenuto non operativo il principio di specialità ex art. 19, co.1,d.lgs. n. 74 del 2000 ed effettivo il concorso di norme, con la conseguenza che *«la previsione dell'illecito amministrativo di cui al co. 1 dell'art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997 e la consumazione in concreto di esso non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000»*.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org, relativa all'ormai tristemente noto caso Eternit in cui il giudice rimettente si era trovato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone, sebbene in relazione alla medesima condotta lo stesso imputato, in un precedente giudizio, fosse già stato prosciolto per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, secondo co., e 437, secondo co., del codice penale. In particolare in quel primo processo penale erano stati contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che l'imputato avrebbe com-

Infatti, la questione litigiosa consisteva nel “districarsi” ai fini della verifica e dell’eventuale riconoscimento della sussistenza dell’*idem factum* alla stregua dei criteri elaborati dalla giurisprudenza dominante degli ultimi anni, che apparivano insufficienti a pervenire ad un risultato unitario e stabile: in particolare, il *punctum dolens* stava in ciò che, nonostante la formulazione testuale dell’art. 649 c.p.p. fosse chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico, il “diritto vivente”, invece, sembrava esigere l’identità del fatto giuridico⁴⁶; inoltre, costituiva “tema imposto” scrutinare la possibilità di ravvisare la medesimezza del fatto sulla base di due contestazioni di per sé astrattamente e reciprocamente compatibili con il concorso formale di reati.

Tuttavia, la Corte costituzionale dapprima ha preso atto che *«l’identità del “fatto” sussiste -secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) - quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008). È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l’art. 649 cod. proc. pen. vive nell’ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell’odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un’affermazione netta e univoca a favore dell’idem factum, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico»* ed ha, poi, affermato -nonostante l’esistenza di un orientamento minoritario e contrario- che il diritto vivente -con una lettura conforme all’attuale stadio di sviluppo dell’art. 4, Protocollo n. 7, CEDU- impone di valutare, assecondando l’approccio storico-naturalistico, l’identità della condotta e

messo nella sua qualità di dirigente di stabilimenti della società Eternit. Mediante la diffusione di polveri di amianto sarebbero stati cagionati un disastro e un infortunio, che avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone, 186 delle quali erano indicate nei nuovi capi di imputazione per omicidio.

⁴⁶ L’identità del fatto giuridico era intesa come la coincidenza e sovrapposibilità tra tutti gli elementi costitutivi del reato e i beni giuridici tutelati. Sul punto, v. Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org, secondo cui *«il giudice sarebbe cioè tenuto a valutare non la sola condotta dell’agente, ma la triade “condotta-evento-nesso di causa”, indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano. Applicando questo criterio al caso di specie il rimettente afferma che l’omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall’omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro aggravata, posto che questi sono due delitti di pericolo, anziché di danno, diretti alla tutela della pubblica incolumità, anziché della vita. Inoltre, l’evento morte, che è elemento costitutivo dell’omicidio, non figura neppure tra le circostanze aggravanti previste dal secondo comma degli artt. 434 e 437 c.p., perché non è necessario per integrare le figure del disastro e dell’infortunio, alle quali queste disposizioni fanno riferimento»*.

dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto a causa della prima⁴⁷.

In altri termini, per la Corte costituzionale il rapporto di necessità, predicato nel diritto vivente, tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem*, inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati "espulsi" attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento, così che sussiste il contrasto tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre il concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU, che vieta -invece- di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo⁴⁸.

Infatti, ai fini della decisione in ordine all'applicabilità della preclusione derivante dal *ne bis in idem* rileva solo il giudizio sul fatto storico, poiché che vi sia un'ipotesi di concorso formale tra i reati giudicati e da giudicare, è elemento che non incide di per sé solo ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., tanto che «è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale»⁴⁹.

⁴⁷ In proposito, ancora, v. Corte cost., sent. n. 2000 del 2016, *cit.*, secondo cui «non vi è perciò dubbio che nel caso di specie gli indici segnalati dal Giudice rimettente per ritenere diversi i fatti già giudicati rispetto a quelli di omicidio oggetto della nuova contestazione non siano adeguati, perché non possono avere peso a tali fini né la natura di pericolo dei delitti previsti dagli artt. 434 e 437 cod. pen., né il bene giuridico tutelato, né il differente "ruolo" del medesimo evento morte all'interno della fattispecie. Allo stesso tempo, è chiaro che, anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre persone».

