

CONVEGNI

ALFREDO GAITO

La progressiva trasfigurazione del *ne bis in idem**

Lo scritto esamina il rapporto tra giudice italiano e giudice sovranazionale, evidenziandone le problematiche soprattutto in considerazione delle diverse visioni in tema di *ne bis in idem*. Dopo l'analisi degli approdi europei, ispirati alla garanzia di non infliggere una seconda pena a chi ha già pagato, si evidenzia come la giurisprudenza nazionale non abbia ancora applicato i principi provenienti dall'Europa.

The paper examines the relationship between the Italian judge and the supranational judge, highlighting the problems above all in consideration of the different visions on the subject of ne bis in idem. After the analysis of the European landings, inspired by the guarantee of not inflicting a second sentence on those who have already paid, it is evident that the national jurisprudence has not yet applied the principles coming from Europe.

SOMMARIO: 1. Un sistema sfocato tra imperativi sovranazionali e tendenza interna alla conservazione dello *status quo ante*. - 2. Il *ne bis in idem*, dalla crisi alla rigenerazione di un istituto centrale per le garanzie della persona sottoposta a processo. - 3. Le resistenze della giurisprudenza nazionale alla evoluzione giurisprudenziale europea in tema di *ne bis in idem*. - 4. Ipotesi di sviluppi ulteriori dopo la lezione europea.

1. Un sistema sfocato tra imperativi sovranazionali e tendenza interna alla conservazione dello *status quo ante*.

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

Eppure, se intesa in questa dinamica per così dire di 'giustizia a formazione progressiva', o peggio gerarchica, la relazione tra i due livelli della giurisdizione - nazionale e sovranazionale - non è corretta. Diritto interno e interpretazione europea sono da pensare non come entità poste in rapporto di gerar-

chia né di contrapposizione, bensì di integrazione, anzi, di osmosi.

È innegabile che la relazione tra ‘Corte Europea’ da una parte e ‘Giudice interno’, in punto di rapporti di forza tra Corte e.d.u. e ordinamenti nazionali è stata (e ancora lo è) un magma continuo, a volte defluito in direzioni diverse e non prevedibili, non di rado anche divergendo tra loro le ‘parole’ della Corte di Strasburgo con le ‘parole’ della Corte del Lussemburgo.

Lo studioso non ha da stupirsi, né peggio da essere supponente di fronte a contraddizioni, passi incerti e disorientati al livello dell’esegesi interna, come spesso invece fa. Invero, se la fonte normativa di riferimento è oramai risalente nel tempo – la ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo in Italia, come noto, è del 1955 – la tessitura nella trama interpretativa del sistema nazionale è assai più recente, e sconta anche disorientamenti dovuti al flusso sempre più forte di risposte europee nei riguardi di ordinamenti statuali assai differenziati tra loro e dalla cultura dei diritti spesso non condivisa (¹).

Se pure è necessario fare il punto, tuttavia si deve avere la consapevolezza dello sguardo di chi ‘naviga a vista’, perché l’orizzonte di senso di un sistema processuale penale europeo è ancora di là da individuare.

La rassegna concreta del nuovo che avanza abbisogna di alcune opportune e

* Testo rivisitato con aggiunta del corredo bibliografico alla Relazione svolta al Congreso Internacional, 8 y 9 de noviembre de 2018, “Confronto: Diálogo hispano-italiano sobre proceso penal”, Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

¹ A conferma della erronea visione verticalistica dei rapporti tra giudice interno (di merito, di legittimità e ‘delle leggi’) e giudice sovranazionale soccorre proprio di recente la Corte e.d.u. che, nella sentenza 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, ha smentito la condizione pregiudiziale per il cittadino dell’esperienza delle vie di ricorso interne, prima di ricorrere alla Corte europea, per il rischio, altrimenti, di non assicurare al singolo la tutela concreta dei suoi diritti (CHINNICI-GAITO, *Le resistenze interne agli imperativi europei*, in *Regole europee e processo penale*, II, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2018, 5 ss.: «In sostanza, l’Europa ha aperto a una visione concreta ed effettiva della tutela convenzionale, con la conseguente soppressione dei tradizionali filtri giudiziari tra il cittadino e il giudice europeo, tanto più che la Corte europea si occupa ogni volta di un caso concreto e della sua compatibilità con i principi convenzionali, mentre la Corte costituzionale valuta una norma generale di rango primario e la sua conformità non certo ai principi convenzionali ma a quelli costituzionali, fra i quali rientra anche l’art. 117, co. 1, Cost.

Il rapporto tra giudice italiano e giudice sovranazionale in sostanza è ancora sotto i riflettori, per nulla pacifico, anzi sempre più problematico, in considerazione delle opposte visioni dei reciproci rapporti. Se il primo ribadisce, anche di recente, l’arroccamento in posizioni di retroguardia, come se vi fosse da difendere spazi propri rispetto alla ingerenza della Corte europea, il secondo apre uno squarcio ampio verso l’attuazione dello spazio giudiziario comune europeo, inteso come luogo di approdo condiviso e accessibile a ogni cittadino che rivendichi la tutela in concreto di propri diritti ritenuti violati dall’ordinamento interno, con l’intento di una tutela convenzionale più penetrante dei “diritti fondamentali”.

La divergenza non deve stupire. Del resto, non sembra arrivato il tempo di un ordinamento processuale europeo – inteso come modello compiuto e realizzato nella prassi applicativa – mentre ancora si arranca nella ricerca di ipotesi di equilibrio e dei conseguenti assestamenti parziali»).

ulteriori considerazioni preliminari. Innanzitutto, occorre evidenziare come le difficoltà di costruzione di un sistema organico sono amplificate dal fatto che i rapporti di forza tra ordinamento europeo (in fase di progressiva costruzione) e ordinamenti nazionali interni, oltre a registrare pesi diversi, non di rado scontano un qualche margine di disarmonia già tra le due Corti, quella di Strasburgo e quella del Lussemburgo.

Poi, va ricordato che l'Europa non si sostituisce al singolo Stato nell'amministrazione della giustizia per il caso concreto, ma si limita a riconoscere una serie di diritti soggettivi, dettando anche regole di organizzazione e di funzionamento. Tuttavia, si è assistito a una novità dirimpente, ossia alla circostanza che formule tralaticciamente ritenute non più che raccomandatorie e prive di sanzione hanno finalmente acquistato concreta effettività².

