



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Gaetano Caputi, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Ramón Terol Gómez.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Il divieto di bis in idem tra ordinamento nazionale ed europeo

di Angelo Terracciano

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1.Premessa. – 2. Le fonti europee: l’art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU e l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. – 3. Il delicato rapporto tra ne bis in idem “europeo” e il c.d. “doppio binario sanzionatorio” dei reati tributari.

Abstract

The ne bis in idem is a principle governed by supranational legal systems and envisaged by the Italian penal procedure code. Often the European Courts intervened to define a uniform application of the "European" ne bis in idem in the legal systems of the signatory States. Moreover, the Grand Chamber has decided on the existence of several proceedings deriving from the same fact through the judgment A. and B. c. Norway; furthermore, this decision has produced effects mostly for the Italian cases of the “double track” of verification of criminal offenses, in particular when an administrative/sanctioning procedure was also activated beyond the criminal trial.

1. Premessa

Il brocardo “*ne bis in idem*” racchiude il principio secondo il quale nessuno debba essere processato due volte per il medesimo fatto; nei sistemi di *Common law* tale principio è conosciuto anche come *double jeopardy*¹.

In determinati Stati² è riconosciuto come un diritto costituzionalmente garantito. Occorre premettere che il principio in esame muta le sue ragioni d’essere al variare del sistema processuale penale vigente. Nello specifico quello inquisitorio, ad esempio, non accettava l’applicazione del principio del *ne bis in idem* poiché la logica sottesa a tale sistema processuale rifiutava l’apposizione di limiti al potere dell’organo inquisitorio-giudicante³.

Il divieto di essere giudicati e/o processati due volte per il medesimo fatto trova, peraltro, terreno fertile con l’avvento del sistema accusatorio, il quale si fonda anche sul rispetto di termini, tempi e forme; elementi tra i quali il *ne bis in idem* risulta avere particolare rilevanza.

Occorre precisare, altresì, che dietro quello che sembrerebbe un concetto chiaro e a tratti scontato se ne cela uno decisamente più ampio e discusso, un principio di così fondamentale importanza da essere cristallizzato non soltanto nel codice di procedura penale all’art. 649 ma soprattutto nelle carte e convenzioni sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali dell’individuo⁴.

Un principio di rilevanza sovranazionale ed internazionale che è stato recepito nell’ordinamento italiano con l’introduzione del nuovo codice di procedura penale del 1988, e di fatto col passaggio da un sistema processuale fondamentalmente votato ai caratteri inquisitori ad uno di natura più spiccatamente accusatoria, ma che ancora oggi non è rinvenibile nel testo della Costituzione Italiana.

Detto concetto consente di operare una ampia riflessione dal respiro tanto Europeo quanto interdisciplinare giacché il *ne bis in idem* è con cadenza costante al centro di questioni sostanziali e processuali trattate dalle Corti nazionali ed europee, e con altrettanta frequenza è al centro dell’annoso dibattito che coinvolge i reati tributari, o meglio quei casi in cui si verifica il cosiddetto “doppio binario” sanzionatorio, cioè in casi nei quali la legislazione nazionale prevede un doppio livello di tutela, penale e amministrativo⁵.

2. Le fonti europee: l’art. 4 del protocollo n. 7 della Cedu e l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea

¹ Concas Alessandra, “Il significato della locuzione latina *ne bis in idem*”, in Diritto.it

² Tra gli altri Stati Uniti, Canada, Messico, Argentina.

³ Concas Alessandra, “Il significato della locuzione latina *ne bis in idem*”, in Diritto.it

⁴ Evidente è il riferimento all’art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nonché all’art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea.

⁵ “Corte Costituzionale: il principio del *ne bis in idem* ha carattere processuale”, in www.giurdanella.it, 17.05.2016.

Nell'applicazione e nell'interpretazione giurisprudenziale del principio del *ne bis in idem* un ruolo fondamentale è svolto dalle disposizioni della CEDU e della Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.