⁴⁸ Così, prosegue Corte cost., sent. n. 2000 del 2016, *cit.*, alla cui stregua è comunque «il caso di precisare che la conclusione appena raggiunta non impone di applicare il divieto di bis in idem per la esclusiva ragione che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione. È infatti facilmente immaginabile che all'unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento. Tale ultima posizione, in particolare, è fatta propria dal diritto vivente nazionale e se ne è già accertata la compatibilità con la Costituzione e con lo stato attuale della giurisprudenza europea».

⁴⁹ In tema, di seguito, sempre Corte cost., sent. n. 200 del 2016, *cit.*, secondo cui «l'autorità giudiziaria sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi indicati dal rimettente nel giudizio principale (la natura del reato; il bene giuridico tutelato; l'evento in senso giuridico)», concludendo nel senso che «sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad

5. (Segue): il principio di specialità in tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi ed i confini applicativi dell'art 9 l. 24 novembre 1981, n. 689

Nei sistemi sanzionatori basati sul c.d. “doppio binario”, il fenomeno del concorso apparente della norma amministrativa con quella penale è solitamente risolto attraverso la previsione e l'applicazione del succitato principio di specialità.

Il riferimento è ai toni dell'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689 che regola -in via generale- i rapporti tra la norma penale e quella amministrativa, sancendo che ove sia dato riscontrare una ipotesi di concorso di norme debba trovare applicazione quella speciale: il che, d'altronde, è stabilito *expressim* anche nel campo tributario, a mente dell'art. 19, d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 ⁽⁵⁰⁾.

A tale ultimo riguardo, va detto che proprio nel campo tributario -caratterizzato, nei fatti, da sanzioni di tipo *sostanzialmente* penalistico, seppur *formalmente* amministrativo-, emergono incertezze riguardo all'effettiva “traduzione” operativa del suddetto principio: infatti, si riscontra sovente, nella prassi applicativa, che per l'identico fatto venga instaurato un procedimento di tipo amministrativo ed irrogata conseguentemente la relativa sanzione laddove se ne ravvisassero gli estremi, anche a fronte della certificata specialità della normativa penalistica di riferimento, con buona pace del principio richiamato.

Senonché, il legislatore tecnico delegato ha escluso che le sanzioni amministrative eventualmente irrogate siano comunque eseguibili, a fronte della “coesistenza” del procedimento penale e sanzionatorio amministrativo, «*salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto*» (art. 21 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) ed ha, per l'effetto, salvaguardato l'effettività del divieto di doppia sanzione per l'*idem factum*⁵¹.

esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

⁵⁰ L'art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 -rubricato «Principio di specialità»- prevede, al co. 1, che «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» ed, al co. 2, che «Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, co. 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato».

⁵¹ PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla “certezza del diritto” alla certezza del “diritto soggettivo”*, in *Re-*

Ad ogni modo, ciò che appare ben più difficoltoso è la corretta composizione dei rapporti tra procedimento penale ed amministrativo a fronte di una tendenza al *favor fisci* che appare per lo più ispirata dalla volontà/necessità di recuperare l'imposta evasa anche quando il fatto sia penalmente rilevante⁵².

S'aggiunga che problemi analoghi, seppur in parte, si riscontrano nell'ambito della disciplina sugli abusi di mercato, anche a seguito della succitata sentenza Grande Stevens, tanto che -nell'ambito di un processo per il delitto di abuso informazioni privilegiate (art. 184 T.U.F.)- la Corte di cassazione ha promosso un incidente di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., della norma sanzionatoria amministrativa in materia di *insider trading* (art. 187-*bis*, co. 1, T.U.F.), nella parte in cui reca la "clausola di cumulo" «*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*», invece che la "clausola di riserva" «*salvo che il fatto costituisca reato*»⁵³; del pari, in un procedimento per fatti di manipolazione del mercato, in relazione ai quali si era già celebrato un processo penale -definitosi con sentenza irrevocabile di patteggiamento- la Corte di cassazione si era interrogata sulla legittimità costituzionale della norma che sanziona la manipolazione del mercato (art. 187-*ter* T.U.F.) e sul suo possibile contrasto con il principio di *ne bis in idem*⁵⁴.

