



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. III  
(ESTRATTO)

**PASQUALE COSTANZO - LARA TRUCCO**

**IL PRINCIPIO DEL “*NE BIS IN IDEM*”  
NELLO SPAZIO GIURIDICO NAZIONALE ED EUROPEO**

21 DICEMBRE 2015

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Pasquale Costanzo - Lara Trucco\***  
**Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il divieto di bis in idem nel [Protocollo n. 7 alla Convenzione Edu.](#)* – 3. *La definizione della natura (penale) dell'accusa a Strasburgo.* – 4. *I divieti della stessa infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati (l'“idem”) tra ambito Edu e nazionale* – 5. *Segue. Il divieto di un secondo giudizio (il “bis”)* – 6. *Il “ne bis in idem” nel diritto dell'Unione europea della concorrenza e del mercato.* – 7. *Segue. “Ne bis in idem” ed eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni: la [Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.](#)* – 8. *Segue. Il ne bis in idem nel quadro del mandato di arresto europeo.* – 9. *Il “ne bis in idem” e la [Carta dei diritti fondamentali.](#)* – 10. *Il ne bis in idem tra concurrence et complémentarité presso le Corti europee.*

### 1. *Premessa*

Il principio contenuto nel brocardo latino “ne bis in idem”, con cui si esprime il divieto che una persona possa subire doppie incriminazioni per lo stesso fatto, ha, com'è noto, origini antiche<sup>1</sup>, se solo si considera che di un tale principio sarebbe rinvenibile traccia nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.)<sup>2</sup> e che, addirittura, c'è chi ne rinviene un qualche riferimento già in Demostene (355-354 a.C.)<sup>3</sup>. Esso si è poi perpetuato nei secoli come dimostra, tra l'altro, la particolare attenzione dedicata all'argomento, in epoca medievale, nella *Common Law*, da parte dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket (XII sec.)<sup>4</sup> ed ancora successivamente sul suolo italico, da parte di Bartolo da Sassoferrato (XIV secolo)<sup>5</sup>.

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune, ma i §§ 2, 3, 6, 7 e 8 sono da attribuirsi specificamente a Pasquale Costanzo, i §§ 4, 5 e 9 a Lara Trucco, ed i §§ 1 e 10 ad entrambi gli autori.

<sup>1</sup> Cfr., *amplius*, in argomento, tra gli altri, J.A. SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963; M. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969; P. MCDERMOTT, *Res Judicata and Double Jeopardy*, London, 1999; e, più di recente, L. MINGARDO, *Bis de eadem re ne sit actio*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione*, a cura di P. Moro, Milano 2013, 177 e ss.

<sup>2</sup> Ulpianus, Dig. 48.2.7.2: «*Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divus pius salvio valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator exstitit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere*» (reperibile, tra l'altro, in <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest48.shtml>); v., inoltre, Gaius, *Institutiones*, 3.181: “*Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim*” e ID., *Institutiones*, 4.108: “*Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*” (in <http://www.thelatinlibrary.com/gaius4.html>). Altri richiami del principio di “ne/non bis in idem” nel diritto romano sono reperibili in <http://www.dirittoestoria.it/11/note&rassegne/Kostova-Ne-non-bis-in-idem-origine-principio.htm>.

<sup>3</sup> Demosthenes, *Adversus Leptinem*, 147: οἱ νόμοι δ' οὐκ ἔωσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ' εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶναι. ([http://archive.org/stream/demosthenouspros00demo/demosthenouspros00demo\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/demosthenouspros00demo/demosthenouspros00demo_djvu.txt)).

<sup>4</sup> Becket avrebbe ripreso l'idea di San Girolamo (IV sec. d.C.) secondo cui Dio non giudicherebbe mai due volte «per la stessa offesa...», e su questa base avrebbe sostenuto che l'inflizione di sanzioni da parte del Sovrano a uomini di Chiesa già condannati dalle Corti ecclesiastiche per determinate condotte avrebbero violato il divieto di doppia punizione sancito dal diritto canonico (cfr., in partic., sul punto, HAROLD J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard, 259).

<sup>5</sup> Bartolo da Sassoferrato, in *secundam Digesti novi partem commentaria*, Venezia, 1585: “*Absolutus non potest de eodem crimine accusari ad eodem vel ab alio, nisi fuerit ignorans et suam iniuriam persequatur*” (v., ad es., quanto riferisce M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in <http://books.openedition.org/efr/1842>, nota 25).

Sembra essere stato nel legare le sue sorti alle idee di giustizia e certezza giuridica, specie in ambito penale, che il medesimo principio si è rivelato tra le conquiste di maggior “valore” del costituzionalismo di matrice liberaldemocratica, comparando, oltre che nel diritto internazionale<sup>6</sup>, praticamente in tutte le Costituzioni più recenti<sup>7</sup>, anche se occorre sottolineare che di esso ha ragionato il V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, la cui Corte Suprema ha affermato: «*The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State, with all its resources and power, should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity*»<sup>8</sup>.

Di un tale principio interessa qui esaminare portata ed implicazioni, in attesa che si realizzi un sistema giudiziario europeo meglio compiuto e coordinato, muovendo dalla prospettiva specifica del riconoscimento e delle applicazioni che ne sono state fatte da parte delle Corti europee sovranazionali e dalle Corti interne della Consulta e della Cassazione, con l’obbiettivo precipuo di repertoriare criticamente il materiale utile per uno studio multilivello in materia.

Per quanto riguarda specificamente l’area europea, il tema è emerso in tutta la sua portata – anche problematica – a motivo della sovrapposizione di interessi ed esigenze di tutela dei diritti determinatasi col processo di integrazione UE e dall’appartenenza alla CEDU.

Al proposito, è possibile distinguere alcune fasi, nell’ambito delle quali si è passati dall’affrontare il tema del *ne bis in idem* in chiave prettamente politica secondo un approccio di carattere internazionalistico che affidava un ruolo decisivo agli Stati, a meglio valorizzarne, invece, la natura a tutti gli effetti di diritto individuale tutelabile in sede giudiziale... al punto da intravedersi oggi un vero e proprio cambiamento dello scenario in forza dell’ulteriore potenziamento di un tale principio. Così, inizialmente, il divieto di “*bis in idem*” è stato oggetto di convenzioni bilaterali e, poi, di convenzioni multilaterali (tra gli Stati); in un momento successivo lo stesso ha costituito strumento delle politiche di cooperazione europea e coesione interordinamentale; mentre è stato a far data dagli anni Ottanta e, poi, soprattutto negli ultimi tempi che il *ne bis in idem* ha trovato finalmente spazio nelle Carte dei diritti fondamentali “europee”.

<sup>6</sup> Tra i principali “strumenti” di diritto internazionale che contemplano il divieto di “*bis in idem*” si menzionano: le Convenzioni di Ginevra III e IV (artt. 86 e 117, c. 3) ed il relativo Protocollo Addizionale del 1977 concernente la protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (art. 75, comma 4, lett. h)); il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14, n. 7); la Convenzione tra gli Stati partecipanti al trattato NATO (art. VI); la Convenzione Americana sui Diritti Umani (art. 8, c. 4); lo Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale (art. 20); lo Statuto del Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia (art. 10) e lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (art. 9).

<sup>7</sup> Al di là del contesto europeo, si vuole qui segnalare come un tale divieto sia contemplato, tra l’altro, anche dalla Costituzione giapponese (Art. 39: “[...] *nor shall he be placed in double jeopardy*”); dalla Costituzione indiana (Art. 20, 2° c.: “*No person shall be prosecuted and punished for the same offence more than once*”); dalla Costituzione del Pakistan (Art. 13: “*No person [...] shall be prosecuted or punished for the same offence more than once*”); dalla Costituzione della Corea del sud (Art. 13, 1° c. “*nor may he be placed in double jeopardy*”); dalla Costituzione della Rep. sudafricana (all’art. s. 35, 3° comma, lett. m) “*Not to be tried for an offence in respect of an act or omission for which that person has previously been either acquitted or convicted*”); dalla Costituzione americana (V emend.: “*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”); dalla Costituzione messicana (Art. 23: “*No person, whether acquitted or convicted, can be tried twice for the same offense*”); e dal Constitution Act canadese (Art. 11, lett. h) del “*Any person charged with an offence has the right [...] if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again*”).

<sup>8</sup> V. U.S. Supreme Court, *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/184/case.html>. Per un approfondimento, invece, della giurisprudenza resa in argomento dalla Corte interamericana dei diritti umani, si veda, in particolare, I. MONTOYA RAMOS, *El principio ne bis in idem a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/34.pdf>.

## **2. Il divieto di bis in idem nel Protocollo n. 7 alla Convenzione Edu**

In seno al Consiglio d'Europa non ebbero il seguito che forse all'epoca ci si sarebbe potuto aspettare la [Convenzione europea "sull'extradizione"](#) (del 13 dicembre 1957) e nemmeno, successivamente, la [Convenzione europea "per la repressione delle infrazioni stradali"](#) (del 30 novembre 1964), la [Convenzione europea "sull'efficacia internazionale delle sentenze penali"](#) adottata a l'Aja, il 28 maggio 1970 (sez. 1, art. 53) e la [Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali](#), firmata a Strasburgo il 5 maggio 1972 (parte V, artt. 35, 36 e 37), per cui pure il divieto del "*bis in idem*" in esse contemplato finì per rimanere in ombra. Si sarebbe dovuta attendere l'entrata in vigore (il 1° novembre 1988) del [Protocollo n. 7 applicativo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali](#) (concluso a Strasburgo il 22 novembre 1984) affinché un tale principio ricevesse un più ampio seguito, grazie alla previsione in forza di cui "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" (art. 4) (corsivi nostri).

Anche se poi, il fatto che, a tutt'oggi (a differenza di altre norme convenzionali), un tale atto non abbia ancora formato oggetto di ratifica da parte di importanti Stati membri del Consiglio d'Europa (Germania, Belgio, Paesi Bassi e Regno Unito)<sup>9</sup> e che sul divieto di "*bis in idem*" continuino a pendere le riserve di alcuni Stati firmatari (segnatamente, di Francia, Germania, Austria, Portogallo e della stessa Italia<sup>10</sup>) può dirsi prova della molta strada ancora da percorrere – non certo, come si diceva, sul riconoscimento del valore di un tale principio in quanto tale, ma – con riguardo ad una effettiva sua condivisione, sul piano europeo.

Vedremo che nel tempo si è registrato un certo mutamento di prospettiva in materia, se si pensa che la Commissione europea dei diritti umani aveva negato la possibilità di ricavare il principio del *ne bis in idem* dall'art. 6 CEDU (v. ad es., [Commiss., 13 luglio 1970, appl. n. 4212/69](#)) ... laddove oggi, in un quadro pur certamente non privo di criticità, sono state soprattutto e proprio le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo ad implementare un siffatto principio, dando ad esso progressivamente forma, nei modi che qui appresso vedremo, con esiti tanto apprezzabili quanto certamente perfettibili.

## **3. La definizione della natura (penale) dell'accusa a Strasburgo**

Venendo, dunque, ad esaminare la giurisprudenza resa a Strasburgo in materia, può osservarsi come la Corte abbia agito con cauta determinazione e paziente dedizione, finendo per comporre, tassello dopo tassello, un quadro che sebbene non venga unanimemente reputato del tutto ponderato e perspicuo<sup>11</sup>, risulta, comunque, come vedremo, per certi versi, maggiormente "compatto" rispetto a

---

<sup>9</sup> Si riprendono qui, sviluppandole, le riflessioni contenute in P. COSTANZO, [Le principe "non bis in idem": concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?](#), in questa [Rivista](#), 2015/II, 554 ss.

<sup>10</sup> Così, in una lettera datata 7 novembre 1991 consegnata al Segretario Generale, al momento del deposito dello strumento di ratifica, il 7 novembre 1991 la Repubblica italiana ha dichiarato che "gli articoli 2-4 del protocollo si applicano solo ai reati, le procedure e le decisioni qualificati come penale dalla legge italiana". E' il caso, comunque, di anticipare come di una tale riserva del nostro Paese abbia avuto modo di occuparsi di recente la stessa Corte Edu nel [caso Grande Stevens](#) (v. Corte Edu, II sez., 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10), su cui porteremo l'attenzione, *infra*, al §3) rilevando che «l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non sono qualificati come "penali" dalla legge italiana» e che tuttavia «una riserva che non invoca né indica le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'articolo 4 [del Protocollo n. 7](#)» non offrendo «sufficienti garanzie che non andrà oltre le disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente», «non soddisfa le esigenze dell'articolo 57 §2 della Convenzione», deducendone «la nullità della riserva» stessa «senza che sia necessario esaminare se siano state rispettate le altre condizioni formulate nell'articolo 57».

