

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

**NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO
NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
EDU: L'INASPETTATA VULNERABILITA' DELLA
NOMOFILASSI EUROPEA.**

a cura di Stefania Martini e Giuseppe Manna

SOMMARIO

1. *Introduzione* - 1.1 La sentenza Grande Stevens c. Italia – 1.2. La sentenza A&B c. Norvegia – 2. Interpretazione e profili nazionali – 2.1 *Focus* sulla Corte di Giustizia: i ricorsi riuniti Orsi e Baldetti – 3. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE.

I rapporti fra Stati Nazionali e Comunità Europea, continuano ad intelaiare situazioni giuridiche conflittuali che portano ad elevare la discussione su argomenti che, dopo innumerevoli anni di convivenza strutturale, dovrebbero rappresentare massime granitiche di un orientamento unico.

Il diritto sovranazionale, a causa della forte ingerenza sull'interpretazione delle leggi delle Nazioni appartenenti alla UE, raffigura il punto di inizio di un rapporto conflittuale tra le vigenti normative in vigore, alla luce di una sempre più crescente diversa argomentazione sostenuta dai Giudici Comunitari, in materie che si pongono in una zona grigia tra le strutturate normative statali e le nuove linee guida Europee.

Il *ne bis in idem*, rappresenta uno di queste situazioni, che si intenderà esaminare alla luce di alcune sentenze comunitarie, che tendono ad invadere il suolo giuridico nazionale, sottolineando i conflitti e le discontinuità dell'ordinamento giuridico italiano, nell'attuazione di una "protezione" che dovrebbe riguardare l'individuo e i suoi diritti.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Ne bis in idem, congiuntamente al diritto tributario, hanno rappresentato e rappresentano fonti originanti il c.d. doppio binario sanzionatorio - che come vedremo affonda le proprie radici nella ormai famosa sentenza Grande Stevens contro Italia della Corte EDU – che ha aperto il dibattito sul tema e ha posto le basi per la ricerca di un chiarimento in materia che portasse maggiore accordo tra le due fonti del diritto, analizzando la questione ed avendo sempre come riferimento centrale la persona.

La Corte di Strasburgo ha colto l'occasione per fissare, dei “paletti” in tema di rispetto dei diritti umani: *la pressione del mercato non può prevalere sulle obbligazioni internazionali di rispetto dei diritti umani che incombono agli Stati aderenti alla Convenzione europea*.¹

L'afflizione di una condanna, che sia questa amministrativa o penale, e che porti una fonte coercitiva più o meno gravosa nei confronti della parte, non può e non deve essere ravvisata come indicazione di una volontà a sé stante, totalmente disinteressata dalle altre realtà giuridiche, che non sono parallele bensì complementari.

Il principio del "ne bis in idem" europeo, sancito dall'art. 54 della Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificata e posta in esecuzione dall'Italia con L. 30 settembre 1993, n. 388, opera nel diritto interno solo in presenza di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, non potendo essere considerato preclusivo del giudizio in Italia per i medesimi fatti un provvedimento rapportabile a una decisione di archiviazione emessa dall'autorità giudiziaria straniera, inidonea a definire il giudizio con efficacia di giudicato.²

In questo contesto, i reati tributari rappresentano un ambito nel quale – soprattutto negli ultimissimi anni – è stata ripetutamente vagliata la compatibilità dell'ordinamento interno con quello comunitario e convenzionale, attraverso “sollecitazioni” che il giudice nazionale ha fornito alla Corte costituzionale, così come attraverso un dibattito dottrinario ancor più diffuso, attento e partecipe; ciò, peraltro, a fronte di una giurisprudenza sovranazionale, per un verso, particolarmente abbondante e di continuo arricchita da nuove

¹«*La pression des marchés ne peut prévaloir sur les obligations internationales de respect des droits de l'homme qui incombent aux États liés par la Convention*», Corte europea dei diritti umani, *Grande Stevens e altri contro Italia*, conclusioni par. 32