Da un lato, quindi, i modelli interni consolidati e strutturati, dall'altro la 'biogenesi' di istituti ad opera dell'attività della giurisprudenza europea, che ha scardinato assetti, scandito nuove sintassi nelle nozioni di istituti, reimpostato relazioni tra soggetti, cambiato la semantica di alcuni diritti. Del resto, che la lettura europea non solo non possa essere ignorata nel caso concreto, ma abbia una portata imperativa che esonda i confini del processo per cui è stata formulata, è da tempo ammesso dal nostro giudice di legittimità. Gli effetti esogeni, in punto di concreta applicazione, anche in altri giudizi³, si verificano quando, a seguito del *dictum*, si riscontra un contrasto tra regole interne e norme sovranazionali, dovendo allora «*le Corti nazionali ... adottare misure positive a tal fine, anche se il ricorrente non ha fatto richiesta*»⁴.

Invero l'asserto non è pacifico. Se è vero, da un lato, che la Convenzione e.d.u., all'art. 32, § 1, stabilisce che la competenza della Corte europea si estende a tutte le questioni relative all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione come dei suoi Protocolli, impegnando gli Stati contraenti a conformarsi alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo sulle controversie di cui sono parti; è altrettanto vero che, sul fronte interno, viene stabilita la possibilità della Corte costituzionale di interpretare le norme della Convenzione e.d.u. nel rispetto della giurisprudenza europea, ma con spazi di apprezzamento e adeguamento che tengano in conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi. E il margine apprezzato dalla giurisprudenza è in realtà elastico, non de-

² Già così GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in *Procedura penale*, III, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, O. Mazza, Varraso, Vignoni, Torino, 2015, 30.

³ Cass., Sez. III, 12 novembre 2014, F.P.

⁴ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti.

terminabile *a priori* e quindi foriero di divergenze esegetiche quanto agli allineamenti interni, caso per caso, rispetto ai comandamenti europei. L'argomento è stato confezionato sotto l'etichettatura della resistenza ai 'controlimiti', espressione usata dalla Corte costituzionale⁵ rispetto alla relazione tra fonti interne e *dicta* europei, secondo cui il giudice nazionale deve conformarsi alla interpretazione della Corte di Strasburgo solo rispetto alle 'sentenze pilota' o ai casi di 'diritto consolidato'⁶, in contrasto con il disposto di cui all'art. 46 Conv. e.d.u., che invece statuisce la forza vincolante delle sentenze della Corte e.d.u. L'argomento si pone come elaborazione della originaria ricostruzione di gerarchia tra fonti normative, sempre della Corte costituzionale, che aveva dato alla Convenzione europea crisma di norma interposta rispetto alla nostra Costituzione, nelle ormai storiche 'sentenze gemelle' del 24 ottobre 2007⁷, riconoscendo la «definitiva uniformità di applicazione» alla Convenzione tramite il presidio dell'attività della Corte europea, «cui spetta la parola ultima e la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima, ai sensi dell'art. 32, § 1, Conv. e.d.u., nel testo risultante dopo il Protocollo aggiuntivo n. 11. Peraltro, come è stato correttamente rilevato, proprio dallo stesso testo si desume l'estensione dell'effetto delle sentenze della Corte di Strasburgo oltre i confini dello Stato cui di volta in volta sono riferite, riconoscendone il valore o l'autorità di cosa giudicata interpretata, e quindi la precettività, nei riguardi degli altri Paesi obbligati dalle norme pattizie. La precettività è stata poi ribadita dalla stessa Corte europea laddove ha inaugurato l'orientamento evocato assumendo, subito dopo, l'impegno di individuare il *deficit* strutturale degli ordinamenti interni con l'indicazione delle necessarie modifiche legislative per allineare il sistema nazionale alle norme convenzionali. Nello stesso senso si orientano le spiegazioni elaborate per fornire gli orientamenti necessari ad interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea⁸.

⁵ Sui 'controlimiti' v. soprattutto Corte cost., n. 49 del 2015.

⁶ La 'teoria dei controlimiti', già accennata da Corte cost., n. 198 del 1965, è stata elaborata nelle c.d. sentenze gemelle del 2007 e, poi, ribadita nella sent. n. 49 del 2015.

⁷ Per cui, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., è «*inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme della Convenzione e.d.u. rispetto a leggi ordinarie successive*»; per l'effetto, la norma nazionale incompatibile con quella della Conv. e.d.u. (comunemente qualificata 'norma interposta') viola per ciò stesso l'art. 117, co. 1, Cost. Da ultimo e per tutti v. ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3. V. anche Mazza, *Cedu e diritto interno*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 5 ss.

⁸ Strasburgo, 12.12.2007, cui è riconosciuto lo stesso valore dei Trattati.

Certo, in questo fermento, le resistenze si affievoliscono e il circolo virtuoso pare oramai messo a giro. Sempre in più statuizioni, infatti, la nostra Corte di cassazione, anche nel massimo consesso, ha affermato l'incidenza delle decisioni della Corte europea che rilevano un oggettivo contrasto (non correlato in via esclusiva al caso esaminato) della normativa interna sostanziale con la Convenzione e.d.u., anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della Corte sovranazionale. Le sezioni unite Ercolano⁹ ne sono un esempio: qui la cassazione ha aperto nuovi scenari sul versante della modificabilità del giudicato penale, *rectius* del giudicato sulla pena, indipendentemente da una sua censura in sede europea¹⁰.

2. Il *ne bis in idem*, dalla crisi alla rigenerazione di un istituto centrale per le garanzie della persona sottoposta a processo.

Ci era stato insegnato *ab initio* che il canone del divieto di *bis in idem* si declina in una duplice modulazione.

Il divieto di *bis in idem* sostanziale, che vieta che possano esservi più addebiti di uno stesso fatto alla stessa persona, qualora con l'applicazione di una sola delle norme cui il fatto in astratto corrisponde si aggredisca il disvalore sia sul piano oggettivo sia su quello soggettivo, e il divieto di *bis in idem* processuale, che assicura a colui il quale abbia subito un processo penale la certezza di non essere sottoposto a un altro procedimento per la condotta già oggetto di accertamento. In questa seconda prospettiva, come noto, il *ne bis in idem*, inquadrabile nella categoria delle preclusioni nascenti dal giudicato, ha la funzione di ganglio di chiusura di un congegno predisposto e strutturato per prevenire o comporre situazioni di conflitto positivo di giurisdizione, di competenza e di litispendenza¹¹.

