

QUESTIONI APERTE

Ne bis in idem

La decisione

Omesso versamento Iva - Sanzioni amministrative - Reati tributari - Divieto di doppio giudizio - Ammissibilità del cumulo (C.e.d.u., art. 50; Prot. n. 7 C.e.d.u., art. 4; C.p.p. art. 649; d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 8).

Non lede il divieto di doppio giudizio, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, il procedimento penale che fa seguito a una sanzione tributaria irrogata dall'Agenzia delle entrate, sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione e.d.u. e relativa al medesimo fatto materiale, se tra i due procedimenti v'è una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta e se le relative sanzioni sono proporzionate e prevedibili dal soggetto.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 14 febbraio 2018 (ud. 22 settembre 2017) - CAVALLO, *Presidente* - GAI *Relatore* - MAZZOTTA *P.M.* (diff.) - Servello, *ricorrente*.

Dove non arriva il principio: il *ne bis in idem* tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori

La sentenza in commento recepisce le nuove condizioni di ammissibilità del doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo, formulate dalla Corte di Strasburgo, accogliendo in pieno i criteri della "stretta connessione sostanziale e temporale tra procedimenti" e della "proporzionalità e prevedibilità della sanzione complessiva", che consentono di escludere il *ne bis in idem*, previsto dalla Convenzione europea. Dopo aver ripercorso le coordinate fondamentali del principio e il panorama di decisioni della Corte europea relativo all'art. 4, Protocollo n. 7 C.e.d.u., l'Autore si sofferma sulle ricadute sistematiche della pronuncia di legittimità, sottolineando la difficile compatibilità del nuovo assetto giurisprudenziale con il principio di legalità e, in definitiva, il rischio che esso possa condurre a una diminuzione di tutela del diritto fondamentale del cittadino a non subire plurime persecuzioni *in idem factum*.

The sentence in question incorporates the new conditions of admissibility of the double sanctioning, penal and administrative track, fully accepting the criteria of "sufficiently close connection in substance and time" and "proportionality between sanctions", purposed by the Court of Strasbourg, which allows the exclusion of non bis in idem principle, provided by the European convention on human rights. After having described the principle's basic features and the panorama of the European court's judgments concerning art. 4, Protocol n. 7 C.e.d.u., the Author focuses on the systematic repercussions of the Supreme Court's judgment, underlining the difficult coexistence between the new jurisprudential set-up and the principle of legality and, ultimately, the risk that it may lead to a reduction in the protection of fundamental citizen's right not to suffer multiple persecutions in idem factum.

SOMMARIO: 1. Il *ne bis in idem*, tra divieto di doppio giudizio e divieto di doppia sanzione. 2. I termini del problema. 3. L'argomento costituzionale. 4. Gli itinerari europei in tema di bis in idem. 5. L'applicazione dei criteri di ammissibilità del doppio binario da parte della Corte di cassazione. 6. La parabola discendente del *ne bis in idem* eterogeneo.

1. Il *ne bis in idem*, tra divieto di doppio giudizio e divieto di doppia sanzione

La decisione che annotiamo si inserisce nel dibattuto filone giurisprudenziale, di legittimità e costituzionale, relativo alle avanguardie europee del *ne bis in idem*, un principio che in tempi recenti ha conosciuto una significativa stagione di cambiamento, trasformandosi in diritto fondamentale del cittadino e divenendo, pertanto, il luogo privilegiato per osservare la difficile coesistenza fra l'ordinamento interno e quelli germinati nella regione Europa, frutto di documenti convenzionali che hanno apprestato una tutela più intensa per il singolo di quanto fosse previsto dal diritto interno.

Previsto ormai da una pluralità di documenti normativi, tanto sul piano sovranazionale che su quello interno¹, l'istituto racchiuso nel brocardo latino ha subito numerosi mutamenti genetici, sia sul piano teleologico, circa la funzione precipua cui assolve, sia su quello pratico, in relazione ai presupposti di operatività, grazie all'attrazione nell'orbita dei diritti umani realizzata dal processo di integrazione europea.

Operando una distinzione di significati, il *ne bis in idem* trova tre principali specificazioni: divieto di doppia decisione, divieto di doppio processo e divieto di doppia sanzione². In queste manifestazioni di senso, ciascuna capace di sollevare problemi teorici diversi, di volta in volta riguardanti la funzione del giudicato penale, i criteri di soluzione del concorso apparente di norme e la teoria generale del processo³, ciò che riguarda in via principale la sentenza che annotiamo è la declinazione del *ne bis in idem* come divieto di doppio giudizio, in virtù del quale nessuno può essere giudicato più volte per uno stesso fatto che già è stato oggetto di un primo accertamento processuale. Anche se lo stesso divieto è previsto sia dall'art. 649 c.p.p. che dall'art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u., nel tempo sono emerse le notevoli diffe-

¹ Cfr. l'art. 14, § 7, Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore con la L. 25 ottobre 1977, n. 881); l'art. 4, Protocollo n. 7 C.e.d.u. (adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e ratificato dall'Italia con la L. 9 aprile 1990, n. 98); l'art. 50, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; gli artt. 54-58, Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (i quali sono stati incorporati nel c.d. *acquis* dell'Unione europea dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997). Ricostruisce gli apporti sovranazionali al divieto di doppio giudizio DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 325.

² Sul tema, efficacemente, BONTEMPELLI, *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1316; RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 857; ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 2008, 733.

³ L'intero quadro teorico dei rapporti tra la declinazione sostanziale e quella processuale dell'istituto, con specifica attenzione alle rispettive *rationes*, viene ricostruito da RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *questa Rivista*, 2017, 103; vedi inoltre CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2011, 87-98; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X ed., Padova, 2017, 469-474.

renze di tutela che le disposizioni apprestano nei confronti del cittadino, considerato che mentre la giurisprudenza di legittimità ha regolarmente applicato la disposizione del codice in parola solo tra procedimenti penali in senso stretto, la Corte di Strasburgo, al contrario, ha proposto nel tempo un'interpretazione che consentisse di impiegare l'istituto anche con riferimento a processi non penali, al fine di ampliare la protezione del singolo nei confronti dello Stato membro che allestisce procedimenti concorrenti, l'uno penale e l'altro amministrativo, con cui sanziona profili di disvalore legati allo stesso fatto, quest'ultimo da intendersi come il medesimo evento empirico derivante dalla condotta dell'agente⁴.