Al riguardo, va segnalato che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili «*le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis*, co. 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) e dell'art. 649 del codice di procedura penale, sollevate, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98...*»⁵⁵.

6. Il *ne bis in idem* processuale: *ratio* di un criterio di efficienza sistematica e garanzia individuale

gole europee e processo penale, cit., 292; v. anche BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., 1.

⁵² PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, cit., 292.

⁵³ Cass., Sez. V, ord. 10 novembre 2014, n. 1782, Chiarion Casoni, in www.foroitaliano.it.

⁵⁴ Cass., Sez. trib., ord. 21 gennaio 2015, n. 950, in www.iclouvell.com.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 102 del 2016, in www.archiviopenale.it, con osservazioni a prima lettura di FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*. In tema, CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, cit., 8 ss.

L'art. 649 c.p.p. -che delinea l'aspetto garantistico del giudicato penale a salvaguardia della persona già giudicata, vietandone una nuova sottoposizione a procedimento penale per il medesimo fatto, pur se diversamente considerato per titolo, grado o circostanze⁵⁶ - reca, in linea di continuità con l'art. 90 c.p.p. abr., anche l'indicazione delle c.d. eccezioni apparenti: il riferimento è alla morte dell'imputato erroneamente dichiarata (art. 69, 2° co., c.p.p.) ed alla successiva integrazione di una condizione del procedere originariamente mancante (art. 345 c.p.p.).

La disposizione *de qua*, che descrive -insieme con l'art. 648 c.p.p., rubricato «*Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali*»- la fattispecie costitutiva e gli ambiti applicativi del divieto di doppia incriminazione derivanti dal precedente giudicato⁵⁷, non contiene richiamo alcuno alla riapertura dell'istruzione, stante l'eliminazione della fase istruttoria, così come all'istituto della revoca

⁵⁶ Sulla nozione di «*medesimo fatto*» rilevante *ex art.* 649 c.p.p., v. Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, in *Mass. Uff.*, n. 231799, secondo cui «*Ai fini della preclusione connessa al principio ne bis in idem, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*». In termini analoghi, tra le altre, v. Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, n. 31208, A.N., in www.dirittoegiustizia.it. Sul punto, ancora, v. Cass., Sez. I, 18 maggio 1995, Lazzarini, in *Cass. pen.*, 1997, 1338, secondo cui «*la lettera dell'art. 649 c.p.p., così come dell'art. 90 del codice previgente, è chiarissima nel limitare l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento ha per oggetto "il medesimo fatto" su cui ha statuito la precedente sentenza irrevocabile. Tale espressione va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie -condotta, evento e nesso di causalità- e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona*»; v., inoltre, Id., Sez. VI, 16 novembre 1999, Balzano, *ivi* 2001, 2728, alla cui stregua «*nell'ipotesi di concorso formale di reati, in cui con un'unica azione si cagionino più eventi penalmente rilevanti, il giudicato formato con riguardo a uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione a un altro evento scaturito dall'unica condotta, perché il "fatto" di cui all'art. 649, comma 1 c.p.p. si identifica nell'elemento materiale del reato, costituito da condotta, nesso causale ed evento, per cui non può dirsi violato il principio del "ne bis in idem" qualora il soggetto venga sottoposto a nuovo processo, perché il nuovo procedimento per il reato in concorso formale ha per oggetto non il medesimo fatto, ma quella parte di fatto non contemplato dalla prima norma incriminatrice applicata, rappresentata dal diverso evento*». Altresì, riguardo ai peculiari profili operativi della preclusione negativa derivante dal giudicato nel caso di reato permanente, v. Id., Sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante, *ivi*, 2002, 259, con nota di MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*, per cui «*ai fini del divieto di un secondo giudizio, previsto dall'art. 649 c.p.p., il fatto deve essere individuato con criteri unitari e, nel caso di reato permanente per il quale manchi la indicazione della relativa durata, con riferimento alla sentenza di primo grado, sia essa di assoluzione o di condanna, atteso che in entrambi i casi la sentenza consegue all'accertamento del fatto, che nel reato permanente non può in alcun modo prescindere dalla durata di esso per soffermarsi invece sul momento di inizio*».

