

CONFRONTO DI IDEE

PIERMARIA CORSO

Prospettive evolutive del *ne bis in idem*

L'autore esamina il tema del *ne bis in idem* nei suoi termini essenziali, e ne analizza l'interpretazione fornita sia dalle fonti sovranazionali, che da quelle nazionali. In seguito lo scritto si occupa di individuare quelle che sono le ricadute pratiche del concetto, infatti sono analizzate le diverse pronunce della Corte EDU e della Corte di Giust. UE, che hanno trattato il tema negli ultimi anni. L'elaborato si conclude tratteggiando i casi nazionali che hanno recitato il grave problema circa l'esatta interpretazione del principio del *ne bis in idem*, finendo così per individuare la necessità di un intervento legislativo atto a rispondere all'esigenza pratica emersa.

The author examines the issue of ne bis in idem in its essential terms and discusses the interpretation for-nita is from sources that supranational domestic ones. Then the script takes care of identifying what are the practical implications of the concept are analysed the different pronunciations of the Echr and the Court of García. The EU, which treated the subject in recent years. The script ends trat-teggiando national cases that have recitato the serious problem about the exact interpretation of the principle of ne bis in idem, ultimately identify the need for legislative action to respond to the practical need emerged.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Once upon a time*. - 3. Ricadute pratiche. - 4. L'assalto alla diligenza. - 5. Nuovi scenari. - 6. Infine, *lex dixit*.

1. Premessa

Il tema del *ne bis in idem*, risolto nei suoi termini essenziali - per quanto riguarda il diritto interno - dall'art. 649 c.p.p. (rubricato "divieto di un secondo giudizio"), è stato inizialmente esaminato sotto il profilo del coordinamento tra giurisdizioni di Stati diversi, anche e soprattutto alla luce delle fonti europee¹.

¹ A titolo meramente esemplificativo cfr. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, Milano, 1984; MARCHETTI, *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Leg. pen.*, 1991, 248; AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 923; RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004; PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano, 2005, 558; ASTARITA, *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito e Giunchedi, Torino, 2006, 145; RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621; PIATTOLI, *Ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 2642; PISANI, *La Corte di giustizia delle comunità europee e il ne bis in idem comunitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 120; BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 541; PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2014, 343; LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem. La crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 82; DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 325 e BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017.

Solo in tempi relativamente recenti l'attenzione della dottrina sul tema ha acquistato nuovo vigore per uno specifico *input* comunitario che ha riguardato i profili sostanziali del sistema sanzionatorio interno e le ricadute sul sistema processuale.

Il riferimento è, in specifico, a recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte EDU che, valorizzando il principio del divieto di *bis in idem* come strumento per la protezione dei diritti del singolo più che come strumento di cooperazione giudiziaria tra Stati, lo hanno riproposto in una nuova dimensione² con il risultato di determinare una rilettura del fondamento e dell'ambito di applicazione dell'istituto come previsto dalla normativa processuale penale alla luce delle garanzie costituzionali e sovranazionali e la constatazione di un livello di equilibrio ancora da ricercare.

Non ultimo effetto - cui non sono state estranee le sollecitazioni culturali e di giustizia sostanziale nascenti da un caso giudiziario particolarmente grave³ - è stato quello di portare ad una rilettura dello stesso contenuto del principio del *ne bis in idem* nel diritto interno attraverso un superamento del concetto di *idem* legale (quale desumibile come diritto vivente alla luce della giurisprudenza della Corte di cassazione) a favore di un concetto di *idem* fattuale (non più medesimo fatto giuridico, ma medesimo fatto storico)⁴.

2. *Once upon a time*

Tutto ha inizio con la sentenza della Corte EDU 21 marzo 1984, Ozturk⁵ che, antepo-
nendo la sostanza alla forma, ha statuito che le garanzie di cui

² *Ante litteram* cfr. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1001.

³ Il riferimento è al processo c.d. Eternit su cui, inter alios, si vedano GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in www.penalecontemporaneo.it; SANTAMARIA, *Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit*, *ivi*; ZIRULLA, *Eternit. Il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, *ivi*.

⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., n. 200 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, 1420, secondo cui è costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. La questione di costituzionalità, sollevata dal G.u.p. Tribunale Torino con ord. 24 luglio 2015, è commentata da SCARONA, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *questa Rivista*, 2015, 16. La sentenza n. 200 del 2016 è commentata da PULITANO, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1588.

In precedenza, si veda 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, 140.

⁵ La sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" ad*

all'art. 6 Convenzione EDU⁶ devono essere riconosciute in presenza di un illecito amministrativo che – per struttura e finalità – si riveli sostanzialmente un illecito penale.

Trent'anni dopo, sempre la Corte EDU, con la sentenza 4 marzo 2014, resa nel processo Grande Stevens ed altri c. Italia⁷, ha fatto un significativo passo avanti, sottolineando che il problema non è più quello di assicurare le garanzie processuali penali ad un illecito formalmente amministrativo ma rientrando, per afflittività, nella materia penale, ma di considerarlo per quello che sostanzialmente è, e cioè un illecito destinatario di una sanzione penale sotto mentite spoglie.

Di qui il ravvisato contrasto con il principio del *ne bis in idem* (affermato nell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU)⁸ in quanto la normativa italiana

una svolta radicale.