2. I termini del problema

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione è tornata a definire i modi e i tempi di operatività del principio in parola⁵, in linea con un recente orien-

⁴ Una concezione dell'*idem factum* che pone alla base del divieto di doppio giudizio l'accadimento posto a carico dell'agente in luogo dell'*idem legale*, il quale, invece, ricostruisce la condotta e l'evento mediante il crisma della giuridicità fornito dall'ordinamento penale, prima di porlo alla base del giudizio di identità. Dopo una stagione di incertezze, la soluzione descritta si è consolidata con Corte EDU, Gr. Cam., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, con la quale i giudici europei hanno affermato che il divieto di *bis in idem* opera quando il secondo procedimento riguarda gli stessi fatti, intesi come «un insieme di circostanze fattuali inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio» (§ 84): una formula che, pur suggerendo di accantonare la concezione giuridica propria dell'*idem legale*, lascia aperto il quesito più scottante, relativo a quale concezione materiale del fatto debba essere sposata dal giudice interno, se quella relativa alla sola condotta dell'agente o quella che ingloba nel "fatto" rilevante anche gli eventi, materiali e storici, legati alla condotta dal nesso di causalità. Considerando le gravi ricadute di una soluzione piuttosto che dell'altra, in punto di estensione concreta del *ne bis in idem* descritto dall'art. 649 c.p.p., la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale (sent. n. 200 del 2016) che, con una soluzione a sua volta innovativa, ha fatto propria la dottrina dell'*idem factum*, rigettando tuttavia la soluzione ermeneutica che riduce il fatto alla sola condotta per includervi, in tal modo, anche gli ulteriori elementi fattuali, assunti in un'ottica rigorosamente empirica, che si siano verificati successivamente. Sulla sentenza della Corte costituzionale in parola, v. le riflessioni critiche di LONGO, *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte Costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it; FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *questa Rivista*, 2017, 63; FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso etemit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 78; LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 60. Per una efficace ricostruzione del panorama di decisioni della Corte di Strasburgo in tema di identità del fatto, GALANTINI, *Il ne bis in idem europeo: verso il superamento della res iudicata?* in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea: atti del Convegno, Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, 246-248; v. inoltre la ricostruzione del panorama dottrinale e giurisprudenziale relativo all'*idem factum* di RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1410.

⁵ Circa la relazione che corre tra il divieto previsto dall'art. 649 c.p.p. e il più generale principio di non *bis in idem* nel nostro ordinamento, ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., 735-736.

tamento, condiviso tanto dalla Corte di Strasburgo che dal giudice di legittimità, ormai volto a rideterminare *in peius* l'estensione concreta dell'istituto nell'ordinamento giuridico interno⁶. Volendo ripercorrere brevemente il fatto, il ricorrente ha adito la Suprema Corte lamentando la violazione del divieto di doppio giudizio per come interpretato dalla Corte alsaziana, poiché in relazione al medesimo fatto materiale, costituito dalla produzione di falsi documenti fiscali finalizzata ad evadere l'imposta sul valore aggiunto, il cittadino subiva l'irrogazione di una considerevole sanzione amministrativa pecuniaria, da parte dell'Agenzia delle entrate, alla quale faceva seguito l'instaurazione di un procedimento penale, con relativa condanna a una pena detentiva per i delitti previsti dagli artt. 2 e 8, D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Ritenendo che la sanzione tributaria avesse i connotati richiesti dalla giurisprudenza della Corte europea per essere qualificata come "sanzione penale" secondo i criteri Engel⁷, il ricorrente ha eccepito la violazione dell'art. 649 c.p.p. letto alla luce dell'art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u. e, in particolare, delle sentenze Nykänen c. Finlandia⁸ e Grande Stevens ed altri c. Italia⁹ della relativa Corte, le quali censurano la legittimità di un procedimento penale *in idem factum* quando lo Stato membro ha già irrogato una sanzione solo formalmente amministrativa, ma nella sostanza munita dei connotati tipici di una pena in senso stretto.

Con la pronuncia in epigrafe, tuttavia, i giudici di legittimità rigettano la soluzione offerta dal ricorrente, ritenendo legittimo il duplice procedimento *de eadem re et persona* poiché, ad oggi, la latitudine europea del divieto di *bis in idem* deve essere rintracciata nella sentenza A e B c. Norvegia¹⁰ della Corte di

⁶ La sentenza che annotiamo è conforme all'orientamento di legittimità inaugurato all'indomani della Grande Camera A e B c. Norvegia: cfr. Cass., Sez. II, 24 febbraio 2017, Pagano, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ Corte EDU, Gr. Cam., 8 giugno 1976, Engel ed altri c. Paesi Bassi.

⁸ Corte EDU, Sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia.

⁹ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia, con nota critica di 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.-Riv. trim.*, 2014, 3-4. Vedi inoltre FLICK, NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?* in www.rivistaaic.it; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. Cost.*, 2014, 740. Per le ricadute della sentenza europea sul doppio binario sanzionatorio tributario, previsto dal d. lgs. n. 74 del 2000, AMBROSETTI, *La frode fiscale mediante altri benefici: vecchi e nuovi aspetti problematici*, in *questa Rivista*, 2017, 40. Circa le possibili ricadute della pronuncia nella fase dell'esecuzione penale, inoltre, vedi RANALDI, *L'adeguamento del giudicato penale in executivis*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale*, II ed., Milanofiori Assago, 2015, 1277-1281.

¹⁰ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, con nota critica di BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?* in *Rassegna trib.*, 2017, 562. Vedi inoltre VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e*

Strasburgo, con la quale i giudici alsaziani hanno provveduto a riformare alla radice le condizioni di compatibilità con la Convenzione europea del doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale, di fatto inaugurando una stagione di minor tutela nei confronti del cittadino¹¹, perseguito in diverse sedi processuali da parte dello Stato membro con una pluralità di sanzioni, tanto amministrative quanto penali, tutte imputate al medesimo fatto empirico.

3. L'argomento costituzionale

Per comprendere i diversi piani del discorso, dunque, occorre premettere una riflessione di più ampio respiro sull'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. alla luce della Convenzione europea.