È risaputo, del resto, che il senso del principio in discorso va rintracciato nella certezza dei risultati dell'accertamento giudiziale, come conseguenza della funzione del giudicato e dell'impossibilità che una persona sia sottoposta a più procedimenti penali per lo stesso fatto, in concreto assoggettabile al possibile arbitrio dell'autorità penale¹². Tuttavia, la fisionomia della cosa giudicata non è ingessata, essendo stata oggetto di rivisitazione *funditus* nella declina-

⁹ Cass., Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano.

¹⁰ SCACCIANOCE, *Pena "illegale", giudicato, Corte europea: dall'affare "Scoppola" alle Sezioni Unite Ercolano*, cit., 387 ss.

¹¹ Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro.

¹² Nelle singole vicende, la violazione del *bis in idem* non si traduce *ipso facto* e sempre in una violazione del divieto di doppia punizione, potendo i giudizi paralleli, o anche solo il secondo, concludersi con una pronuncia di assoluzione.

zione coercitiva - ossia esecutiva - come nella proiezione per così dire negativa, ossia preclusiva del secondo giudizio.

Quanto alla relazione con l'istituto analogo delineato dal 'diritto vivente' europeo, emerge come *fil rouge* l'insistenza sempre più marcata del divieto nell'area dei presidi soggettivi, quale diritto della persona suscettivo di rivendicazione anche oltre i confini processuali e sostanziali, confermandosene la funzione di tutela di chi è stato giudicato da una seconda punizione come da un ulteriore procedimento. Un diritto soggettivo a tutto tondo, pieno, dagli effetti a raggiera verso l'intero ordinamento giuridico, a prescindere dall'inquadramento della natura del secondo procedimento come penale o no.

È in questa sorta di assolutezza del principio (ostinatamente negata dai giudici nazionali) che si coglie il *quid novi* dell'istituto, con una sicura discontinuità rispetto alla originaria fisionomia, ove il connotato identitario era invece la relatività, attenendo all'ambito del solo procedimento penale. In altri termini, si vuol rappresentare che le differenti aree dell'ordinamento hanno visto via via cedere i propri sicuri confini a favore di una piattaforma condivisa (meglio: di una visione unitaria) dell'orizzonte punitivo entro il quale fare confluire l'operatività del divieto, con un'immanenza degli effetti oltre gli steccati del singolo processo (penale, civile o amministrativo che sia)¹³.

Pertanto, una volta realizzatosi il diritto nel caso concreto, l'ordinamento ha consumato il suo potere di cognizione, essendosi delineata una situazione soggettiva che impedisce all'autorità di coinvolgere chiunque sia già stato giudicato una volta in qualsiasi ulteriore procedimento con oggetto i medesimi fatti, da ritenere definitivamente accertati una volta per tutte.

Se, quindi, il *ne bis in idem* come diritto interno fondamentale della persona è risalente all'indomani del secondo conflitto mondiale nella nota accezione relativa, nelle fonti normative europee non solo è successivo, essendo stato previsto all'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla Convenzione e.d.u., ma l'assetto si è definito solo nel tempo, grazie alla intensa elaborazione giurisprudenziale, collocandosi nell'orizzonte dei valori da tutelare in modo assoluto, come garanzia per chiunque di non subire due o più giudizi *de eadem re*, qualora una procedura si sia conclusa con un accertamento definitivo. La 'totipotenza' del principio si rinviene, oramai in modo nitido, nel superamento della pre-condizione di omogeneità formale della pluralità di procedimenti: in sostanza si incorre nel divieto anche se uno degli itinerari giudiziari sia pe-

¹³ PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in CHINNICI-GAITO, *Regole europee*, cit., 325 ss.

nale mentre l'altro abbia diversa afferenza ma sia potenzialmente capace di generare ripercussioni di tipo punitivo sulla sfera soggettiva della persona già giudicata, potendo, di tal fatta, essere considerato come penale in senso sostanziale.

Il salto culturale della lettura europea, ossia l'accreditamento della equivalenza tra i plurimi procedimenti *de eadem re*, si deve alla sentenza "Engel" ⁽¹⁴⁾, assunta correttamente a matrice della inedita categoria del *ne bis in idem* 'eterogeneo'. Sebbene dalla pronuncia 'madre', come anche dai 'figli minori' di Engels, che hanno ribadito il concetto del *ne bis in idem* 'eterogeneo', emerge una efficace definizione antiformalistica di "materia penale", il congegno normativo risultato dalla relazione tra le due Corti europee, rassicurante per la possibilità di una costruzione combinata dei necessari concetti cardine - ossia dei requisiti di "stesso fatto", di decisione preclusiva e di duplicazione di procedimenti, con i rimedi attivabili in seguito all'accertamento della violazione - non si presta *de plano* a una lettura omogenea. La difficoltà di raccordo affiora peraltro non solo a livello sovranazionale, ossia tra la Corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo, ma anche in punto di traduzione concreta interna nel nostro ordinamento per le divergenze, quanto alla precipua sagoma delle condizioni di *idem* e di *bis*, dei giudici di merito, della Corte di legittimità e del 'giudice delle leggi'.

Andiamo per ordine. In primo luogo, per verificare se un soggetto sia stato sottoposto nell'ambito dello Stato contraente per due volte a un procedimento penale per lo stesso fatto, il giudice europeo, con la pronuncia Engels, ha messo in diretta connessione l'art. 4 del Protocollo n. 7, che fa riferimento al «*penal procedure*», con gli artt. 6 e 7 Conv. e.d.u., nei quali si rinvia al «*criminal charge*» e al «*penalty*», individuando, poi, tre criteri per la qualificazione della natura della materia coinvolta nei casi di specie. Si tratta rispettivamente della qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, della natura dell'infrazione e della natura e del grado di severità della sanzione. Escluso il ricorso al primo parametro, perché è quasi scontato che in tutti i casi di presunto *bis in idem* 'eterogeneo' la legislazione interna abbia una lacuna proprio sulla natura penale o meno della misura, per la valutazione sulla identità possono risultare utili gli altri due criteri in modo alternativo ovvero in modo cumulativo, qualora, singolarmente utilizzato, nessuno dei due fornisca l'esatta caratura 'sostanzialmente' penale della disposizione interna e dunque l'esistenza della "*criminal charge*". L'impostazione antiformalistica del giudice europeo ha condotto alla individuazione di una tipologia di illecito

¹⁴ Corte e.d.u., Gr. Ch., 8.6.1976, Engel c. Paesi Bassi.

inedita, perché la identificazione come penale non discende da una qualificazione formale, ossia per ‘etichettatura normativa’, bensì per natura ‘sostanziale’.

