

POSTILLA AD UNO SCRITTO IN TEMA DI *NE BIS IN IDEM*

di Novella Galantini

In uno scritto sul rapporto tra 'fatto' e *ne bis in idem*¹ sottolineavo, alla luce della pendenza di questioni di legittimità costituzionale e di pregiudizialità eurounitaria, che il quadro interpretativo si potesse prestare ad un nuovo approccio tale da ampliare l'operatività del divieto sia sul versante penale-amministrativo, che in relazione alla individuazione dei criteri da applicare in caso di concorso formale, presumendo che il parametro fondante fosse l'identità del fatto così come delineato dalle pronunce delle Corti europee.

Le aspettative non hanno trovato piena conferma o, quanto meno, le risposte giurisprudenziali non si sono rivelate determinanti nell'immediato. Per quanto concerne il primo aspetto del rapporto tra reato e illecito amministrativo, gli esiti dei giudizi di costituzionalità sono sostanzialmente interlocutori². Pur essendo stati individuati alcuni profili innovativi quanto meno in una delle pronunce³, appare evidente che la Corte non ha offerto la soluzione al problema del doppio binario sanzionatorio, optando per la via del *non liquet* o della restituzione degli atti al giudice *a quo* per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla luce delle modifiche intervenute con la riforma tributaria del 2015 (d.lgs. n. 158/2015)⁴.

I quesiti non soddisfatti in sede di giudizio di costituzionalità non si sono sopiti come risulta dalla ordinanza del tribunale di Monza relativa alla questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p.⁵. Inoltre, la Sezione tributaria della cassazione, a fronte della

¹ N. GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it.dir.proc. pen.*, 2015, p. 1205.

² Corte cost. 12 maggio 2016 n. 102 ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità dell'art. 187 *bis* comma 1 d.lgs. n. 58/1998 e dell'art. 649 c.p.p. sollevate dalla Corte di cassazione, Sezione quinta, e la questione di legittimità dell'art. 187 *ter* comma 1 del d.lgs. n. 58/1998, sollevata dalla Sezione tributaria della Corte di cassazione.

³ M. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2016 e F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni](#), in *questa Rivista*, 16 maggio 2016.

⁴ Corte cost. 20 maggio 2016 n. 112 sulla questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000, promossa dal Tribunale di Bologna. V., inoltre, Corte cost. 8 settembre 2016 n. 209 e Corte cost. 24 ottobre 2016 n. 229 nei giudizi di costituzionalità promossi dal Tribunale di Treviso in ordine, rispettivamente, all'art. 10 *ter* e all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000.

⁵ Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016 che ha sollevato la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. nel procedimento per il reato *ex art.* 5 d.lgs. n. 74/2000 a fronte della applicazione in via definitiva delle sanzioni amministrative per gli illeciti tributari di cui all'art. 1 d.lgs. n. 471/1997 (in *questa Rivista*, 5 dicembre 2016, con nota di S. CONFALONIERI, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B. c. Norvegia?](#)).

menzionata declaratoria di inammissibilità della questione prospettata⁶, ha sollevato questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* in ordine alla ammissibilità di un secondo giudizio amministrativo successivo al giudizio penale per condotta illecita di manipolazione del mercato (art. 187 *ter* Tuf) e alla applicabilità diretta dell'art. 50 CDFUE⁷. Il che manifesta la fisiologica necessità, da parte dei giudici, di sollecitare l'indicazione di indirizzi di comportamento anche a fronte di un approccio non sempre lineare della giurisprudenza europea. Da un lato, infatti, la Corte Edu si è di recente pronunciata per la insussistenza della violazione nel caso *Rivard*⁸ e nel caso *A. e B.*⁹; dall'altro, la Corte di giustizia tarda a fornire risposte sulle questioni pregiudiziali pendenti relative all'art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000¹⁰, manifestando l'emergere di linee interpretative non condivise, espresse dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale nei casi Orsi e Baldetti, e dallo stralcio disposto per il caso Menci¹¹.

Al di là di alcuni spunti innovativi sul piano legislativo¹², le incertezze dunque si riflettono sul piano giurisprudenziale interno dove l'autonomia interpretativa viene talvolta censurata¹³ o dove la valenza della preclusione non viene adeguatamente recepita¹⁴. Senza considerare che la questione della incerta decisività del concetto di *matière pénale* si può riflettere anche sul piano transnazionale a fronte del rischio di applicazioni differenziate tra *ne bis in idem* interno ed europeo¹⁵ e in relazione alla

⁶ V., *supra*, nota 2.