L'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel testo prodotto in lingua inglese è rubricato "*Right not to be tried or punished twice*". L'incipit della rubricazione dell'articolo in parola è già indicativa della portata del concetto, difatti la norma fin da subito chiarisce che l'individuo ha il **diritto** a non essere giudicato o punito due volte. L'articolo in analisi consta di tre paragrafi, e disciplina tre diversi aspetti chiave del principio del *ne bis in idem*, dei quali l'ultimo, a sua volta, prevede ulteriori tre "sottoaspetti"⁶.

Dal dettato normativo del primo paragrafo dell'art. 4 prot. 7 CEDU si evince che il diritto a non essere tratto a giudizio e/o condannato due volte si limita ai soli processi penali. Tuttavia la giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo ha precisato che la qualificazione giuridica del processo in base al diritto nazionale non può essere l'unico criterio di rilevanza per l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, giacché, se così fosse, l'applicazione di questa disposizione sarebbe lasciata alla discrezione degli Stati firmatari della Convenzione di guisa che i risultati che ne dovessero derivare sarebbero decisamente incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione stessa⁷.

La Corte ha sostenuto che la nozione di processo penale presente nel testo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere interpretata nel rispetto dei principi generali sanciti dagli articoli 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

La giurisprudenza consolidata della Corte⁸, per giunta, ha individuato tre criteri, comunemente noti come "criteri Engel", utili a classificare un processo come penale. Il primo criterio inerisce l'individuazione del fatto come fattispecie delittuosa, o meglio come "reato", secondo la legge nazionale. Il secondo attiene alla natura stessa del reato mentre il terzo criterio involge la tipologia e la gravità della pena cui rischia di soggiacere l'individuo.

Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi. Va da se che se uno dei due procedimenti per cui viene sollevata la questione del *ne bis in idem* non sono considerati di natura penale dalla Corte, il reclamo ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 è dichiarato inammissibile *ratione materiae* poiché incompatibile ai sensi dell'articolo 35 paragrafo 3 della Convenzione⁹.

⁶ È quanto si evince dalla "*Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*" - *Right not to be tried or punished twice Updated on 31 December 2018*, pag. 5, in www.echr.coe.int.

⁷ Ibidem pag. 7 – dalla sentenza *Sergey Zolotukhin v. Russia* n.14939/03. Judgment 10.2.2009 [GC].

⁸ Si vedano, tra le altre, le sentenze: *Engel e altri v. Paesi Bassi*; *Sergey Zolotukhin v. Russia*; *Jussila v. Finlandia*.

⁹ In materia le sentenze: *Paksas v. Lituania* [GC], § 69, *Seražin v. Croatia* (dec.), §§ 91-92.

Nella seconda parte del paragrafo 1 dell'art. 4 Prot. 7, la relazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo datata 31.12.2018, rinviene un ulteriore elemento chiave della disciplina europea del principio del *ne bis in idem*. Essa, difatti, focalizza l'attenzione sul dato normativo del "same offence"¹⁰ chiarendo il diritto a non essere giudicato e/o condannato due volte per il medesimo fatto.

La Corte ha riconosciuto di aver adottato¹¹, in passato, diverse interpretazioni del concetto di "same offence"¹², talvolta ponendo l'accento sull'identità dei fatti indipendentemente dalla loro caratterizzazione giuridica¹³, altre volte ponendolo sulla classificazione legale, accettando l'idea che gli stessi fatti potrebbero dar luogo a diversi reati¹⁴; oppure, infine, ponendo l'accento sull'esistenza o meno di elementi essenziali comuni a entrambe le offese¹⁵.

Dopo aver esaminato la portata del diritto di non essere giudicato e punito due volte come stabilito in altri strumenti internazionali¹⁶ la Corte ha ritenuto opportuno interpretare il dettato dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 come il divieto di perseguire o processare un individuo per il secondo "reato" nella misura in cui quest'ultimo è sorto dai medesimi fatti o da fatti identici che erano "sostanzialmente" identici a quelli posti alla base della prima infrazione¹⁷.

Per determinare se i fatti di entrambi i procedimenti siano identici o sostanzialmente i medesimi occorre prendere in considerazione ed esaminare le dichiarazioni di fatto riguardanti sia il reato per il quale l'individuo era già stato processato che il reato di cui è accusato.