Da qui un punto fermo. È «accusa in materia penale» anche la fattispecie che, pure non qualificata in sede di normazione interna come penale, legittimi la previsione di una sanzione che per natura e livello di gravità si possa ricondurre a finalità sanzionatorie o afflittive tali da essere ricondotte nell’area del diritto punitivo in senso lato. Tale asserto, lungi dal costituire approdo finale, è piuttosto punto di avvio, dovendosi non soltanto tenere in conto le peculiari discipline sul punto nei diversi ordinamenti nazionali, come anche la necessità di una risistemazione legislativa, ma soprattutto innescare l’avvio di processi culturali di forte responsabilizzazione nel giudice interno del merito per il recepimento del principio così enucleato ⁽¹⁵⁾.

Del resto, per l’operazione ermeneutica sostanzialistica del divieto di doppio giudizio occorre stabilire cosa debba intendersi per *eadem res* e cosa per *bis*. In altri termini, quando si possa ritenere che il primo provvedimento sia divenuto definitivo, ossia idoneo alla preclusione, e cosa debba considerarsi per ‘secondo procedimento’.

Quanto alla nozione dell’*idem*, la Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo sono concordanti per l’applicazione dell’art. 4 del Protocollo n. 7, individuato con la pronuncia della Grande Camera, nel caso *Zolotukhin c. Russia*¹⁶, rispetto a quanto stabilito nella sentenza emessa dalla Corte di Giustizia, nel caso *Van Esbroeck*¹⁷. La prima ha chiarito come sebbene i termini ‘*infractiòn*’ e ‘*offence*’, di cui all’art. 4 del Protocollo n. 7, siano traducibili come ‘reato’, in realtà deve aversi riguardo soltanto alla sostanziale identità degli avvenimenti oggetto dei due procedimenti sulla base delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore riconducibili inscindibilmente al medesimo contesto spazio-temporale.

Il divieto di un secondo giudizio, quindi, corrisponde all’interpretazione prevalente di *idem factum* in contrapposto all’*idem* legale -presente anche in tutte le fonti comparate ed internazionali- integrando per di più la soluzione

¹⁵ L’esigenza è sottolineata anche da Corte Giust. U.E., Gr. Ch., 26.2.2013, *Akerberg Fransson*, causa C-617/10, ove - stabilendo che il principio di *ne bis in idem* espresso nell’art. 50 C.D.F.U.E. «*non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale*» - si è argomentato che spetta al giudice del rinvio, secondo quanto stabilito dalla stessa Corte, valutare la natura penale della prima sanzione e le modalità effettive per impedire conseguenze punitive sproporzionate in base ai criteri elaborati dalla giurisprudenza europea.

¹⁶ Corte e.d.u., Gr. Ch., 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

¹⁷ Corte Giust. U.E., Sez. II, 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, causa C-436/04.

che meglio garantisce il risultato concreto utile alla disposizione convenzionale in oggetto, che poi è l'obiettivo primario della Corte e.d.u.

Quanto alla pronuncia della Corte del Lussemburgo, nel caso Van Esbroeck, inerente una vicenda di *bis in idem* "omogeneo", pur ritenendo che la valutazione definitiva spetti ai giudici nazionali competenti, quanto al senso dell'endiadi «medesimi fatti», di cui all'art. 54 C.A.A.S., la Corte di Giustizia ha precisato che occorre avere riguardo all'identità dei fatti materiali, da intendersi come sussistenza di un insieme di accadimenti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica o dall'interesse giuridico tutelato. Il tallone d'Achille sta nella necessità della precondizione, ossia della fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale – cosa che il *ne bis in idem* necessariamente sottende – tale che ciascuno dei Paesi possa e debba accettare l'applicazione del diritto vigente negli altri Stati membri anche se e quando le disparate norme interne potrebbero condurre a soluzioni diverse. Al proposito, è noto che l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 6, § 1, Conv. e.d.u., e dell'art. 4 del Protocollo n. 7, con la sentenza Grande Stevens e altri¹⁸, proprio per avere condotto un processo a carico dei ricorrenti già condannati con sentenza irrevocabile a sanzioni pecuniarie e interdittive per l'illecito di cui all'art. 187-ter, co. 1, T.U.I.F, con il secondo processo avente ad oggetto gli stessi fatti sussumibili anche nella fattispecie di reato di cui all'art. 185 T.U.I.F., 'etichettata' come amministrativa, sebbene penale nella realtà effettuale, alla stregua dell'impatto sanzionatorio e afflittivo delle sanzioni già applicate.

Grazie agli *Engel's criteria* è stata individuata la natura "convenzionalmente penale" dell'infrazione, sia in quanto le sanzioni previste in sede amministrativa sono state ritenute preposte alla salvaguardia «di interessi generali della società», normalmente tutelati dalla norma amministrativa di cui all'art. 187-ter T.U.I.F, sia per un la precipua afflittività penale delle sanzioni sia, in ultimo, per la natura preventivo-repressiva, e non solo riparatoria, delle medesime¹⁹. Il giudice europeo, smentendo il governo italiano secondo cui sarebbe il diritto dell'Unione europea ad autorizzare espressamente il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito del contrasto alle con-

¹⁸ Corte e.d.u., Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

¹⁹ Con tali paradigmi gli illeciti e il procedimento di cui agli artt. 187-ter ss. T.U.I.F. sono quindi stati classificati come "*matière pénale*" e, attraverso l'interpretazione offerta nel "caso Zolotukhin", non senza la verifica circa la ortodossia dell'impostazione rispetto al diritto dell'Unione europea, è stata risolta la questione dell'inquadramento della identità tra giudicato "amministrativo" ed oggetto del procedimento penale.