Come ha sottolineato Corte d'App. Bologna, Sez. III civ., 3 marzo 2017, Pr e Fr s.p.a. c. Consob (v. infra, nota 21), “la giurisprudenza della Corte EDU in punto di quasi-parificazione tra sanzioni amministrative e sanzioni penali si è sviluppata nel secolo scorso, negli anni '70 ed '80 sull'onda dei grandi interventi legislativi di depenalizzazione intervenuti in Europa (si veda per l'Italia la legge 689/81). La preoccupazione della Corte, infatti, a fronte dell'eliminazione di una serie di reati e di sostituzione di essi con punizioni amministrative, è stata quella di mantenere un nucleo fondamentale di diritti che, di fronte alla (nuova) pretesa sanzionatoria, garantissero l'incolpato – che, prima delle depenalizzazioni, avrebbe rivestito la qualifica di imputato – in misura analoga rispetto a quella del sistema penale, nonostante la punizione applicata dagli Stati fosse stata degradata, per l'appunto, da reato a mera sanzione amministrativa (sulla ricostruzione storica sopra esposta si veda, da ultimo, Corte cost. 43 del 2017)”.

⁶ Rubricata “diritto ad un processo equo”, la norma dispone – tra l'altro – che “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta”.

Come è noto, i contenuti sono stati recepiti nel nuovo testo dell'art. 111 Cost.

⁷ La sentenza ha, giustamente, polarizzato l'attenzione della dottrina: *ex plurimis*, si vedano CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il “ne bis in idem” se la sanzione amministrativa equivale a quella penale*, in *Guida al dir.*, 2014, 82; MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove Consob (benchè non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, 2942; NOTARGIACOMO, *Illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, 279; GALANTINI, *Divieto di bis in idem. Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 215; DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza “Grande Stevens”*, in *Rass. trib.*, 2014, 1440; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 874; D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614; TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 108 e ZAGREBELSKI, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196.

⁸ L'art. 4 del protocollo n. 7 della convenzione EDU dispone che “Diritto a non essere giudicato o punito due volte. 1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo

(nella specie, in materia di *market abuse*) ricollegava al medesimo fatto illecito due sanzioni penali, dovendo la sanzione formalmente amministrativa essere considerata penale per il suo carattere afflittivo⁹.

3. Ricadute pratiche

Mentre la dottrina delineava nuovi scenari, dall'abbandono del sistema del doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) alla marginalizzazione delle fattispecie sanzionatorie amministrative, e mentre la giurisprudenza si interrogava sui criteri identificativi della "materia penale" (e sul discrimine tra penale e amministrativo quanto ad afflittività), sul ricorso al criterio di specialità¹⁰ e sul come rimuovere la componente di casualità del criterio *prior tempore potior iure*, in base al quale la prima sanzione definitivamente applicata esclude l'applicabilità della seconda ma - nel frattempo - si celebrano due procedimenti nella consapevolezza di un sicuro spreco di energie visto che almeno un procedimento risulterà vanamente attivato, tutta la aspettativa era (ed è) per un intervento legislativo che assicurasse uniformità di regole (pre-

precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso. 3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'art. 15 della Convenzione".

⁹ Per un primo tentativo di fissare i criteri identificativi della "materia penale" si veda la sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, che ha evocato la qualificazione formale attribuita dal diritto interno, la natura dell'illecito e la severità delle sanzioni comminate (quale desunta dalla natura e grado).

Gli Engel critirria sono stati enunciati dalla Corte EDU per delimitare l'ambito di applicazione del suo statuto di garanzie sostanziali e procedurali.

Cfr. MARZADURI, *Processo penale e processo disciplinare: giurisprudenza "europea" e prospettive per la legislazione interna italiana*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di Cappelletti e Pizzorusso, Milano, 1982, 591 e, sia pure in un'ottica peculiare, CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il fisco*, 2014, 2374.

¹⁰ Cfr. CARINCI, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. trib.*, 2015, 499; CORSO, *Effetti penali degli istituti deflattivi*, *ivi*, 461 (e, in specie, 471); 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, 5 (secondo cui il principio di specialità costituisce espressione del ne bis in idem sostanziale); PIERRO, *L'uso premiale delle sanzioni tributarie e la crisi del principio di specialità*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, 685; MARELLO, *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, III, 269; GRAZIANO, *Il "punctum dolens" del principio di specialità tra sanzione penale e sanzione amministrativa in materia tributaria*, in *Rass. trib.*, 2004, 31 e BATISTONI FERRARA, *Il principio di specialità. La rilevanza penale dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, *ivi*, 2001, 1246. Da ultimo CALZOLARI, *L'insostenibile incompatibilità dell'ordinamento nazionale con il principio del ne bis in idem*, in *Corr. trib.*, 2017, 309, ravvisa incompatibilità tra l'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU e il co. 2 dell'art. 19 d. lgs. n. 74/2000 che dispone il permanere della responsabilità delle persone giuridiche per le sanzioni amministrative (316).

supposto ineliminabile dell'uniformità delle interpretazioni) e che non affidasse al caso l'assoggettamento del medesimo illecito alla sanzione penale o alla sanzione formalmente amministrativa, con una soluzione più spesso premiante della tattica dilatoria che della intrinseca celerità processuale.

Altro è una scelta legislativa a favore dell'una o dell'altra sanzione, altro è un criterio normativo di priorità tra sanzioni parimenti comminate e altro è un epilogo marcatamente aleatorio in quanto non prevedibile *ex ante* e in concreto determinato da disfunzioni del rito o anche da abusi del processo.