Com'è noto, due sono i fattori normativi che conducono alla necessità di leggere il disposto legislativo alla luce del documento convenzionale o, piuttosto, delle decisioni rese dai giudici deputati ad applicarla: *in primis*, gli articoli 32 e 46 della Convenzione europea, che conferiscono una competenza interpretativa di ampio respiro alla Corte di Strasburgo relativa alle questioni ad essa sottoposte; in secondo luogo, la giurisprudenza costituzionale, che con una lettura di scopo ha conferito, già da tempo, la massima forza cogente alle soluzioni ermeneutiche provenienti da Strasburgo, trasformando l'obbligazione convenzionale derivante dal documento pattizio in una vera e propria "obbligazione costituzionale" per il legislatore e per il giudice penale, in virtù dell'art. 117 della Costituzione, consentendo alla Convenzione europea di fare ingresso nel nostro ordinamento come fonte di rango sovralegislativo, ma subcostituzionale¹².

Ancora. La Corte costituzionale, già dalla pronuncia n. 49 del 2015¹³, ha puntualizzato l'obbligazione costituzionale già affermata con le sentenze n. 348 e

doppio binario sanzionatorio, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016; FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, 2; CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 351; COLAIANNI, MONZA, *Il problema del "conflitto" tra ne bis in idem "internazionale" e doppio binario tributario. La parabola del principio verso l'eclisse?* in *Riv. dir. trib.*, 2017, 23; TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti e ulteriori consigli*, in *Quad. Cost.*, 2017, 173.

¹¹ Per queste considerazioni, *amplius* §§ 5-6.

¹² Come sottolinea MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., 8, «Il giudice di Strasburgo, infatti, non si limita a una mera attività ermeneutica, divenendo spesso creatore di norme che mantengono solo un collegamento formale con le disposizioni scritte della Convenzione e che sono in realtà riferibili alla fonte di produzione giurisprudenziale».

¹³ Corte cost., n. 49 del 2015, in *questa Rivista* online, 2015, 1, con nota di CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia non vincola il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?* V. inoltre le considerazioni di PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, 2; GALAN-

349 del 2007, chiarendo che il giudice comune è vincolato alla interpretazione strasburghese solo quando possa essere individuata una giurisprudenza consolidata relativa alla *questio iuris* che affronta: onde evitare che il parametro costituzionale, nella sua interezza, sia rimesso ai mutamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudici costituzionali sono corsi ai ripari, per così dire, affermando che la mediazione giurisprudenziale europea entra in gioco, con forza ermeneutica vincolante, solo quando si tratti effettivamente di "diritto consolidato", non esistendo, per contro, nessun obbligo di fronte a decisioni sporadiche incapaci di esprimere una definitività di orientamento; un argine, dunque, alla riscontrata mutevolezza delle interpretazioni europee, nel tentativo di evitare che ogni singolo *decisum* possa influenzare l'individuazione della norma convenzionale subcostituzionale.

Alla luce di queste considerazioni ben si comprende il problema sottostante alla questione processuale affrontata dalla Corte di cassazione, ovvero l'individuazione di quale sentenza europea, fra le numerose in tema di *bis in idem*, sia effettivamente da ritenersi la più recente e aggiornata condizione di ammissibilità del doppio procedimento, essendo possibile includere nella materia penale, ai fini dell'applicazione delle garanzie del giusto processo, un numero variabile di sanzioni e di procedimenti, a seconda della scelta del parametro interpretativo, costituito dall'art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u. e, inevitabilmente, dalla singola decisione della Corte di Strasburgo¹⁴.

I giudici della Corte di cassazione, come accennato, intervengono a monte della questione esegetica, sulla scelta del parametro convenzionale con cui leggere la disposizione, prendendo atto che i precedenti giurisprudenziali Grande Stevens ed altri c. Italia¹⁵ e Nykänen c. Finlandia¹⁶, non rappresentano più, in realtà, l'orientamento consolidato della Corte europea dei diritti dell'uomo relativo al *ne bis in idem*: quest'ultimo, a dire della giurisprudenza di legittimità, deve essere rinvenuto nella più recente decisione A e B c. Norvegia¹⁷, che detta le condizioni di ammissibilità del duplice procedimento *de eadem re et persona*¹⁸: anche se non è presente, nel corpo della decisione che annotiamo, un'argomentazione puntuale circa le ragioni di questa scelta ermeneutica, a conferire man forte alla censura mossa dai giudici di legittimità,

TINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, 1.

¹⁴ Sottolinea efficacemente le criticità di questo aggiornamento dei rapporti tra Costituzione e C.e.d.u., RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno - A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, 2.

¹⁵ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia, cit.

¹⁶ Corte EDU, Sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, cit.

¹⁷ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

¹⁸ Per una rassegna delle condizioni in parola, v. *infra* § 4.

tuttavia, si pone la stessa Corte costituzionale¹⁹, la quale nell'indicare i criteri con cui riconoscere il 'diritto consolidato', ai fini del recepimento della giurisprudenza strasburghese nell'ordinamento interno, ha conferito espresso rilievo alle pronunce della Corte di Strasburgo rese in composizione plenaria, che devono essere tenute in debita considerazione dal giudice comune quando sceglie il parametro integrativo della disposizione interna²⁰.

4. Gli itinerari europei in tema di *bis in idem*

Prima di verificare le ricadute interne della sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia²¹, occorre inquadrare la stessa nel panorama di decisioni della Corte europea in materia di divieto di doppio giudizio, al fine di meglio comprendere quale selezione di significati ha operato il giudice di legittimità per interpretare l'art. 649 c.p.p.

Posti di fronte alla necessità di definire la nozione di medesimezza del fatto, da un lato, e quella di sanzione penale, dall'altro, i giudici di Strasburgo hanno per lungo tempo adoperato un approccio restrittivo di fronte alle potenzialità espansive del divieto di *bis in idem* previsto dalla Convenzione, poi superato grazie alla soluzione creativa proposta per la prima volta nel caso Engel ed altri c. Paesi Bassi²² e successivamente richiamata dalla Grande Camera Zolotukhin c. Russia²³, che ha consolidato un'interpretazione dell'art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u., maggiormente rigorosa nei confronti della pluralità di procedimenti formalmente non penali posti in essere dagli Stati membri e inaugurando, in tal modo, il *ne bis in idem* eterogeneo, una versione del divieto capace di investire anche i procedimenti amministrativi. Con questo itinerario decisorio, di cui la sentenza Grande Stevens ed altri c. Italia²⁴ rappresenta una conferma, la Corte è intervenuta innanzitutto sulla nozione di sanzione penale posta alla base del divieto: su questo versante, com'è noto, i giudici alsaziani hanno conferito alla qualificazione offerta dal diritto interno un ruolo marginale al fine di chiarire cosa debba intendersi per "pe-

¹⁹ Cfr. Corte cost., n. 49 del 2015, cit., § 7.