dotte abusive sui mercati finanziari, ha rilevato come la Corte di Giustizia avesse, al contrario, indicato che l'art. 14 della Direttiva 2003/6 non imponeva agli Stati membri di stabilire sanzioni penali nei confronti dei responsabili di abusi di informazioni privilegiate, limitandosi ad affermare l'obbligo di vigilare in modo da assicurare l'applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti degli autori di una violazione delle disposizioni adottate per l'applicazione di questa direttiva. Anzi, la Corte del Lussemburgo aveva precisato agli Stati membri come tali sanzioni amministrative fossero qualificabili, ai fini dell'applicazione della Convenzione europea, come vere e proprie sanzioni penali. Tuttavia, il problema del raccordo tra i due Giudici europei esiste e, nel caso concreto, è stato sottolineato proprio da quello di Strasburgo relativamente al diverso approccio della Corte di Giustizia là dove considera irrilevante, al fine di escludere la violazione del *ne bis in idem*, la circostanza che la prima sanzione sia detraibile dalla seconda al fine di alleviare l'effetto della doppia punizione, che è poi snodo focale della pronuncia Grande Stevens. Ne consegue che tanto il senso dell'endiadi accusa penale, di cui all'art. 6 C.e.d.u., quanto i citati criteri individuati con la pronuncia "Engel" possono essere riferiti alla definizione di *bis in idem* fissata nell'art. 50 C.D.F.U. e, di conseguenza, anche al "*ne bis in idem* eterogeneo" nell'ambito del diritto dell'Unione europea.

La fisionomia delineatasi del sistema deve tenere in conto per completezza del principio della "maggior protezione" (desunta da una lettura sistematica dell'art. 53 C.e.d.u., dell'art. 82, § 2, T.F.U.E. e dell'art. 53 della Carta di Nizza) in base alla quale, in caso di più disposizioni o interpretazioni possibili, si deve favorire lo strumento di tutela che nel caso concreto assicura il grado di garanzia maggiore. Del resto, al di là del valore contingente del caso Grande Stevens, in cui il giudice europeo ha imposto all'Italia rimedi individuali di tipo riparatorio, alla base della condanna si individuano caratteristiche "strutturali" negative della nostra legislazione in materia di abusi di mercato. Si tratta di una versione «*estrema (se non esasperata)*» del "doppio binario", dal momento che impone, quasi sempre, l'avvio di due procedimenti in modo contestuale e parallelo relativamente allo stesso fatto²⁰. Per di più, tale duplicazione non si limita alla ridetta materia ma è riscontrabile in altri ambiti normativi interni disomogenei e diversificati, aspetto, questo, che rende ancora più problematico un approccio unitario.

Anche il sistema punitivo in ambito tributario si trova stretto dalle maglie interpretative antiformalistiche, annodate dalla sentenza Grande Stevens e, dalla

²⁰ PROCACCINO, *loc. cit.*

successiva sentenza Nykänen²¹. La natura “sostanzialmente” penale delle sanzioni amministrative previste dalla legislazione tributaria italiana emerge dal d.lgs. 18.12.1997, n. 471 e n. 472, la cui connotazione spiccatamente afflittiva è assodata. Peraltro, nella disciplina penale tributaria, varata con il d.lgs. 10.3.2000, n. 74, non risulta confermata la “clausola di cumulo”, tipica della materia, mentre è specificata la regola generale prevista all’art. 9 legge n. 689/1981, per cui le situazioni di concorso tra norme sanzionatorie penali e amministrative si risolvono sulla base del principio di specialità. Tuttavia i pericoli si annidano nel disposto, dal richiamo “efficientistico”, dell’art. 21 d.lgs. n. 74/2000, in forza del quale l’amministrazione finanziaria, all’esito dell’attività di accertamento ex art. 20, svolta in concomitanza ma autonomamente rispetto al processo penale deve – dopo la quantificazione del tributo evaso – irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate, pure qualora sia ravvisata fattispecie costituente reato. Per quanto virtuosi volessero essere gli intenti del legislatore del 2000, dalla previsione di sanzioni esclusivamente detentive per le violazioni penali in materia tributaria, relegando quelle pecuniarie al settore asseritamente extrapenale, emerge come dato indubbio la configurazione di un *bis in idem* processuale, pur non ritenendosi violato il *bis in idem* sostanziale.

Individuato in alcune delle ipotesi della legge tributaria, tra cui gli artt. 10-*bis* e *ter* d.lgs. 10.3.2000, n. 74, un contraltare di quelle già sanzionate sul piano tributario amministrativo con l’art. 13 d.lgs. 18.12.1997, n. 471, ne vanno sottolineate le ricadute applicative giurisprudenziali. Difatti, da subito, il Tribunale di Torino ha sollevato la questione pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E., al fine di vagliare la compatibilità della previsione normativa interna di cui all’art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento delle ritenute d’imposta), con il principio europeo del *ne bis in idem* previsto negli artt. 4 Protocollo n. 7 e 50 C.D.F.U.E.²². Si è quindi aperta la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., in relazione al parametro interposto di cui all’art. 117 Cost., nella parte in cui non consente di ricomprendere nella decisione preclusiva ai fini del *ne bis in idem* anche la decisione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, in riferimento alla fattispecie di omesso ver-

²¹ Corte e.d.u., Sez. IV, 20.5.2014, Nykanen c. Finlandia.

²² Riguardo a ciò, la Corte di Giustizia si è nel frattempo espressa con una dichiarazione di manifesta incompetenza, con una pronuncia del tutto prevedibile, visto che il quesito posto riguardava «l’applicazione di disposizioni di diritto italiano... in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell’Unione», indicando prospettive differenti per casi inerenti a fattispecie relative all’IVA dai riflessi sovranazionali, posto che in tali situazioni gli effetti hanno ricadute sulla tutela degli interessi finanziari dell’Unione.

samento dell'Iva (art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000), nel caso di previa applicazione in via definitiva delle sanzioni tributarie, in base alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 471/1997.