<sup>11</sup> Significativa, ad un tale riguardo, l'opinione dissenziente resa di recente dal giudice Wojtyczek nella decisione della Corte Edu, 17 febbraio 2015, *Boman v. Finland*, ric. n. 41604/11, in cui, dopo essersi considerato come «*The ne bis in*

quello realizzato dai giudici di Lussemburgo e volto tendenzialmente ad ampliare le garanzie contenute nella già citata norma del [Prot. n. 7 alla Convenzione](#) ... il quale, tuttavia, come vedremo, proprio a causa di una tale sua “inflexibile durezza” potrebbe necessitare oggi, a seguito dell’impatto che sta avendo sugli altri sistemi ordinamentali, di un qualche ripensamento, o viceversa ...

Tra le prime questioni che sono state portate all’attenzione della Corte Edu, vi è stata quella concernente la qualificazione della natura delle accuse – e delle relative decisioni – nei confronti di determinati soggetti all’interno degli Stati membri del Consiglio d’Europa. A tale riguardo, la Corte si è orientata da subito verso i propri precedenti (all’epoca già consistenti) relativi alle nozioni di “accusa penale” e di “pena” di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione<sup>12</sup>, finendo così per applicare, anche in punto di *ne bis in idem* i tre parametri elaborati negli anni Settanta nell’ambito del [caso Engel](#) (e per ciò noti come “criteri Engel”)<sup>13</sup>, senza che una tale scelta sia stata più messa in discussione. Pertanto, a tutt’oggi, a Strasburgo, è a tali parametri che, al fine di appurare la natura specialmente penale di determinate accuse e delle relative norme procedurali, si fa riferimento, procedendosi, di norma, al loro esame in via alternativa, anche se la Corte stessa ha lasciato a se medesima impregiudicata la possibilità di utilizzarli cumulativamente quando utile e necessario<sup>14</sup>.

Il “primo criterio Engel”, costituito dalla verifica della qualificazione formale dell’infrazione (ad es. come penale o come amministrativa) da parte del diritto interno agli Stati, lungi dal risultare dirimente, rappresenta, semmai, nella giurisprudenza della Corte, un semplice punto di partenza, idoneo a fornire, al più, «indicazioni» di «valore relativo»<sup>15</sup>, nell’ambito di un percorso valutativo di cui artefice si reputa (ed è) in via esclusiva, lo stesso giudice di Strasburgo<sup>16</sup>. Conferma di ciò è rinvenibile nell’ormai famosa pronuncia relativa al [caso Grande Stevens](#)<sup>17</sup>, nell’ambito del quale la Corte ha condannato l’Italia, ravvisando una violazione delle norme convenzionali, pur constatando che «le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti non costitui[vano] un reato di natura penale nel diritto italiano»<sup>18</sup>.

Sempre in vista di determinare il carattere delle infrazioni nelle diverse fattispecie, in applicazione del “secondo criterio Engel”, viene in rilievo la “cerchia” dei destinatari delle sanzioni, deponendo, di regola, a favore di una qualifica di tipo amministrativo la presenza di norme “particolari e concrete” di cui sono destinatari solo determinati gruppi o soggetti ed, al contrario, per il riconoscimento della loro natura penale il fatto che le norme siano contenute in disposizioni “generalì ed astratte”<sup>19</sup>. Soprattutto, sempre in quest’ottica, oltre alla verifica della classificazione di procedimenti analoghi negli altri Stati membri del Consiglio d’Europa (v. il caso [Öztürk c. Germania](#)<sup>20</sup>), tutt’altro che marginale risulta l’accertamento della funzione repressiva/dissuasiva della norma sanzionatoria stessa (v., ancora, il dianzi menzionato [caso Öztürk](#)).

Specie, poi, nella giurisprudenza più recente, rileva l’importanza della verifica della tipologia delle norme messe “tradizionalmente” in campo dai legislatori per la tutela dei beni giuridici riguardati,

---

*idem principle is a fundamental guarantee of justice in criminal law», e che «The interpretation and proper application of this principle are issues of the utmost complexity», si constata con rammarico «that the case-law of the Court pertaining to Article 4 of Protocol No. 7 is neither consistent nor clear, and that many important legal questions arising from this provision have been left without satisfactory answers».*

<sup>12</sup> V., in partic., Corte EDU, [Maresti c. Croazia](#), II sez., del 25 giugno 2009, ric. n. 55759/07, §56 e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>13</sup> V. Corte EDU, [Engel e a. c. Paesi Bassi \(Plen.\)](#), 8 giugno 1976 (ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §82; nonché, successivamente, *ex multis*, [Öztürk c. Germania](#), 21 febbraio 1984; [Lauko c. Slovacchia](#), 2 settembre 1998; e [Jussila c. Finlandia](#), Gr. Ch. del 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01.

<sup>14</sup> V., al proposito, la Corte Edu nel [caso Grande Stevens c. Italia](#), cit., §94.

<sup>15</sup> V. Corte Edu, [Öztürk c. Germania](#), cit., § 39, nonché, ancora, in [Grande Stevens c. Italia](#), §95.

<sup>16</sup> V. Corte Edu, [Engel c. Paesi Bassi](#), cit. nonché, ancora, in [Grande Stevens c. Italia](#), cit.

<sup>17</sup> V. lo *supra* alla nota 10.

<sup>18</sup> In tal senso, v., in precedenza, tra le altre, [Öztürk c. Germania](#), cit., §52, e [Menarini Diagnostics S.r.l.](#), cit. §39.

<sup>19</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte EDU, [Öztürk c. Germania](#), cit., §53, e [Lauko c. Slovacchia](#), cit. §58.

<sup>20</sup> V. Corte Edu, [Öztürk c. Germania](#), cit.

ricorrendosi, se del caso, ad una analisi di tipo comparatistico<sup>21</sup>. Così, nella già menzionata decisione [Grande Stevens](#), la Corte ha dato rilievo al fatto che «le disposizioni la cui violazione [era] stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire» interessi generali della società «normalmente tutelati dal diritto penale». Inoltre, a Strasburgo non si è nemmeno trascurata la questione tanto antica quanto attuale, dello scopo ultimo delle sanzioni, tendendosi, in linea, peraltro, con le più moderne teorie della “funzione della pena”, ad escluderne la natura penale, qualora ne risulti dimostrata la sola finalità risarcitoria (e non, come si diceva, preventiva e repressiva)<sup>22</sup>. Pertanto, è stato anche su questa base che, nel ridetto [caso Grande Stevens](#), si è giunti ad identificare come di natura penale le norme sanzionatorie.

Il “terzo criterio *Engel*” è volto ad appurare l’“entità” (in termini di portata afflittiva) della sanzione, per cui centrale è il dato costituito dal massimo edittale della pena, sancito (in astratto) dal legislatore. In una tale prospettiva, là dove sia prevista la comminazione di pene di tipo detentivo, il carattere penale della sanzione risulta, da parte della Corte, del tutto presunto e confutabile solo in via del tutto eccezionale<sup>23</sup>. Anche la previsione tuttavia di pene pecuniarie non pregiudicherebbe la possibilità di qualificare le sanzioni come di tipo penale in quei casi in cui risulti, comunque, possibile procedere all’irrogazione di pene detentive sostitutive o all’iscrizione nel casellario giudiziale<sup>24</sup>. Inoltre, ancor più decisiva sarebbe la valutazione, da parte della Corte stessa, del livello di “afflittività” della sanzione, non importa se solo di carattere pecuniario (v., ancora, il [caso Grande Stevens](#), in linea, come si dirà appresso, con una certa giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea<sup>25</sup>).

#### **4. I divieti della stessa infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati (l’“idem”) tra ambito Edu e nazionale.**

Circa la sussistenza dell’“idem” (le condizioni, cioè, per aversi a che fare con “un’infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati”), mentre in passato la Corte Edu era parsa talora propendere per l’adozione di un approccio di tipo formale, col ritenere che il divieto in questione andasse riferito a comportamenti qualificati identicamente dalle norme sanzionatorie nazionali<sup>26</sup>; attualmente per lo stesso giudice rileva che le sanzioni siano state applicate ai medesimi fatti (per cui, come è stato osservato «in relazione al divieto di punire due volte il medesimo fatto, di cui al [protocollo n. 7 alla CEDU](#)», la stessa risulta fare «ormai unicamente riferimento all’identità dei fatti e non anche all’identità del bene giuridico tutelato»<sup>27</sup>). E’ stato, infatti, nel 2009, col [caso Zolotukhin](#) che la Corte Edu ha stabilizzato in questo senso – ampliativo della portata del divieto – la propria giurisprudenza<sup>28</sup>, ponendosi con ciò in linea, come meglio si vedrà nel prosieguo, con una certa tendenza rilevabile a

<sup>21</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#) (Gr. sez.), 10 febbraio 2009, ric. n. 14939, §55; e [Maresti c. Croazia](#), cit. §59.

<sup>22</sup> Cfr., ad es., sul punto, Corte EDU, [Jussila c. Finlandia](#), cit., 38.

<sup>23</sup> Cfr., ad es., al riguardo (oltre alla decisione relativo al [caso Engel](#), cit. §82), le pronunce della stessa Corte EDU [Zolotukhin c. Russia](#), cit. §56; [Žugić c. Croazia](#), I sez., 31 maggio 2011, ric. n. 3699/08, §68; e [Ezeh e Connors c. Regno Unito](#), Gr. sez., 9 ottobre 2003, Ricc. nn. 39665/98 e 40086/98, §126.

<sup>24</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte EDU, [Žugić c. Croazia](#), cit., §68.

<sup>25</sup> Ci si riferisce, per la precisione, a Corte di Giustizia, sez. III, sent. 23 dicembre 2009 in [C-45/08, Spector Photo Group NV c. Commissie voor het Bank, Financier en Assurantiewezen \(CBFA\)](#).

<sup>26</sup> V., ad es., Corte EDU, sez. III, [Franz Fischer c. Austria](#), 29 agosto 2001, ric. n. 37950/97; Id., [Sailer c. Austria](#), 6 giugno 2002, ric. n. 38237/97; e Id., [Ongun c. Turchia](#), 23 settembre 2009, ric. n. 15737/02.

<sup>27</sup> Secondo quanto osservato, in seno all’ordinamento eurounitario, dall’Avvocato generale Juliane Kokott nelle Conclusioni presentate il 15 dicembre 2011, in [C-489/10, Łukasz Marcin Bonda](#), al §80.

<sup>28</sup> In particolare, nell’occasione, la Corte è stata *tranchante* nel chiarire che «l’article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes», e che «La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contreve-

Lussemburgo (tanto da arrivare persino a riproporre talune formulazioni lessicali della Corte di giustizia...<sup>29</sup>), ovvero accantonando il suddetto criterio della qualificazione giuridica del fatto per conferire rilievo esclusivamente all'identità dei fatti e alle «*decisions [...] based on the same conduct*<sup>30</sup>». Va peraltro rilevato che, nel frattempo, in Italia le due più alte Corti si erano già orientate in questo senso: è stata la stessa Corte costituzionale, infatti, nel trattare dei conflitti fra giudicati, a chiarire che il «medesimo fatto» deve essere «inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete», avvertendo come, del resto, «anche ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l'identità del “fatto” sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi 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» (Corte cost. sent. n. 129 del 2008).

Spostando ora la nostra attenzione sul profilo del cd. “bis” (ovverosia, il divieto di un secondo giudizio) v'è subito da rilevare come la portata del divieto risulti valutata non solo con riguardo al piano delle sanzioni irrogate ma, già prima, a quello processuale «poiché l'articolo 4 del [Protocollo n. 7](#) enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione<sup>31</sup>». Più precisamente, il divieto entra in gioco nel caso in cui venga avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione – si osservi, indifferentemente di assoluzione o di condanna<sup>32</sup> – risulti esser (già) passata in giudicato (mentre non rileva la contestuale pendenza di due processi/procedimenti). In ciò si è vista una «metamorfosi concettuale del principio del *ne bis in idem*» dovuta al progressivo superamento di qualsivoglia visione limitativa del significato dell'antica regola secondo cui “*nemo debet bis vexari pro eadem causa*” ... nonché, specie da parte della dottrina penalistica<sup>33</sup>, una concausa della progressiva presa di rilievo, anche sul piano internazionale, della litispendenza, a detrimento – se non del tramonto – dello stesso “mito del giudicato” quale baluardo della stabilità dei giudizi<sup>34</sup> e dei relativi istituti giuridici (partic., definitività

---

*nant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées»* (v. Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#), §§82 e 84.