²⁰ V. sul punto le osservazioni critiche di ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, che sottolinea le difficoltà pratiche di identificare una 'giurisprudenza consolidata' della Corte europea: difficoltà che non possono dirsi risolte nemmeno dall'intervento di una pronuncia della *Grande Chambre*, una tipologia di sentenza che - tecnicamente - interviene solo per sciogliere un contrasto verificatosi fra le Sezioni e per fissare l'interpretazione del precedente, non avendo per ciò solo una maggiore forza vincolante.

²¹ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

²² Corte EDU, Gr. Cam., 8 giugno 1976, Engel ed altri c. Paesi Bassi, cit.

²³ Corte EDU, Gr. Cam., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, cit.

²⁴ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia, cit.

na”, includendo in questa categoria anche sanzioni solo formalmente esorbitanti dalla sfera penale ma che, per la natura dell’infrazione commessa e per il grado di severità della sanzione inflitta al cittadino, devono essere comunque ricondotte alla *matière pénale*²⁵, comportando per diretta conseguenza la necessità di rispettare le garanzie previste dal documento convenzionale in tema di giusto processo²⁶; un metodo di ricostruzione della materia penale che si discosta sensibilmente dalla concezione formale del reato, diretta conseguenza degli artt. 17 e 39 c.p., prediligendo soluzioni sostanzialistiche al fine di consentire al *ne bis in idem* applicazioni inedite²⁷.

L’impianto esegetico appena descritto ha spesso condotto la Corte europea a conoscere della legittimità convenzionale di interi impianti normativi posti in essere dagli Stati membri, che sempre più spesso reagiscono ad illeciti di vario genere mediante una duplice risposta sanzionatoria, amministrativa e penale in senso stretto, perseguendo in entrambi i casi una finalità preventiva e repressiva che mostra non poche criticità in relazione al divieto di doppio giudizio: si tratta di un sentiero giurisprudenziale europeo assai gravido di conseguenze per i legislatori nazionali, spesso propensi a predisporre binari di tutela duplici e paralleli in alcuni settori rilevanti dell’ordinamento – come, ad esempio, quello tributario²⁸ – ed esponendosi, in tal modo, a violazioni sistematiche del diritto dell’individuo al *ne bis in idem* previsto dall’art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione europea²⁹. Preso atto di queste forme alternative

²⁵ Secondo PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 908, questo approccio è un portato della c.d. teoria “autonomista” della materia penale, che richiede l’individuazione di un significato della disposizione che sia funzionale all’applicazione della C.e.d.u. in maniera indipendente rispetto alle scelte del legislatore interno.

²⁶ Sul legame tra il divieto di doppio giudizio e il principio costituzionale del giusto processo, GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., 101-106; FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, II ed., Bologna, 2007, 33, nota 22. Alla dottrina si è unita, di recente, la giurisprudenza, secondo la quale il principio del giusto processo, tutelato dall’art. 111 della Costituzione, «nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì [...] il diritto dell’imputato a non essere perseguito più di una volta per l’identico fatto»: Così Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 28.

²⁷ Sui criteri da adoperare per verificare la natura penale di una sanzione, c’è concordanza di risultati con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea: cfr., da ultimo, Corte giust. UE, Gr. Sez., 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda, § 37, nonché Id., Gr. Sez., 26 febbraio 2013, C-467/10, Åkenberg Fransson, § 35.

²⁸ Ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale del cumulo sanzionatorio e i relativi profili di attrito con il *ne bis in idem* previsto dall’art. 4, Protocollo n. 7 C.e.d.u., BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *questa Rivista*, 2015, 115.

²⁹ Per queste considerazioni, cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una*

di persecuzione penale, che passano per nuovi e diversi luoghi processuali, la Corte di Strasburgo ha riformulato radicalmente il divieto di doppio giudizio, trasformandolo da mero strumento di cooperazione giudiziaria in un principio³⁰ di portata generale posto a tutela fondamentale dei diritti della persona³¹, consolidando un'accezione del divieto che prevede, come abbiamo sottolineato, l'applicazione a processi non penali, una volta che il giudice abbia riconosciuto l'esito sanzionatorio e repressivo cui è funzionalizzato quel procedimento, ancorché qualificato dal legislatore come disciplinare o, comunque, avente natura amministrativa.

Dopo una stagione di numerose dichiarazioni di illegittimità del doppio binario sanzionatorio appena descritto, i giudici strasburghesi sono venuti a più miti consigli, ridefinendo i modi e i tempi di azione dell'istituto e individuando inedite condizioni di ammissibilità del doppio binario penale-amministrativo con la Grande Camera A e B c. Norvegia³², una sentenza che riforma in maniera significativa le condizioni di legittimità convenzionale di una pluralità di processi che abbiano per oggetto lo stesso fatto: tutto ciò, beninteso, senza rinunciare alla concezione materiale del fatto posto alla base del divieto, da un lato, né ai criteri sostanziali di riqualificazione penale delle sanzioni amministrative o tributarie, dall'altro, bensì riformando il solo aspetto procedimentale del *ne bis in idem*, al fine di individuare quelle ipotesi che solo formalmente costituiscono una duplice sanzione per lo stesso fatto e all'esito di procedimenti separati ma che, ad un'attenta analisi, si rivelano essere in rapporto di complementarità, poiché mirano a un trattamento sanzionatorio che, nel complesso, è unitario e proporzionato.

Con la Grande Camera appena citata, infatti, la Corte europea non dismette i criteri Engel³³ da tempo individuati per considerare una sanzione come "penale" ai fini della Convenzione, né rinuncia a porre alla base del divieto di doppio giudizio la dimensione naturalistica del fatto, in luogo dell'*idem legale*; pur tuttavia, afferma per la prima volta che ciò non impedisce a uno Stato membro di predisporre un armamentario di sanzioni concorrenti relative al

diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU), in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2014, 3-4.