Si è, in buona sostanza, aperta una stagione di interventi *spot*, mai decisivi, mai definitivi e come tali teatro ideale per tattiche diversive ed eversive.

Senza pretesa di completezza, vanno ricordati il dibattito sulla natura sostanziale o processuale del divieto di *bis in idem*¹¹: l'intervento della Corte di giustizia UE 8 settembre 2015, Taricco¹², che ha censurato la rinuncia alla appli-

¹¹ Secondo Corte cost., n. 102 del 2016, "è pacifico, in base alla consolidata Giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quanto è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro. Non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa".

Nel merito della questione sollevata, la Corte ha optato per una declaratoria di inammissibilità non essendo rilevante, nel processo penale a quo, la natura eventualmente penale dell'illecito amministrativo sanzionato dall'art. 187 TUF.

¹² Anche questa pronuncia ha avuto un'eco vastissima: senza pretesa di completezza cfr. CAMON, *Le torsioni d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 2; MAZZA, *La prescrizione del reato fra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, *ivi*, 2016, 8; CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 2015, 9; BARGI, *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritto dell'UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza "Taricco" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 327; MANNA, *Il difficile dialogo tra Corti europee e corti nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, in *questa Rivista*, 2016; NEGRI, *Il dito della iretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza della Corte di Giust. UE*, *ivi*.

La Corte D'Appello Milano, con ordinanza 18 settembre 2015, ha sollevato una questione di costituzionalità in quanto l'invito a disapplicare la normativa sulle prescrizioni collide con il principio di legalità (art. 25 Cost.).

L'ordinanza è annotata da VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari della UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i contro limiti*, in www.penalecontemporaneo.it.

La Corte costituzionale si è pronunciata formalmente con una questione di pregiudizialità comunitaria, sostanzialmente escludendo che la sentenza della Corte di giustizia UE possa trasformare il giudice nazionale in legislatore e rivendicando la prevalenza del principio di legalità (ordinanza 23 novembre 2016-26 gennaio 2017 n. 24).

Su questa fondamentale decisione cfr., con accenti diversi, CORSO, *Dio salvi la Corte costituzionale*, in *Ipsa quotidiana*, e VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte*

cazione della sanzione penale (per prescrizione) senza minimamente porsi il problema della comminatoria della sanzione amministrativa tributaria e della sua eventuale natura “sostanzialmente” penale quanto ad afflittività in concreto¹³; il fatto che – ancorchè sostanzialmente penale – la sanzione amministrativa, ove applicata da sola, sottraeva il condannato a tutte le implicazioni negative proprie di una condanna penale in senso stretto; l’auspicio che l’incertezza del quadro normativo si trasformasse in opportunità per una depenalizzazione ponderata “in cui prevalessse il profilo della gestione amministrativa degli interessi in gioco, anche con profili risarcitori e restitutori, senza la strumentalizzazione propria del diritto penale”¹⁴.

Un contesto, alla resa dei conti, in cui tutti erano alla ricerca di un interlocutore che rispondesse agli interrogativi circa le ricadute interne della giurisprudenza europea e gli interpellati declinavano la propria competenza a pronunciarsi: emblematica è l’ordinanza 8 marzo-20 maggio 2016 n. 112¹⁵ con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione di *bis in idem* in materia tributaria, con una pronuncia che – pur riconoscendo le “complesse ricadute” delle norme convenzionali come interpretate dalla Corte di Strasburgo, da un lato, e le innegabili “frizioni” tra l’ordinamento interno e la CEDU (sentenza n. 102/2016) – ha consentito alla Consulta di replicare che non è lei a poter decidere se e quale tipo di risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, l’ordinamento nazionale ricolleggi al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente; che parimenti non è la Corte costituzionale a poter decidere la priorità nella trattazione dei due procedimenti previsti né ad intaccare il doppio binario sanzionatorio (nel caso, tributario) che quindi continua ad essere operativo (come in materia di abusi di mercato), in mancanza – e in attesa – di “dati legislativi specifici”¹⁶.

costituzionale sul caso Taricco, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Su questo profilo cfr., dello scrivente, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *questa Rivista*, 2016, 1.

¹⁴ In tali termini si esprime PULITANÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1594.

¹⁵ Per un primo commento cfr., dello scrivente, *Bis in idem, la Consulta spiega come risolvere il problema: e il legislatore?*, in *Ipsos quotidiano*, secondo cui “il punto acquisito, senza possibilità di ritorno, è che il doppio binario sanzionatorio italiano, almeno dove affianca – per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto – sanzioni penali e sanzioni amministrative “sostanzialmente” penali, si pone in rotta di collisione con la normativa convenzionale e, in specie, con il divieto di *bis in idem*”.

¹⁶ La sentenza n. 102 del 2016 della Corte costituzionale si è risolta in due declaratorie di inammissibilità (v., supra, nota 11).

Per alcuni rilievi critici su questa “scelta di non scegliere” (PULITANÒ) si rinvia a VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Corte un assist ai giudice comuni*, in www.penalecontemporaneo.it; BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel*

4. L'assalto alla diligenza

Come sempre accade in tempi di incertezza del diritto, ognuno dei soggetti a vario titolo *sub iudice* cerca di trarne il maggior vantaggio possibile: al malcapitato destinatario della prima disapplicazione di una prescrizione già maturata in materia penale tributaria¹⁷ si affianca colui che, pagato il debito tributario all'erario, invoca il *ne bis in idem* per sottrarsi alla più gravosa, e preoccupante, sanzione penale ex d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

La questione, ritenuta rilevante dal Tribunale di Bologna con conseguente trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ha visto il contribuente evitare la sanzione penale grazie al sopravvenuto art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 come modificato con l'art. 12 d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158 che ricollega al pagamento del debito tributario una causa di non punibilità penale¹⁸.