La Corte, a tal proposito, ha sottolineato che è irrilevante quali parti delle nuove accuse siano state alla fine accolte o respinte nel successivo procedimento, in quanto l'articolo 4 del Protocollo n. 7 è volto a salvaguardare l'individuo da un nuovo procedimento piuttosto che a vietare un secondo giudizio (che sia di condanna o assoluzione). La Corte pertanto ha ritenuto che al fine di capire se si incorra in un *bis in idem*, l'indagine dovrebbe concentrarsi su quei fatti che costituiscono un insieme di circostanze concrete che coinvolgono lo stesso imputato e che sono inestricabilmente

¹⁰ Integralmente: "The non bis in idem principle prohibits prosecution or trial for the same offence", in "Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights" - Right not to be tried or punished twice Updated on 31 December 2018, pag. 11, in www.echr.coe.int.

¹¹ Ibidem pag. 11.

¹² Sergey Zolotukhin v. Russia n.14939/03. Judgment 10.2.2009 [GC].

¹³ Orientamento interpretativo de "lo stesso comportamento" - *idem factum*, Sent. Gradinger v. Austria, § 55.

¹⁴ L'interpretazione fornita dalla Corte è di "concoirs ideal d'infractions", si veda Sent. Oliveira v. Svizzera, §§ 25-29.

¹⁵ Si veda la Sent. Franz Fischer v. Austria.

¹⁶ Tra gli altri: Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; Convenzione americana sui Diritti umani.

¹⁷ Si veda a tal proposito anche la sentenza A e B c. Norvegia [GC].

collegate insieme nel tempo e nello spazio, e la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di irrogare una pena o comunque perseguire penalmente l'individuo.¹⁸

Lo scopo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 è di vietare la ripetizione di procedimenti penali per i quali si sia addivenuti già ad una decisione definitiva¹⁹, ma non si limita solo a riconoscere tale diritto poiché esso va interpretato in maniera estensiva nel senso che l'articolo in parola tutela l'individuo dalla possibilità di essere processato due volte per il medesimo fatto. Tale interpretazione si applica anche nel caso in cui l'individuo sia stato precedentemente assolto²⁰.

Altro discorso è quello relativo alla pendenza di procedimenti paralleli, difatti, a tenore della giurisprudenza europea, l'articolo 4 del protocollo n. 7 non vieta la c.d. *litis pendens*, ossia la sussistenza di diversi procedimenti determinati dallo stesso fatto storico ma che mirano a perseguire obiettivi o ad irrogare sanzioni di natura differente; in poche parole i due procedimenti pendenti non rispondono entrambi ai criteri stabiliti dalla Corte, elementi di cui si è ampiamente discusso in precedenza. Difatti, in una situazione del genere, non si può affermare che l'individuo sia perseguito più volte "per un reato per il quale sia stato assolto o condannato precedentemente²¹".

La disciplina europea del principio del ne bis in idem è stata consolidata ulteriormente dall'adozione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza), le cui norme, per effetto del Trattato di Lisbona, hanno assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione.

Di particolare rilevanza in materia è l'art. 50 della Carta, che per disciplinare il divieto di doppio giudizio sancisce 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"*.

In effetti la norma poc'anzi citata, a differenza del disposto dell'art. 4 del prot. n. 7 della CEDU, prevede una più ampia forma di tutela del divieto di *bis in idem* giacché essa "va oltre la necessità di richiamare l'applicazione del principio nelle singole disposizioni pattizie e lo configura come una garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo ogni qual volta, anche in un diverso Stato

¹⁸ Integralmente: *"The non bis in idem principle prohibits prosecution or trial for the same offence"*, in *"Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights" - Right not to be tried or punished twice Updated on 31 December 2018*, pag. 11, in www.echr.coe.int.

¹⁹ Il Protocollo n. 7, che a sua volta rimanda alla Convenzione europea sulla Validità Internazionale delle sentenze penali, una decisione è definitiva se essa è connotata della forza di cosa giudicata, e cioè quando la decisione sia divenuta irrevocabile, cioè quando non è possibile esperire ulteriori rimedi ordinari (in merito si veda la Sentenza Sergey Zolotukhin c. Russia [GC], § 107).

