

LEZIONE P3

Il principio di legalità scolpito dalla CEDU tra illecito penale ed illecito amministrativo

Sommario: 1. Il concetto di illecito penale nella CEDU. - 2. Il concorso tra norma incriminatrice e norma sanzionatoria amministrativa. - 2.1. Il concorso tra norma incriminatrice e norma sanzionatoria amministrativa alla luce del principio di legalità come inteso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. - 2.1.1. La sentenza. - 3. La reazione della dottrina. - 4. Altra questione: il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la figura di matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa. - 4.1. Le sentenze.

1. Il concetto di illecito penale scolpito nella CEDU

L'art. 7, comma 1, della CEDU, come visto, dispone che: *“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*. La norma, come, del resto, l'art. 25, comma 2, Cost., sancisce sia il principio di legalità in ambito penale sia il principio di irretroattività della legge sfavorevole.

Il principio di legalità sancito dalla CEDU ha una sfera di operatività che va al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come penali in base al diritto interno. Ne deriva che la giurisprudenza della Corte europea può giungere a qualificare come penale, alla luce dei parametri dettati dalla sua giurisprudenza, una sanzione prevista dall'ordinamento dello Stato parte indipendentemente dalla qualifica che in tale ordinamento riceve tale sanzione (ad esempio, nel nostro amministrativa o penale). Si può, dunque, ritenere che nell'ordinamento CEDU esiste una *concezione autonoma* di sanzione penale e, quindi, dell'illecito penale, con la conseguenza che ben può accadere che la sanzione qualificata come “pena” dalla Corte europea sia qualificata diversamente nell'ordinamento interno, cioè al di fuori dell'ambito penale (ad esempio, amministrativo nel nostro ordinamento).

Una volta conferita alla sanzione la natura di “pena”, rilevante ai sensi del citato art. 7, comma 1, e quindi ritenuta la sussistenza di un illecito penale, per così dire, convenzionale, occorre poi verificare se la normativa

interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme col principio di legalità, come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quanto al primo profilo, quello della verifica della natura della sanzione interna secondo i parametri della CEDU, il problema si è posto per le misure che incidono sulla libertà personale, qualificate di sicurezza nel diritto interno (non essendovi ovviamente alcun problema per le sanzioni che incidono sulla libertà personale e che vengono qualificate come penali già nel diritto interno), e per le sanzioni patrimoniali contemplate dalla normativa interna. La giurisprudenza europea ha progressivamente individuato una serie di criteri, non rigidi, nel senso che l'incidenza di ciascuno viene vagliata in ragione della situazione concretamente esaminata. Occorre precisamente: **a)** che la sanzione sia imposta successivamente ad una condanna per "reato" ovvero *sia collegata, in qualche modo, ad un "reato"*; **b)** soffermarsi sulla natura e sullo scopo della sanzione, verificando cioè se abbia una *funzione repressiva e preventiva*, nel senso che mira essenzialmente a punire allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni; **c)** che la sanzione sia *grave*; **d)** tenere conto della *qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno*; **e)** tenere conto anche delle *procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione* (di tali criteri la Corte ha fatto applicazione in tema di misure di sicurezza personale ed in tema di confisca urbanistica nel noto caso di "Punta Perotti", ove, con la sentenza (di procedibilità del ricorso) del 30.8.2007, ha qualificato come pena ex art. 7, co. 1, CEDU la confisca dei suoli abusivamente lottizzati, attualmente prevista dall'art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001).

La Corte ha in più occasioni precisato che tali parametri sono, di regola, alternativi fra loro, a meno che sia richiesto un *"approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni altro criterio non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una accusa in materia penale"* (tra le alte, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia; si noti che per la Corte Europea, ai fini di tale qualificazione di sanzione 'sostanzialmente penale', non è decisivo il solo criterio dell'entità della sanzione irrogata, tanto che essa ravvisa la natura penale anche a sanzioni pecuniarie dell'ammontare di poche centinaia di euro).

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha quindi elaborato una nozione sostanziale di illecito penale (a differenza della concezione formalistica accolta dal diritto interno italiano per cui è reato ogni fatto al quale l'ordinamento giuridico ricongiunge come conseguenza una pena detentiva o pecuniaria: reclusione o arresto e multa o ammenda), indicando come criteri decisivi, per stabilire il disvalore sostanzialmente penalistico d'un fatto comunque sanzionato dal diritto oggettivo nazionale, non solo *la qualifica estrinseca* da quest'ultimo attribuitagli, ma anche

la natura intrinseca del fenomeno considerato, nonché la qualità e la misura del trattamento punitivo astrattamente comminato e concretamente inflitto.