³⁰ Circa l'individuazione di un principio generale dell'ordinamento, di cui l'art. 649 c.p.p. rappresenta una manifestazione, v. la ricostruzione di A. GAITO, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*, III ed., a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, 936.

³¹ Cfr. CORSO, *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *questa Rivista*, 2017, 15. Sulla ricostruzione del divieto di *bis in idem* come diritto fondamentale della persona, GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 97.

³² Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

³³ Corte EDU, Gr. Cam., 8 giugno 1976, Engel ed altri c. Paesi Bassi, cit.

medesimo fatto materiale, a condizione che i relativi procedimenti «siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo», cioè richiedendo che essi siano avinti da uno «stretto legame materiale e temporale» (§ 117 ss.): il criterio della connessione, alle condizioni che a breve vedremo, dimostra il significativo mutamento di prospettiva dei giudici europei, che rinunciano a dichiarare illegittima qualunque legislazione interna che sanziona con procedimenti distinti il medesimo fatto empirico, giudicando meritevole di apprezzamento la pluralità di accertamenti che sia finalizzata a proteggere beni giuridici differenti, accedendo in tal modo alla categoria della «sanzione penale integrata». A tal fine, infatti, la Corte europea elabora i criteri di ammissibilità del cumulo processuale, vale a dire le condizioni che, se riscontrate nel caso di specie, rendono immune da censure il sistema legislativo interno, poiché indicano che lo Stato membro ha predisposto sequenze di accertamento complementari o che comunque interagiscono nell'individuare la risposta sanzionatoria globale: irrinunciabile, dunque, che il quadro processuale sia sostanzialmente unitario, prevedibile dal soggetto³⁴ e non eccessivamente one-

³⁴ Il fatto che i giudici strasburghesi richiedano che la sanzione penale, seppur diversificata, debba essere nel complesso “prevedibile”, merita un approfondimento teorico, sia pure per sommi capi, poiché rappresenta, nei termini che vedremo, il banco di prova della convivenza - difficile - fra l'ordinamento giuridico nostrano e quello germinato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fortemente influenzato, nei suoi principi ispiratori, dai tratti genetici degli ordinamenti di *common law*. Occorre formulare un interrogativo di fondo: come mai, nel delineare i tratti irrinunciabili della sanzione convenzionalmente penale, i giudici richiedono che essa sia prevedibile? Potrebbe non esserlo, nell'epoca moderna del diritto penale liberale, saldamente ancorato al principio di legalità? La risposta, tutt'altro che ovvia, risiede nella diversa concezione del principio di legalità che si rinviene in molti documenti convenzionali, tra i quali sicuramente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta di Nizza, complice l'influenza che ha avuto la cultura giuridica anglosassone nel momento in cui essi sono stati stipulati. Chiaro che tanto al livello dell'ordinamento interno, quanto al livello europeo, la formulazione di una fattispecie di reato passa per il fondamentale principio di legalità, al fine di rendere prevedibile per il soggetto le conseguenze giuridiche che subirà se porrà in essere una determinata condotta. Nelle specificazioni di senso del principio, tuttavia, si possono cogliere le differenze, dal momento che la declinazione interna del canone della legalità, in omaggio all'art. 25, comma 2, della Costituzione, comporta innanzitutto la tassatività delle fattispecie e la riserva assoluta di legge, onde evitare che (in uno con il divieto di analogia *in malam partem*) la fonte delle norme incriminatrici possa essere anche la giurisprudenza penale; nella dimensione fornita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 7), invece, il principio di legalità è formulato in maniera parzialmente difforme, considerato che la fonte legislativa non è l'unica in grado di individuare le fattispecie rilevanti ma si affianca al diritto giurisprudenziale della Corte, la quale, pur non essendo vincolata al precedente, è un'interprete privilegiato del documento convenzionale, per espressa previsione: come sottolinea efficacemente una parte della dottrina, infatti, «la CEDU e la Carta di Nizza (che racchiude i principi fondamentali dell'ordinamento dell'UE) si sono orientate entrambe a un principio di legalità che non pone più e soltanto l'accento sulla fonte della norma, ma sul suo contenuto». Traendo le conclusioni da queste considerazioni, risulta più agevole comprendere che mentre nel nostro ordinamento il principio di legalità si risolve principalmente nella riserva di legge, nella tassatività e nella determinatezza della norma incriminatrice, nell'ottica europea, fortemente condizionata dai sistemi di *common law* e dal ruolo che essi ascrivono allo *stare*

roso nel suo complesso, in una unità di scopo da realizzare, a parere dei giudici, tanto sul piano probatorio, garantendo un'ampia circolazione della prova fra i procedimenti, quanto sul piano sanzionatorio, consentendo al secondo giudice di tenere in considerazione l'entità della pena già irrogata nel momento in cui procede a quantificare la sanzione ulteriore. Una valutazione, si noti, necessariamente sistematica, poiché sovrappone il profilo sostanziale del *ne bis in idem* con quello strettamente processuale, richiedendo che il trattamento sanzionatorio, che dev'essere nel complesso prevedibile e proporzionato, sia raggiunto mediante procedure avvinte da uno stretto legame materiale e temporale che le renda interagenti e, dunque, componibili in un unico schema.

Chiaro che i giudici, con questa decisione, invertono drasticamente la rotta, dismettendo l'approccio inaugurato con la Grande Camera Zolotukhin c. Russia³⁵ e confermato nel caso Grande Stevens ed altri c. Italia³⁶, con ciò realizzando una significativa diminuzione di tutela del divieto di *bis in idem*, la cui lesione diviene tollerabile alla luce della Convenzione europea se le sanzioni irrogate sono proporzionali tra loro - condizione di legalità convenzionale mai presa in considerazione nei precedenti pronunciamenti - oltretutto prevedibili e frutto di procedimenti strettamente connessi nel tempo e nello spazio. All'osservatore attento non sfuggirà, infatti, il nuovo e diverso angolo di prospettiva dei giudici europei rispetto ai loro precedenti in tema di *bis in idem*, poiché le argomentazioni non si occupano più, in via prioritaria, di ricostruire i confini del divieto di doppio giudizio in funzione esclusiva di protezione del singolo e della sua posizione giuridica soggettiva, puntando invece ad individuare una soluzione di compromesso tra i casi di effettiva lesione del divieto e il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati membri, ogni-