Nessuna risposta dal legislatore al tema del *bis in idem* in materia tributaria ma, al contrario, affermazione che la duplicità di sanzione - mantenuta a livello di comminatoria - viene meno in sede di irrogazione e non in tutti i casi¹⁹.

Il *ne bis in idem* è stato invocato da chi, giudicato dalla Corte dei conti, ha eccepito in sede penale che lo si stava giudicando per i medesimi fatti "in pa-

processo per gli abusi di mercato, in questa *Rivista*, 2016, 389 e POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione persa*, in *Giur. it.*, 2016, 1711.

La questione era stata sollevata da Cass., Sez. V (ord.) 15 gennaio 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2006, con nota di STURLA, *Il ne bis in idem tra Corte EDU e Corte costituzionale*.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 15 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*.

¹⁸ La rubrica del nuovo art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 è, per l'appunto, "Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario". Non ne beneficiano i delitti tributari fraudolenti.

Sulla riforma del 2015 cfr. *La nuova giustizia penale tributaria*, a cura di Giarda, Perini e Varraso, Milano, 2016 (e, in specie, il contributo di GIARDA, ALLOISIO, *Le nuove cause di estinzione del reato e di esclusione della punibilità. Le circostanze del reato*, 435).

La questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Bologna è stata decisa (nel senso di restituzione degli atti al giudice de quo) con ordinanza 20 maggio 2016 n. 112 della Corte costituzionale, in *Corr. trib.*, 2016, 2732, con nota dello scrivente, *La normativa comunitaria è estranea alla scelta legislativa di accontentarsi della sanzione amministrativa tributaria*, *ivi*, 2275.

¹⁹ Cfr., dello scrivente, *Reati tributari: legislatore italiano autonomo rispetto agli obblighi comunitari*, in *Ipsa quotidiana*. Come già osservato in altra occasione, la comminatoria della doppia sanzione rimane ferma nel caso di pagamento non tempestivo ("prima della dichiarazione di apertura del dibattimento") e - per gli illeciti di omessa o infedele dichiarazione - quando l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza dell'inizio di una attività di accertamento amministrativo o penale, nonché per tutti i delitti tributari non menzionati nell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 (come emendato).

In relazione a questi ultimi il pagamento della sanzione amministrativa tributaria, ancorchè fatto tempestivamente, non esclude l'applicabilità della sanzione penale ma, semplicemente, la mitiga nel quantum - con riguardo alla pena principale - esclude le pene accessorie e apre la strada al rito premiale del c.d. patteggiamento (art. 13 bis, d. lgs. n. 74/2000). La sanzione applicata è quindi duplice.

lese violazione del divieto di *bis in idem*, così come interpretato dalla Corte EDU”.

Il Tribunale di Milano (GUP D’Arcangelo, 28 aprile-13 maggio 2015, n. 1289, Bonetti e altri) ha escluso che possa essere ravvisata una “accusa in materia penale” perché “la disciplina dei giudizi innanzi alla Corte dei Conti non ha natura, né carattere sanzionatorio (anche secondo la qualificazione giuridica della violazione nell’ordinamento nazionale) e non irroga alcuna sanzione, ma si limita ad ottenere il risarcimento del danno cagionato all’Erario”²⁰.

Il *ne bis in idem* è stato invocato da un condannato a pena patteggiata per plurime violazioni del d.lgs. n. 58/1998, al fine di sottrarsi alle sanzioni deliberate dalla CONSOB: secondo la prospettiva difensiva, essendo l’incolpato già stato “giudicato in sede penale per i medesimi fatti storici per i quali ha riportato anche la sanzione amministrativa, la delibera Consob violerebbe il divieto del *bis in idem*, ricavabile dalle norme interposte dagli artt. 4 del protocollo 7 della Cedu e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”.

La Corte d’appello di Bologna, Sez. civ. III, con sentenza 3 marzo 2017, ha rigettato l’opposizione osservando che i due procedimenti perseguono scopi complementari e sanzionano differenti aspetti della condotta illecita; che la sanzione penale è stata irrogata su richiesta dell’imputato, a riprova della minore afflittività della sanzione penale; che le norme del TUF, lungi dall’autorizzare una duplicazione, consentono espressamente un contemperamento tra le sanzioni²¹.

Così facendo i giudici di merito hanno concluso nel senso che “è evidente che nella presente fattispecie il cumulo tra la sanzione amministrativa applicata dalla Consob e quella penale applicata dal GIP non appare contrario agli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, né la sanzione penale può qui essere considerata pienamente effettiva e dissuasiva, tenuto conto della modesta sanzione pecuniaria applicata e del beneficio, accordato al PS, della sospensione condizionale della sanzione detentiva”²².

²⁰ La sentenza citata conclude che, “atteso che il risarcimento nel diritto italiano non sanziona, ma si limita a traslare le conseguenze patrimoniali del danno dal danneggiante al danneggiato, non pare possa essere fondatamente affermata la ascrivibilità del giudizio della Corte dei Conti alla *matière pénale* e determinare l’applicazione di tale statuto secondo la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo”.

²¹ L’art. 187-*terdecies* del TUF dispone, infatti, che “quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell’ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’articolo 187-*septies*, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall’Autorità amministrativa”.