⁵⁷ In proposito, tra gli altri, PALMERI, *Il principio del ne bis in idem. Premessa*, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea, La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Gianniti, Bologna, 2013, 1469.

della sentenza di non luogo a procedere ex art. 434 c.p.p., non essendo tale pronuncia destinata a divenire “irrevocabile”⁵⁸.

Stando così le cose, la legge non consente alternative al giudice: non appena rilevi la preclusione nascente dall’essersi già proceduto altra volta per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona, è obbligato a pronunciare sentenza declinatoria della propria investitura, sotto specie di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere (art. 649, co. 2, c.p.p.)⁵⁹.

Nell’ambiguità della locuzione normativa, dalla quale è impossibile evincere gli ambiti applicativi e le eventuali interferenze reciproche tra le due formule, c’è chi argomenta che il criterio discretivo sarebbe fornito dal *favor rei*: proscioglimento ove il tenore della prima decisione sia stato liberatorio, non luogo a procedere in ogni altro caso.

Da segnalare che nel giudizio, in forza dell’art. 529 c.p.p., «*se l’azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere*»; mentre nell’udienza preliminare, ricorrendo la medesima situazione, «*il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere*» ai sensi dell’art. 425 c.p.p.

È plausibile, quindi, ritenere che la previsione dell’art. 649, co. 2, c.p.p., lungi dall’integrare una possibile alternativa per l’organo investito della decisione, valga, invece, ad individuare il tipo di pronuncia da adottare a seconda del momento in cui viene accertata la preclusione: non luogo a procedere prima del rinvio a giudizio, proscioglimento in sede dibattimentale.

La preclusione a tornare sulla medesima vicenda vale unicamente per il giudizio relativo all’accertamento della responsabilità dell’imputato, con specifico

⁵⁸ In tema, per gli interessanti spunti, RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 298.

⁵⁹ Con riferimento al divieto di un secondo giudizio ex art. 649 c.p.p., i termini letterali di largo respiro con i quali è formulata la disposizione del secondo comma dell’art. 649 c.p.p. ben si combinano con la rilevanza del divieto di un secondo giudizio anche in assenza di una pronuncia già irrevocabile, nelle forme del divieto del nuovo esercizio dell’azione penale da parte dello stesso ufficio del pubblico ministero. In proposito, v. Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, in *Mass. Uff.*, n. 231799; analogamente, v. Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, in *Cass. pen.*, 2000, 399 per cui «*non è consentito, in pendenza di un procedimento in grado di appello, iniziare, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, un nuovo procedimento, nell’ambito del quale sia inoltre emessa un’ordinanza di custodia cautelare. Invero il principio del ne bis in idem -che tende ad evitare che per lo stesso fatto si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, anche non irrevocabili ed uno differente dall’altra portata generale ed opera in tutto l’ordinamento penale: esso infatti trova espressamente nelle norme sui conflitti positivi di competenza (art. 28 c.p.p.), nel divieto di un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.) e nella disciplina delle ipotesi in cui, per il medesimo fatto, siano state emesse più sentenze nei confronti della stessa persona (art. 669 c.p.p.)*». Aderiscono a tale impostazione, tra le altre, Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2002, Sulsenti, *ivi*, 2003, 3861; Id., Sez. VI, 10 luglio 1995, Pandolfo, *ivi*, 1999, 2611. In proposito, v. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 295.

riferimento alle statuizioni contenute nella sentenza di condanna o di proscioglimento o nel decreto di condanna divenuti irrevocabili (senza distinzioni, quindi, a seconda della tipologia procedimentale esperita).

Che ciò sia, d'altronde, è confermato dai toni dell'art. 666 c.p.p. che, per i provvedimenti esecutivi, fissa come regola quella opposta della possibile reiterazione, sia pure con congrui correttivi; e lo stesso vale per le decisioni sulle misure cautelari (anche se impropriamente taluno descrive il fenomeno in termini di *ne bis in idem*, stante l'ammissibilità di un nuovo esame a fronte del modificarsi della situazione all'interno del procedimento).

Non è discutersi, poi, che la preclusione in discorso sia inoperante tanto in rapporto all'ipotesi di revoca della sentenza di non luogo a procedere emessa in sede di udienza preliminare⁶⁰, quanto nelle varie ipotesi di archiviazione, non essendovi in questi casi irrevocabilità del relativo provvedimento.