Se in applicazione dei suddetti parametri la Corte di Strasburgo giunge alla conclusione che si è in presenza di una “pena”, come concepita dall’art. 7, co. 1, CEDU, e quindi di un illecito penale, per così dire, convenzionale, si pone il successivo problema di verificare il rispetto del principio di legalità previsto dal medesimo articolo, come interpretato dalla giurisprudenza della suddetta Corte (ad esempio, la Corte Europea dei diritti dell’uomo ha qualificato la confisca prevista, in tema di lottizzazione abusiva, dall’art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001 come “pena”, rilevante ex art. art. 7, co. 1, CEDU: in particolare, la Corte ha osservato, facendo uso dei predetti parametri, che tale confisca è collegata ad un illecito penale, mira essenzialmente a punire, allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni di disposizioni previste dalla legge, e che trattasi di sanzione grave riguardando, nella specie esaminata, tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione, circa 50.000 metri quadrati di terreno).

In argomento, la giurisprudenza della Corte Europea è ormai costante nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una “pena” devono non solo enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie da cui deriva quella “pena”, ma devono anche essere accessibili e prevedibili (tra le altre, Corte Europea sent. 6 marzo 2012, ric. n. 54468/09).

In ossequio al requisito dell’*accessibilità*, è necessario che le norme penali siano state pubblicate e raccolte in modo tale da consentire ai destinatari di conoscerne l’esistenza.

Quanto alla *prevedibilità*, essa opera in due momenti diversi: quello formativo della norma e quello interpretativo della medesima.

Per quanto riguarda il *momento formativo* della norma, la Corte ritiene che si può considerare legge solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, il quale deve essere messo in grado di prevedere con ragionevole approssimazione, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato comportamento.

Il rispetto del requisito di determinatezza, viene vagliato alla stregua dei seguenti parametri: il contenuto/testo della norma, l’ambito che essa ricopre nel contesto legislativo in cui si inserisce, nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari, in relazione all’ambito in cui la norma è destinata ad operare. La prevedibilità di una legge non è esclusa dal fatto che la persona interessata ricorra ad un professionista per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (si tratta, nella sostanza, di parametri a cui ricorre anche la giurisprudenza interna per vagliare il tasso di determinatezza della norma incriminatrice).

Per quanto attiene al *momento interpretativo*, è necessario che con un'interpretazione ragionevole possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della norma.

L'articolo 7, co. 1, cit. se vieta principalmente di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, impone, altresì, di non applicare la legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato, ad esempio, per analogia. Ne consegue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'aiuto dell'interpretazione giurisprudenziale, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale. La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7, co. 1, cit. corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione: essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale. Invero, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria, atteso che è imprescindibile chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può, dunque, interpretare l'articolo 7, co. 1, cit. nel senso che vieta che le norme in materia di responsabilità penale vengano chiarite gradualmente mediante l'interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (si veda, per un'applicazione dei criteri appena esaminati, sempre sul caso di "Punta Perotti", la sentenza della Corte europea del 20.1.2009 (Sud Fondi srl e altri c. Italia), che affronta il merito della questione in relazione alla confisca prevista dall'art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001, ritenuta in contrasto con l'art. 7, co. 1, CEDU e con l'art. 1 del Protocollo n. 1, sulla salvaguardia del diritto di proprietà).

2. Il concorso tra norma incriminatrice e norma sanzionatoria amministrativa

Il concorso di reati si caratterizza per la convergenza di più norme incriminatrici verso una pluralità di fatti tipici, siano essi riconducibili ad una o a più condotte del soggetto agente, tutti parimenti rilevanti sotto il profilo sanzionatorio. Al riguardo, si parla di *concorso materiale* di reati proprio a significare l'applicabilità di varie norme incriminatrici ai vari fatti penalmente rilevanti posti in essere dal soggetto attivo *con una sola condotta* (cd. *con-*

corso formale, art. 81, co. 1, c.p.) ovvero con *una pluralità di condotte* (artt. 71 ss. c.p.). In questi casi, elemento comune è l'applicabilità di più norme incriminatrici e del conseguente cumulo materiale delle pene cd. temperato, nel senso che non si applicano tante pene quanti sono i reati, prevedendo la legge un limite a tale cumulo (artt. 78 e 77 c.p.; qualora i reati concorrenti siano avvinti dal medesimo disegno criminoso si applicherà la disciplina del reato continuato, art. 81, co. 2, c.p.).