La distonia con il comandamento europeo in materia è conseguenza della interpretazione elaborata in tema di rapporti tra illecito amministrativo e illecito penale riguardante l'omesso versamento delle ritenute d'acconto, secondo cui, escludendo l'operatività del principio di specialità, in virtù del quale si sarebbe potuta applicare soltanto una delle due sanzioni, è stato stabilito, tra le due ipotesi di illecito, un nesso di progressione criminosa fondato sulle diverse scadenze temporali dei versamenti. Sta di fatto che, mentre in ambito tributario sono previsti versamenti trimestrali, in campo penale il reato si perfezionerebbe con l'omesso versamento annuale. Ma tale impostazione è inficiata da palese fragilità. Che la fattispecie penale assorba tutto il fatto previsto in sede tributaria è alquanto manifesto: innanzitutto perché se può verificarsi una situazione di illecito amministrativo non integrante anche reato non è possibile, di contro, aversi un'ipotesi di comportamento penalmente rilevante che non costituisca anche l'illecito amministrativo, e, in secondo luogo, perché tali delitti -integranti una ipotesi particolare di appropriazione indebita- sono modulati secondo il più generale modello appropriativo, comportando, dunque, dal punto di vista processuale l'osservazione di "un unico fatto". Del resto, appare chiara la *intentio* sottesa di *favor* fiscale, ossia di rendere impossibile il recupero dell'imposta mediante il riconoscimento della clausola di specialità di cui al citato art. 19 d.lgs. n. 74/2000, come pure tramite l'assorbimento della fattispecie tributaria in quella penale.

L'altro fattore di rilievo risiede nella concreta applicazione dei parametri Engel e Grande Stevens.

In buona sostanza, si può ritenere che seppure le nozioni di *bis in idem* sostanziale (espresso attraverso la clausola generale di specialità contenuta nel sistema italiano nell'art. 9 legge n. 689/1981) e processuale siano ben distinguibili in termini di significato e funzioni, il modo per evitare il pericolo di potenziale duplicazione dei procedimenti si rintraccia nella valorizzazione in concreto del canone del *ne bis in idem* sostanziale quale strumento preventivo esperibile nel singolo caso tramite una sinergia sui due fronti, interpretativo e legislativo, con il ricorso al principio di specialità, per quanto di pertinenza dell'interprete, e anche in questo settore con elaborazioni legislative che valorizzino il concorso apparente di norme. Ancora una volta la bussola è da dirigere verso nuovi itinerari normativi interni in direzione degli approdi europei, sicuramente ispirati alla garanzia di non infliggere una seconda pena a chi ha già pagato, perché, diversamente, si trasforma in vessazione la dovuta

sanzione per la trasgressione alla legge. E il percorso non solo non è di per sé agevole per i diversi livelli interpretativi, non di rado non concordanti, ma richiede tempo, lasciando l'interprete nazionale disorientato, con ricadute spesso negative in punto di certezza e di uguaglianza, ovvero, in una parola, di legalità.

3. Le resistenze della giurisprudenza nazionale alla evoluzione giurisprudenziale europea in tema di *ne bis in idem*.

In questo quadro, per certi versi consolidato, nuovi spunti per una significativa rielaborazione del principio in discorso provengono dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 200 del 2016, ha ritenuto l'assetto interno dell'art. 649 c.p.p. contrastante con l'art. 4 Protocollo n. 7 aggiuntivo alla Convenzione e.d.u. «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 quanto il sistema europeo «recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*... anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*», sicché «allo stato la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di *bis in idem* in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente:... solo un giudizio obbiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato. Costituzione e Conv. e.d.u. si saldano, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio».

Se si pongono a raffronto tali premesse sulla effettività della tutela offerta dalla regola in discorso con le resistenze minoritarie della giurisprudenza, che propendono per una concezione giuridica dell'*idem*, ci si avvede della censura esplicita che quella concezione giuridica del fatto ha ricevuto mediante le significative affermazioni della Corte costituzionale, che ha, di fatto, sancito la incompatibilità con il tessuto costituzionale dell'indirizzo interpretativo volto ad escludere puntualmente, ogni qualvolta fosse ravvisabile un'ipotesi di concorso formale, l'operatività del *ne bis in idem*: ritenere che un'ipotesi di con-

corso formale eterogeneo di reati possa condizionare la diversa questione dell'applicabilità del principio di non *bis in idem*, in altri termini, rappresenta una indebita sovrapposizione dei piani di tutela, poiché la questione relativa alla struttura incriminatrice delle norme penali, da un lato, nonché alle ipotesi di concorso fra esse, dall'altro, attiene alla declinazione sostanziale del *ne bis in idem*, dovendo pertanto essere risolta mediante la disciplina del concorso apparente di norme, mentre, d'altra parte, la dimensione processuale del medesimo istituto, disciplinata dal divieto di doppio giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p., ha come presupposto oggettivo la sola medesimezza del fatto, non consentendo, per questo, di essere automaticamente escluso con argomentazioni di tecnica legislativa, che attengono, lo ripetiamo, al diverso profilo sostanziale dell'istituto²³.

Il richiamo esplicito al precedente, dunque, deve essere tenuto in particolare considerazione dall'interprete che voglia correttamente intendere la latitudine europea del divieto codicistico di doppio giudizio, poiché testimonia la trasformazione dell'orientamento giurisprudenziale in questione in un vero e proprio "diritto consolidato europeo", in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale (sentenza n. 49 del 2015) circa la esatta individuazione dei contenuti materiali europei, da recepire mediante l'esegesi degli istituti interni²⁴. Questo itinerario virtuoso, il cui motore è rappresentato dall'ordinamento della Convenzione europea, ha raggiunto una posizione apicale nella gerarchia delle fonti del nostro sistema legale, collocandosi al gradino più alto, fino a produrre l'esito di conferire alle acquisizioni europee in parola la qualità di "interpretazione conforme a Costituzione".

Sul punto preme sottolineare che il giudice costituzionale italiano, con la sentenza n. 200 del 2016 ha, di fatto, offerto della nozione materiale ed empirica

²³ Da ultimo, Corte e.d.u., Sez. IV, 13 giugno 2017, Šimkus c. Lituania, § 48, secondo cui «[...] *the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual and risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 § 1 of Protocol No. 7*». Risalta la stabilità della evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo circa il concetto di *idem* posto alla base dell'istituto: Corte e.d.u., Gr. Ch., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, pur formulando nuovamente i modi e i tempi di declinazione del principio in parola, aveva poco prima riaffermato la permanenza della concezione empirica e materiale del fatto, statuendo che «*The most significant contribution of the Zolotukhin judgment was the holding that the determination as to whether the offences in question were the same (idem) was to depend on a facts-based assessment [...], rather than, for example, on the formal assessment consisting of comparing the "essential elements" of the offences*» (§ 108).