Senonché, il divieto di *bis in idem* processuale -che preclude la reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda- risponde, anzitutto, ad esigenze di razionalità e funzionalità connaturate al sistema⁶¹ e non consente, quindi, di infrangere la "quiete penalistica" della persona già giudicata in via definitiva, che è assistita, per l'effetto, da una garanzia processuale

⁶⁰ La non estensibilità della preclusione negativa derivante dal giudicato, rispetto alla sentenza di non luogo a procedere, non è affermata -in giurisprudenza- in maniera monocorde: da un lato, si pongono le pronunce alla cui stregua « *in materia di giudicato penale, il principio del ne bis in idem è posto dal legislatore con esclusivo riferimento alle decisioni adottate a carico dell'imputato che siano connotate dal requisito irrevocabilità, requisito da ritenersi assente per la sentenza di non luogo a procedere per quanto dettato dall'art. 434 c.p.p. che ne disciplina la revoca. A nulla rileva, al riguardo, che la giurisprudenza elaboratasi nella vigenza delle norme processuali abrogate aveva prevalentemente ritenuto che il carattere di definitività dovesse riconoscersi anche alle sentenze pronunciate dal giudice istruttore pur essendo anche per esse prevista la possibilità della riapertura delle indagini a carico dello stesso soggetto per il medesimo fatto; ed invero, nell'ordinamento processuale vigente, la sentenza di "non luogo a procedere", sconosciuta in quello abrogato, è concettualmente distinta da quella di proscioglimento alla quale esclusivamente, oltre che per quella di condanna, fa riferimento l'art. 649 che pone il divieto di un secondo giudizio a carico della stessa persona per il medesimo fatto* » (Cass., Sez. III, 18 gennaio 1994, Bignami, in *Cass. pen.*, 1994, 2455); dall'altro lato, invece, si pongono i *dicta* per cui « *la sentenza di non luogo a procedere emessa ex art. 425 c.p.p., pur se non ricompresa fra quelle di cui agli artt. 648 e 649 c.p.p., formalmente preclusive di un secondo giudizio, impedisce ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità. Quando poi tale sentenza è stata emessa per estinzione del reato, l'effetto preclusivo è irreversibile, al pari di quello di cui all'art. 649 c.p.p., non potendosi configurare neppure in via ipotetica la sopravvivenza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale* » (Id., Sez. VI, 8 novembre 1996, Privitera, *ivi*, 1998, 838); ed ancora: « *dalla sentenza di non luogo a procedere non derivano gli effetti di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p., qualora in altro procedimento sia emesso decreto che dispone il giudizio per lo stesso fatto prima che detta sentenza abbia forza esecutiva, in quanto non più soggetta ad impugnazione, e, come tale, possa essere equiparata alla sentenza irrevocabile pronunciata in giudizio* » (Id., Sez. III, 17 novembre 1994, Piona, in *Giust. pen.*, 1996, 512).

⁶¹ In proposito, v. Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, in *Mass. Uff.*, n. 231799.

ad hoc che ne garantisce la sottrazione alla pretesa punitiva dello Stato⁶²; esso rientra nel novero dei principi generali dell'ordinamento dai quali il giudice non può prescindere quale referente in sede di interpretazione logico-sistemica ai sensi dell'art. 12, co. 2, disp. prel. cod. civ.

Pertanto, il *ne bis in idem* processuale va ritenuto come «una garanzia ad personam, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo»⁶³ ed opera limitatamente alla specifica qualità di imputato, tanto che «colui che in tale veste risulti già giudicato ben potrà, ad esempio, essere convenuto in un secondo giudizio sull'*idem factum* come responsabile civile»⁶⁴.

7. Il divieto di un doppio giudizio e di punire due volte: *minimalia* di un dialogo incompiuto tra le Corti

Il “dialogo” tra le Corti -con specifico riguardo ai rapporti tra Corti europee e giudici nazionali (costituzionali e non)- costituisce, da tempo, riferimento centrale per l'interprete⁶⁵, che è chiamato ad unire le diversità senza, però, cancellarle⁶⁶.

⁶² Ad ogni modo, l'ordinamento giuridico italiano contempla la revisione delle sentenze di condanna, dei decreti penali di condanna e delle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, co. 2, c.p.p., anche se divenuti irrevocabili, pur quando la pena sia stata già eseguita o estinta, al fine di assicurare senza limiti di tempo la «tutela dell'innocente». Sul punto, v. Corte cost., sent. n. 28 del 1969, in www.giurcost.org.