decisis del giudice, la legalità della sanzione penale comprende anche il profilo della prevedibilità della norma, richiedendo in tal modo di verificare che essa fosse agevolmente conoscibile da parte del cittadino. Ne consegue che, nel nostro sistema legale, il problema della prevedibilità si pone innanzitutto a livello legislativo, ovvero come problema di esatta formulazione del comando, per evitare che possa intervenire il giudice nel momento genetico della fattispecie; un problema innanzitutto di tecnica legislativa, mentre in sistemi penali a forte impronta giurisprudenziale il controllo di legalità si spinge fino a includere le decisioni dei giudici, costituzionalmente idonee a modulare le norme incriminatrici. Per la dottrina citata in nota e per le riflessioni attinenti al principio di legalità, v. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2014; per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea sul principio di prevedibilità, VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO, MOCCIA, DE FRANCESCO, INSOLERA, PELISSERO, RAMPIONI e RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali": atti del Convegno, Napoli, 7-8- novembre 2014*, Napoli, 2016, 213.

³⁵ Corte EDU, Gr. Cam., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, cit.

³⁶ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia, cit.

qualvolta procedono ripetutamente *in idem factum* per tutelare beni giuridici differenziati³⁷: se traspariva, dalle decisioni precedenti, l'interpretazione della disciplina con prioritaria attenzione al diritto del singolo – adoperando, dunque, come punto di osservazione principale la posizione della persona di fronte al pubblico potere giudiziario – il nuovo orientamento giurisprudenziale conferisce priorità alle ragioni dell'ordinamento, individuando i requisiti di ammissibilità del doppio binario, soddisfatti i quali lo Stato membro può legittimamente frazionare l'accertamento del fatto materiale.

Infatti, approfondendo l'innovativo e inedito requisito della «*sufficiently close connection in substance and time*», la Corte di Strasburgo fornisce al giudice procedente una serie di criteri da applicare per verificare se egli debba dismettere la propria investitura per evitare la censura del *ne bis in idem* europeo: in particolare, occorreranno “finalità sociali differenti” che possano giustificare la scelta legislativa di frammentare gli accertamenti, purché questi ultimi siano concomitanti nell'irrogare sanzioni penali in relazione al medesimo accadimento materiale; inoltre, dal punto di vista punitivo, i singoli esiti delle procedure debbono risultare componibili in un quadro unitario, tanto da costituire una «sanzione penale integrata» e sostanzialmente unica, nel complesso prevedibile dal cittadino e proporzionata al disvalore assegnato al fatto. Infine, dal punto di vista probatorio, la Corte europea richiede degli specifici adeguamenti processuali sul piano delle prove, imponendo al secondo giudice di non onerare il cittadino di una nuova e diversa prova dei fatti, rispetto a quanto ha già allegato nel primo procedimento, oltre a richiedere l'esercizio del magistero punitivo tenendo in debita considerazione la prima sanzione già irrogata.

Se queste sono le indicazioni provenienti da Strasburgo, occorre innanzitutto verificare la tenuta sistematica dei criteri di ammissibilità del duplice procedimento forniti dai giudici alsaziani, vagliando le conclusioni cui giunge la sentenza A e B c. Norvegia³⁸ per verificare se esistono dei punti critici, di incompatibilità strutturale, con il principio di legalità³⁹.

Per comprendere la questione, sarà sufficiente qualche riflessione alla luce dei canoni fondamentali del diritto penale. Il requisito della «stretta connes-

³⁷ Sul punto, v. le osservazioni critiche del giudice PINTO DE ALBUQUERQUE, Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, Separate opinion, § 49, che ribadisce il divieto di operatività del margine di apprezzamento, generalmente riconosciuto agli Stati membri quando applicano la Convenzione, in ipotesi di previsioni espressamente non derogabili, come l'art. 4, Protocollo n. 7 C.e.d.u.

³⁸ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

³⁹ Affronta le ricadute teoriche della stretta relazione sussistente tra il diritto giurisprudenziale e il principio di legalità, MANNA, *Il principio di legalità*, in *questa Rivista online*, 2017, 3.

sione materiale e temporale» fra processi, ad esempio, è rispettato se, come già accennato, è assicurata la circolazione della prova fra le due catene di accertamenti e, in aggiunta, se il secondo giudice procedente, nel quantificare la pena da irrogare, tiene in debita considerazione la misura della prima sanzione convenzionalmente penale già inflitta al cittadino. Pur non essendovi, allo stato, pronunce che hanno sollevato questioni di legalità costituzionale sul punto, occorre sottolineare la difficoltà di combinare le soluzioni fornite dai giudici europei, frutto di un approccio sostanziale volto a tutelare i principi prescindendo dai vincoli formali, con la (necessaria) attenzione al principio in parola, che vuole il giudice penale ben saldo nelle maglie della legalità processuale: a quale titolo egli potrebbe, ad esempio, rinunciare al contraddittorio pieno nella formazione della prova, oltretutto al più generale principio di immediatezza, per consentire la circolazione del materiale probatorio proveniente dal primo procedimento oltre i limiti fissati dal codice di rito, al fine di raggiungere lo scopo richiesto da Strasburgo? Ancora, come si combina la riserva di legge in materia penale, prevista dall'art. 25, co. 2, Cost., con l'individuazione di un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto dalla norma e rapportato in concreto tenendo conto della prima sanzione già irrogata? E quali i criteri di calcolo da adoperare?⁴⁰ Il criterio di maggiore attrito con il principio di legalità della pena, infatti, sembra essere proprio la proporzionalità della sanzione: requisito essenziale, a parere della Corte europea, al fine di scongiurare la violazione del divieto di *bis in idem*, poiché solo se vi sarà una relazione di proporzione tra le pene irrogate distintamente e il fatto posto in essere dall'agente, potrà dirsi realizzato lo scopo di irrogare una «sanzione penale integrata», la cui frammentazione processuale sarà giustificata solo dalla necessità di accertare distinti e separati profili di offensività, senza tuttavia condurre ad esiti sanzionatori indipendenti e slegati tra loro che, non rappresentando le componenti di un quadro di pene correlate e calibrate in funzione del disvalore globale derivante dal fatto materiale, dimostrerebbero un'iperattività punitiva contraria alla Convenzione.