²⁰ Sergey Zolotukhin c. Russia [GC], §§ 110-111, in relazione ad un'assoluzione in seguito al seconda serie di procedimenti

²¹ Garaudy c. Francia (dec.)

membro, si sia formato un giudicato penale sul medesimo fatto nei confronti della stessa persona”²².

La norma in esame, soprattutto alla luce di un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, va interpretata nel senso più autentico di Unione di Stati giacché lascia intendere che la sentenza, di condanna o assoluzione, emessa da uno Stato membro abbia valenza di sentenza dell’Unione Europea e pertanto spieghi pari effetti in ognuno degli Stati dell’U.E.²³, ossia è come se fosse stata emessa da ognuno di essi.

Il giudice nazionale ha, di conseguenza, l’arduo compito di assicurare la costante ed uniforme tutela dei diritti fondamentali dell’individuo tra cui quello a non essere processato due volte per il medesimo fatto²⁴, tenendo conto delle vicende giudiziarie medesime per le quali, eventualmente, il prevenuto sia stato processato già in altro Stato membro.

3. Il delicato rapporto tra il *ne bis in idem* “europeo” e le sanzioni tributarie nell’ordinamento italiano.

La giurisprudenza italiana, oramai da anni, è intenta a risolvere la questione inerente l’applicabilità del principio del *ne bis in idem* “europeo” e, a tal proposito, merita particolare attenzione la sentenza della Corte Costituzionale del 24 gennaio 2018, n. 43, Pres. Red. Lattanzi, che nel risolvere la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. per contrasto con l’art. 117 c. 1 Cost., in relazione all’art. 4 Prot. 7 CEDU, ha posto a fondamento della propria decisione una importante pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, la sentenza A. e B. c. Norvegia.

I giudici costituzionali hanno, infatti, evidenziato il carattere vincolante della sentenza della Corte europea con la quale si è assistito ad un sostanziale cambio di orientamento della Corte stessa. Con tale pronuncia, in effetti, si è passati dalla impossibilità in capo agli Stati di attivare per il medesimo fatto due procedimenti indipendenti e paralleli che sfociassero in altrettanti provvedimenti finali, alla possibilità conferita agli stessi di poter coordinare tali procedimenti nel tempo e nell’oggetto di guisa che, questi ultimi, possano reputarsi nella sostanza come

²² Gittardi Irene “La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della carta di Nizza in materia di *ne bis in idem*” -Nota a Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli- in Diritto Penale Contemporaneo Fascicolo 4/2017.

²³ Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli.

²⁴ Gittardi Irene “La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della carta di Nizza in materia di *ne bis in idem*” -Nota a Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli- in Diritto Penale Contemporaneo Fascicolo 4/2017.

preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena complessivamente irrogata²⁵.

Pertanto, alla luce della pronuncia della Corte sovranazionale, si profila, come rilevato dalla Corte Costituzionale, una situazione in cui risulta meno probabile considerare come *bis in idem* quei casi in cui si assista al c.d. "doppio binario sanzionatorio" per il medesimo fatto, evento non si rara frequenza nell'accertamento di illeciti tributari dai risvolti amministrativi e penali.

In materia occorre tener presente anche la sentenza della Terza Sezione della Suprema Corte di Cassazione del 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, che pronunciandosi sulla compatibilità del sistema sanzionatorio tributario col *ne bis in idem* europeo, alla luce della sentenza della Corte Europea A. e B. contro Norvegia, ha chiarito e meglio definito il criterio della *sufficiently close connection in substance and time*²⁶.

Quest'ultimo era un criterio già presente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che la sentenza precedentemente citata ha strutturato nella forma più definita di un test, identificando i c.d. *material factors*, elementi chiave per la sua sussistenza. C'è chi ha visto in questo "mutamento" in test del predetto criterio un possibile ridimensionamento del campo di applicazione della garanzia convenzionale ed un abbandono di quegli orientamenti fortemente garantistici che avevano invece contrassegnato l'evoluzione della giurisprudenza della Corte. Una lettura alternativa dell'intervento della Corte Europea consente di intravedere nel criterio della "*sufficiently close connection*" il tentativo di bilanciare il diritto al *ne bis in idem* con una serie di diritti degli individui (e non solo interessi degli Stati) che trovano piena tutela nell'efficacia della risposta sanzionatoria alle condotte di evasione fiscale²⁷.