⁶³ CERESA CASTALDO, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2014, 1107.

⁶⁴ DEAN, *L'esecuzione penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2012, 859.

⁶⁵ Sul punto, tra i tanti, v. RUGGERI, “Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.diritticomparati.it, il quale rileva che «Del “dialogo” tra le Corti... si discorre animatamente da tempo; e il dibattito va crescendo a ritmi serrati, con esso però parimenti crescendo, per varietà di orientamenti e di esiti ricostruttivi, i modi d'intenderlo, al punto che lo stesso termine sembra ormai essersi caricato di una talmente estesa diversità di accezioni da rendersi assai problematico ed incerto il suo perdurante, fecondo utilizzo». In tema, v. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, *passim*.

⁶⁶ In proposito, v. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in www.giurcost.org; alla cui stregua «il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973)». Inoltre, «in base all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo

Pertanto, se è oramai consolidato il *refrain Constitution first* -nel senso che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU...è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», tanto che «sarebbe errato...ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove»⁶⁷ - costituisce parimenti “dato acquisito” che i rapporti tra giurisprudenza nazionale ed europea (il riferimento è alle pronunce della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea) siano assai difficoltosi anche - ma non solo - alla stregua del «*differente ruolo e funzione*» che «*giuocano rispettivamente*» la Corte Suprema di Cassazione e la Corte costituzionale, da un lato, e la Corte EDU e la Corte di giustizia dell’Unione Europea, dall’altro lato⁶⁹.

In tale contesto, allora, si colloca la sinusoide interpretativa relativa ai “tempi” ed ai “metodi” di applicazione del divieto di *bis in idem*, che deriva per *li ra-*

ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza. Il primato del diritto dell’Unione...rilette... il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei finirebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri.

⁶⁷ Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 49 del 2015, in www.giurcost.org.

⁶⁸ L’11 dicembre 2015 il Primo Presidente della Corte di Cassazione ed il Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo hanno siglato a Strasburgo un protocollo d’intesa per favorire il dialogo fra le due Corti. In particolare, l’idea di favorire periodici momenti di confronto fra i giudici nazionali e sovranazionali, espressamente caldeggiata nella Dichiarazione conclusiva dei lavori della Conferenza svolta a Bruxelles nel marzo 2015 sull’implementazione del ruolo della CEDU, ha trovato un’importante concretizzazione attraverso uno strumento estremamente agile e flessibile. Si inscrivono fra i contenuti dell’iniziativa lo scambio di informazioni sulla rispettive giurisprudenze e la collaborazione nelle attività di ricerca volte ad implementare i diritti fondamentali di matrice convenzionale nell’ordinamento interno ed il ruolo sussidiario del giudice nazionale nel processo di attuazione della CEDU. Il protocollo e la relativa circolare applicativa possono leggersi in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁹ In tema, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: anali di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *questa Rivista*, 2016, III, 673. In proposito, per l’utile chiave di metodo, DINACCI, *Interpretazione “europeisticamente” orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *I Principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 57 ss.; GAITO, CHINNICI, *Comandamenti europei e resistenze interne*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2016, 5 ss.

mi dal confronto tra i *dicta* -ed i relativi svolgimenti motivazionali- della Corte EDU, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷⁰ e delle Corti interne.

Breve.

Se l'esame della giurisprudenza di legittimità segnala, con riferimento al tema della valutazione convenzionalmente orientata del principio di *ne bis in idem*, che è assolutamente consolidata l'impostazione tradizionale, secondo cui il principio sancito dall'art. 649 c.p.p. ed il divieto di doppio giudizio si riferiscono, in esclusiva, alla categoria degli illeciti formalmente penali stante la concezione legale del reato a cui è improntato il nostro sistema penale⁷¹ e che è esclusa, per l'effetto, anche l'applicabilità dei principi della sentenza Grande Stevens in materia di misure di prevenzione⁷² e di responsabilità amministrativa degli enti collettivi derivante da reato⁷³, il "dialogo" -che aveva trovato spiragli occasionali nella giurisprudenza di merito (⁷⁴)- sembra ora essersi aperto, seppur in parte, con la Corte costituzionale che ha escluso -in sede di declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «*nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale*»- la sussistenza dell'ipotizzato profilo di contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e la normativa convenzionale interposta (art. 4, del Protocollo n. 7 alla CEDU), perché entrambe recepiscono il criterio *dell'idem factum* ed, all'interno di esso, la CEDU non obbliga a non tener conto dell'evento in senso naturalistico tra gli elementi identitari del fatto ed a superare le indicazioni promananti dal diritto vivente nazionale⁷⁵.