Figura diversa dal concorso di reati è quella che si realizza nei casi in cui una o più condotte materiali siano, in astratto, riconducibili nell'ambito di diverse fattispecie sanzionatorie, delle quali, tuttavia, solo una risulterà applicabile. È questa la figura del *concorso apparente tra norme incriminatrici*, che trova il suo fondamento normativo nell'art. 15 c.p.

La differenza tra le ipotesi di concorso (reale) tra reati e quella di concorso apparente tra norme è di immediata percezione: nei primi casi al soggetto agente saranno applicate *più pene*, ciascuna prevista per ogni violazione commessa, la cui concreta applicazione sarà poi soggetta alle regole specifiche previste dagli artt. 71 e ss. c.p. per il concorso materiale tra reati (cumulo materiale delle pene con i temperamenti di legge e nel caso in cui le varie condotte siano avvinte da un medesimo disegno criminoso si applicherà la disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 81, co. 2, c.p.c), e all'art. 81 co. 1, 3 e 4 c.p. per il concorso formale (cumulo giuridico delle pene); nel caso di concorso apparente tra norme il soggetto agente sarà soggetto ad *una sola pena*, quella prevista dall'unica norma incriminatrice effettivamente applicabile al caso concreto.

Il concorso apparente può esservi anche tra una norma che commina una sanzione penale ed una norma che commina una sanzione amministrativa, cioè tra illecito penale ed illecito amministrativo.

Anche in tal caso il criterio legislativo regolatore del concorso è quello della specialità. Invero, l'art. 9 co.1 della l. n. 689/1981 dispone che *“Quando uno stesso fatto è punito da un disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da un pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale”*. La norma è formulata diversamente rispetto alla corrispondente norma codicistica penale (art. 15 c.p.), ma la giurisprudenza ha sostenuto l'irrelevanza della differenza di contenuto letterale tra le stesse.

Il riferimento allo “stesso fatto” contenuto nell'art. 9, infatti, non va inteso come richiamo al principio di specialità in concreto, ma come *“richiamo alla fattispecie tipica prevista dalle norme che vengono in considerazione, evitando quella genericità che caratterizza l'art. 15 c.p. con il riferimento alla materia. Valgono, infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni in precedenza espressa sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie*

tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Il che, del resto, è confermato dal tenore dell'art. 9 che, facendo riferimento al "fatto punito", non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso" (Sez. Un. 28 marzo 2013, n. 37425; Sez. Un. 21 gennaio 2011, n. 1963; applicando il principio di specialità così come inteso dalla giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite (sent. 8.6.2012, n. 22225) si sono recentemente occupate dei rapporti tra il delitto di ricettazione ex art. 648 c.p. e l'illecito amministrativo di cui all'art. 1, comma 7 del d.l. n. 35 del 2005, concludendo che l'acquirente finale che effettui consapevolmente l'acquisto di prodotti con marchi contraffatti, o comunque di origine e provenienza diversa da quella indicata, non risponde del delitto di ricettazione, poiché il fatto costituisce esclusivamente un illecito amministrativo).

Quindi, se in base al principio di specialità in astratto (inteso cioè in base al confronto tra fattispecie tipiche in astratto considerate e non tra fattispecie concrete) si conclude per la prevalenza di una delle due norme perché speciale il concorso è escluso, diversamente vi è il concorso della sanzione amministrativa con quella penale (così, ad esempio, Sez. Un. 28 marzo 2013, n. 37425 cit. hanno ritenuto che, in relazione a fattispecie di illeciti di natura fiscale sanzionati sia amministrativamente che penalmente, il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10bis D.Lgs. n. 74 del 2000), che si consuma con il mancato versamento per un ammontare superiore ad euro cinquantamila delle ritenute complessivamente risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti entro la scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13, co. 1, D.Lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni; ancora, Cass., sez. II, 20 giugno 2014, n. 26788, ha affermato che non è configurabile il rapporto di specialità tra il delitto di truffa aggravata in danno dello Stato ex art. 640 co. 2 n. 1 c.p. e la violazione amministrativa prevista dall'art. 5, comma 5, D.L. 28 marzo 2003, n. 49, convertito in L. n. 119 del 2003 (avente ad oggetto l'inosservanza, da parte degli acquirenti, degli obblighi e dei termini previsti dai commi precedenti in tema di prelievi supplementari dovuti sull'eccedenza delle quote latte), in quanto la norma penale tutela l'interesse all'integrità patrimoniale e alla libera determinazione negoziale della persona offesa in relazione alla condotta di colui che, mediante artifici o raggiri, la induca in errore per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, mentre la norma che prevede l'illecito amministrativo mira a tutelare il corretto funzionamento e l'adeguata applicazione del complesso meccanismo di controllo della produzione lattiero-casearia, sanzionando le violazioni anche meramente formali dei cosiddetti