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, punto 7, laddove afferma: «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

di fatto una nuova collocazione nel sistema delle fonti, traducendo la posizione subcostituzionale della nozione materiale di fatto (in quanto prevista dalla Convenzione europea e facente ingresso nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 117 Cost.) nell'unico presupposto oggettivo dell'art. 649 c.p.p. compatibile con la Costituzione. In virtù di questo mutamento qualitativo, la nozione materiale di fatto, descritta dai giudici costituzionali nella triade "condotta - nesso di causalità - evento", risulta essere definitivamente iscritta nella disposizione del codice in parola, sicché l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p., se prima della citata decisione poteva ritenersi mutevole in virtù degli orientamenti strasburghesi, considerata la natura subcostituzionale delle relative norme, ormai si pone come l'unica condizione possibile di esistenza del divieto di *bis in idem*: segno che per la giurisprudenza minoritaria, orientata al criterio dell'*idem legale*, non può residuare cittadinanza alcuna nel nostro processo penale.

Prendendo le mosse dalle linee risolutive del caso Hakka c. Finlandia, può stigmatizzarsi come ricorrea violazione del *ne bis in idem* quando i procedimenti, anche se nominalmente non coincidenti, presuppongono gli stessi fatti, siano indipendenti tra loro, e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo²⁵. Quindi, si concreta violazione del *ne bis in idem* tra procedimenti scaturenti da differente contestazione formale quando i due siano indipendenti e si sviluppino in successione (cioè in consecutività tra i procedimenti).

Giova segnalare al proposito, quale *tertium comparationis*, una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione²⁶ che è intervenuta sul tema del concorso formale tra i reati di detenzione e porto di arma comune da sparo e di detenzione e porto di arma clandestina, adeguandosi perfettamente alla evoluzione della Corte costituzionale.

Accanto al conforto ermeneutico che giunge dalla Corte europea di Strasburgo, dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite, si pone anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, solida nell'individuare, da lungo tempo²⁷, una dimensione materiale e non giuridica dell'*idem factum*. Sin dalle pronunce capostipiti, rese nei casi Van Esbroeck²⁸ e Van Straaten²⁹, i Giudici Supremi

²⁵ Corte e.d.u., 20 maggio 2014, Hakka c. Finlandia.

²⁶ Cass., Sez. un., 12 settembre 2017, La Marca, sent. n. 41588.

²⁷ Prima con riferimento all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) e, successivamente, in sede di esegesi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Corte di giustizia ha costantemente posto alla base del divieto in parola una concezione naturalistica del fatto.

²⁸ Corte Giust. U.E., sent. 9 marzo 2006, C-436/04, Van Esbroeck, punto 56.

²⁹ Corte Giust. U.E., sent. 28 settembre 2006, C-150/05, Van Straaten.

della c.d. «piccola Europa» hanno dimostrato una notevole puntualità nel delineare la concezione empirica in questione, per poi giungere, successivamente, a interpretare l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel senso di recepire apertamente le avanguardie di tutela maturate dalla Corte di Strasburgo, richiamandosi espressamente ad essa per apprezzare il presupposto oggettivo di operatività del divieto di *bis in idem*.

Con le recenti pronunce della primavera del 2018, rese nei casi *Menci*, *Garlsson Real Estate* e altri, *Di Puma* e *Zecca*³⁰, depositate in contemporanea, la Corte di Giustizia è tornata sull'identità dei fatti materiali, «intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete, inscindibilmente collegate tra loro, prescindendo dalla qualificazione giuridica fornita dal diritto nazionale», atteso che «la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato»³¹; ancora, i giudici confermano l'esegesi appena citata, deliberando l'irrilevanza dell'esito decisorio del primo procedimento ai fini del giudizio di identità sotteso al *ne bis in idem*³², considerato che «la tutela conferita dal principio del *ne bis in idem* non si limita alla situazione in cui l'interessato sia stato oggetto di una condanna penale, ma si estende anche a quella in cui lo stesso sia stato definitivamente assolto»³³.

6. Ipotesi di sviluppi ulteriori dopo la lezione europea.

I principi provenienti dall'Europa impongono di delineare ipotesi di tentata giustizia, in riferimento alla necessaria prevedibilità delle decisioni penali postulata dalla Corte e.d.u. e in rapporto alle innovate dimensioni della preclusione a procedere *bis in idem*.

Si tratta di profili ancora poco diffusi nelle aule universitarie e totalmente eterodossi nelle nostrane aule di giustizia: ma soltanto perché non sono ancora filtrati nella prassi operativa quotidiana.

La legalità europea (per usare una terminologia oramai entrata nel lessico comune) impone la necessaria prevedibilità delle decisioni penali.

Occorre anzitutto prevenire il rischio concreto di una lesione inaccettabile al principio - di matrice giurisprudenziale europea - della certezza del diritto,

³⁰ Corte Giust. U.E., sentt. 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16), *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16).

³¹ Corte Giust. U.E., sentt. 20 marzo 2018, (C-524/15), *Menci*, §§ 35-36.

³² Corte Giust. U.E., sent. 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, § 37, secondo cui «il criterio rilevante al fine di valutare l'esistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato».

³³ Corte Giust. U.E., sent. 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, § 39.

sub specie di diritto dell'imputato alla omogeneità del trattamento giuridico rispetto ai precedenti procedimenti giudiziari che abbiano coinvolto i medesimi fatti.

Con una serie di decisioni circolari e coerenti, da tempo la Corte di Strasburgo ha affermato che la non omogeneità di trattamento giuridico da parte di una pluralità di giudici di merito, investiti con procedimenti distinti e in relazione alla medesima vicenda, costituisce una violazione del diritto dell'imputato a un equo processo previsto dall'art. 6, § 1, Conv. e.d.u., nella prospettiva di prevenire le contraddizioni cui va incontro la giurisprudenza di merito e conferire stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale e al suo esito complessivo.