²Cass. Sezione II Penale, 8 maggio - 30 maggio 2014, n. 22566

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

pronunce e, per altro verso, connotata da un tipico e rigoroso approccio pragmatico, che tende a scalfire – o, quantomeno, contrastare - talune costruzioni dogmatiche “astratte” di frequente ideazione ed applicazione nella giurisprudenza e nella dottrina interne al nostro sistema.³

Tuttavia, il dibattito in tema di doppia sanzione irrogata ad uno o più individui per il medesimo illecito, non rappresenta un piano di studio e di analisi solo per il nostro ordinamento nazionale, ma caratterizza anche altri paesi UE, portando sempre più spesso la funzione della Corte EDU ad esemplificazione di principi già presenti nel tessuto giuridico “indigeno” di ogni nazione.

La più recente statuizione in merito riguarda il caso A&B c. Norvegia, risalente al 2016, che si pone in contrapposizione con quello che la Corte di Strasburgo ha invece sostenuto nel caso Grande Stevens c. Italia.

Se in quest’ultimo caso la Corte, pur prendendo in considerazione il criterio di connessione sostanziale e temporale, aveva rilevato l’autonomia sostanziale dei procedimenti, tributario e penale, incardinati a carico del medesimo soggetto, con conseguente accoglimento della doglianza da quest’ultimo sollevata in relazione al divieto del bis in idem, nel caso norvegese ad avviso dei Giudici di Strasburgo, la sanzione amministrativa, pur irrogata da un’autorità diversa da quella penale e con procedimento separato, era comunque da ricomprendere nel complessivo sistema sanzionatorio previsto dalla legislazione svedese per punire il reato de quo, con la conseguenza che nella fattispecie non era ravvisabile un’illecita duplicazione di procedimenti o di condanne.

Due visioni di un medesimo principio, che da qui a breve tenteremo di analizzare.

1.1 La sentenza Grande Stevens c. Italia.

³ Magistratura indipendente - Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Prima di iniziare nella disamina della decisione *de qua*, appare opportuno ripercorrere brevemente gli avvenimenti che hanno condotto i protagonisti della vicenda a rivolgersi alla Corte di Strasburgo per veder tutelati i loro diritti.

I ricorrenti – l’Avv. Grande Stevens, Gianluigi Gabetti e Virgilio Marrone nonché le società: Giovanni Agnelli & C. s.a.s. ed Exor s.p.a. – si erano visti irrogare dalla Consob sanzioni amministrative pecuniarie, con importi differenti, con riguardo alla violazione dell’articolo 187 *ter* punto 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di “manipolazione del mercato”, sanzioni in seguito, solo parzialmente ridotte in sede di appello e confermate in via definitiva, dalla Corte di Cassazione.

Successivamente, con un giudizio arrivato sino al massimo Consesso, era stato iscritto un procedimento penale a carico dei medesimi soggetti e per le stesse violazioni (con riferimento all’art. 185, punto 1, d. lgs. n. 58 del 1998), nel quale la citata Consob si era peraltro costituita parte civile.

I ricorrenti contestavano la violazione dell’art. 4, prot. 7 della Convenzione Edu, in base al quale: “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato” – assumendo, quindi, di aver subito una sanzione penale all’esito del procedimento dinanzi alla CONSOB, e di esser poi stati oggetto di un’azione penale per gli stessi fatti.

La corte Europea dei diritti dell’uomo, nella sua sentenza dichiarava che l’articolo 4 del Protocollo n. 7 citato dai ricorrenti, doveva essere letto nell’ottica di un divieto assoluto di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito nella misura in cui alla base di quest’ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi» ed ancora, «la Corte deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle suddette esposizioni, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio». ⁴

⁴Magistratura indipendente - Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Una chiara esplicitazione del principio del NE BIS IN IDEM, che pur già presente nell'ordinamento nazionale nell'art. 649 c.p.p., vede aumentare la propria portata, inserendo una lettura meno restrittiva e più aperta ad una tutela maggiore dell'imputato.