primi acquirenti, indipendentemente dal danno patrimoniale eventualmente subito dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura).

2.1. Il concorso tra norma incriminatrice e norma sanzionatoria amministrativa alla luce del principio di legalità come inteso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo

Il tema del concorso reale della sanzione penale (irrogata dal giudice penale) con la sanzione amministrativa (irrogata da un organo amministrativo) deve però fare i conti con la *reale natura della sanzione amministrativa*. Invero, se quest'ultima, in base al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹, deve essere qualificata come "pena" e quindi come misura penale, viene in rilievo il principio del *ne bis in idem* processuale sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU per cui un medesimo fatto-reato non può essere giudicato o punito più di una volta.

Al riguardo, giova menzionare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è occupata del sistema legislativo italiano **in materia di abusi di mercato, così come disciplinato dall'art. 185, quanto alla fattispecie penale, e dall'art. 187 ter, sul piano dell'illecito amministrativo, del D.Lgs. n. 58/1998**, ritenendo che esso collide, tra l'altro, con il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto di cui al citato art. 4 del Protocollo n. 7 (sent. 4 marzo 2014 Grande Stevens e altri c. Italia, nel caso esaminato, i ricorrenti, dopo essere stati sanzionati con illecito amministrativo dalla CONSOB, erano stati rinviati a giudizio con procedimento penale e successivamente assolti in primo grado e condannati in appello). La Corte è giunta a tale conclusione facendo leva sulla natura delle sanzioni solo nominalmente amministrative inflitte ai ricorrenti, talché, nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento innanzi alla Consob, esse sono da considerarsi, a tutti gli effetti, come sanzioni penali, principalmente e in ragione della *rilevante severità delle stesse* sia per l'importo in astratto comminabile che per quello comminato in concreto, per le *sanzioni accessorie collegate* e in ragione delle loro *ripercussioni*

¹ La giurisprudenza della Corte Europea ha progressivamente individuato una serie di criteri, non rigidi, nel senso che l'incidenza di ciascuno viene vagliata in ragione della situazione concretamente esaminata e precisamente: a) che la sanzione sia imposta successivamente ad una condanna per "reato" ovvero sia collegata, in qualche modo, ad un "reato"; b) soffermarsi sulla natura e sullo scopo della sanzione, verificando cioè se abbia una funzione repressiva e preventiva, nel senso che mira essenzialmente a punire allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni; c) che la sanzione sia grave; d) tenere conto della qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno; e) tenere conto anche delle procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione.

complessive sugli interessi del condannato. La Corte evidenzia anche lo scopo chiaramente repressivo e preventivo della disciplina sanzionatoria amministrativa, non mancando di far notare che le sanzioni risultano inflitte dalla Consob in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori.

In seguito a tale pronuncia la Cassazione, in altro giudizio penale in questione (che ha ad oggetto il ricorso contro una sentenza di condanna pronunciata dal giudice penale per il delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 t.u.f., in relazione al medesimo fatto storico per il quale il ricorrente era già stato sanzionato in via definitiva dalla CONSOB per il parallelo illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis t.u.f.) con ordinanza n. 3333 del 10.11.2014 (motivazione dep. il 15.1.2015), ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative che prevedono la duplicazione punitiva, penale e amministrativa, in materia di *market abuse* per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, che sancisce il diritto al *ne bis in idem*. La Cassazione ha sottoposto alla Consulta questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la clausola di apertura dell'art. 187-bis t.u.f., che disciplina le sanzioni amministrative previste per l'abuso di informazioni privilegiate, facendo salve le sanzioni penali per i medesimi fatti (*“Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”*). Si è chiesto così alla Corte Costituzionale di sostituire questo inciso con la clausola di sussidiarietà *“Salvo che il fatto costituisca reato”*, in modo di escludere l'applicabilità delle sanzioni amministrative allorché il fatto costituisca *anche* un illecito penale.