<sup>29</sup> In particolare, secondo l'Avvocato generale Juliane Kokott a Strasburgo si sarebbe cominciato ad utilizzare «formulazioni del tutto simili» a quelle elaborate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea «per descrivere che cosa si debba intendere per identità dei fatti» (v. le Conclusioni dell'8 settembre 2011, rese nel [caso C-17/10, Toshiba Corporation e altri](#), §121).

<sup>30</sup> Così, la Corte EDU, già nella lontana decisione del 23 ottobre 1995, resa nel caso [Gradinger c. Austria](#) (ric. n. 15963/90), §55, secondo un'interpretazione dell'art. 4 del Prot. n. 7 – come divieto «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» –, (ri)presentata, da ultimo, nella ridetta decisione relativa al caso [Grande Stevens](#), cit., al §219.

<sup>31</sup> V., ad es., Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#), cit. §83.

<sup>32</sup> V., ad es., in tal senso, Corte Edu, 3 ottobre 2002, ric. n. 48154/99, [Zigarella c. Italia](#); nonché, Id., 30 aprile 2015, [Kapetanios et autres c. Grèce](#), ric. nn. 3453/12, 42941/12 et 9028/13.

<sup>33</sup> Cfr., sul punto e per una più ampia ricostruzione della vicende in ambito penal-internazionalistico, L. LUPÁRIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, 2012, 2, 73 e ss., 91 e ss.; il tema del *ne bis in idem* costituisce inoltre oggetto di attenzione nell'osservatorio di [www.penalecontemporaneo.it](#).

<sup>34</sup> Per un caso in cui è stata ravvisata la violazione del divieto in presenza di un reato “prescritto”, v., ad es., Corte EDU, 18 ottobre 2011, [sent. Tomasovic c. Croazia](#), ric. n. 53785/09; a diverse conclusioni, invece, la Corte è arrivata «*dans le cadre des mesures d'amnistie*», nella dec. 27 maggio 2014, [Margus c. Croatie](#), ric. n. 4455/10, non senza probabilmente che su di un siffatto esito abbia inciso la considerazione «*que les mesures d'amnistie sont désormais généralement considérées comme inacceptables, en tant que contraires à l'obligation des États de poursuivre et de punir les auteurs des violations graves des droits de l'homme*» (così A. PETROPOULOU, *Les mesures d'amnistie, le principe de ne bis in idem et l'évolution du droit international*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, 437).

Con più ampio riguardo al concetto di “provvedimento definitivo”, peraltro, il giudice di Strasburgo, ha avuto modo di recente di considerare «*that the aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a ‘final’ decision. According to the Explanatory Report to Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a ‘decision is final’ if, according to the traditional expression, it has acquired the force of res judicata. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them*» (v. Corte EDU, sez. V, sent. 27 febbraio 2015, [Lucky Dev c. Sweden](#), ric. n. 7356/10, §56).

dei giudizi<sup>35</sup> ed irrevocabilità delle decisioni *ex art. 649 c.p.p.*<sup>36</sup>). È opportuno notare come la Corte costituzionale italiana abbia in via di principio avallato un siffatto *trend*. Così, ad esempio, essa ha tenuto a chiarire che, nel caso in cui il medesimo fatto abbia già costituito oggetto di un provvedimento di archiviazione, qualora venga iniziato un secondo giudizio per il medesimo fatto, il giudice ha «il dovere» di impedire la “procedibilità” dell’azione penale, ovvero «di pronunciare sentenza (a seconda delle fasi processuali, di proscioglimento o di non luogo a procedere), “enunciandone la causa nel dispositivo”», dovendosi «reputare ininfluenti che il nuovo codice, a differenza di quanto comunemente si affermava con riferimento a quello abrogato (art. 90 cod. proc. pen. del 1930), non consideri specificamente tale situazione nell’ambito dell’istituto del *ne bis in idem* (v. artt. 649, comma 1, e 648, comma 1, cod. proc. pen.)» (Corte cost. [sent. n. 27 del 1995](#)). Inoltre, il giudice costituzionale ha più di recente ravvisato la mancanza dei requisiti che legittimano l’adozione di misure cautelari disposte per il medesimo fatto per il quale l’imputato era già stato giudicato, «stante l’evidente nesso di strumentalità dell’azione cautelare rispetto all’azione penale», apparendo indubitabile, «pur se non espressamente previsto», che «ove dopo l’adozione della misura emerga che per lo stesso fatto l’indagato è già stato giudicato, la forza espansiva del *ne bis in idem* operi anche agli effetti cautelari, imponendo, quindi, l’immediata revoca della misura»<sup>37</sup>.

La stessa Consulta si è dimostrata peraltro peculiarmente sensibile ed attenta alle specificità dei vari istituti, evitando di pronunciarsi in modo *tranchant* in una materia così delicata e complessa. Basti qui menzionare sia la giurisprudenza in cui è stata censurata l’«assoluta identificazione», operata dal giudice *a quo* «quanto all’operatività del principio *ne bis in idem*, pure nell’area del procedimento esecutivo, fra pronunce positive (di accoglimento) e pronunce negative (di rigetto)», ritenendola «non del tutto correttamente prospettata perché il secondo tipo di pronuncia è comunque resa sempre *rebus sic stantibus*, finché non vengano prospettati o elementi nuovi o elementi di cui comunque non abbia tenuto conto la statuizione di rigetto, mentre solo la prima risulta in grado di divenire irrevocabile nei confronti del condannato» (Corte cost., [sent. n. 286 del 1993](#)); sia ancora la controvertibile giurisprudenza con cui sono state dichiarate illegittime le norme del codice di procedura penale nella parte in cui prevedevano l’assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone nei cui confronti fosse stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto”, divenuta irrevocabile, considerando il *ne bis in idem* una garanzia anche nei confronti della possibilità di pregiudizi derivanti dalla deposizione dello stesso dichiarante (Corte cost., [sent. n. 381 del 2006](#)).

Inoltre, anche se della giurisprudenza eurounitaria si parlerà più avanti, meritano di menzionarsi già qui per affinità di problematica le decisioni con cui, nel procedere alla comparazione delle sentenze di condanna e di assoluzione in esito al giudizio abbreviato con quelle di non luogo a procedere all’esito dell’udienza preliminare, la Consulta ha chiarito che, mentre le prime, essendo pronunciate in giudizio, sono contrassegnate dall’attributo dell’irrevocabilità, derivandone «il divieto del secondo giudizio per lo stesso fatto (v. l’art. 649, comma 1, il quale richiama il primo comma dell’ora ricordato art. 648)», le seconde, non essendo «mai in grado» di divenire irrevocabili, sono sottratte «al regime del *ne bis in idem*» (Corte cost., [sent. n. 206 del 1997](#)). Ed infatti, gli esiti dell’approccio fatto proprio dal nostro giudice costituzionale (“formale” e “di dettaglio”) presentano qualche disarmonia con la giurisprudenza (anche) di Lussemburgo, che (nel seguire un approccio “sostanziale” e “per principi ed obbiettivi”) ha invece concluso nel senso di ritenere le stesse decisioni giudiziali di non luogo a procedere idonee a recare statuizioni definitive, precludenti, in quanto tali, «salvo sopravvenienza di nuovi elementi», l’avvio di nuovi procedimenti «contro la stessa persona per i medesimi fatti in un

---

<sup>35</sup> In particolare, sui dubbi applicativi che può suscitare la verifica della definitività del giudizio in un tale rinnovato contesto, cfr. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 221 e ss.

<sup>36</sup> Cfr., sul punto, *infra*, il §5.

<sup>37</sup> A causa della mancanza dei necessari presupposti di legittimità, vale a dire l’assenza di condizioni ostative all’esercizio della relativa azione (penale e cautelare ad un tempo)»: [sent. n. 230 del 2004](#), nella di poco successiva [sent. n. 413 del 2004](#) e più di recente nella [sent. n. 233 del 2011](#).

altro Stato contraente<sup>38</sup>». Posizione, peraltro, il cui carattere assoluto è stato attenuato, da ultimo, nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, per cui il giudice interessato dall'applicazione del *ne bis in idem* «è legittimato a non applicare tale principio, avendo la facoltà, in caso di dubbio, di interrogare la Corte» in via pregiudiziale<sup>39</sup>.

### **5. Segue. Il divieto di un secondo giudizio (il “bis”).**

In punto di “divieto di un secondo giudizio”, il profilo più controverso riguarda la previsione legislativa di duplici sanzioni di diversa natura per gli stessi fatti.

La Corte Edu, infatti (specie nella propria giurisprudenza in materia di “soprattasse”, come meglio vedremo appresso), dando rilievo all'elemento di repressività-dissuasione della sanzione (più sopra menzionato), continua a dimostrarsi rigorosa col censurare la comminazione simultanea di sanzioni amministrative (in quanto ritenute “sostanzialmente” penali) e penali (*tout court*) e viceversa. Così, se nel 2012 già veniva osservato che l'articolo 4 del [protocollo n. 7 della CEDU](#) ostava «a provvedimenti che infliggono una duplice sanzione, amministrativa e penale, per gli stessi fatti, e pertanto impedisce di avviare un secondo procedimento, vuoi amministrativo, vuoi penale, quando la prima sanzione è divenuta definitiva» (Avvocato generale Pedro Cruz Villalón), di recente la stessa Corte Edu ha opinato che vi sarebbe violazione del divieto di *bis in idem* in presenza del doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo specie (ma non solo) in materia tributaria<sup>40</sup>, inducendo, peraltro

---

<sup>38</sup> V. Corte di giustizia, sent. 5 giugno 2014, in [C-398/12, M.](#) Al di là di ciò, la Corte di giustizia nella propria giurisprudenza in materia di *ne bis in idem* ha affermato che il divieto si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale mediante le quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiuda, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato «dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro», stabilita dallo stesso pubblico ministero ((v. Corte di giustizia, [Gözütok e Bruegge](#), cit.); e, parimenti, con riguardo a decisioni di giudici di Stati contraenti, pronunciate in seguito all'esercizio di azioni penali con cui soggetti imputati di determinati delitti erano stati definitivamente assolti, «in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale» (Id., [Francesco Gasparini](#), cit.). Sempre in un'ottica sensibile agli obiettivi di libera circolazione delle persone e di valorizzazione della fiducia reciproca tra gli Stati, poi, è stato chiarito che un tale principio rileva anche con riguardo a decisioni definitive di assoluzione per insufficienza di prove (Id., in [C-150/05, Jean Leon Van Straaten](#), cit.) ed a procedimenti penali avviati in Stati contraenti per reprimere fatti per i quali gli imputati erano già stati definitivamente giudicati in altri Stati contraenti, anche qualora ai sensi del diritto dello Stato in cui erano stati condannati le pene inflitte non erano potute essere direttamente eseguite per motivi procedurali (Id., sent. 11 dicembre 2008, in [C-297/07, Klaus Bourquain](#)). Ancora, rientrano nel raggio di azione del divieto le sentenze pronunciate in contumacia da autorità giudiziarie di Stati membri fuori dal territorio in cui vige la [Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen](#) (Id., in [Klaus Bourquain](#), cit.). La Corte ha fatto proprio, invece, un approccio restrittivo quanto all'applicazione del divieto in quelle pronunce in cui ha escluso l'applicabilità dell'art. 54 della Convenzione a decisioni di autorità giudiziarie di Stati membri di rinuncia ad avviare procedimenti penali «per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito» (v. Corte di Giustizia, sent. 11 marzo 2005, in [C-469/03, Filomeno Mario Miraglia](#)); ed a decisioni mediante le quali le autorità di Stati contraente, al termine di un esame nel merito delle cause loro sottoposte, avessero disposto, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estinguesse definitivamente l'azione penale e non costituisse «quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato» (Id., sent. 22 dicembre 2008, in [C-491/07, Vladimir Turansky](#)).