²² La Corte felsinea è perfettamente consapevole che le Cass., Sez. un., ordinanza n. 20675/2016 hanno sollevato questione pregiudiziale avanti la Corte di giustizia UE sul presupposto che “la previsione

La sentenza Grande Stevens è anche alla base del tentativo di un notaio, definitivamente condannato per peculato e truffa in danno dei clienti, di sottrarsi alle sanzioni disciplinari previste dalla normativa notarile: il procedimento disciplinare e le sanzioni irrogate dalla Commissione regionale di Disciplina Emilia Romagna violerebbero il divieto di *bis in idem* e impedirebbero una declaratoria di improcedibilità dell'azione disciplinare.

La Suprema Corte (Cass. sez. II civ., 19 ottobre 2016-3 febbraio 2017 n. 2927) ha escluso la natura "sostanzialmente" penale del giudizio disciplinare a carico dei notai ed ha escluso la funzione essenzialmente punitiva delle sanzioni disciplinari previste dalla legge notarile e ciò sulla base degli *Engel critica* già ricordati²³.

Il *ne bis in idem* risulta invocato anche in fattispecie di reato tributario attribuito a persona fisica avente veste di amministratore/rappresentante/dirigente della persona giuridica contribuente.

Qui, a prescindere dalla natura sostanzialmente penale (o no) attribuibile alla sanzione tributaria, la Corte di cassazione ha agevolmente superato il problema interpretativo osservando che il principio del divieto di un secondo giudizio non si pone quando destinatari della sanzione (penale o amministrativa) sono soggetti diversi²⁴.

Il principio di diritto è stato di recente riaffermato dalla Corte di giustizia UE con sentenza 5 aprile 2017²⁵ alla cui stregua "l'articolo 50 della Carta dei diritti

dell'art. 50 Carta dei Diritti Fondamentali UE, interpretata alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile".

Ritiene, tuttavia, di potersi pronunciare direttamente sulla base proprio della giurisprudenza della Corte Giust. EU e, in particolare, della sentenza 26 febbraio 2010, Aklagaren c. Fransson.

²³ La Suprema Corte ha valorizzato la finalità essenzialmente "preventiva" della responsabilità disciplinare dei notai, in quanto diretta ad assicurare il rispetto dei principi cui deve ispirarsi la condotta di questa figura istituzionale, nonché la non assimilabilità della sanzione penale a quella amministrativa perché quest'ultima, diversamente dalla prima, non può estinguersi per amnistia o riabilitazione (come osservato da Cass., Sez. un., n. 4004/2016).

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 30 ottobre 2015, Gabbana e altri; Id., Sez. II, 7 aprile 2016, Castiglioni; Id., Sez. III, 17 novembre 2016, in *Mass. Uff.*, n. 48591.

²⁵ Trattasi della sentenza nelle cause riunite C-217/15 e C-350/15. La questione pregiudiziale comunitaria era stata sollevata dal Tribunale di S.M. Capua a Vetere.

La CGUE sottolinea che la propria interpretazione dell'art. 50 della Carta coincide con quella che la Corte EDU dà dell'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU (sentenza 20 maggio 2014, Pirttimak c. Finlandia).

Per un primo commento cfr., dello scrivente, *Sanzioni per illeciti tributari: senza "idem" non c'è il "bis"*, in *Ipsos quotidiano*.

La decisione della Corte di Giustizia UE ha fatto proprie le conclusioni dell'Avvocato generale. In proposito cfr. BOVINO, *Principio del ne bis in idem e omesso versamento dell'Iva: le conclusioni*

fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica"²⁶.

Un altro tentativo è stato quello di qualificare "sostanzialmente" penali sanzioni amministrative pecuniaria di entità variabile.

Si è già riferito della fattispecie di sanzione tributaria di € 400.000 circa, qualificata afflittiva come una pena dal tribunale di Bologna e risolta sulla base dell'art. 13 (nuova versione) d. lgs. n. 74/2000²⁷.

In un'altra fattispecie la Suprema Corte ha escluso che una sanzione pecuniaria di € 28.000 ex art. 144 TUB sia da considerarsi così afflittiva da poter essere equiparata (per tipologia, severità ed idoneità ad incidere sulla sfera pa-

dell'avvocato generale UE, in Il quotidiano giur., 2017.

²⁶ La norma citata nel testo dispone che "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

Sul concetto di sentenza "definitiva" si veda la sentenza 29 giugno 2016 della CGUE, C-486/14, Kossowsky, sinteticamente riportata in *Giur. it.*, 2016, 1848, con nota redazionale di LATERZA, e in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1384, con nota redazionale a cura di RONDATO.

Va ricordato che, con ordinanza 13 ottobre 2016 n. 20765, la Cass., civ. Sez. trib "in tema di sanzioni amministrative tributarie, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della questione interpretativa dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, chiedendo di precisare se tale disposizione, alla luce dell'art. 4 del protocollo 7 della Convenzione dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (nella specie, condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia già riportato condanna penale irrevocabile".

Ciò, dopo che la Corte costituzionale - cui la Corte di cassazione si era rivolta in prima battuta - aveva con sentenza 12 maggio 2016 n. 102 (su cui vedi supra, nota 11) dichiarato inammissibile la questione perché formulata in maniera "perplexa".

La Suprema Corte, invece di riformulare la questione, ha ritenuto di cambiare interlocutore rivolgendosi alla CGUE.