Perché se è vero che il citato articolo procedurale italiano, prevede nel I comma che: *“L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345”*, è anche vero, che la Corte EDU pone l'attenzione su un accertamento che volga lo sguardo non solo agli elementi costitutivi del reato medesimo, ma anche all'oggetto stesso delle due contestazioni – che vanno così in conflitto – in riferimento alla medesima condotta.

*La Corte ha affermato che la piena sovrapponibilità sul piano della tipicità, del bene giuridico protetto (la trasparenza del mercato) e dell'obiettivo perseguito (repressione degli abusi di mercato) tra la disciplina di carattere amministrativo e quella dell'illecito penale viola il principio del ne bis in idem previsto dall'art. 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU.*⁵

Nel caso specifico, pene irrogate dalla Consob, e divenute definitive, sia pure esse di origine amministrativa, rappresentano già una misura coercitiva dell'illecito stesso, che collidono con la possibilità di instaurare un nuovo procedimento, questa volta di tipo penale – in quanto le stesse sulla base della loro natura repressiva e dell'eccessiva severità dell'importo commisurato - già risulterebbero, adeguatamente afflittive anche in termini penali.

*Gli stessi Giudici della CEDU, all'interno della Sentenza in oggetto (cfr, conclusioni par 28), affermano come la possibile coesistenza di un doppio procedimento – amministrativo e penale - ex art 187-duodecies del T.U.F.5 integra, anch'essa, una violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 in quanto si tratta di una «double poursuite» per gli stessi fatti.*⁶

⁵**Dott.ssa Miranda Fidelbo - IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM E LA SENTENZA “GRANDE STEVENS”: PRONUNCIA EUROPEA E RIFLESSI NAZIONALI.**

⁶**Dott.ssa Miranda Fidelbo - IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM E LA SENTENZA “GRANDE STEVENS”: PRONUNCIA EUROPEA E RIFLESSI NAZIONALI.**

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituite con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

L'instaurazione di un doppio binario sanzionatorio, avrebbe rappresentato la chiara violazione del principio giuridico in questione e una violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto alla luce della necessità "rieducativa" della pena stessa.

Tale circostanza, non avrebbe, quindi, rappresentato la normale attuazione di pene tra loro connesse, che per la natura stessa del reato rappresentavano due facce della stessa medaglia di punibilità.

Nel caso appena analizzato, la perseguibilità penale derivante da un procedimento amministrativo, già ampiamente sviscerato e condannato, si sarebbe palesata solo come la volontà di infierire ulteriormente su una situazione giuridica, la cui pena, aldilà della natura della stessa, attuava a pieno la proprio funzione.

Secondo la Corte di Strasburgo, dunque, la CEDU osta a misure di doppia sanzione, amministrativa e penale. Si badi, però, che tale estensione della sfera applicativa del ne bis in idem non opera in via generale, ma solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfoci in un provvedimento particolarmente afflittivo e la decisione sia divenuta definitiva.

A tal proposito, la Corte ritiene prevalente la sostanza delle sanzioni sulla loro forma: la reale natura delle misure sanzionatorie previste negli ordinamenti nazionali viene apprezzata alla luce delle loro concrete peculiarità e conseguenze e non in forza della mera qualificazione giuridica ad esse riconosciuta. In particolare, la Corte, in una pronuncia risalente, ha enucleato i cosiddetti Criteri di Engels (Corte europea dei diritti umani, Engel c. Paesi Bassi, sent. n. 5100/71 dell'8.6.1976) che fungono da parametri idonei a rivelare la sostanziale essenza penale di un determinato provvedimento. Tali criteri discretivi di riferimento sono la qualificazione dell'infrazione, la natura dell'infrazione e l'intensità della sanzione comminata.⁷

Risulta, quindi, necessario, per la Corte Costituzionale considerare, tale pronuncia come la base di un colloquio formale con la CEDU al fine di uniformare e adeguare le statuizioni nazionale, alla volontà sovra nazionale, che per genetica, rappresenta il punto di contatto con gli altri paesi Comunitari, e fonte essenziale per l'attuazione del piano di crescita comune insito nel progetto Europa medesimo.