<sup>39</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, in [C-486/14, Piotr Kossowski](#) (a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale regionale superiore di Amburgo), §78.

<sup>40</sup> Volendo richiamare qui solo le decisioni più recenti, v. Corte EDU, 28 agosto 2014, [Nykänen c. Finland](#), ric. n. 11828/11; Id., 27 gennaio 2015, [Rinas c. Finland](#), ric. n. 17039/13; Id., 10 febbraio 2015, [Österlund c. Finland](#), ric. n. 53197; Id., 10 febbraio 2015, [Kiiveri c. Finland](#), ric. n. 53753/12; Id., [Boman v. Finland](#), cit.; Id. [Lucky Dev c. Sweden](#), ric. n. 7356/10, cit.

(soprattutto i Paesi riguardati), a considerare l'opportunità di rivedere i propri sistemi nazionali tributari e financo penali (anche in chiave eurounitaria)<sup>41</sup>.

Un tale stato di cose ha evidentemente convinto anche la nostra Corte di cassazione della necessità di riflettere sul proprio approccio alla materia, per lungo tempo incerto persino circa la deducibilità della violazione del divieto di “*bis in idem*” in sede di legittimità<sup>42</sup>, ritenendosi che si trattasse di una questione di fatto, riservata ai giudici di merito<sup>43</sup> e non un *error in procedendo*<sup>44</sup>. Più in generale, il fatto stesso che la molteplicità di binari sanzionatori sia stato considerato un dato acquisito dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>45</sup>, aiuta a capire perché proprio il *ne bis in idem* sia annoverato tra le «questioni aperte e problematiche» di maggior rilievo che sta ponendo il confronto tra il diritto interno ed il sistema convenzionale<sup>46</sup>.

In questo senso, il profilo che forse provoca le maggiori resistenze da parte dei nostri giudici di legittimità è costituito dall'adozione a Strasburgo di un approccio al principio di specialità di tipo “materiale”, con la conseguente valorizzazione delle condotte poste in essere in concreto (cd. *idem factum*) e non “astratto” (cd. *idem legale*) contrariamente alla soluzione prediletta in ambito interno<sup>47</sup>, con quanto di problematico ne consegue in vigenza di molteplici binari sanzionatori<sup>48</sup>, soprattutto nei casi in cui è la stessa normativa a qualificarsi come derogatoria al criterio di specialità<sup>49</sup> e laddove le pene accessorie si considerino alla stregua, a tutti gli effetti, di sanzioni penali<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> Cfr., al proposito, lo studio dell'OECD, *OECD Economic Surveys, Finland*, 2014, in [http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview\\_Finland\\_2014.pdf](http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Finland_2014.pdf); e quello della Commissione europea, *Tax Reforms in EU Member States 2014. Economic and Financial Affairs Tax policy challenges for economic growth and fiscal sustainability*, 2014, in [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/european\\_economy/2014/pdf/ee6\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2014/pdf/ee6_en.pdf).

<sup>42</sup> Per un'analisi approfondita della questione si rinvia al dossier elaborato dagli stessi Uffici della Corte di Cassazione, *Rel. n. 38/13*, 2013, in [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_penale\\_38\\_13.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_penale_38_13.pdf).

<sup>43</sup> V. Corte Cass., sez. V, sent. 30 marzo 1998, n. 7953 e, più recentemente, Id., 6 maggio 2011, n. 24954; Id., 10 gennaio 2013, n. 9825; Id. 11 dicembre 2012, n. 5099/13; nonché, Id., sez. III, sent. 11 maggio 2015, n. 19334 e sent. 21 maggio 2015, n. 20887.

<sup>44</sup> Ad inaugurare una tale nuovo corso può dirsi essere stata Corte di cass, sez. VI, 30 settembre 2009, n. 44484; cfr., inoltre, in senso analogo, Id. 27 novembre 2012, n. 47983; Id., 29 novembre 2012, n. 1131; e Id., 30 gennaio 2013, n. 14991.

<sup>45</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cass, sent. 8 marzo 2013, n. 37425; Id., sent. 15 maggio 2014, n. 20266; Id., 1° ottobre 2014, n. 40526; Id. 10 luglio 2014, n. 30267).

<sup>46</sup> v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 2014, 25.

<sup>47</sup> Si richiama, in proposito la giurisprudenza costituzionale in cui la Consulta non ha dato seguito alla doglianza, da parte del giudice *a quo*, secondo cui l'art. 649 c.p.p. sarebbe stato incostituzionale perché «nel fissare il principio del *ne bis in idem*», non avrebbe indicato «affatto quali siano gli elementi sulla cui base possa essere ritenuta l'identità del fatto, non potendosi, a tale fine, fare riferimento altro che alle singole norme incriminatrici» (v. Corte cost., [sent. n. 97 del 1987](#) ed anche e più specificamente, ad es., l'[ord. n. 150 del 1995](#)).

<sup>48</sup> Per una elencazione, a titolo esemplificativo, di una serie di fattispecie (in materia di infrazioni stradali, di diritto d'autore, di emissione di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, di prelievo abusivo di acque, di alimenti, di occupazione abusiva di alloggi...) in cui rileva la «(apparentemente) medesima condotta», rispetto a cui sarebbe «evidente» l'«interferenza tra il principio del *ne bis in idem*, al quale la disciplina convenzionale europea offre ampia tutela, ed il rapporto di specialità regolato secondo l'interpretazione del diritto interno», con cui, dunque, «il giudice nazionale dovrà necessariamente confrontarsi», si veda il dossier predisposto dall'Ufficio del ruolo e del massimario della v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014*, cit., 2014, 22 e ss.

<sup>49</sup> Interessante è notare come in seno alla stessa Cassazione «di fronte ad auspicati (dalla stessa Corte europea) interventi del legislatore per eliminare l'aporia messa in luce in relazione all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza CEDU» si sia proposta «una lettura» per così dire “convenzionalmente orientata” delle cd. “clausole di riserva” contenute in varie disposizioni codicistiche, tale da escludere l'operatività di ulteriori sanzioni (v. Uff mass. Corte Cass., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, cit. 27).

<sup>50</sup> Cfr., sulle «Intricate “intersezioni giurisprudenziali» fra i casi «“Grande Stevens”, *Nykänen c. Finlandia* e la condanna Mediaset» P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli, 2015, 165 e ss.

D'altro canto, l'adozione di un concetto fluido e sostanzialistico della "natura penale" delle disposizioni sanzionatorie a livello europeo (analogamente come vedremo, ai giudici di Lussemburgo)<sup>51</sup> fa riflettere chi ritenga che le norme interne, e particolarmente quelle costituzionali (art. 25 Cost.), ancorino la materia penale ad un criterio di stretta legalità formale<sup>52</sup>. La Corte costituzionale di fronte «al denunciato rischio di una duplice punizione dello stesso soggetto per il medesimo fatto, nel caso di cumulo di più qualifiche fra quelle contemplate dalla norma») ha tuttavia di recente dichiarato non fondata la questione, ritenendo i presupposti per l'applicazione della duplice sanzione "meramente teorici" e, comunque «in fatto» non sussistenti, potendo «il risultato paventato» essere «in ogni caso evitato in via interpretativa, attraverso l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale» (Corte cost., [sent. n. 118 del 2011](#)).

Allo stesso proposito, sarà interessante vedere in che modo si pronuncerà lo stesso giudice costituzionale dopo che, sciogliendo le riserve (partic., dimostrandosi implicitamente disponibili ad accertare la violazione del divieto), le sezioni quinta e tributaria della Cassazione si sono determinate a sollevare la questione di costituzionalità delle disposizioni sancenti la duplicazione punitiva amministrativa e penale in materia di *market abuse* (precisamente, dell'art. 187-ter del d. lgs. n. 58 del 1998, che configura l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato<sup>53</sup> e dell'art. 649 c.p.p., concernente il cd. "divieto di un secondo giudizio")<sup>54</sup>, per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost.

Al di là di quanto si osserverà sull'atteggiamento delle due Corti sovranazionali europee (cfr., *infra*, il §10) la considerazione, già fatta propria da parte della Consulta, dello stesso *ne bis in idem* alla stregua di un principio «fondamentale nel nostro ordinamento processuale» (v. la [sent. n. 317 del 2009](#)) potrebbe portarla a valorizzare l'opinione, anche essa già espressa, dell'impossibilità «che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno», ma che neppure può ammettersi «che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale». Se, pertanto, non è escluso «che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali» possa dalla stessa Corte «essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» (v. ancora la [sent. n. 317 del 2009](#)), al momento, la constatazione della mancanza di condizionamenti ermeneutici da parte di un "diritto vivente" in materia potrebbe indurre il medesimo giudice costituzionale a mettere mano ad una pronuncia processuale «per non avere il rimettente considerato [esso stesso] la possibilità di dare della disposizione censurata un'interpretazione conforme alla Costituzione».

Se è vero, infatti, che una certa giurisprudenza costituzionale parrebbe militare a favore della possibilità di considerare in via immediata il principio del *ne bis in idem* «in un'accezione più ampia di quella risultante dal predetto art. 649 e tale da impedire l'eventualità di procedimenti simultanei» ([ord. n. 39 del 2002](#)), altre pronunce hanno riconosciuto la centralità del ruolo dei giudici "ordinari" in una tale materia, in ipotesi normative «su cui comunque non spetta a questa Corte pronunciarsi» (ancora nell'[ord. n. 39 del 2002](#); laddove ad es., nell'[ord. n. 318 del 2001](#) la stessa non ha ritenuto essere di propria competenza «indicare la norma processuale da applicare [...] né stabilire se, nell'ipotesi di precedente sentenza di condanna per il medesimo fatto non ancora passata in giudicato, debba aversi riguardo a quanto disposto dall'art. 649 cod. proc. pen.»; e nella [sent. n. 27 del 1995](#) ha reputato

---

<sup>51</sup> Cfr., sul punto, B. VAN BOCKEL, *The Ne bis In Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. p. 174 e ss. (giurisprudenza della Corte Edu) e p. 209 e ss. (giurisprudenza della Corte di Giustizia).

<sup>52</sup> Deducendo, da ciò, l'impossibilità «che il giudice nazionale possa, in applicazione dei principi convenzionali come declinati dalla Corte europea, ritenere "sostanzialmente" penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno, al fine di rilevare il divieto del doppio giudizio per il medesimo fatto», al punto da risultare «anche difficilmente ipotizzabile il ricorso ad una questione di legittimità costituzionale che passi attraverso lo strumento dell'art. 117 Cost.» (v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014*, cit., 25).

<sup>53</sup> V. Corte Cass., sez. V pen., ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015).

<sup>54</sup> V. Corte Cass., sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015); v., inoltre, in precedenza, Id., ord. 16 ottobre 2014.

«caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione [...] quella di rendere improduttivi di effetti l'atto o l'attività preclusi», essendo «naturalmente compito del giudice quello di sancire tale inefficacia»).

In quest'ottica potrebbe rivelarsi più pervia la strada intrapresa di recente dalla quarta sezione della Cassazione, allorché non è stato ravvisato alcun problema di compatibilità dell'applicazione simultanea di duplici sanzioni con le norme convenzionali, sulla base dell'acclarata non coincidenza delle condotte che avevano portato alla loro applicazione<sup>55</sup>. Del resto, con le dovute differenze del caso, nella lontana [ordinanza n. 407 del 1990](#) era già stata la Corte costituzionale a ritenere che il sistema sanzionatorio indubbiato, concernendo «fatti distinti, benché connessi» (risultando «la prima violazione [...] colpita da una sanzione pecuniaria amministrativa» ed essendo prevista, invece per la seconda «a titolo di sanzione civile e con funzione di soprattassa, una maggiorazione degli interessi moratori») non contrastasse col principio *ne bis in idem* (dichiarando, su questa base, la manifesta infondatezza della questione).