Poiché la fattispecie concreta vede l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte della Consob nei confronti di una persona fisica (RS) e di due persone giuridiche, la questione nei confronti di queste ultime appare già pregiudicata dalla citata sentenza CGUE 5 aprile 2017, in quanto che la sanzione amministrativa risulta irrogata a soggetti non condannati penalmente.

Per un primo commento all'ordinanza cfr. VIGANÒ, A never-ending story? *Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, SANTORIELLO, *Sanzioni penali, sanzioni amministrative e ne bis in idem: la Cassazione rinvia alla Corte UE*, in *Il Fisco*, 2016, 4083 ss.

²⁷ Si veda, supra, nota 18.

trimoniale e personale) alla sanzione penale²⁸, ma è evidente come la carenza di un quadro normativo preciso alimenti qualsiasi interpretazione nella prospettiva di sottrarsi ad una delle due sanzioni comminate²⁹.

5. Nuovi scenari

Su questa materia magmatica, alla ricerca di un condivisibile consolidamento, non ha certo dato un contributo chiarificatore il primo intervento del legisla-

²⁸Il riferimento è a Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016 n. 3656, che – nella fattispecie – ha precisato sia che non può essere “invocata la diretta applicazione dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (articolo 24 Cost.) e il giusto processo (articolo 111 Cost.), atteso che tali norme riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice, e non il procedimento amministrativo, ancorchè finalizzato all’emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi (Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, in *Mass. Uff.*, n. 20935; Id., 14 giugno 2014, *ivi*, n. 15019, resa in altro giudizio in cui era parte l’attuale ricorrente; Cass. 4.9.2014 n. 18683)”, sia che “non appaiono ravvisabili, in relazione al procedimento sanzionatorio condotto nella specie dalla (omissis), profili di contrasto con l’articolo 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, non partecipando tale procedimento della natura giurisdizionale del processo, che secondo la normativa citata è soltanto quello che si svolge davanti ad un giudice (cfr. Cass., Sez. un., 25 febbraio 2014 n. 4429)”.

Si veda, altresì, Cass., 28 settembre 2016, n. 19219, che ha escluso la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla Banca d’Italia per violazione dell’art. 144 TUB in quanto il massimo edittale irrogabile (€ 129.110,00) non è minimamente accostabile ai 5.000.000 € presi in considerazione dalla sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens.

La sentenza è commentata da IORIO, *Antiriciclaggio: escluso il carattere “penale” per le sanzioni emanate dalla Banca d’Italia*, in *Ipsa quotidiano*.

²⁹ Per una fattispecie di annullamento della sentenza di merito (Tribunale di Asti 10 aprile 2015) per erronea applicazione dell’art. 649 c.p.p. cfr. Cass., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 25815, in *Corr. trib.*, 2016, 3589, secondo cui l’errore commesso è nell’aver qualificato come penale la sanzione amministrativa e come penali i procedimenti sanzionatori relativi alle contestate fattispecie criminose.

La sentenza è commentata da BOGGIO, SACCO, *Fisionomia del divieto di un secondo giudizio: principi e “indicazioni per l’uso”*, *ivi*, 3585.

Per una fattispecie di immediata applicazione della sentenza Grande Stevens (e di non applicazione della sanzione penale) si veda Trib. Terni, 12 giugno 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento di Iva* e ne bis in idem: *il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*.

Per analoga buona sorte cfr. Trib. Brindisi 17 ottobre 2014, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 438, con nota di DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell’art. 649 c.p.p. (fattispecie di non applicazione della sanzione penale a seguito di applicazione di sanzione disciplinare penitenziaria)*.

In generale cfr. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 221, che fa riferimento alla “attuale perplessità interpretativa” derivante dalla ricaduta interna del principio del ne bis in idem europeo.

Per implicazioni meramente interne della preclusione del ne bis in idem cfr. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e prevenzione della violenza sportiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2017 e SIGNORELLI, *Il principio del ne bis in idem e la sussistenza del fatto contestato nell’ambito del licenziamento disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 577.

tore relativo ad un settore di particolare incidenza del principio *ne bis in idem* quale è quello penale tributario³⁰.

Il riferimento è al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, di revisione del sistema sanzionatorio (penale e amministrativo) tributario, che – forse perché legato ad una legge delega coeva con la sentenza Grande Stevens (legge 11 marzo 2014, n. 23) – non ha minimamente affrontato – almeno con riguardo alla sanzione tributaria – il quesito di quando una sanzione formalmente amministrativa sia sostanzialmente (per il suo contenuto fortemente afflittivo) “penale” e, anzi, ha confermato in pieno che il legislatore nazionale continua a ritenere di non aver ostacoli nel ricollegare allo stesso fatto illecito sanzioni penali e sanzioni amministrative.

Il d.lgs. n. 158 del 2015 ha lasciato senza risposta il problema di fondo di quale contenuto possa o debba avere il sistema sanzionatorio italiano e, più in specifico, se il divieto di un secondo giudizio penale valga solo in relazione a fatti che costituiscono reato (art. 649 c.p.p.) o anche in relazione a quelli che costituiscono illecito amministrativo.

Dove ha eliminato la duplicità di sanzione comminata, lasciando solo quella tributaria, il legislatore appare mosso più dall’obiettivo di deflazionare il carico di lavoro penale che da quello di risolvere parzialmente il rischio di un *bis in idem* sanzionatorio collidente con la normativa CEDU.