⁷**Dott.ssa Miranda Fidelbo - IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM E LA SENTENZA "GRANDE STEVENS": PRONUNCIA EUROPEA E RIFLESSI NAZIONALI.**

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Con la sentenza n. 349 del 22.10.2007, la consulta nazionale così si esprimeva: “*Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma*”.

Una presa di posizione chiara e pacifica, che supporta anche la volontà di non lasciare che l'interpretazione possa essere messa in dubbio dalla volontà personale del Giudice di merito, ma che la stessa sia espressione di uno studio approfondito e congeniale alle linee guida della Carta Costituzionale, e alla stregua della “riduzione” di sovranità che l'Italia, così come gli altri Paesi appartenenti alla Comunità Europea, hanno sottoscritto al fine di perseguire un bene comune superiore.

1.2 La sentenza A&B c. Norvegia.

Proseguendo nella disamina della questione del *ne bis in idem* e del c.d. doppio binario, non si può non rimarcare come il tema, negli ultimi anni ha avuto notevole risonanza, tanto da impegnare nuovamente la Corte Europea, la quale è tornata a pronunciarsi su tale argomento, con la importante sentenza *A e B c. Norvegia* che segna un punto di svolta rispetto al passato. Con tale sentenza⁸ la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'Uomo si è pronunciata su due cause riunite.

Nella prima, il ricorrente contesta la violazione del principio del *ne bis in idem*, attesa la condanna per il reato di frode fiscale con sentenza passata in giudicato, che si inserisce come successiva alla sanzione in ambito amministrativo.

Nella seconda, al ricorrente era stata irrogata una sovrattassa del trenta per cento in un procedimento amministrativo, sulla scorta delle dichiarazioni rese nel procedimento penale già divenuto definitivo.

⁸*A. e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016, ricorsi riuniti n. 24130/11 e n. 29758/11*

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituite con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

La Grande Camera della Corte di Strasburgo è tornata, dunque, ad affrontare la questione, chiedendo ai giudici nazionali di valutare la compatibilità di tale doppio binario alla luce del criterio di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra le due tipologie di sanzioni.

La Corte, dopo aver confermato il proprio orientamento sulla natura “penale” dell’irrogazione di sovrattasse, ha ritenuto non applicabile il principio di ne bis in idem qualora sussista una sufficiente connessione tra i due procedimenti di natura penale e amministrativo-tributario.

In altri termini, il divieto del doppio binario **non è applicabile se le sanzioni sono conseguenza di una “reazione coordinata” dell’ordinamento nazionale, tramite due procedimenti, di fronte al medesimo fatto illecito.**

Si tratta di un’importante pronuncia giurisprudenziale ma non di un vero e proprio *revirement*, perché, come vedremo, benché la Corte si sia pronunciata nello stesso senso in precedenti sentenze, quest’ultime sembravano essere state superate dalla giurisprudenza più recente.

In particolare, nel 2005 l’amministrazione finanziaria norvegese avviava un procedimento di accertamento in cui si inserivano anche delle cessioni di partecipazioni.

In seguito, veniva altresì incardinato un procedimento penale per il reato di frode fiscale, che vedeva imputati i medesimi soggetti.

Nel 2008 questi ultimi ricevevano un avviso di accertamento avente ad oggetto proprio l’omessa dichiarazione dei proventi derivanti dalla cessione di partecipazioni, con conseguente liquidazione delle imposte sui redditi ed irrogazione delle sanzioni nella misura del 30% delle imposte accertate.

I Ricorrenti versavano integralmente le somme richieste a titolo di imposte e sanzioni.

Nel 2009 entrambi i soggetti venivano condannati per il reato di frode fiscale aggravata.

Nella determinazione della pena applicata, il giudice penale norvegese teneva espressamente in considerazione la circostanza che i condannati avessero già scontato la sanzione comminata nell’ambito del procedimento tributario.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Dopo aver esperito tutti i rimedi interni, si rivolsero alla CEDU.

La prima sezione della Corte EDU, originariamente investita del caso, declinava la propria competenza in favore della Grande Camera.