Comunque sia, le recenti iniziative della Cassazione sembrerebbero palesare l'intento di non accontentarsi del ruolo di semplice spettatrice, candidandosi, invece ad assumere addirittura la tenuta della regia in una tale materia nel dialogo sia con le Corti europee, sia coi giudici interni. Ciò che a sua volta è tanto più importante al fine di scongiurare prese di posizioni estemporanee e diversificate con il rischio che ne risultino compromessi proprio quei valori che, col *ne bis in idem*, si è puntato fin dall'origine a tutelare, vale a dire il principio di certezza delle pene e, più in generale, di sicurezza giuridica. Del resto, la disparità di vedute nel campo è dimostrata dal fatto che, in alcuni casi, «la giurisprudenza delle Corti europee in tema di *ne bis in idem*» è parsa già incidere «concretamente»<sup>56</sup> sulla definizione del giudizio, portando i giudici ad emettere sentenze sulla base di un'interpretazione convenzionalmente orientata<sup>57</sup>; in altri casi, in cui veniva in rilievo il diritto dell'Unione (su cui porteremo l'attenzione nei prossimi paragrafi), sono state sollevate invece questioni interpretative pregiudiziali<sup>58</sup>.

Tornando su quanto sta accadendo a Strasburgo, è forse la presa d'atto dei problemi che una giurisprudenza eccessivamente rigorosa e *tranchante* può comportare<sup>59</sup> a far attenuare il rigore della posizione della Corte europea sul divieto di doppio binario sanzionatorio, col far proprio nel ridetto caso "[Grande Stevens](#)"<sup>60</sup> (e nel "[caso Kapetanios](#)"<sup>61</sup>) un approccio che, nel qualificare la natura dell'accusa, ha avuto riguardo essenzialmente alla severità della sanzione e ponendosi, così, più in linea con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo inaugurata col "[caso Spector](#)"<sup>62</sup> e consolidata nel caso "[Fransson](#)" (su cui si porterà l'attenzione più avanti)<sup>63</sup>.

---

<sup>55</sup> Più precisamente, secondo la Cassazione la sanzione amministrativa era stata comminata a seguito di talune violazioni formali nella tenuta dei registri di carico e scarico delle sostanze stupefacenti e psicotrope custodite in un ospedale, mentre la sanzione penale era stata applicata una volta riscontrata la mancata corrispondenza tra giacenza reale e contabile, al di là, dunque, della sussistenza o meno della violazione suddetta formale, ovvero, per l'appunto, per un fatto diverso (v. Corte di cassazione, sez. IV, [sent. 2 marzo 2015, n. 9168](#)).

<sup>56</sup> Secondo quanto considera N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 216

<sup>57</sup> V. Trib. di Brindisi, sez. pen., [sent. del 17 ottobre 2014](#).

<sup>58</sup> V. Tribunale di Torino IV Sez. pen., ord. 27 ottobre 2014. In dottrina, poi, non è mancato chi ha avanzato l'idea della diretta applicazione da parte degli organi giudiziari del diritto fondamentale sancito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: in tal senso, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2014, 232 e ss. e N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](#) del 9 giugno 2015, 9 e ss.; più cautamente, invece, cfr. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 215 e ss.

<sup>59</sup> Cfr., al proposito, *infra*, il §10.

<sup>60</sup> V.lo, *supra*, alla nota 10.

<sup>61</sup> V. Corte Edu, 30 aprile 2015, [Kapetanios et autres c. Grèce](#), cit.

<sup>62</sup> V. Corte di Giustizia, in C- 45/08, [Spector Photo Group NV](#), cit.

<sup>63</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 26 febbraio 2013, in C- 617/10, [Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson](#).

## 6. Il “ne bis in idem” nel diritto dell’Unione europea della concorrenza e del mercato

Venendo a considerare la posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea, si osserva che in ambito eurounitario il principio del “*ne bis in idem*” ha ottenuto riconoscimento addirittura prima che nel Consiglio d’Europa, tanto da giustificarsene, in tempi recenti, la considerazione alla stregua di un principio «fortemente radicato nel diritto dell’Unione<sup>64</sup>».

È, infatti, almeno dalla seconda metà degli anni Sessanta che il giudice di Lussemburgo ha valorizzato il principio nell’ambito della giurisprudenza sulla funzione pubblica dell’Unione<sup>65</sup> e nel campo del diritto della concorrenza<sup>66</sup>, pur con tutte le difficoltà derivanti dall’estrema fragilità della relativa base giuridica. Ma è soprattutto il settore della concorrenza quello in cui sono maggiormente percepibili le incertezze e le frizioni tra esigenze di libertà, da un lato, e tutela del mercato, dall’altro. In particolare, se si guarda alle sanzioni inflitte nel «territorio comunitario» la tendenza sembrerebbe favorevole ad un’applicazione indiscriminata del divieto di “*ne bis in idem*”, dimostrandosi una qualche attenzione a scongiurare al possibile l’eventualità «che un’impresa sia condannata o perseguita di nuovo dalla Commissione per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia già stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione della Commissione non più suscettibile di impugnazione<sup>67</sup>». Nondimeno, pur convenendosi sulla necessità, in base ad «un’esigenza generale d’equità» di «tener conto delle sanzioni che sono state già irrogate all’impresa per lo stesso fatto, qualora si tratti di sanzioni inflitte per violazione del diritto delle intese di uno Stato membro», pare, infine, a tutt’oggi prevalere l’idea dell’ammissibilità del cumulo delle norme sanzionatorie stesse, «una comunitaria e l’altra nazionale» in quei casi in cui «vi siano due procedimenti paralleli, che perseguono fini diversi», nel quadro del «sistema di ripartizione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri in materia d’intese<sup>68</sup>».

L’elemento per così dire “strutturale” che presenta le maggiori criticità è dato dall’individuazione dei presupposti a cui è soggetta l’applicazione del divieto del *bis in idem*, restando a tutt’oggi valida l’idea – fatta valere dalla Corte nel “[caso Cemento](#)” – per cui l’applicazione del divieto «di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo

<sup>64</sup> Così, l’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle proprie Conclusioni, presentate il 12 giugno 2012, relativamente al caso C- 617/10, [Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson](#), §88.

<sup>65</sup> Per la precisione, la prima applicazione del principio risale alla sentenza 15 marzo 1967 resa nel “[caso Gutmann](#)” (v. Corte di Giustizia, sez. I, in cause riunite 18/65 e 35/65), in cui, nel contesto di taluni procedimenti disciplinari a carico dei dipendenti delle Comunità europee, la Corte rilevò la necessità, al fine di potersi «escludere che due procedimenti disciplinari siano stati promossi per il medesimo complesso di fatti, noti [...] sin dall’inizio del primo e concretanti lo stesso addebito», che siffatti procedimenti non fossero avviati sulla base di motivi generici...che, cioè, potessero e possano «riferirsi a un numero indeterminato e incontrollabile di fatti riprovevoli» ma «in modo abbastanza chiaro per poterli distinguere da qualsiasi altro posteriore o anteriore» e procedere dunque allo stralcio dei documenti relativi ai (soli) secondi procedimenti disciplinari. Peraltro, una tale posizione non risulta essere stata più messa in discussione, in seguito, a Lussemburgo, essendo semmai (specialmente il Tribunale di 1° grado), intervenuto su alcuni aspetti di dettaglio, col non ravvisare, ad es., violazioni «del principio generale di diritto *ne bis in idem*» (corsivo nostro) né con riguardo al divieto «di infliggere due sanzioni per una stessa violazione», né «di avviare due volte un procedimento in relazione ad un medesimo complesso di fatti», a seguito dell’adozione di “decisioni” successive a pronunce di annullamento di altre precedenti “decisioni” della Commissione (v. Trib. di primo grado, sent. del 20 aprile 1999, [in T-305/94 e altre, LVM \(Limburgse Vinyl Maatschappij NV\) e a./Commissione](#)).

<sup>66</sup> V. Corte di giustizia, sent. del 15 luglio 1970, in [causa 45/69, Boehringer Mannheim/Commissione](#), anche se poi nell’occasione non fu riscontrata alcuna violazione del divieto in questione, ritenendosi che della sanzione controversa non si dovesse “tener conto nell’ambito del contenzioso” avviato dalle istituzioni comunitarie, essendo questa stata inflitta «per restrizioni della concorrenza verificatesi al di fuori della Comunità» (negli Stati Uniti).

<sup>67</sup> V. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, sez. II, 29 aprile 2004 in [cause riunite T- 236/01, T- 239/01, da T- 244/01 a T- 246/01, T- 251/01 e T- 252/01, Tokai Carbon Co. Ltd.](#)

<sup>68</sup> V. il dispositivo della stessa sentenza del Tribunale di primo grado, resa in [T- 236/01 e al., Tokai Carbon Co. Ltd.](#) (richiamata nella precedente nota), nonché, ad es., in precedenza, Id., sez. I, sent. del 6 aprile 1995, [Sotralentz Sa c. Commissione delle Comunità Europee, T-149/89.](#)

stesso bene giuridico» è soggetto «ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato<sup>69</sup>». In particolare, stride con la giurisprudenza di Strasburgo la condizione dell'identità del bene/interesse giuridico tutelato, trattandosi di un requisito ulteriore rispetto a quanto, come si è visto, preteso dalla Corte Edu per l'attivazione della garanzia, con la conseguenza di un abbassamento del livello della tutela del diritto (anche sul piano individuale) nello specifico settore concorrenziale.

In un quadro ricco, dunque, di chiaroscuri, sono stati soprattutto più di recente gli avvocati generali della Corte di giustizia ad auspicare il definitivo ed univoco allineamento, per così dire, “al rialzo”, della giurisprudenza in questione, affermando la necessità che «anche in sede di interpretazione ed applicazione della nozione di *idem* nell'ambito del divieto, posto dal diritto dell'Unione, di punire due volte il medesimo fatto», nel settore della concorrenza potesse «in avvenire» rilevare in modo decisivo «soltanto l'identità dei fatti», intesa come «esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro», ovvero, in altri termini ancora «degli stessi fatti o di fatti sostanzialmente uguali»<sup>70</sup>.

### **7. Segue. “Ne bis in idem” ed eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni: la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen**

Come è avvenuto, per vero non raramente, nella storia dell'Unione (anche) la conformazione del “*ne bis in idem*” da parte di norme eurounitarie di diritto positivo si deve al riconoscimento delle potenzialità di un tale divieto nel favorire, sia pur indirettamente, il conseguimento di obiettivi di libera circolazione e, di riflesso, il processo di integrazione europea, secondo un processo tendente ad autoalimentarsi, dato che la libertà di circolazione e, più in generale, la globalizzazione accrescono il rischio di duplicazioni di processi e condanne. Ci si riferisce, per la precisione, all'art. 54 della [Convenzione di applicazione dell'Accordo firmato a Schengen](#) (CAAS) il 9 giugno 1990 – che prevede che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente”, a condizione, si noti, “che, in caso di condanna, la pena *sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione* attualmente o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”<sup>71</sup>.

Un tale disposto, infatti, come ebbe a rilevare la stessa Corte di Giustizia in occasione del primo rinvio pregiudiziale sulla sua interpretazione, ha avuto proprio lo «scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri»<sup>72</sup>. Più in generale, poi, la stessa disposizione, consacrando il *ne bis in idem* come limite all'esercizio dello *ius puniendi* degli Stati membri, ed estendendone, nel contempo, la sfera applicativa alle fattispecie transfrontaliere, ha costituito un punto di non ritorno di fondamentale importanza nel processo di integrazione europea ed altresì la base per un ulteriore avanzamento della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> V. Corte di giustizia, sez. V, sent. del 7 gennaio 2004, in [C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd e al.](#)

<sup>70</sup> Così, l'Avvocato generale Juliane Kokott, si noti, nelle stesse Conclusioni relative al “[caso Toshiba](#)” più sopra menzionato, in cui rileva un certo allineamento della giurisprudenza di Strasburgo a quella di Lussemburgo nella definizione della nozione di “*idem*”, con riguardo a settori diversi rispetto a quello della concorrenza (v., al proposito, *supra*, la nota 29).

<sup>71</sup> Cfr., al riguardo, E. SHARPSTON, J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *Some reflection on Schengen Free Movement Rights and the Principle of the “ne bis in idem”*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2008, 413 e ss.

<sup>72</sup> V. Corte di Giustizia, sent. 11 febbraio 2003, in [C-187/01 e C 385/01, Gözütok e Bruegge](#).

<sup>73</sup> Cfr., sul punto, J. VERVAELE, “*Ne bis in idem*”: verso un principio costituzionale transnazionale in UE? in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2014, 46 e ss.