Sennonché, lo scenario, a fronte di "assestamenti" ermeneutici perlomeno apparenti, s'è ulteriormente complicato per essere nuovamente mutato a seguito del succitato intervento della *Grande Chambre* della Corte EDU con la sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016, per cui -a fronte dell'*idem factum*- i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere qualora si ritenga tra essi una «*connessione sostanziale e temporale*

⁷⁰ Sui tratti distintivi dei criteri riferibili alla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per stabilire il carattere penale delle norme di diritto interno, v. *supra* nota 18.

⁷¹ Così, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, Gabetti, in *Mass. Uff.*, n. 260686; Id., Sez. III, 22 giugno 2016, Scagnetti, *ivi*, n. 267301; Id., Sez. IV, 6 febbraio 2015, Meligeni, *ivi*, n. 262445; Id., Sez. III, 14 gennaio 2015, Ghidini, *ivi*, n. 264332; Id., Sez. III, 23 marzo 2015, Bertini, *ivi*, n. 265636. Inoltre, è stata esclusa l'applicabilità dei principi della sentenza Grande Stevens anche in materia di misure di prevenzione (Sez. II, 4 giugno 2015, Friolo, *ivi*, n. 264387) e di responsabilità amministrativa degli enti collettivi derivante da reato (Id., Sez. II, 25 febbraio 2016, Castiglioni, *ivi*, n. 266669).

⁷² Cass., Sez. II, 4 giugno 2015, Friolo, in *Mass. Uff.*, n. 264387.

⁷³ Cass., Sez. II, 25 febbraio 2016, Castiglioni, in *Mass. Uff.*, n. 266669.

⁷⁴ Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, Gasbarro, cit.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in *www.giurcost.org*.

*sufficientemente stretta*⁷⁶. Il che imporrà, all'evidenza, di "reimpostare" per intero, o quasi, la "partitura".

8. I futuribili

Il profilo evolutivo dei rapporti tra divieto di doppia incriminazione e divieto di doppia sanzione coglie la distinzione corrente tra forza dell'interpretazione e cogenza autoritativa della legge.

Infatti, se «*l'obiettivo finale appare non tanto evitare l'irrogazione di due sanzioni in ipotesi tra loro conflittuali (divieto di bis in idem), quanto garantire al condannato che all'illecito commesso verrà ricollegata un'unica sanzione attraverso un unico processo*», così come che «*non vi sarà un altro processo destinato a ricollegare allo stesso fatto una sanzione di tipo diverso*», allora è chiaro che il *target* di specie debba essere perseguito attraverso «*un intervento legislativo più che*» con «*una soluzione giurisprudenziale*»⁷⁷.

A tacere d'altro, infatti, il (mero) rischio di duplicazione di procedimenti e sanzioni nei confronti della medesima persona ed a fronte dell'*idem factum* che rappresenta l'effetto anche della tendenza per cui le varie branche di cui si compone l'ordinamento giuridico iniziano a perdere i «*contorni netti e tradizionali del diritto penale, civile e amministrativo, per approdare ad una prospettiva "olistica"*»⁷⁸ - potrà essere scongiurato solo se, e quando, il legislatore riterrà di implementare quale metodo elettivo di punizione dell'illecito penale - formalmente e sostanzialmente - quello dell'unico processo e dell'unica sanzione, adeguata al tipo ed alla gravità dell'illecito⁷⁹; d'altronde, se così non dovesse essere, la certezza del diritto continuerà ad essere in esclusiva un'illusione⁸⁰, la cui "paternità" (*rectius*, responsabilità) risulterà - però - certa.

⁷⁶ Cfr. nota 9.

⁷⁷ In tal senso, testualmente, CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, cit., 15 ss.

⁷⁸ Così, v. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, cit., 269.

⁷⁹ GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., p. 222.

⁸⁰ In proposito, per gli interessanti spunti, FLICK, NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'è pluribus unum*, cit., 31 ss.