In particolare, nella sentenza veniva ribadito il cd. criterio di connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, amministrativo e penale, celebrati con riferimento al medesimo illecito, già elaborato nella sentenza *Nilsson*⁹, nelle cui motivazioni i Giudici di Strasburgo ritennero che la sanzione amministrativa, pur irrogata da un'autorità diversa da quella penale e con procedimento separato, era comunque da ricomprendere nel complessivo sistema sanzionatorio previsto dalla legislazione svedese per punire il reato *de quo*.

Pertanto, nella predetta fattispecie, per la CEDU, non era ravvisabile un'illecita duplicazione di procedimenti o di condanne.

Ciò in ragione sia della connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti sia della qualificazione della sanzione amministrativa quale diretta e prevedibile conseguenza dell'infrazione penale.

Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte EDU precedente alla sentenza *A e B c. Norvegia*, il criterio di connessione sostanziale e temporale non aveva trovato una positiva applicazione nei casi in cui la violazione del principio del *ne bis in idem* era stata lamentata con riferimento ad illeciti fiscali/finanziari.

Al contrario, in alcune sentenze, la Corte aveva ritenuto sufficiente la sussistenza di due procedimenti aventi ad oggetto i medesimi fatti "storici" per ravvisare la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, senza menzionare il criterio di connessione citato.

Ed ancora, in altre sentenze (cfr. Corte EDU, Quinta Sezione, [Rinas c. Finlandia](#), 27 aprile 2015, ricorso n. 17039/13; Corte EDU, Quarta Sezione, [Osterlund c. Finlandia](#), 10 febbraio 2015, ricorso n. 53197/13;), la Corte, pur valutando il criterio di connessione sostanziale e temporale, aveva constatato l'autonomia dei procedimenti, tributario e penale, a carico dello stesso soggetto accogliendone il ricorso e riconoscendo, quindi, la violazione del divieto del *bis in idem*.

⁹Corte CEDU, Seconda Sezione, *Nilsson c. Svezia*, ricorso n. 73661/01, 13 dicembre 2005

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituite con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

In tali pronunce, al fine di escludere che la connessione tra i due procedimenti fosse tale da ricondurli ad un unico sistema sanzionatorio, i Giudici di Strasburgo consideravano che il procedimento tributario e quello penale erano stati condotti da autorità differenti; che nella comminazione delle relative sanzioni non vi era stato un coordinamento e, soprattutto, che la valutazione del comportamento del contribuente e della sua conseguente assoggettabilità alla sanzione tributaria, era stata effettuata sulla base della specifica normativa dettata ai fini fiscali, indipendentemente dagli accertamenti compiuti nell'ambito del procedimento penale. Tale ultimo elemento aveva comportato la esclusione della rilevanza esimente del criterio di connessione sostanziale e temporale elaborato nel caso *Nilsson*, dove al contrario, la sanzione amministrativa (ritiro della patente) rappresentava una diretta conseguenza della contestazione ai fini penali del reato di guida in stato di ebbrezza, senza che vi fosse stato un'attività di accertamento autonoma da parte dell'autorità amministrativa.

Sostanzialmente, la scelta dei Giudici di Strasburgo è stata quella di valorizzare il criterio di connessione sostanziale e temporale tra il procedimento amministrativo e il procedimento tributario quale strumento fondamentale per verificare l'eventuale violazione del principio del *ne bis in idem*; tale verifica, indicata nella sentenza in commento come "*Nilsson test*", deve essere condotta con particolare riguardo ai seguenti elementi:

- la differente finalità perseguita dalla sanzione amministrativa rispetto a quella penale, in quanto la prima avrebbe natura dissuasiva e deterrente mentre la seconda assolverebbe una funzione propriamente punitiva;
- lo svolgimento coordinato dei due procedimenti, amministrativo e penale così da evitare, in particolare, la duplicazione dell'attività istruttoria di raccolta degli elementi a carico;
- la prevedibilità, in fatto ed in diritto, dell'applicazione di più condanne a fronte della medesima condotta illecita;
- l'applicazione delle sanzioni in modo che, nella determinazione di quella successiva, venga tenuta in considerazione l'entità di quella irrogata per prima.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Al ricorrere di tali condizioni, e conseguentemente di una stretta connessione sostanziale e cronologica tra i due procedimenti, la fase amministrativa e quella penale, apparentemente distinte, devono essere ricondotte ad un unico procedimento sostanziale, escludendo così la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7.