La Corte Costituzionale con la sentenza del 12.5.2016, n. 102 ha dichiarato inammissibile la questione, evidenziando che la questione sollevata concerne una disposizione, l'art. 187-bis t.u.f., che ha già ricevuto definitiva applicazione dall'autorità amministrativa nel relativo procedimento, mentre la Corte rimettente è piuttosto chiamata a giudicare in riferimento al reato di cui all'art. 184, comma 1, lettera b), del medesimo t.u.f. L'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 187-bis t.u.f. non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria precedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale ai sensi del precedente art. 184, benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e benché, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura *“sostanzialmente”* penale, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sempre in tema di abusi di mercato, la Cassazione, con l'ordinanza del 15.11.2016, n. 23232, chiamata a pronunciarsi rispetto all'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob per l'illecito amministrativo

di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187 bis t.u.f., ha sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia avente ad oggetto il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) rispetto al regime di doppio binario sanzionatorio previsto in tale materia. La Corte, rilevato che la condotta materiale per la quale il ricorrente era già stato perseguito in sede penale in via definitiva è la medesima sanzionata dalla Consob nel provvedimento sanzionatorio impugnato, ha affermato il carattere afflittivo delle sanzioni irrogate dalla Consob, che vanno pertanto qualificate come sanzioni "sostanzialmente penali" ai sensi della giurisprudenza della Corte Europea, con la conseguenza che è configurabile una potenziale violazione del suddetto diritto al *ne bis in idem*.

La Cassazione, con tale ordinanza, rileva che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non abbia ancora chiarito se l'ambito applicativo dell'art. 50 CDFUE offra il medesimo livello di tutela garantito a livello convenzionale dall'art. 4 prot. 7 CEDU, e quindi se la norma eurounitaria escluda in maniera assoluta la duplicazione dei procedimenti e delle relative sanzioni, allorché le une e le altre abbiano natura penale. La questione, secondo la Cassazione, è quella se disapplicando, in applicazione del principio di primazia del diritto eurounitario, l'art. 187 bis t.u.f., con neutralizzazione delle relative sanzioni, si contrasti col diritto dell'Unione non garantendo effettiva tutela agli interessi tutelati dalla disposizione sanzionatoria in questione.

Si è in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia.

I suddetti principi in tema di *ne bis in idem* sono stati ribaditi dalla Corte Europea in un arresto dove, facendo applicazione della propria giurisprudenza per stabilire, al di là delle etichette formali utilizzate dal legislatore nazionale, se una sanzione abbia o meno natura penale ha ritenuto, **in ambito tributario**, la natura penale della sovrattassa imposta in via amministrativa dall'ordinamento finlandese, dando rilievo al fatto che la sovrattassa non costituisce un semplice risarcimento dei danni, bensì una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive. Ha così concluso che i procedimenti che comportano l'imposizione di una sovrattassa devono essere considerati "penali" anche ai fini dell'applicazione del principio di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 cit. e che la celebrazione di due procedimenti paralleli è incompatibile con tale principio (sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia; così anche sent. 10 febbraio 2015, Kiiveri c. Finlandia che ha nuovamente condannato la Finlandia per la violazione del *ne bis in idem* in relazione al doppio binario penale-amministrativo previsto in materia tributaria).

In senso sostanzialmente analogo si è espressa, sempre in ambito tributario, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent. 26 febbraio 2013, resa nel caso Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, C-617/10), secondo la quale una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le me-

desime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA è sì astrattamente compatibile con il principio del *ne bis in idem* processuale sancito dall'art 4 del Protocollo n. 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere in concreto ritenuta di natura penale all'esito di una valutazione rimessa al giudice nazionale².

Quindi, le due Corti internazionali non estendono la sfera applicativa del *ne bis in idem* processuale in via generale, ma solo alle ipotesi in cui la procedura amministrativa si sostanzia in una procedura penale (secondo i criteri interpretativi di natura sostanzialistica dettati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), in ragione della particolare afflittività della sanzione, tanto da far ritenere sussistente una doppia sanzione penale.