Dove è rimasto il doppio binario sanzionatorio, potrebbe ipotizzarsi un affidamento a quel nebuloso principio di specialità (in materia tributaria rinvenibile nell’art. 19, d.lgs. n. 74/2000)³¹ che sembra già adesso escludere il possibile cumulo di sanzioni penali e amministrative, ma che rimane disapplicato nella prassi giudiziaria ed amministrativa proprio per l’incertezza circa le modalità operative (chi decide quale è la *lex specialis* applicabile? cosa succede

³⁰ Cfr. FLORA, *Ne bis in idem “europeo” e sistema sanzionatorio tributario: devastante tsunami o vento che spazza le nuvole?*, in *Rass. trib.*, 2016, 1001; SACCHETTO, *Sanzioni tributarie e CEDU*, *ivi*, 2015, 483; PODDICHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: il caso Nykänen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, 109; FEDERICO, STELLA, *Il principio del “ne bis in idem” e la regola della specialità nell’apparato sanzionatorio tributario*, in *Il fisco*, 2013, 2161; GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario*, in *Rass. trib.*, 2014, 1166; CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e di Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, 74; BOFFELLI, *Principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 1089; DORIGO, *Il rapporto tra sanzione tributaria e sanzione penale secondo la Corte di giustizia e i possibili effetti sull’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 204 e FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, 939.

³¹ Su cui vedi, *supra*, nota 10.

in caso di divergente orientamento tra giurisdizione penale e amministrazione tributaria ? può continuare a esistere un sistema sanzionatorio che prevede la comminatoria e la commistione di sanzioni di natura diversa per lo stesso fatto illecito ?).

Questa attesa dell'intervento di un soggetto (non la Corte costituzionale) in grado di ridisegnare il profilo sanzionatorio che dà effettività e credibilità all'intero ordinamento giuridico, è stata in qualche modo sconvolta da un nuovo intervento del soggetto istituzionale che aveva fragorosamente aperto la questione, e cioè dalla stessa Corte EDU.

Il riferimento è alla sentenza 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia³², che ha escluso la violazione del divieto di *bis in idem* nel caso di processo e sanzione penale nei confronti di contribuenti già definitivamente sanzionati in via amministrativa con una sovrattassa pari al 30% dell'imposta evasa.

Anche la giurisdizione norvegese aveva riconosciuto come "sostanzialmente" penale - in base agli *Engel criteria* - pur escludendo l'applicabilità dell'art. 4 protocollo 7 CEDU: decisiva è stata l'osservazione circa la "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra il procedimento penale e quello amministrativo.

Di qui il ricorso dei due contribuenti norvegesi alla Corte EDU, l'intervento *ad adiuvandum* della Norvegia da parte di sei Stati (tra i quali non l'Italia) interessati a mantenere inalterato il sistema sanzionatorio per gli illeciti tributari particolarmente gravi e la decisione della Grande Camera della Corte EDU che - "con un *revirement* inaspettato"³³ - ha escluso la violazione del divieto di *bis in idem*.

Il dato oggettivo è che nessuno degli elementi indicati dalla Corte EDU per rigettare il ricorso appare irresistibile: non l'interconnessione stretta tra i due procedimenti (generalmente rinvenibile), non il perseguimento di finalità diverse, non la collaborazione tra gli organi inquirenti dei due procedimenti,

³² La sentenza è pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2017, 134 (sintesi a cura di CONTI).

Per i primi commenti si vedano CALZOLARI, *L'insostenibile incompatibilità dell'ordinamento nazionale*, cit., 309 (in specie, 316) e VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

³³ Così si esprime CENTORE, *Aspettando la Grande Chambre sulla doppia sanzione per le infrazioni tributarie*, in *Corr. trib.*, 2017, 1336; VIGANÒ, *La Grande Camera, cit., sottolinea che la decisione solleva "un nugolo di interrogativi"*; CALZOLARI, *L'insostenibile incompatibilità*, cit., 316, ritiene che sia stato intaccato "un orientamento granitico in tema di ne bis in idem".

Di "nuovo parametro valutativo" (connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti) che "ha fatto recentemente irruzione nella giurisprudenza della Corte EDU" parla la relazione dell'Ufficio del Massimario penale, 21 marzo 2017, in tema di "Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea" (§ 1 e § 4).

non la preventiva conoscenza del doppio epilogo voluto dal legislatore, non il tener conto - nel secondo procedimento - dell'esito sanzionatorio del primo. Ha ragionevolmente pesato il rilievo che lo Stato aveva ritenuto necessaria una doppia sanzione, che la rinuncia a una delle due sanzioni avrebbe compromesso l'efficacia della manovra di contrasto all'illecito tributario e che nessuno dei ricorrenti subiva un pregiudizio sproporzionato e ingiusto rispetto a ciò che era prevedibile *ex ante* (prima di commettere l'illecito).

“Il diritto individuale e inalienabile al *ne bis in idem*” viene ad essere degradato in un “diritto fluido, angusto, in una parola illusorio”³⁴.

Si apre una stagione di grande incertezza sul piano delle ricadute della giurisprudenza comunitaria, in attesa di capire - ad esempio - quale posizione assumerà la Corte di giustizia UE su questa innovativa chiave di lettura proposta dalla Corte EDU.

6. Infine, *lex dixit*

Il vero fatto nuovo non è comunque rappresentato da questo rimescolamento delle carte da parte della Corte EDU, ma da segnali di vita e vitalità da parte del legislatore ordinario finalmente consapevole della necessità indifferibile di un suo intervento.