Anche qui, è stato chiesto, tra le prime cose, alla Corte di chiarire se, per la definizione dei «medesimi fatti» (l'«*idem*»), rilevasse, secondo l'approccio meno garantista (seguito nel campo della concorrenza), la qualificazione delle condotte anche nei sistemi penali nazionali o se, invece, secondo un'accezione più favorevole all'estensione del divieto, bastasse la sola identità dei fatti materiali all'origine della sanzione stessa. Ed è significativo che, con Schengen, a differenza del campo della concorrenza, il giudice di Lussemburgo abbia optato per l'approccio più favorevole ai diritti individuali. Più precisamente, è stata la considerazione degli «ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen», che l'applicazione del «criterio dell'identità dell'interesse giuridico tutelato» avrebbe provocato («essendo tale interesse variabile da uno Stato contraente all'altro»), a portare la Corte a ritenere che il solo «criterio pertinente» ai fini dell'applicazione dell'art. 54 predetto dovesse (e debba) essere «quello dell'identità dei fatti materiali»<sup>74</sup>.

In questo contesto, il dato «strutturale» maggiormente problematico è risultato e a tutt'oggi risulta essere costituito dalla cd. «condizione supplementare» contenuta nell'art. 54 in questione relativa all'«esecuzione della pena», dato che, col rendere le relative garanzie di più difficile attivazione, essa finisce per abbassare il livello di tutela del divieto stesso, in contraddizione con Strasburgo. Così, quasi a rivelare la delicatezza della situazione, di recente, la stessa Grande sezione della Corte ha ritenuto necessario prendere una posizione di chiaro sostegno a favore della compatibilità di una tale clausola con la [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#) (su cui si tornerà a portare l'attenzione più avanti), valorizzandone, particolarmente, l'attitudine a scongiurare il rischio che soggetti condannati restino impuniti in caso di mancata esecuzione della sanzione inflitta in un determinato Stato contraente, «per l'aver lasciato il territorio dello Stato di condanna» (inoltre, l'occasione è stata propizia alla Corte per precisare l'inidoneità del «solo pagamento della sanzione pecuniaria penale» a soddisfare la stessa «condizione di esecuzione»)<sup>75</sup>.

## 8. Segue. *Il ne bis in idem nel quadro del mandato di arresto europeo*

In attesa, dunque, di vedere come evolverà la situazione sul versante da ultimo esaminato, è opportuno osservare ora come il suddetto art. 54 abbia ripreso, riproponendolo da un particolare punto di vista, quanto già in precedenza contenuto nella [Risoluzione del Parlamento europeo](#) sull'applicazione nella Comunità europea del principio «*non bis in idem*» in materia penale (del 16 marzo 1984) e dalla [Convenzione tra gli Stati membri delle comunità europee](#), relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem* (del 25 maggio 1987, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge 6 ottobre 1989 n. 350). Sarebbe stato poi l'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (oggi confermato dall'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) a dare più ampio respiro alla materia, sancendo la competenza dell'Unione europea ad adottare misure intese a «prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri».

Con più specifico riguardo al tema del «*ne bis in idem*» un tale principio è stato consolidato innanzitutto dalla [Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee](#) del 26 luglio 1995 (art. 7); e, in seguito, dalla [Convenzione «relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea»](#) del 26 maggio 1997 (art. 10).

Nel percorrimento di questa strada, si è arrivati alla [Decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio](#) (del 13 giugno 2002) relativa al «mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati

<sup>74</sup> Secondo quanto affermato dalla Corte di Lussemburgo, oltre che nella menzionata pronuncia resa in [C-87/01 e C-385/01, Gözütok e Bruegge](#), *ex multis*, nella sent. 28 settembre 2006, in [C-150/05, Jean Leon Van Straaten](#); nella sent. 18 luglio 2007, in [C-367/05, Norma Kraaijenbrink](#); e nella sent. 28 settembre 2006, in [C-467/04, Francesco Gasparini](#). Nella sent. del 9 marzo 2006, poi, resa in [C-436/04, Leopold Henri Van Esbroeck](#) rilevano particolarmente gli «ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen» che l'applicazione del «criterio dell'identità dell'interesse giuridico tutelato» produrrebbero «essendo tale interesse variabile da uno Stato contraente all'altro» (§§32 e 35).

<sup>75</sup> V. Corte di giustizia (Gr. Sez.), sent. 27 maggio 2014, in [C-129/14 PPU, Zoran Spasic](#).

membri”, che prevede tra i “motivi di non esecuzione” obbligatoria e facoltativa, per l’appunto, del mandato di arresto europeo da parte dell’autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione, che la persona ricercata sia già stata giudicata “con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna” (v., rispettivamente, l’art. 3 p. 2 e l’art. 4 p. 5).

Tralasciando qui altre complesse discussioni e tentativi di codificazione, magari al ribasso, l’efficacia del principio di “*ne bis in idem*” nei procedimenti penali nell’ambito del più ampio tema dei conflitti di giurisdizione ha costituito oggetto di analisi da parte della Commissione europea in un importante [Libro Verde](#) del 23 dicembre 2005, sulla cui base è stata adottata la [decisione quadro 2009/948/GAI](#) “sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali”. In essa, tra l’altro, si è ribadito l’“obiettivo” di “promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità competenti di due o più Stati membri che conducono un procedimento penale ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia”, e, in particolare, di “prevenire situazioni in cui la stessa persona sia oggetto, in relazione agli stessi fatti, di procedimenti penali paralleli in Stati membri diversi, che potrebbero dar luogo a una decisione definitiva in due o più Stati membri e costituire in tal modo una violazione del principio ‘*ne bis in idem*’” (v. l’art. 1 del Capo, recante i “principi generali”). Anche se poi la mera programmaticità di tali previsioni ha finito per lasciare impregiudicate le norme contenute nella più datata [Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen](#) così come interpretate dalla Corte di giustizia (di cui *supra*).

La Corte di Lussemburgo è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla portata della sopramenzionata [Decisione-quadro 2002/584/GAI](#) nell’ambito del noto “[caso Mantello](#)”. Nell’occasione è parsa evidente la volontà della Corte di rifarsi all’interpretazione del “*ne bis in idem*” già fornita per la [Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen](#), in considerazione non solo e non tanto «dell’identità del tenore e della analogia degli oggetti», quanto, soprattutto, «dell’obiettivo comune [...] consistente nell’evitare che una persona venga nuovamente perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti», ricavandone che ai «fini dell’emissione e dell’esecuzione di un mandato di arresto europeo, la nozione di “stessi fatti” contenuta nella decisione quadro costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione»<sup>76</sup>.

È stato, poi, muovendo dall’interpretazione della nozione di “stessi fatti” (cd. “*idem*”) come riguardante la sola identità dei fatti materiali che la Grande Sezione ha ricavato l’obbligo per le autorità giudiziarie di esecuzione, qualora giungano a conoscenza dell’esistenza, in uno Stato membro, di una sentenza definitiva per gli “stessi fatti” oggetto del mandato di arresto europeo di «rifiutare l’esecuzione del mandato d’arresto medesimo, a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna» (ex art. 3, n. 2, della decisione-quadro)<sup>77</sup>. Pertanto, può dirsi che la nozione di «stessi fatti» sia oggi interpretata, specie dopo la presa di vigore della [Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea](#) (di cui *infra*)<sup>78</sup>, alla stregua della nozione di «medesimi fatti» di cui all’art. 54 della [Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen](#).

Sempre secondo la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo, poi, il carattere “definitivo” di una sentenza «rientra», invece (a differenza della nozione di “stessi fatti”) «nella sfera del diritto dello Stato membro in cui tale sentenza è stata pronunciata», deducendo da ciò che una decisione che, secondo il diritto dello Stato membro, che ha avviato un procedimento penale, non estingue definitivamente l’azione penale non possa, in linea di principio, «produrre l’effetto di costituire un ostacolo

<sup>76</sup> V. Corte di giustizia, Gr. sez., sent. 16 novembre 2010, in C- 261/09, [Gaetano Mantello](#).

<sup>77</sup> V. Corte di giustizia, in C- 261/09, [Gaetano Mantello](#), cit.

<sup>78</sup> Cfr., *amplius*, sul punto C. AMALFITANO, *Il principio del “ne bis in idem” tra CAAS e Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, 3889 e ss.

procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato membro dell'Unione»<sup>79</sup>.

### 9. Il “ne bis in idem” e la [Carta dei diritti fondamentali](#)

Giunti a questo punto, si deve finalmente prendere in considerazione la consacrazione del “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato”, da parte dell'art. 50 della già evocata [Carta dei diritti fondamentali](#) dell'Unione, che prevede che nessuno possa “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”.

Guardandosi alle spiegazioni della disposizione, se ne ricava che «corrisponde all'*acquis* del diritto dell'Unione» che la regola del “*ne bis in idem*” – la quale, si precisa, si riferisce al cumulo di due sanzioni della stessa natura, nelle fattispecie penali» – debba essere applicata non solo all'interno della giurisdizione degli Stati, «ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri» e, cioè, «nel diritto dell'Unione». Inoltre, le eccezioni «molto limitate» per le quali è consentito agli Stati membri di derogare ad una tale normativa «sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni»; e, per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del [protocollo 7 alla Convenzione Edu](#) («vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro»), il diritto garantito «ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU».

Peraltro, tutt'ora non completamente risolto, alla luce dei contrasti giurisprudenziali determinatisi, sembra il problema della sorte delle riserve nazionali restrittive del principio del *ne bis in idem* apposte all'Accordo di Schengen (pur se un certo tipo di soluzione sia stato proposto, da ultimo, dell'Avvocato generale Yves Bot, col ritenere tali riserve certamente invalide, se riferite a reati identici, oppure inutili, se riferite a reati diversi, laddove la diversità dovrebbe anche apprezzarsi per la diversa intensità con la quale lo stato interessato considera il movente al cospetto di condotte materiali identiche<sup>80</sup>), da un lato, e quello delle mancate ratifiche del protocollo quando esso possa trovare applicazione nei confronti di un diritto nazionale attuativo dell'UE, dall'altro; anche se sembrerebbe più sensato ritenere che l'art. 50 della Carta abbia assorbito “interamente” il principio.

Ad oggi, con la proclamazione e, poi, soprattutto, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al *ne bis in idem* può riconoscersi (oltre che “lo *status* di principio generale di diritto dell'Unione”<sup>81</sup>, financo) rilievo costituzionale nell'Unione medesima, rappresentando «un diritto fondamentale insito nell'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri, in quanto principio intrinseco alla nozione di Stato di diritto e espressamente sancito nella Carta<sup>82</sup>» valevole,

---

<sup>79</sup> V., ancora, Corte di giustizia, in C- 261/09, [Gaetano Mantello](#), richiamandosi, per analogia, la pronuncia del 22 dicembre 2008 della sez. VI della stessa Corte di Giustizia, in C- 491/07, [Vladimir Turanský](#). Su questa stessa problematica, v., da ultimo, le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, in C-486/14, [Piotr Kossowski](#), cit. §§69 e ss.

<sup>80</sup> V. le Conclusioni citate nella nota precedente, §§45 e ss., dove, in particolare, l'invalidità sarebbe sopravvenuta per effetto del contrasto con l'art. 50 della [Carta dei diritti fondamentali](#) dell'Unione europea, che non tollerebbe questo tipo di riserve. Più in particolare, dal momento che la giurisprudenza della Corte e la Carta consentirebbero di garantire il rispetto della differenza sostanziale tra i reati, permettere «ad uno Stato membro di eludere il principio del *ne bis in idem* in situazioni diverse equivarrebbe a svuotarlo di ogni contenuto e rimetterebbe in discussione il sistema su cui si fonda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia»: in tal senso, allora, la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS non rispetterebbe il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* quale enunciato dall'articolo 50 della Carta, dovendo, dunque, essere dichiarata invalida (sulla “funzione parametrica” della Carta, sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2013, 119 e ss.).

<sup>81</sup> Cfr., al proposito, *supra*, la nota 65.

<sup>82</sup> Trattasi di quanto osservato l'Avvocato generale Yves Bot nelle Conclusioni presentate il 7 settembre 2010, in C- 261/09, [Gaetano Mantello](#).

come tale, non solo nell'ambito di settori determinati, com'è stato in passato, ma dalla portata tendenzialmente generale, sia pur sempre, s'intende, nell'ambito delle competenze attribuite all'Unione<sup>83</sup>. Più nello specifico, può osservarsi come, con riguardo al profilo dell'"*idem*", la Corte, soprattutto per il livello nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, tenda a seguire la concezione estensiva del principio dando rilievo esclusivamente al requisito dell'identità dei fatti materiali.