⁷ Cass. Sez. Trib. 13 ottobre 2016 n. 20675.

⁸ *Cour européenne, Troisième Section, Affaire Rivard c. Suisse*, (R. n. 21563/12), Strasburgo, 4 ottobre 2016, in cui si esclude la sussistenza del *ne bis in idem* in un caso di violazioni di norme sulla circolazione stradale accertate in procedimenti diversi strettamente collegati anche sul piano temporale.

⁹ *Cour européenne, Grande Chambre, Affaire A. et B. c. Norvège* (R.n. 24130/11 et n. 29758/11), Strasburgo, 15 novembre 2016, secondo cui non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".

¹⁰ Trib. Bergamo 16 settembre 2015, Menci (C-524/15); Tribunale S. Maria Capua Vetere, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15).

¹¹ V. Conclusioni Avvocato Generale M. Campos Sanchez-Bordona, 12.1.2017, in www.curia.europa.eu/iuris/document. Il procedimento C-524/15, Menci, cit., originariamente riunito ai precedenti, è stato separato in relazione alla pronuncia della Corte Edu nel procedimento A. e B. (*ivi*).

¹² L. 12 agosto 2016 n. 170 di delega al Governo per il recepimento di direttive europee e degli altri atti dell'Unione (legge di delegazione europea 2015, art. 15 comma 1 lett. *h* in ordine all'obiettivo del rispetto del *ne bis in idem* sostanziale attraverso la comminatoria se pure congiunta di sanzioni amministrative e penali, purché le prime non siano di afflittività tale da essere assimilabili a sanzioni penali.

¹³ Cass. Sez. 3, 22 giugno 2016 n. 25815 ha annullato la sentenza del Tribunale di Asti che aveva applicato l'art. 649 c.p.p. in relazione ad un fatto di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi a fine di evasione Iva per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative in sede tributaria. V., inoltre, per altri profili, Cass. civ. 28 settembre 2016 n. 19219 che ha escluso il *ne bis in idem* in ordine alla avvenuta applicazione di sanzioni a Bnl da parte di Bankitalia per carenze nei controlli in tema di normativa antiriciclaggio.

¹⁴ Cass. Sez. 3, 20 luglio 2015 n. 31378; Cass. Sez. 3, 30 ottobre 2015 n. 43809, rv. 265118; Cass. Sez. 3, 6 luglio 2016 n. 27814.

¹⁵ Sul punto v. RECCHIA, *Il ne bis transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, p. 26, per le considerazioni

responsabilità amministrativa delle società alla luce dell'art. 4 d.lgs. 231/2001 riguardante la configurabilità della incolpazione dell'ente per reati commessi all'estero¹⁶.

Il dato che sembra comunque emergere è paradossalmente la minore attenzione verso il concetto di identità del fatto, oscurato dalle riflessioni comparative sulla consistenza sanzionatoria delle previsioni in ambito penale e amministrativo. Così da potersi ribadire quanto già si era già osservato nello scritto menzionato in esordio, circa il prevalere dei profili sostanziali del divieto rispetto al suo nucleo strettamente processuale.

Un approccio più attento e costante al profilo dell'*idem factum* è presente nella giurisprudenza della Corte Edu che tuttavia, sul piano interpretativo, ha manifestato atteggiamenti non sempre coerenti, rilevati dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 649 c.p.p., sulla questione sollevata dal Giudice di Torino in punto di applicabilità del divieto al concorso formale¹⁷. In un percorso argomentativo estremamente articolato, la Corte è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità della disposizione "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"¹⁸. Il dispositivo sottende una serie di motivazioni dalle quali emerge come la declaratoria di illegittimità assuma una configurazione peculiare, così da rappresentarsi come una pronuncia interpretativa che accoglie il *petitum* nella misura in cui ne modifica l'assunto che lo sostiene. Da un lato si afferma infatti che la tesi del rimettente è errata là dove ritiene che l'identità del fatto secondo la giurisprudenza di Strasburgo è valorizzata dalla sola condotta. Dall'altro viene comunque ritenuto sussistente "il contrasto denunciato dal rimettente tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu, che vieta di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo". Secondo la Corte, premesso che l'identità non va individuata nel profilo giuridico, ma storico e fattuale, la questione può essere in sostanza accolta a condizione che si rapporti il concetto di identità al raccordo tra condotta, evento e nesso causale, così da poter includere nella dimensione identitaria anche l'oggetto sul quale cade la condotta. Da qui il conseguente epilogo sul fronte del concorso formale che può oppure no sottostare alla operatività del divieto a seconda che l'identità dei fatti cui sono correlati i reati uniti dal vincolo si fondi sulla sussistenza dei tre dati. Si stabilisce quindi che "per effetto della presente pronuncia