Sulla base del criterio di connessione sostanziale e temporale, la Corte ha dunque ritenuto che, nella causa [*A e B c. Norvegia*](#), i procedimenti sanzionatori a cui sono stati sottoposti i ricorrenti, solo formalmente composti da due fasi distinte, fossero in realtà espressione di un medesimo intento sanzionatorio - punitivo, tale da formare un unitario sistema afflittivo, disciplinato dall'ordinamento norvegese al fine di reprimere il medesimo illecito.

La sentenza, oggetto di tale disamina, segna dunque una inversione di tendenza della Corte EDU in materia di *ne bis in idem*.

In particolare, la valorizzazione della diversa funzione perseguita dalla sanzione tributaria rispetto a quella fiscale, pare rimettere in discussione, nella sostanza, uno dei profili più rilevanti nell'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, rappresentato dall'individuazione dell'unica fattispecie (*idem*) in relazione alla quale deve essere verificata l'eventuale duplicazione dei procedimenti afflittivi.

2. Interpretazione e profili nazionali.

In ambito nazionale, l'interpretazione restrittiva espressa nella pronuncia *A&B c. Norvegia* potrebbe rafforzare l'orientamento già espresso dal Supremo Consesso italiano in materia di *ne bis in idem*, proprio con riferimento agli illeciti tributari puniti sia con la sanzione fiscale/tributaria, sia con quella penale.

Risulta significativa, *ex multis*, la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III penale, n. 20266 del 15 maggio 2014, pronunciata in relazione al reato di omesso versamento di ritenute certificate *ex art. 10 bis*, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

In tale sede, i Giudici di legittimità hanno rigettato l'eccezione dalla difesa che, sulla scorta del principio espresso con la sentenza *Grande Stevens*, avevano eccepito una violazione del

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

principio del *ne bis in idem* atteso che l'imputato era già stato sanzionato nell'ambito del procedimento tributario al pagamento dell'imposta evasa, oltre ad interessi e sanzioni.

La Suprema Corte ha affermato testualmente che: “*A fronte del processo penale per reati tributari, è pacifico che lo stesso viaggi in parallelo con l'esistenza di un debito tributario da adempiersi, che è cosa diversa dalla sanzione penale*”.

La Convenzione difatti, impone agli Stati membri di applicare il divieto di bis in idem in base ad una concezione naturalistica del fatto, e ne esclude una applicazione con riguardo alla sola azione od omissione.

Ciò comporta una esclusione della rilevanza del c.d. *idem legale*, inteso quale differente qualificazione giuridica di uno stesso fatto storico.

La circostanza, secondo cui l'identità del fatto vada ricercata nel fatto naturalistico e non nella norma astratta e generale, è stata statuita dalla Corte di Cassazione con la sentenza, a Sezioni Unite n. 34655 del 28.06.2005 secondo cui: “*L'identità del fatto sussiste quando via sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*”.

Rapportando quanto appena affermato alla sentenza *A e B c. Norvegia*, si evidenzia che un'altra questione affrontata dalla Corte è la equivalenza o meno della nozione di “*criminal proceedings*” utilizzata nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU con la nozione di “*criminal charge*” di cui all'art. 6 CEDU : sul punto la Corte ritiene che le due norme citate implicano delle differenti valutazioni di diritto sostanziale e processuale.

La Corte prosegue nell'affermare che a partire dalla sentenza del 2009, *Zolotukhin c. Russia* ha però utilizzato i c.d. criteri Engel.

Le ragioni alla base di tale scelta sono state individuate nella considerazione secondo cui il principio del *ne bis in idem* concerne principalmente il giusto processo, che è altresì l'oggetto dell'art. 6 CEDU.