Può pertanto considerarsi come sia solo nell'ambito del settore della concorrenza che si continua ad esigere la triplice condizione di identità dei fatti, identità del contravventore ed identità dell'interesse giuridico tutelato<sup>84</sup>. Una tale situazione non ha mancato di suscitare reazioni perplesse in seno alla Corte stessa, ritenendosi una «tale variabilità nell'interpretazione e nell'applicazione del principio del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico» non solo nociva per l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione; ma, altresì, allo stato, inammissibile, data l'«importanza basilare di tale principio quale principio portante del diritto dell'Unione, fornito del rango di diritto fondamentale», ricavandosene che, per la determinazione del contenuto garantistico del principio del *ne bis in idem*, come ora formulato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, dovrebbero valere, in tutti i settori del diritto dell'Unione, i medesimi criteri<sup>85</sup>.

In questo senso, è stata rilevata altresì la mancanza di motivi oggettivi per sottoporre, in materia di concorrenza, il principio del *ne bis in idem* a condizioni diverse rispetto alle altre materie; mirando anzi esso, anche qui, ad assicurare la libera circolazione nel territorio dell'Unione quale «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e a migliorare e ad agevolare le attività commerciali delle imprese nel mercato interno e, in definitiva, a creare condizioni di concorrenza uniformi in tutto il SEE (cosiddetto "*level playing field*")<sup>86</sup>. Del resto, la considerazione di un tale stato di cose aveva già portato a suggerire «quindi, alla Corte di dichiarare che la nozione di 'stessi fatti' di cui all'art. 3, n. 2, della decisione quadro, in assenza di richiamo al diritto degli Stati membri quanto al suo contenuto e conformemente a una giurisprudenza costante, deve costituire l'oggetto di un'interpretazione uniforme in seno all'Unione europea», non essendovi, d'altra parte, alcun elemento che faccia pensare ad una possibile disponibilità della Corte di Strasburgo a fornire ad un tale principio nella specifica materia della concorrenza una portata garantistica meno ampia rispetto agli altri settori di competenza del diritto dell'Unione<sup>87</sup>.

Nonostante questi problemi, è ancora l'altro profilo a presentare le maggiori criticità, ossia quello del cd. "*bis*", e, cioè, le condizioni alle quali si può affermare la sussistenza di un procedimento di natura penale o quasi penale (a cui ricollegare il divieto di accostarne un secondo). In linea di massima, può dirsi che la Corte, nel rifarsi in genere alla sopra citata "[giurisprudenza Engel](#)" della Corte di Strasburgo, continua a fare riferimento, da un lato, alla tipologia delle infrazioni contestate, e, dall'altro, agli obiettivi del regime sanzionatorio riguardato. Tuttavia, si nota, nel complesso, un approccio più casistico che sistematico. Così, a fronte di fattispecie in cui, soprattutto in materia di concorrenza, si era ammessa la natura materialmente «penale» delle sovrattasse applicate al fine di garantire l'esecuzione del diritto dell'Unione, varie sono state le decisioni di segno diverso, specialmente nell'ambito del settore agrario, in ragione, ad es., della riscontrata sussistenza di sanzioni volte a rimediare semplici irregolarità e/o di sanzioni consistenti nel diniego di erogazioni di incentivi economici. Laddove è stata proprio la considerazione dell'importanza della natura penale della sanzione, al fine dell'applicazione del divieto di *bis in idem* nell'area europea, a portare la Grande Sezione,

<sup>83</sup> Così, la Corte di giustizia, con l'ordinanza del 15 aprile 2015 resa nell'ambito del "[caso Burzio](#)", ha dichiarato la propria manifesta incompetenza – e conseguentemente l'inapplicabilità del divieto di "*bis in idem*" previsto dalla Carta – relativamente ad una questione concernente il mancato versamento di ritenute alla fonte relative all'imposta sul reddito.

<sup>84</sup> Cfr., al proposito, *supra*, il §3.

<sup>85</sup> Così l'Avvocato generale Juliane Kokott nella Conclusione dell'8 settembre 2011, rese nel "[caso C-17/10, Toshiba Corporation e altri](#)", §117.

<sup>86</sup> *Ibidem*, al §118.

<sup>87</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate, in C- 261/09, "[Gaetano Mantello](#)", cit.

ancora di recente, a «ricordare» che «non hanno natura penale sanzioni, quali l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un regime di aiuti<sup>88</sup>».

È stato, particolarmente, nel noto “[caso Fransson](#)”<sup>89</sup> che, chiamata ad appurare se un procedimento penale dovesse essere considerato inammissibile in quanto lesivo del divieto di “*bis in idem*”, la Grande Sezione della Corte ha chiarito la portata dell'art. 50 della Carta. Dopo aver richiamato gli interessi finanziari e la questione della competenza dell'Unione in materia di IVA, i giudici di Lussemburgo hanno infatti focalizzato l'attenzione sul profilo del “*bis*”, “ricordando”, sulla falsariga della giurisprudenza Engel, «che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere». Su questa base, i giudici hanno chiarito che «l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali», stabilendo, altresì, che «Spetta al giudice [nazionale] valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali [...], circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

## 10. *Il ne bis in idem tra concurrence et complémentarité presso le Corti europee*

I casi “[Fransson](#)” e “[Grande Stevens](#)”, che, come è emerso, rappresentano le punte più avanzate, rispettivamente, di Lussemburgo e Strasburgo<sup>90</sup> in tema di *ne bis in idem*, paiono dare prova dell'esistenza di un confronto (se si vuole, di un “dialogo a distanza”) prezioso ed efficace tra le due Corti europee.

Così, in esse risulta innanzitutto confermata la volontà di demarcare i rispettivi ambiti di competenza, facendosi, in tale senso, bene attenzione, nel “[caso Fransson](#)”, a puntualizzare che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra

<sup>88</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 5 giugno 2012, in C- 489/10, [Lukasz Marcin Bonda](#), in cui, in materia di aiuti agricoli, è stata esclusa la natura penale di sanzioni applicate a seguito della trasgressione di disposizioni «rivolte unicamente agli operatori economici che scelgono, in piena libertà, di usufruire di un regime di aiuti», riconoscendone la natura di «strumento amministrativo specifico che è parte integrante di un sistema chiuso», destinato «ad assicurare la buona gestione finanziaria dei fondi pubblici dell'Unione».

<sup>89</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 26 febbraio 2013, cit. (le relative Conclusioni sono richiamate *supra*, alla nota 63). Ci si limita ad osservare come uno dei primi casi in cui la Corte Edu ha richiamato la [Carta dei diritti](#) fondamentali dell'Unione europea abbia riguardato proprio «*le principe non bis in idem*», come rileva Strasburgo «*également consacré, dans les mêmes termes, par l'article 50 de la Charte des droits de l'Union fondamentaux européenne et par l'article 14 § 7 du Pacte relatif aux droits internationale civils et politiques des Nations Unies*» (v. Corte Edu, ric. n. 48154/99, [Zigarella c. Italia](#), cit.). Il fatto, poi, che nell'occasione la Carta di Nizza sia stata richiamata «anche per convalidare l'interpretazione di un Protocollo annesso alla Convenzione, rimarcandosi come l'art. 50 del catalogo eurounitario dei diritti consacrati negli stessi termini il principio espresso dal par. 4 dell'art. 5 del [Protocollo n. 7](#)» è stato considerato «conferma» del progressivo affermarsi dell'*ubi consistam* della Carta di Nizza stessa «nella panoplia degli strumenti internazionali a disposizione della Corte Edu» (così P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, relazione in occasione della giornata di studio svoltasi a Messina sul tema “*La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*”).

<sup>90</sup> La sentenza [Grande Stevens](#) è divenuta definitiva, ai sensi dell'art. 43 CEDU, il 7 luglio 2014, a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano: rinvio da più parti auspicato «proprio per l'assoluta importanza che le affermazioni ivi contenute [avrebbero potuto] avere per il diritto interno in relazione a principi fondamentali del nostro sistema penale», ritenendosi che lo fosse «senza dubbio stabilire i parametri di configurabilità di un illecito come penale oppure non», anche e soprattutto guardandosi «alla futura adesione formale dell'UE ai principi stabiliti dalla CEDU» (così l'Ufficio del ruolo e del massimario della Corte di Cass., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, cit. 26).

i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»; e compendosi un’analoga *actio finium regundorum* pure e specularmente nel “[caso Grande Stevens](#)”, col precisarsi che il compito della Corte di Strasburgo «non è interpretare la giurisprudenza della [Corte di Giustizia dell’Unione europea]».

Inoltre, il riconoscimento del principio del *ne bis in idem*, ora da parte anche della Carta dei diritti, comporta che l’ambito di validità di tale principio vada oltre i casi meramente nazionali, estendendosi alle fattispecie transfrontaliere, «il che favorisce la libera circolazione dei cittadini dell’Unione e l’obiettivo di una circolazione delle merci nel mercato interno europeo il più possibile priva di ostacoli<sup>91</sup>»; laddove, per diverso ma connesso profilo, si ha che la «Corte europea dei diritti dell’uomo definisce il contenuto minimo del principio del *ne bis in idem* nell’ordinamento giuridico esclusivamente interno degli Stati membri<sup>92</sup>», coerentemente, del resto, a quanto affermato dallo stesso art. 4 del Prot. 7 che individua quali destinatari del divieto, le “giurisdizioni degli stessi Stati”.

Se, pertanto, sino a questo punto, è soprattutto di “*complémentarité*” che si è potuto discorrere, è, invece, la constatazione del vero e proprio “inseguimento” innescatosi tra le due Corti nel merito delle questioni che si sono esaminate ad autorizzare a parlare di “*concurrency*”. Così, il giudice di Lussemburgo ha adottato i criteri di valutazione dell’“*idem*” e del “*bis*” elaborati da Strasburgo. Dal canto suo, come si è visto, la Corte Edu, specie in materia di sovrattasse, tiene fermo il divieto di percorramento del suddetto “doppio binario” sanzionatorio, amministrativo e penale, mantenendo indubbiamente più alto il livello delle tutele, al prezzo, tuttavia, più che della “*concurrency*” della vera e propria “*opposition*” col diritto eurolunitario e con quello di vari Stati europei (inclusa l’Italia). È stato solo di recente che lo stesso giudice europeo è parso determinarsi a convergere con la giurisprudenza dell’Unione, col dimostrarsi meglio disponibile a riconoscere l’inidoneità di sanzioni di diversa natura ad attivare il divieto, si noti, acconsentendo così ad un certo abbassamento del livello delle tutele nell’area europea a beneficio, tuttavia, di una ritrovata “*complémentarité*” tra sistemi.

Della rapidità di tale processo è data prova dal fatto che mentre nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón (12 giugno 2012), relative al [caso Hans Åkerberg Fransson](#), si osservava come l’evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo mostrasse che, in quel momento l’articolo 4 del [protocollo n. 7 della CEDU](#) ostava a provvedimenti che infliggevano «una duplice sanzione, amministrativa e penale, per gli stessi fatti», impedendo «di avviare un secondo procedimento, vuoi amministrativo, vuoi penale, quando la prima sanzione è divenuta definitiva»...nel di poco successivo [caso Grande Stevens](#) (14 marzo 2014) si osservava, al contrario, come fosse stata riconosciuta, anche a Strasburgo, la possibilità per gli Stati di «imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti [...] a condizione che la prima sanzione non [fosse] di natura penale», proprio rifacendosi alla cronologicamente anteriore [sentenza Hans Åkerberg Fransson](#) (26 febbraio 2013).

Pertanto, può dirsi che il denominatore comune della giurisprudenza delle due Corti europee sul “*ne bis in idem*” consista nel riconoscimento del divieto di doppie sanzioni di tipo penale, non solo all’interno degli Stati ma anche tra gli Stati membri, mentre in vista della predisposizione di regimi sanzionatori “efficaci, proporzionati e dissuasivi”, potrebbe risultare praticabile il percorramento del doppio binario amministrativo/penale, attraverso la previsione, particolarmente da parte dell’Unione, di sanzioni (finanziarie) amministrative, impregiudicata la possibilità per gli Stati di ulteriormente prevedere al loro interno sanzioni (finanziarie) penali<sup>93</sup>.