sul punto derivanti dalle motivazioni del caso Spasic (Corte Giustizia UE, 27 maggio 2014 - C-129/14, *Zoran Spasic*).

¹⁶ Cass. Sez. 6, 12 febbraio 2016 n. 11442, rv 266360, in ordine alla rinnovazione del processo per il perseguimento degli illeciti previsti dal d.lgs.231/2001.

¹⁷ Trib. Torino, Ord. Gup 24.7.2015.

¹⁸ Corte cost. 31 maggio 2016 n. 200, su cui S. ZIRULIA, [Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano \(ma il processo Eternit bis prosegue\)](#), in questa Rivista, 24 luglio 2016. V., inoltre, B. 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. e giust.*, 2017, n.1.

di illegittimità costituzionale... l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione". Il caso è dunque tornato *sub iudice*, con l'esito di una pronuncia sostanzialmente in linea con i principi fissati¹⁹.

Alla luce delle motivazioni della Consulta può dirsi che la sentenza, sul piano dei criteri individuativi dell'*idem*, manifesta l'intento di armonizzare l'approccio europeo a quello interno, ravvisandone la vicinanza nella giurisprudenza nazionale segnata dalle Sezioni Unite²⁰ in punto di superamento di quell'*idem legale* censurato dal giudice rimettente. Il che non sembra avvenire peraltro a seguito di un deciso ancoraggio al richiamo europeo al quale la Corte manifesta di non volersi subordinare, ma di cui segnala la relatività e la non continuità dell'approccio. Nel richiamo alla sentenza n. 49 del 2015²¹ si legge la volontà di manifestare l'autonomia di giudizio e di interpretazione, rimarcando tra l'altro come "il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rilievo al rilievo storico-naturalistico del fatto". Sembra quasi che la discontinuità della tutela convenzionale al *ne bis in idem*, così da sottoporlo a "condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale", abbia in qualche modo fuorviato il giudice rimettente quando ha rilevato l'identità convenzionale del fatto nella sola condotta anziché nella triade condotta-nesso causale-evento o nella contiguità temporale e spaziale dei fatti. Così che ora la Corte si sente tenuta a ricostruire in modo 'obiettivo' le basi del principio, non essendo obbligata a consentirne l'applicazione in termini di favore o di svantaggio favorendone la recessività a esigenze di giustizia sostanziale, anche contrapposte, secondo quanto emerge dalla giurisprudenza europea che ha trattato la garanzia in termini che non possono riconoscersi in termini di assolutezza. Ed è in questo alternare la valenza del divieto tra strumento a fini di giustizia e garanzia elevata a "principio immanente", connaturato al giusto processo, che la sentenza cerca una dimensione equilibrata del *ne bis in idem*, idonea a bilanciare in giusta misura gli "obblighi di tutela penale" con la protezione del diritto individuale. Il che fornisce il supporto per dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. là dove esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza della esistenza del concorso formale, sottintendendo dunque che quest'ultimo non deve significare necessariamente diversità del fatto. Deve

¹⁹ Trib. Torino, sent. Gup 29 novembre 2016, su cui *Eternit bis: la decisione del Giudice dell'udienza preliminare, tra precedenti giurisprudenziali e criticità operative*, in *Giurisprudenza Penale*, 16 dicembre 2016. La sentenza è stata oggetto di ricorso per cassazione della Procura e della Procura generale di Torino (in www.agi.it, 12 gennaio 2017).

²⁰ Sez. Un. 28 giugno 2005 n. 34655, rv. 231800.

²¹ Corte cost. 26 marzo 2015 n. 49, nella quale si sottolinea come il recepimento della interpretazione convenzionale può avvenire solo sulla base di orientamenti consolidati. A. RUGGERI, [Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 325 ss.

essere dunque il giudice a individuare l'identità a fronte del riscontro della coincidenza della "triade condotta-nesso causale-evento naturalistico...assunti in una dimensione empirica", senza che ad imporre un condizionamento sia la sola esistenza di un concorso formale di reati.