5. L'applicazione dei criteri di ammissibilità del doppio binario da parte della Corte di cassazione

⁴⁰ V. le considerazioni di BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie?* in *Rass. trib.*, 2017, 565-566, che sottolinea le difficoltà del giudice italiano di dare corso alle evoluzioni europee in tema di doppio binario sanzionatorio, le quali spesso richiedono ponderazioni tipiche di un legislatore per essere recepite dall'ordinamento interno, essendo capaci di investire contemporaneamente tanto in profilo processuale quanto quello sostanziale, nella scelta e nella quantificazione delle sanzioni concorrenti.

Gli interrogativi proposti, la cui soluzione investe questioni che vanno al di là della presente trattazione, non sono stati preliminarmente affrontati dalla sentenza annotata. La Corte di cassazione, infatti, non questiona sulla legalità costituzionale del parametro che adopera, come richiede sul punto un orientamento consolidato della Corte costituzionale, in virtù del rango subcostituzionale della Convenzione europea, né si preoccupa di motivare sulla qualificazione della Grande Camera citata come “giurisprudenza consolidata”, da cui far discendere l’onere di interpretazione conforme del giudice interno, come avrebbe invece dovuto, a sentire le argomentazioni della Consulta prima richiamate⁴¹.

Una volta individuata la pronuncia A e B c. Norvegia⁴² come criterio interpretativo dell’art. 649 c. p.p., poi, in difformità rispetto alla scelta del ricorrente, la Corte di cassazione esclude la configurazione di un *bis in idem* tra il procedimento amministrativo già concluso e la successiva imputazione per i reati tributari, sulla base della applicazione dei criteri forniti dai giudici strasburghesi.

Preliminarmente, infatti, i giudici di legittimità applicano i criteri Engel⁴³ forniti dalla Corte di Strasburgo e riconoscono la natura sostanzialmente penale della sanzione tributaria ai fini della garanzia convenzionale: sul punto si noti che nonostante non vi sia, nel corpo della motivazione, un’argomentazione puntuale sull’accertamento della natura penale della sanzione irrogata dall’Agenzia delle entrate, la conclusione è da ritenersi implicita all’itinerario decisorio dei giudici di legittimità, considerato che essi procedono, in maniera diretta, a comparare i procedimenti e le relative sanzioni per riscontrare la sussistenza dello «stretto legame materiale e temporale» richiesto dalla Corte di Strasburgo per escludere la violazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u.: un’indagine che comporta, come presupposto logico, l’aver riconosciuto la consistenza penale della sanzione amministrativa concorrente⁴⁴.

Il prosieguo della motivazione dei giudici, tuttavia, si espone a rilievi critici quanto a completezza e coerenza complessiva del ragionamento sostenuto.

Manca, *in primis*, una verifica delle singole finalità cui mira ciascuna sanzione, atteso che non vi sono considerazioni sui tratti peculiari della sanzione tributaria, né sullo scopo da essa perseguito, in particolare se meramente retributivo o propriamente afflittivo, in relazione al *quantum* individuato

⁴¹ Cfr. Corte cost., n. 49 del 2015, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁴² Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

⁴³ Corte EDU, Gr. Cam., 8 giugno 1976, Engel ed altri c. Paesi Bassi, cit.

⁴⁴ Cfr. il punto 6 della sentenza in commento.

dall’Agenzia delle entrate: infatti, solo tramite un’analisi puntuale della struttura della sanzione pecuniaria si può verificare se vi sia una effettiva diversità di scopo tra le due pene, come richiede invero la decisione A e B c. Norvegia, restando tutto da dimostrare che le due consuete edizioni della prevenzione penale – quella generale, volta alla dissuasione della collettività dal porre in essere condotte simili, nonché quella speciale, che invece si rivolge al singolo *reus* per favorirne la rieducazione – non siano pedissequamente replicate anche dalla sovrattassa inflitta in sede di accertamento fiscale di quanto evaso. Identiche le finalità, inevitabile la violazione del divieto di *bis in idem*⁴⁵. L’obiezione sollevata sul punto, inoltre, si comprende meglio ponendo a confronto le valutazioni della sentenza A e B c. Norvegia⁴⁶, in punto di finalità differenti delle sanzioni penali, con la parte motiva della decisione odierna: nel primo caso la Corte europea aveva individuato una sostanziale differenza di scopo fra le sanzioni amministrativo-tributarie – “deterrenza” nei confronti degli evasori fiscali, mista a una finalità di “compensazione” rispetto al costo economico che ha dovuto sopportare la collettività, in termini di evasione del tributo e di esborso necessario per scoprire la frode e recuperare quanto sottratto all’erario – e le sanzioni penali *stricto sensu*, con le quali l’ordinamento persegue uno scopo schiettamente punitivo nei confronti della condotta incriminata, formulando il rimprovero di colpevolezza tipico della materia penale; la decisione della Corte di cassazione in esame, anche se risolve un caso particolarmente affine a quello norvegese, difetta di una motivazione solida che metta in evidenza la diversità di scopi sanzionatori, necessaria ad escludere la violazione del *ne bis in idem*.

Altri criteri di ammissibilità del cumulo, inoltre, rimangono estranei all’itinerario decisorio della sentenza che annotiamo, come la possibilità per il soggetto di prevedere la plurioffensività della sua condotta, le interazioni fra gli accertamenti distinti, la prossimità cronologica degli stessi e, infine, la proporzionalità complessiva della sanzione, la cui verifica è necessaria al fine di affermare l’idoneità strutturale dei due processi ad infliggere una «sanzione penale integrata»: facendo un’applicazione del tutto parziale dei criteri menzionati, invece, i giudici di legittimità escludono la violazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 della Convenzione e.d.u., postulando la sussistenza dello stretto legame tra le procedure sulla base del solo criterio temporale, atteso che esauriscono la verifica degli indici di connessione nelle brevi considerazioni circa il lasso di tempo intercorso tra la sanzione tributaria e il processo pena-

⁴⁵ Cfr. sul punto Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit., § 132.

⁴⁶ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

le⁴⁷: se ridotta in questi termini, tuttavia, la sufficiente connessione materiale e temporale si rivela essere un postulato non perfettamente dimostrato.