In quel mega contenitore rappresentato dalla legge 12 agosto 2016, n. 170, con la quale il Parlamento delega il Governo a fare quanto necessario al recepimento delle direttive europee e all'attuazione di altri atti dell'Unione europea (legge di delegazione europea 2015), ha trovato spazio una delega specificamente orientata alla “prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo” (art. 15).

La delineazione del sistema sanzionatorio per la prima volta si pone il “fine di garantire il rispetto dei principi del *ne bis in idem* sostanziale”³⁵, oltre che il fine tradizionale di “effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni irrogate per inosservanza delle disposizioni adottate in attuazione delle direttiva (UE) 2015/849”³⁶.

³⁴ In tali termini si esprime la dissenting opinion dell'unico componente della Corte EDU che non ha condiviso la pronuncia.

³⁵ Su questo concetto si vedano RANALDI, GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra bis in idem sostanziale e processuale*, in *questa Rivista*, 2017, e Bontempelli, *il doppio binario sanzionatorio*, cit., 5.

³⁶ Si veda, da ultimo, la Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento e del Consiglio del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio.

Publicata sulla G.U. della UE il 31 marzo 2017 e in vigore dal 20 aprile 2017, interviene anche sulla Direttiva (UE) 2015/849 (“considerando” n. 14).

L'art. 15, co. 1, lett. h) evoca questa volontà di rispettare il divieto di *bis in idem* sostanziale che va interpretato come possibilità di comminatoria congiunta di sanzione penale e amministrativa purchè quest'ultima, per afflittività, non sia da considerare "sostanzialmente" penale così da ricollegare ad un unico illecito una doppia sanzione penale.

È evidente l'eco della più volte ricordata sentenza 4 marzo 2014 della Corte EDU che, nel processo Grande Stevens e altri c. Italia, ha condannato l'Italia per violazione del principio del *ne bis in idem* affermato nell'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, in quanto la sanzione irrogata dalla Consob per abusi di mercato è stata considerata solo formalmente amministrativa a causa della sua accentuata capacità afflittiva.

Nel dubbio circa una risposta, da parte del legislatore delegato, non coerente con il fine di un rispetto rigoroso del divieto di *bis in idem*, l'art. 15, co. 1, lettera h) legge n. 170/2016 richiede sanzioni penali per le persone fisiche e, precisamente, sanzioni detentive (fino a "tre anni di reclusione"), sanzioni pecuniarie (fino a "30.000 euro di multa") e sanzioni interdittive di varia natura. In particolare l'art. 15, co. 1, lett. h) n. 5.2) prevede "sanzioni amministrative pecuniarie comprese tra 10.000 euro e un massimo di 5 milioni di euro ove applicate alle persone fisiche responsabili".

Il legislatore delegante è esplicito nel definire formalmente "amministrativa" una sanzione pecuniaria che può arrivare a 5 milioni di euro e si dimostra convinto che una siffatta afflittività non sia idonea a far qualificare detta sanzione come sostanzialmente penale.

Un simile epilogo interpretativo è in collisione con quanto affermato dalla ricordata sentenza della Corte di cassazione (Sez. II, 24 febbraio 2016 n. 3656) che, chiamata ad applicare il principio di diritto della sentenza Grande Stevens, ha escluso la natura sostanzialmente penale di una sanzione amministrativa di € 28.000, in quanto non equiparabile "per tipologia, severità ed idoneità ad incidere sulla sfera patrimoniale e personale dei destinatari" a quella prevista nel caso esaminato dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens che, per l'appunto, prevedeva un massimo edittale di 5 milioni di euro: "è sufficiente considerare, al riguardo, che il citato articolo 144 TUB - nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame -, prevede quale massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile, la somma di euro 129.110,00, assolutamente non comparabile con quella di euro 5.000.000,00

(in alcune circostanze ulteriormente elevabile), prevista per le violazioni *ex* articolo 187 *ter* TUF³⁷.

In un ipotetico contrasto tra legislatore e giudice nazionale, prevale evidentemente la volontà legislativa di considerare anche sostanzialmente amministrativa una sanzione pecuniaria che può arrivare a 5 milioni di euro, ma rimarrebbe aperto il problema di come considerare sostanzialmente amministrativa una sanzione che la Corte EDU, per capacità afflittiva, ha già considerato sostanzialmente penale.

Non meno problematico è l'apparato sanzionatorio che l'art. 15, co. 1, lett. h) n. 5.1) prevede per l'illecito delle persone giuridiche: "sanzioni amministrative pecuniarie comprese tra 30.000 euro e il 10 per cento del fatturato ove applicata alla persona giuridica" evocano un limite massimo che può essere destabilizzante per la vita economica dell'ente, che ben può superare i 5 milioni di euro, che legittima a parlare di natura sostanzialmente penale anche se comminata ad una persona giuridica e che - nel rispetto del canone *societas delinquere non potest* - esige, quanto meno, che la sua applicazione passi attraverso le forme processuali penali in conformità dell'art. 6 Convenzione EDU e del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

Essersi posto il problema di chiarire la natura delle sanzioni comminate e del regime processuale da ricollegarvi nel rispetto del principio del *ne bis in idem* (comunitariamente orientato), è sicuramente un passo avanti apprezzabile del legislatore nazionale, ma la strada da percorrere appare ancora lunga, essendo l'intervento normativo circoscritto ad uno specifico settore.

³⁷ Cfr. *supra*, nota 28.