Ciò, s’intende, se la Corte Edu si determinerà, come si diceva, a superare la propria giurisprudenza, al momento preponderante – specialmente in materia di sovrattasse, ma non solo – caratterizzantesi, come si è visto (*supra*, al §5), per un certo automatismo nella considerazione della natura “penale”

<sup>91</sup> V. le spiegazioni relative all’art. 50 della Carta, stilate dal *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la stessa [Carta dei diritti](#) fondamentali dell’Unione europea.

<sup>92</sup> Secondo quanto evidenziato dall’Avvocato generale Yves Bot nelle Conclusioni presentate il 7 settembre 2010, in C- 261/09, [Gaetano Mantello](#), cit.

<sup>93</sup> Segue, ad es., un tale “doppio binario” la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 “relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato” (cd. “direttiva abusi di mercato”).

nella sostanza di sanzioni formalmente di tipo “amministrativo”<sup>94</sup>; mentre se decidesse di portare alle estreme conseguenze il proprio approccio rigorosamente contrario a doppi binari sanzionatori, una siffatta, così netta presa di posizione renderebbe necessaria, può pensarsi, l’assunzione di un’altrettanto *tranchante* (ma, ci pare, improbabile) scelta di campo in punto di (attribuzione della) definizione dei sistemi sanzionatori: in capo agli Stati (competenti anche sul piano penale) o, invece (solo) all’Unione (al momento, solo sul piano delle sanzioni amministrative e in quelli penali di sua competenza).

Insomma, come per altri settori affini a quello qui esaminato, anche in difetto di iniziative politiche, è a livello giudiziario che va erigendosi un sistema giudiziario europeo, anche se della necessità che siano le Istituzioni a ciò deputate a riappropriarsi del proprio ruolo è data prova dai rischi, come si è visto concreti, dell’emergere di incertezze, che potrebbero trasformarsi in veri e propri cortocircuiti sistemici nei rapporti tra organi giudiziari statali ed europei.

Sempre nell’esame della “*complémentarité ou concurrence dans la protection des droits fondamentaux*”, è necessario prendere poi in considerazione talune questioni che la giurisprudenza pone – e che, per vero, risultano più esplicite nelle Conclusioni degli avvocati generali – relativamente al tema dello *standard* di protezione del diritto di non essere giudicati due volte per lo stesso fatto nell’area europea, ai sensi degli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

In particolare, segue un approccio che si potrebbe considerare “di stampo internazionalista”, calibrato, cioè, prettamente sulla base di quanto stabilito a Strasburgo, quella giurisprudenza di Lussemburgo che, nel valorizzare massimamente la cd. “clausola di omogeneità” (contenuta nel suddetto art. 52 della Carta), sostiene la necessità di interpretare il principio del *ne bis in idem* conferendo ad esso «lo stesso significato e la stessa portata delle corrispondenti disposizioni contenute nella CEDU, come interpretate – si badi – dalla giurisprudenza della Corte Edu<sup>95</sup>. Per tale via, in quei casi in cui gli *standard* di protezione previsti dalle Carte costituzionali risultino più elevati di quelli della Convenzione, è vero che rimarrebbe garantito un ampio spazio di tutela del diritto fondamentale da parte degli Stati membri, ma per quanto riguarda l’efficacia della Carta, essa ne sarebbe svilita poiché avrebbe l’unica funzione di omologarsi al livello di tutela minimale assicurato dalla CEDU. Nel contempo, ne sarebbe emarginata la possibilità della sua applicazione uniforme e, ciò, in quanto all’art. 50 della Carta sarebbe semplicemente attribuito il ruolo di criterio normativo di collegamento.

In senso diametralmente opposto si pone l’approccio ermeneutico di carattere, per così dire, “eu-rounitario”, che auspica che, nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione il grado di protezione dei diritti fondamentali sia quello direttamente desumibile dalla Carta». Può annoverarsi in questo senso quella giurisprudenza che, nel considerare l’Unione europea «un nuovo ordinamento giuridico e il processo di integrazione europea una costruzione internazionale unica», reputa non solo non «troppo avventato», ma, anzi «quasi inevitabile» ai fini del diritto dell’Unione europea, che «la nozione di *ne bis in idem*» [...] venga intesa quale principio autonomo», ovvero un «principio *propriae naturae*» adeguata alle caratteristiche peculiari del contesto sovranazionale in cui tale principio dev’essere applicato<sup>96</sup>. Deducendo, da ciò, che in «mancanza di ulteriori iniziative, sotto forma di

<sup>94</sup> In questo quadro, decisiva risulta e risulterà la fissazione (dell’entità) della sanzione amministrativa, segnatamente, della soglia di gravità che, come si è visto, secondo Strasburgo “versione Grande Stevens”, risulta idonea a determinare una vera e propria mutazione genetica del regime sanzionatorio stesso, da amministrativo a, per l’appunto, penale, con la conseguenza di far scattare il divieto del “*bis in idem*” in questione. Si noti, peraltro come sia già da tempo che il Giudice eu-rounitario – nell’acconsentire a normative dell’Unione di non imporre «agli Stati membri di prevedere sanzioni penali», bensì di garantire che, sempre in via sanzionatoria, «possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative» – ha affermato la possibilità che «considerata la natura delle violazioni di cui trattasi, nonché dato il grado di severità delle sanzioni che esse possono comportare, siffatte sanzioni, ai fini dell’applicazione della CEDU, [potessero] essere qualificate come sanzioni penali» (v. Corte di Giustizia, in C- 45/08, *Spector Photo Group NV*, cit., §42).

<sup>95</sup> V. le Conclusioni del 15 dicembre 2011, in [C-489/10, Łukasz Marcin Bonda](#), cit. §43.

<sup>96</sup> V., anche per quanto segue, le Conclusioni del 15 giugno 2006 in [C- 467/04, Francesco Gasparini](#), cit. §80.

modifica del Trattato o di legislazione comunitaria derivata, tale principio [debba] essere quindi ridefinito ed elaborato dalla Corte nell'esercizio del suo 'monopolio ermeneutico' su tali nozioni chiave del diritto comunitario.

Una posizione intermedia tra i due suddetti approcci è occupata, poi, da quella giurisprudenza in cui, pur riconoscendosi la validità del «canone dell'omogeneità, secondo cui, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione», si ha cura, altresì, di precisare che «l'art. 4, n. 1, del [protocollo n. 7 alla CEDU](#), così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [...], segna la soglia minima che deve essere assicurata nel diritto dell'Unione in sede di interpretazione e applicazione del principio del *ne bis in idem*», impregiudicata la possibilità, dunque, per l'Unione, di procedere in maniera autonoma<sup>97</sup>.

Se, conclusivamente, è lecito pensare che è anche attraverso la dialettica innescata da differenti interpretazioni del principio del *ne bis in idem* che sta innervandosi un sistema giudiziario europeo, è però necessario prendere atto di come, al momento, questa specifica materia abbia la capacità sia di riflettere differenti visioni di politica giudiziaria nello scacchiere europeo, sia di rendere palesi perduranti asimmetrie tra livelli ordinamentali: nel primo caso, infatti, è il conflitto più o meno latente tra la concreta natura mercatoria dell'Unione e l'ideale vocazione umanitaria di Strasburgo ancora ad emergere; nel secondo, a farsi valere sono «la forte presenza» ed «il radicamento» dei regimi della duplice sanzione amministrativa e penale, che «per la loro intensità potrebbero essere considerati perfino una tradizione costituzionale comune agli Stati membri»<sup>98</sup>, come sembrerebbe, tra l'altro, attestare anche [la decisione](#) del *Conseil constitutionnel* del 18 marzo 2015<sup>99</sup>.

Per quanto riguarda, pertanto, la Corte costituzionale italiana sembra improbabile l'adozione di soluzioni clamorose abdicanti alla nostra tradizione normativa, tanto più che, come dimostra la giurisprudenza europea, il quadro di fondo sembra lungi da essere chiarito, dovendosi piuttosto rimarcare come essa si stia dimostrando scrupolosa nel rifuggire da soluzioni apparentemente più agevoli, ma in realtà meno garantiste<sup>100</sup> (v., ad es., l'[ord. n. 128 del 2009](#)) in materia (v. la [sent. n. 70 del 1982](#), l'[ord. n. 42 del 2005](#), [sent. n. 115 del 2014](#), [sent. n. 284 del 2003](#))<sup>101</sup>.

Anche se può far piacere ricordare come, nel riconoscere la validità del principio del *ne bis in idem* «per le sentenze dei tribunali internazionali», la Corte abbia preconizzato il comporsi «in una prospettiva ideale» di una società «diversa» e più «progredita» di Stati, caratterizzata «nel suo continuo evolversi» da un livello di integrazione e di uniformità delle legislazioni dei diversi Stati, quanto alla «valutazione sociale e politica dei fatti umani, in specie nel campo penale»<sup>102</sup>, tale da consentire di superare i «principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale» e con essi della regola «nell'autonomia dei singoli ordinamenti»... e da rendere possibile «almeno per i fondamentali

<sup>97</sup> V. le Conclusioni dell'8 settembre 2011, in [C-17/10, Toshiba Corporation e altri](#), §120.

<sup>98</sup> Così l'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón nelle [Conclusioni del "caso Fransson"](#), cit. §86.

<sup>99</sup> V. *Conseil constitutionnel*, [Déc. n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC](#) del 18 marzo 2015, con cui è stata dichiarata incostituzionale la previsione di una duplice sanzione penale ed amministrativa, rifacendocisi ad un principio, quale quello di necessità delle pene, strettamente inerente a quello del *ne bis in idem*

<sup>100</sup> Cfr., in tal senso (ed in senso critico nei confronti della "[sentenza Grande Stevens](#)") M. MANETTI, *Il paradosso della Corte Edu, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di "market-abuse"*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2942 e ss.

<sup>101</sup> A fini di completezza, si osserva come in uno sparuto e datato gruppo di decisioni la Corte costituzionale avesse richiamato il principio del *ne bis in idem* in un'accezione atecnica, nel dichiarare l'ammissibilità di questioni già portate al giudice delle leggi e dichiarate infondate: [ord. n. 140 del 1973](#); [sent. n. 43 del 1979](#); [ord. n. 197 del 1983](#). In un certo numero di casi, invece, lo stesso è stato invocato (solo) dai giudici *a quo* o dalle parti ricorrenti (venendo invece tralasciato dalla Corte nelle proprie motivazioni): v. [sent. n. 1 del 1964](#); [sent. n. 56 del 1974](#); [sent. n. 6 del 1976](#); [ord. n. 268 del 1990](#); [sent. n. 189 del 1992](#); [ord. n. 405 del 1995](#); [ord. n. 387 del 1998](#); [sent. n. 195 del 1999](#); [ord. n. 215 del 1999](#); [sent. n. 406 del 2000](#); [sent. n. 304 del 2003](#); [ord. n. 77 del 2006](#); [sent. n. 237 del 2007](#); [sent. n. 272 del 2007](#); [ord. n. 418 del 2007](#); [ord. n. 463 del 2007](#); [sent. n. 246 del 2012](#).

<sup>102</sup> In particolare, sempre secondo quanto si legge nella [sent. n. 48 del 1967](#) secondo la Consulta, una efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale avrebbe presupposto oltre la «identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali, e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato».

rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie» (v. la [sent. n. 48 del 1967](#)<sup>103</sup>, consolidata successivamente dalla [sent. n. 1 del 1973](#); dalla [sent. n. 69 del 1976](#)<sup>104</sup>; e dalla [sent. n. 58 del 1997](#)).

---

<sup>103</sup> V. anche per quanto segue, Corte cost., [sent. n. 48 del 1967](#).

<sup>104</sup> In particolare in una tale successiva giurisprudenza la Corte avrebbe chiarito di non poter considerare il principio del *ne bis in idem* rispetto alle sentenze straniere un «principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto, oggetto di recezione automatica ai sensi dell'art. 10 della Costituzione», con la conseguenza di non poter riconoscere efficacia preclusiva all'applicazione della legge penale italiana alle sentenze, anche di proscioglimento e la correlativa possibilità di procedere ad un rinnovamento del giudizio, indipendentemente dall'esito del processo già svoltosi all'estero. Del resto, della correttezza di un tale assunto sarebbe prova il fatto che all'epoca «questo principio é divenuto oggetto di accordi internazionali, e che la sua affermazione anche in via convenzionale ha finora incontrato difficoltà molteplici, pur nell'applicazione circoscritta alle sentenze in materia penale».