La Corte afferma dunque che se del concorso formale non può essere negata la natura di istituto di diritto sostanziale, così da reputarsi legittima la sua applicazione sul piano sanzionatorio nel *simultaneus processus*, non altrettanto può dirsi per la dimensione che esso può assumere sul piano processuale. Preso dunque atto che "il diritto vivente ha saldato" i due profili "esonero il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto", la sentenza impone ora a quest'ultimo il criterio identitario del fatto storico-naturalistico per decidere se opera oppure no la preclusione. Alla stregua di questo canone, la Corte fa salva la sua giurisprudenza precedente in tema di concorso formale che consentiva, *ex art. 90 c.p.p. 1930*, la duplicazione dei procedimenti a fronte di un'unica azione produttiva di eventi plurimi e diversi. E secondo questa logica viene ad essere interpretato l'art. 671 c.p.p. che "presuppone normativamente che siano date occasioni in cui la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo". La sentenza non fa peraltro cenno all'art. 669 c.p.p. nella parte in cui, come già si era sottolineato nel precedente scritto, stabilisce che in caso di pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona (comma 6), va eseguita la sentenza più favorevole, estendendo "le stesse disposizioni" al concorso formale. Se non dovesse integrarsi il caso di più fatti materiali ricondotti allo stesso *nomen iuris*, ma ulteriori rispetto a quello oggetto del primo giudicato – caso al quale la giurisprudenza riconduce la inoperatività del divieto²² – si dovrebbe ritenere che anche in sede esecutiva il criterio della identità del fatto storico possa sortire non tanto la rideterminazione della pena, quanto l'esecuzione della sentenza di condanna meno grave.

Si può dunque concludere questa breve nota rilevando come la Consulta abbia cercato un equilibrio nel rispondere al delicato quesito che le era posto. Se non è stata fornita una soluzione decisiva al caso concreto, si è però fissato il criterio cui rapportare l'*idem factum*. Potrà forse riaprirsi la possibilità di un riflesso negativo proprio sul tema del rapporto tra giudizio penale e amministrativo visto che è chiaramente affermato come la natura di istituto di diritto sostanziale del concorso formale consenta la ammissibilità di duplice sanzione resa in un contesto processuale unitario. Il che può peraltro non porsi in contrasto con la preclusione di fonte convenzionale e *lato sensu* europea, non insensibile al profilo della stretta connessione tra giudizi²³ e, d'altro lato,

²² V., recentemente, Cass. Sez 1, 13 maggio 2016 n. 20015, rv. 267278.

²³ Sul punto, *Grande Chambre, Affaire A. et B.*, cit. Per i riflessi della pronuncia, Trib. Milano, Sez. 1, ord. 6 dicembre 2016, che ha ritenuto insussistente la preclusione nel procedimento penale per il reato *ex art. 185 Tuf* in caso di avvenuta condanna a sanzione amministrativa pecuniaria (*ex art. 187 ter comma 3 Tuf*) e a sanzione accessoria *ex art. 187 quater comma 1 Tuf*. Per il commento, E. FUSCO, [La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna](#), in *questa Rivista*, 23 dicembre 2016.

all'aspetto della pena concretamente irrogata o da infliggersi²⁴. Rimane comunque il dubbio che la storia del *ne bis in idem* forse non finisca qui²⁵.

²⁴ Circa la necessità che l'operatività del *ne bis in idem* in ambito Schengen sia subordinata alla effettiva esecuzione della pena per evitare l'impunità, Corte Giustizia UE, *Zoran Spasic*, cit.

²⁵ Al riguardo è illuminante la *dissenting opinion* espressa dal giudice Pinto de Albuquerque nel caso *A. et B. c. Norvège*, cit. Per altro verso, v. le Conclusioni dell'Avvocato Generale nei procedimenti pendenti davanti alla Corte di giustizia (C-217/15, Orsi e C-350/15 Baldetti, cit.) sulla insussistenza del divieto e la inapplicabilità dell'art. 50 CDFUE nel caso di omesso versamento Iva contestato a soggetti diversi (società commerciale e rappresentante legale) (Conclusioni Avvocato Generale M. Campos Sanchez-Bordona, 12.1.2017, cit.).