Anche se l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU non vieta agli Stati di sanzionare i fatti di evasione fiscale mediante la duplice imposizione di sanzioni penali ed amministrative pur se qualificate come sostanzialmente penali ai sensi della Convenzione, il *doppio-binario* sanzionatorio deve

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

uniformarsi ai principi convenzionali e garantire una connessione temporale e sostanziale tra i due procedimenti.

Ne consegue, dunque, che i due procedimenti devono essere coordinati tra loro sia da un punto di vista sostanziale che temporale, e che graverà sullo Stato convenuto l'onere di provare che l'imposizione di doppie sanzioni imposte da autorità diverse in distinti procedimenti non viola l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

La Corte, dunque, indica quali sono i fattori in presenza dei quali è possibile sostenere che tra due procedimenti vi sia una "sufficiente connessione sostanziale e temporale".

In primo luogo, i due procedimenti devono perseguire scopi complementari e devono riguardare, in concreto e non in astratto, la stessa condotta.

Il doppio procedimento, poi, deve essere una conseguenza prevedibile della stessa condotta - indizio indicativo dell'esistenza di una connessione sufficiente tra i due procedimenti è rappresentato da una interazione tra le autorità competenti che comporti l'utilizzo della medesima fonte di prova in entrambi i procedimenti -.

Infine, sarà necessario verificare se la sanzione imposta nel procedimento antecedente sia presa in considerazione anche nel secondo procedimento, sì da evitare che il soggetto condannato sopporti un onere eccessivo e, al contempo di garantire che sia sottoposto ad una sanzione complessiva quanto più proporzionale alla condotta posta in essere.

2.1 Focus sulla Corte di Giustizia : i ricorsi riuniti Orsi e Baldetti.

Occorre in ultimo analizzare un ulteriore punto.

Difatti, dalle pronunce della Corte EDU emerge che ciò che caratterizza il principio del *ne bis in idem*, è rappresentato da tre elementi fondamentali che sono:

1. la res iudicata;
2. il concetto di medesimo fatto che funge da limite oggettivo;
3. il limite soggettivo, ovvero sia che il divieto di *ne bis in idem* non può essere che rivolto ai destinatari di una sentenza irrevocabile.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

Su tale ultimo aspetto, si è espressa il 5 aprile 2017 la quarta sezione della Corte di Giustizia nelle cause *Orsi* (C-217/15) e *Baldetti* (C-350/15).

Tale sentenza scaturisce dai ricorsi sollevati in via pregiudiziale nell'ambito di procedimenti penali instaurati per fatti di omesso pagamento dell'Iva (*ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74/2000), in relazione ai quali si era già concluso il procedimento di accertamento dell'illecito tributario di cui all'art.13, comma 1, d.lgs. n. 471/1997, all'esito del quale era stata irrogata una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta evasa (c.d. 'sovratassa' che, come detto, ha natura penale ai sensi degli *Engel criteria*).

Per tale motivo, il Tribunale rinviava alla Corte di Giustizia per farle valutare una eventuale violazione del principio del *ne bis in idem*.

In particolare, la questione pregiudiziale sottoposta ai giudici di Lussemburgo era formulata nel senso di chiarire “*se ai sensi degli articoli 4 del protocollo n. 7 alla CEDU e 50 della Carta, sia conforme al diritto dell'Unione la disposizione di cui all'articolo 10 ter del decreto legislativo n. 74/2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione del versamento dell'IVA), sia già stato destinatario di un accertamento definitivo da parte dell'Amministrazione finanziaria dello Stato, con irrogazione di una sanzione amministrativa*”.

La Corte ha dato una risposta negativa al quesito posto.

In maniera agevole ha potuto evitare di affrontare il tema apparentemente complesso in quanto nel caso di specie mancava un presupposto fondamentale per l'applicazione del divieto di *bis in idem* costituito dalla necessità che debba essere la “stessa persona” ad essere sottoposta ad una “doppia sanzione” per uno “stesso fatto”.