Quest'ultima considerazione ci consente di valutare in quale misura e con quale estensione sia stato effettivamente tradotto il canone europeo presso la Corte di legittimità. Nonostante il terreno sia accidentato e la materia sia ancora frutto di continue evoluzioni, una prima analisi della motivazione ci permette di affermare l'assoluta elasticità dei criteri di ammissibilità del cumulo - sanzionatorio e processuale - postulati a Strasburgo, che infatti hanno consentito al giudice nostrano, pur riconoscendo la natura sostanzialmente penale della misura patrimoniale irrogata altrove, di escludere la violazione del divieto in parola, piegando efficacemente le indicazioni della Corte europea in funzione dello scopo sanzionatorio multiplo: si verifica, invero, una curiosa inversione dei rapporti tra la forma processuale e lo scopo di tutela sotteso al principio postulato dalla Convenzione.

E si spiega. Mentre le argomentazioni della Corte strasburghese, in materia di *ne bis in idem*, hanno sempre dimostrato un approccio attento ai profili di tutela sostanziale e concreta del principio europeo, trascurando spesso le esigenze formali dei meccanismi processuali nazionali e imponendo allo Stato membro di predisporre, al di là delle etichette legislative, un sistema sanzionatorio e processuale tendenzialmente unico (specie in materia tributaria e di abusi di mercato), il più recente orientamento, prontamente recepito dal giudice di legittimità, sembra essere dotato di una scarsa capacità 'orientativa', tradendo uno dei cardini della giurisprudenza europea, ovvero il principio di prevedibilità della condotta degli organi pubblici, come garanzia ineludibile del cittadino nei confronti del pubblico potere⁴⁸: a dispetto di ciò, invero, gli indici della stretta connessione materiale e temporale, tanto nella versione originaria quanto nell'utilizzo - parziale - che ha saputo farne la Corte di cassazione, difettano di puntualità e di oggettività, rendendo arduo affermare con ragionevole sicurezza, prima della effettiva decisione del giudice, l'esistenza fra due catene di accertamento della stretta connessione in parola.

Il giudice interno, infatti, risulta essere investito di un significativo potere valutativo, la cui ampiezza discende principalmente dall'approccio empirico della Corte di Strasburgo, che ha fornito un compendio di criteri meramente

⁴⁷ Si noti che, normalmente, la sanzione tributaria precede il processo penale, sicché l'applicazione del *ne bis in idem* europeo a un sistema di tal fatta, che di frequente irroga per prima la sanzione amministrativa, rischia di compromettere l'intera politica di cumulo sanzionatorio perseguita dal legislatore: per queste riflessioni critiche, vedi CARINCI, *Il principio del ne bis in idem, tra opportunità e crisi del sistema sanzionatorio tributario*, in *questa Rivista*, 2017, 35-39.

⁴⁸ Cfr. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, cit., 352.

esemplificativi, nessuno dei quali risulta essere risolutivo, rappresentando al più il compromesso europeo fra la necessità (politica?) di individuare una soglia di rilevanza della violazione del divieto di *bis in idem*, da un lato, e l'esigenza di non rimettere completamente il vaglio di ammissibilità del plurimo accertamento *in idem factum* al giudice interno, dall'altro, fornendogli strumenti di giudizio che si sono rivelati, al netto della sentenza annotata, di eccessiva versatilità applicativa.

6. La parabola discendente del *ne bis in idem* eterogeneo

Il significativo potere di ponderazione del giudice, accolto con favore dalla sentenza che annotiamo, ci consente di fare una riflessione conclusiva, ancorché provvisoria, sullo stato di salute del divieto di *bis in idem*. L'evoluzione che esso ha conosciuto nel nostro ordinamento in tempi recenti, mediante un'estensione del suo raggio di azione a procedimenti di altra natura, si deve principalmente alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha adeguato l'esegesi degli strumenti di tutela forniti dalla Convenzione in virtù delle nuove forme di politica criminale realizzate dagli Stati membri, accordando al cittadino un livello di protezione nei confronti dell'autorità di particolare intensità.

Se questa era la situazione di protezione del singolo, consolidata con la Grande Camera Zolotukhin c. Russia⁴⁹ e mantenuta in vita fino alla decisione Grande Stevens ed altri c. Italia⁵⁰, ad oggi la Corte di cassazione decide di accogliere con favore la significativa diminuzione di tutela del divieto di *bis in idem* realizzata con la decisione A e B c. Norvegia⁵¹: il diritto fondamentale dell'individuo risulta dismesso a favore di una politica giudiziaria europea favorevole a legittimare l'azione repressiva degli Stati membri in sedi processuali differenziate, nonostante sia stata previamente riconosciuta la natura afflittiva delle relative sanzioni irrogate. Il divieto in parola, forte della espansione che aveva conosciuto grazie all'adozione di una concezione empirica del fatto, ritorna ai ranghi di partenza, a causa dell'elaborazione di una serie di criteri di ammissibilità del *bis* che, in realtà, non si limitano all'aspetto processuale dell'istituto, investendo, piuttosto, il profilo sostanziale del principio, con una sovrapposizione dei termini e dei profili di tutela⁵² che, in definitiva, rappre-

⁴⁹ Corte EDU, Gr. Cam., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, cit.

⁵⁰ Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c. Italia, cit.

⁵¹ Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

⁵² Mette in evidenza la natura *sui generis* del *ne bis in idem*, dovuta alla continua interazione tra la sua declinazione soggettiva, come garanzia individuale, e quella oggettiva, legata alle ragioni dell'ordinamento, BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*,

senza una lesione del diritto fondamentale della persona a non subire plurime persecuzioni⁵³.

GENNARO GAETA

in *questa Rivista*, 2016, 402-404. Circa il fondamento duplice dell'istituto, vedi anche le considerazioni di JANNELLI, *La cosa giudicata*, in AIMONETTO (a cura di), *Le impugnazioni*, in *Giur. sist. Dir. proc. pen.*, Chiavario, Marzaduri, Torino, 2005, III, 630-635.

⁵³ Come osservato da PINTO DE ALBUQUERQUE, Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, Separate opinion, cit., § 79, «Il *ne bis in idem* perde il suo carattere *pro persona*, soverto dalla stretta e rigorosa opinione della Corte *pro auctoritate*».