Nel caso *Iordan Iordanov contro Bulgaria*, infatti, la Corte europea ha affermato «che il principio della certezza del diritto è implicito in tutti gli articoli della Convenzione e che costituisce uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto. [...] Certo, le divergenze di giurisprudenza sono inerenti a qualsiasi sistema giudiziario basato su un insieme di giudici di merito, ciascuno avente il proprio riparto di giurisdizione. Tuttavia, il ruolo di una Corte suprema è proprio quello di affrontare queste contraddizioni (*Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia [GC]*, n. 24846/94 e 34165/96 e 34173/96, § 59)»³⁴.

Nel caso *Beian c. Romania*, perfettamente sovrapponibile, il Giudice europeo, censurando la medesima imprevedibilità di giudizio in seno alla Corte di legittimità, ha statuito che «La pratica sviluppata all'interno della più alta autorità giudiziaria del paese è di per sé contraria al principio della certezza del diritto, un principio implicito in tutti gli articoli della Convenzione e costituisce uno degli elementi di base dello Stato di diritto [...] Invece di adempiere al proprio compito di stabilire l'interpretazione da seguire, la stessa Corte di cassazione è divenuta una fonte di incertezza giuridica, minando in tal modo la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario»³⁵.

In un saggio sulla refrattarietà dei giudici italiani rispetto al principio della prevedibilità delle decisioni, una giovane studiosa rimarca come e perché «Il momento del fatto cristallizza per ogni imputato la normativa sostanziale e processuale, impedendo l'operatività nei suoi confronti di norme ed indirizzi interpretativi in *malam parten*»³⁶; si tratta di argomento nuovo, che costituisce per il giurista italiano una sorta di «Passaggio a Nord-Ovest», per evocare il famoso libro di Kenneth Roberts. «Su questo versante - segnala l'autrice -

³⁴ Corte e.d.u., Sez. V, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria*, §47.

³⁵ Corte e.d.u., 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*, § 39.

³⁶ IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3.

suggestivi scorci sono stati aperti dalla giurisprudenza europea, ma vanno verificati alla luce di un sistema penale integrato, assiologicamente orientato ai principi fondamentali di garanzia. La Corte di Strasburgo³⁷ ha accertato la violazione del processo equo (art. 6, § 1, Comv. e.d.u.) in un caso in cui la Corte suprema del Portogallo era pervenuta ad un epilogo esegetico negativo, diametralmente opposto ad una giurisprudenza interna costante. Nell'occasione, si è osservato che, pur essendo connaturali i contrasti giurisprudenziali tra giudici di merito, lo stesso non può ritenersi per la giurisdizione suprema, che tali contrasti deve comporre. Diversamente, si arreca un vulnus sia alla sicurezza giuridica, sia alla fiducia nella magistratura. Per questa via, il contrasto interno di giurisprudenza è stato identificato come causa di iniquità del processo, qualora non vi siano meccanismi idonei ad assicurare l'uniformità delle decisioni».

E con autorità, tra i costituzionalisti, si afferma che «A fronte di una legislazione sempre meno amica della certezza (perché ridondante, complessa, contraddittoria) spetta alla giurisdizione recuperare in sede di concreta amministrazione dei diritti e degli interessi quanto più si può essere perduto in sede di loro generale e astratta regolazione. E questo si può fare solo promuovendo interpretazioni stabili e prevedibili»³⁸.

La Grande Camera di Strasburgo ha da tempo equiparato le conseguenze lesive di un ripensamento giurisprudenziale *contra reum* a quelli prodotti da una modifica legislativa retroattiva *in pejus* e, quindi, illegittima (dal 2013, causa Del Rio Prada c. Spagna)³⁹.

Facendo applicazione dei principi espressi dalla Corte europea, ci si avvede quanto alto e concreto sia il rischio di subire una lesione diretta e immediata del proprio diritto alla certezza e alla prevedibilità del trattamento giudiziario, per l'imputato che ha maturato una posizione giuridica processuale tutelata dalla Convenzione europea, con la conseguenza che una nuova e diversa configurazione delle condotte già in precedenza contestate e giudicate⁴⁰, esporrebbe il secondo procedimento alla censura della Corte di Strasburgo, risultando, nel complesso, non omogeneo e imprevedibile l'esito giudiziario cui l'imputato sta andando incontro alla stregua della diversa riqualificazione *in*

³⁷ Corte EDU, 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo.

³⁸ LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, V, 2018, 101.

³⁹ Corte EDU, Gr. Ch., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

⁴⁰ Il riferimento concreto è ad un giudizio di rinvio in corso di celebrazione a Roma nei confronti del c.d. «Clan Fasciani».

*peius*⁴¹.

La rinnovata sottoposizione a giudizio, qualora dovesse concludersi con un esito qualificatorio difforme, specie, com'è evidente, in relazione al riconoscimento della natura mafiosa del vincolo associativo (stante il precedente accertamento circa la natura "semplice" del sodalizio ascritto), potrebbe rendere non equo, secondo l'art. 6, § 1, Conv. e.d.u., il processo che sfociasse nella applicazione di una pena più grave in dipendenza della riqualificazione del reato.

Come si suole ripetere, «l'art. 7 Conv. e.d.u., così come interpretato dalla Corte europea... [impone] al giudice penale... di valutare se l'imputato, sulla base del dato normativo e della sua interpretazione da parte della giurisprudenza sino al momento del fatto, fosse in grado di prevedere non solo la sua possibile condanna penale, ma anche il titolo della condanna medesima, nella misura almeno in cui da tale titolo discendano conseguenze sanzionatorie di una certa rilevanza... La logica del *nullum crimen* europeo non vieta -non può ragionevolmente vietare- che... il giudice possa giungere invece alla conclusione che condotte come quelle contestate all'imputato siano pienamente riconducibili alla fattispecie normativa in questione, sulla base magari di persuasivi argomenti letterali, storici, sistematici, teleologici. Ciò che quel principio gli vieta è, unicamente, di condannare quell' imputato nel caso di specie, nella misura in cui egli non potesse ragionevolmente prevedere la propria condanna penale al momento della condotta»⁴².

Solo il tempo ci dirà se e come i giudici nostrani riusciranno a metabolizzare i nuovi equilibri tendenziali scanditi dall'Europa.

⁴¹ Punto nevralgico: se condotte già perseguite come reati comuni possano essere successivamente ri-considerate espressione di criminalità mafiosa.

⁴² VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs legalità 'convenzionale'?*, in www.penalecontemporaneo.it.