Nelle vicende oggetto del giudizio *de quo*, il procedimento penale veniva instaurato a carico della persona fisica nella qualità di rappresentante legale della società.

Ed è contro quest'ultima che era stata irrogata la sanzione amministrativa a seguito dell'accertamento della violazione tributaria per omesso versamento dell'Iva.

Tale rilievo è bastato per escludere la configurabilità della violazione del principio del *ne bis in idem*.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituite con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

La Corte, in tale sentenza ha colto l'occasione per esprimere il principio generale secondo cui: “L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica”.

Il compito della Corte, come detto, è stato agevole atteso che la necessaria “identità” del soggetto sanzionato è requisito sostanzialmente pacifico e incontrastato.

Altrettanto pacifico è il riconoscimento di una autonomia giuridica e patrimoniale che distingue la persona fisica dalla persona giuridica tale da escludere il requisito della identità.

I dubbi di legittimità, possono sorgere nei casi in cui vi è una concreta confusione del patrimonio individuale dell'imprenditore con quello della persona giuridica e di una gestione personalistica attuata negli enti di piccole dimensioni.

In tali casi, difatti, il doppio processo e la doppia sanzione possono essere percepiti come diretti al medesimo individuo.

Diverso il caso in cui il divieto di *bis in idem* sia eccepito in relazione alla duplicazione punitiva tra persona fisica e “ditta individuale”.

Su tale tema la Corte di Giustizia dovrà a breve pronunciarsi per rispondere al ricorso del Tribunale di Bergamo nella causa *Menci*.

Tale procedimento era stato originariamente riunito a quelli oggetto della pronuncia Orsi - Baldetti salvo poi essere separato per una trattazione autonoma, a causa delle criticità che presenta rispetto agli altri casi.

Come noto, difatti, la “ditta individuale” costituisce una mera forma giuridica per lo svolgimento dell'attività d'impresa, che non determina alcuno “sdoppiamento” giuridico e patrimoniale rispetto alla persona fisica dell'imprenditore.

Tale circostanza costituisce un presupposto del divieto di *bis in idem* ovvero il riconoscimento della “identità” del soggetto sottoposto alla duplice sanzione.

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza
sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali
istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre
2016

3. Conclusioni

Preso atto dell'ondivago panorama interpretativo offerto dalle Corti europee sul punto, risulta palese come anche quest'ultime non siano immuni dalle patologie tipiche dei sistemi giudiziari: e cioè che vi sono decisioni contrastanti tra loro che si susseguono nel tempo, contrasti non dovuti ad un adeguamento sociale ma, esclusivamente, a diverse interpretazioni offerte dal medesimo organo giurisdizionale.

Difatti, nello specifico oggetto del presente studio, la Corte di Strasburgo, dopo una precisa presa di posizione con la sentenza *Grande Stevens* (apparentemente garantista), compie una rischiosa inversione di rotta con la sentenza *A&B* che, pur se diametralmente opposta alla precedente interpretazione, dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico, risulta essere, a parere di chi scrive, maggiormente conforme all'insieme di norme e principi che regolano la materia.

È fisiologico che tale inaspettata vulnerabilità nomofilattica generi poca certezza nella creazione di un consolidato formante giurisprudenziale sovranazionale, impedendo di assumere così quel carattere 'vincolante' tipico delle pronunce dei giudici europei.

Siffatta conseguenza, attesa la posizione 'verticistica' rivestita dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia negli ordinamenti interni, ricade inevitabilmente, a cascata, su tutte le giurisdizioni nazionali aderenti alla Convenzione ed alla UE.

Il quadro che si prospetta, dunque, appare tutt'altro che confortante.

Sarebbe auspicabile, invero, la creazione di un sistema normativo (o comunque di un principio giurisprudenziale consolidato sul punto) tale per cui ad ogni azione di un individuo corrisponda una risposta sicura ed omogenea da parte dello Stato, in modo da permettere una esplicazione del diritto di difesa pieno, effettivo e non frazionato.

Cosenza, 28 ottobre 2017

L'Osservatorio