Gli indici di cui è necessario tener conto nel *test* sono quelli esaminati nel paragrafo precedente e definiti anche dalla relazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di *ne bis in idem*. In effetti la valutazione del giudice volta ad addivenire al giudizio inerente la sussistenza di un doppio giudizio (vietato) deve avvenire riguardo ai seguenti punti:

- sugli scopi dei procedimenti aperti per il medesimo fatto;
- sulla prevedibilità dello sdoppiamento dei procedimenti volti a perseguire determinate condotte criminose;

²⁵ Galluccio Alessandra: "Ne Bis In Idem E Reati Tributari: La Consulta Restituisce Gli Atti Al Giudice A Quo Perché Tenga Conto Del Mutamento Giurisprudenziale Intervenuto Con La Sentenza A. E B. C. Norvegia", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 marzo 2018.

²⁶ Così Francesco Andrea Tripodi in "ne bis in idem e sanzioni tributarie: la corte di cassazione "sfronda" il test della *sufficiently close connection in substance and time*", contributo pubblicato nel fascicolo 3/2018, in *Diritto Penale Contemporaneo* del 16 marzo 2018.

²⁷ Perrone, A. (2018). Il criterio della "*sufficiently close connection*" ed il suo rapporto con il principio del *ne bis in idem* sanzionatorio nella giurisprudenza della corte edu. *Diritto e pratica tributaria*, lxxxix(3), 1128-1158.

- sulla eventuale duplicazione della raccolta e nella valutazione della prova;
- sulla sanzione irrogata all'esito del procedimento che si conclude per primo ed in particolare se essa sia stata assunta tenuto conto della sussistenza dell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di complessiva proporzionalità della pena.²⁸

L'ampia giurisprudenza europea e nazionale in materia, ha consentito di delineare chiaramente la valenza assoluta e la diretta applicabilità nei sistemi nazionali delle norme della CEDU e della CDFUE.

Per quanto si sia cercato di ordinare e chiarire, anche attraverso l'inserimento di indici definiti per l'espletamento del test, la questione inerente la risoluzione del rapporto tra doppio binario sanzionatorio dei reati tributari e l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* appare ancora oggi decisamente confusa.

In definitiva può dirsi che il cammino della giurisprudenza nazionale volto ad assicurare al divieto di secondo giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p. un'applicazione coerente con i le garanzie fornite dalla norme sovranazionali²⁹ prosegue in maniera incerta e non proprio costante³⁰.

La pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso A e B c. Norvegia ha posto in essere ulteriori "dubbi interpretativi rendendo in tal guisa maggiormente ardua l'armonizzazione con gli ordinamenti sovranazionali"³¹.

Allo stato pare difficile giungere ad un equilibrio interpretativo perfettamente determinato o determinabile, vero è che la soluzione al problema interpretativo va necessariamente commisurato al rispetto della c.d. legalità processuale, elemento quest'ultimo riconosciuto anche dalla Corte europea come principio generale dell'ordinamento e che trova la sua fonte nell'art. 111 comma 1 Cost³².

²⁸ Francesco Andrea Tripodi in "ne bis in idem e sanzioni tributarie: la corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time", contributo pubblicato nel fascicolo 3/2018, in Diritto Penale Contemporaneo del 16 marzo 2018.

²⁹ artt. 4, prot. 7, Cedu e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

³⁰ Non sono addebitabili esclusivamente al giudice nazionale le cause di questa incertezza giacché, come si è avuto modo di affrontare nel corso dell'articolo, anche la giurisprudenza europea si è rivelata altalenante fino a compiere un vero e proprio testa coda nell'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto europeo vivente con la sentenza A. e B. contro Norvegia.

³¹ Cassibba F.: "Disorientamenti giurisprudenziali in materia di *ne bis in idem*", in processo penale e giustizia.

³² Ibidem.