Seguendo questo *trend* interpretativo, la Corte di Cassazione ha escluso che il concorso tra sanzione amministrativa e penale previsto in caso di omesso versamento di ritenute (art. 13 D.Lgs. n. 471/1997³ e art. 10-*bis* D.Lgs. n. 74/2000) possa costituire una violazione del principio del *ne bis in idem* fissato dalla Convenzione (Cass., sez. un., 12 settembre 2013, n. 37424 e 37425). La Corte ha ritenuto inconfidente il richiamo alla menzionata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Grande Stevens c. Italia rilevando che la sanzione amministrativa tributaria non può essere considerata una sanzione avente natura penale e che, nello specifico, l'omesso versamento-illecito amministrativo e l'omesso versamento-illecito penale, essendo caratterizzati da elementi costitutivi parzialmente divergenti, non sarebbero in rapporto di specialità, bensì di progressione illecita con la conseguenza che al trasgressore dovrebbero essere applicate entrambe le sanzioni.

Dunque, la Corte ha fatto applicazione sia dei principi affermati dalle Corti sovranazionali, circa l'effettiva natura della sanzione qualificata come amministrativa dal diritto interno, sia del principio interno del rapporto di specialità tra illecito penale ed illecito amministrativo.

Si noti peraltro che anche in ambito tributario vige il principio di specialità tra sanzione penale e sanzione amministrativa (art. 19 d.lgs. n. 74/2000) e che il *ne bis in idem* sembrerebbe scongiurato dal fatto che è preclusa

² Per la Corte di Giustizia ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni in genere vengono in rilievo gli stessi criteri individuati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e cioè, essenzialmente, a) la qualificazione giuridica formale dell'illecito compiuto dal diritto interno; b) la natura oggettiva dell'illecito; c) la natura della sanzione e il suo grado di severità.

³ A tenore del quale: "*chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato*".

l'esecuzione della sanzione amministrativa per le persone fisiche condannate per un reato tributario (art. 21 co. 2 d.lgs. n. 74/2000).

Analogamente, le sezioni semplici della Corte di Cassazione hanno escluso la sussistenza di una duplicazione penale-amministrativa presente nell'ordinamento italiano in ambito tributario (Cass., 8 aprile 2014, n. 20266; Cass., 8 aprile 2014, n. 40526).

La dottrina ha criticato tale soluzione, evidenziando da un lato che esiste un'apparecchio una "progressione" caratterizzata soltanto da diverse scadenze temporali (l'illecito tributario opera al mancato versamento trimestrale; quello penale su base annuale) e dall'altro che appare difficile negare che la fattispecie penale assorba tutto il fatto colpito dall'illecito tributario (che si consuma a cadenze più brevi). In sostanza, ben può essere che un omesso versamento punibile secondo l'art. 13 d.lgs. 471/1997 non costituisca anche reato: ad esempio, perché l'omissione trimestrale può essere corretta; o, ancora, perché può rimanere a sé stante, e così non innescare la fattispecie penale che prende in considerazione solo le omissioni di versamento su base annuale. Tuttavia, è impossibile che un comportamento rientrante tra le previsioni di cui agli artt. 10-bis o 10-ter d.lgs. n. 74/2000 non implichi anche la realizzazione della corrispondente disposizione tributaria.

Discostandosi dai suddetti precedenti della Suprema Corte, il Tribunale di Torino, con ordinanza del 27.10.2014, ha ritenuto fondato il dubbio di conformità ai recenti arresti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di *ne bis in idem* e ha deciso di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ponendo la seguente questione interpretativa: "*se, ai sensi degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, sia conforme al diritto comunitario la disposizione di cui all'art. 10-bis d.lgs. 74 del 2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione versamento delle ritenute), sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 d.lgs. 471/97 (con l'applicazione di una sovrattassa)*" (il caso oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Torino è quello dell'illecito di omesso versamento delle ritenute d'imposta, sanzionato sia dall'art. 13 d.lgs. n. 471/1997, che prevede l'applicazione di una sovrattassa a titolo di sanzione amministrativa, sia dall'art. 10-bis d.lgs. n. 74/2000, che commina invece, per il mancato pagamento del medesimo debito tributario, una pena detentiva (la reclusione da sei mesi a due anni)).

Infatti, come è stato rilevato in dottrina, il sistema sanzionatorio in esame – assestato sul cumulo tra sanzioni tributarie e penali – pone effettivamente dubbi di compatibilità con la dimensione europea del principio di *ne bis in idem*, non solo alla luce della sentenza *Grande Stevens*, ma anche, più specificamente, della sentenza *Nykanen c. Finlandia*, che ha

riconosciuto la qualifica “sostanzialmente penale” – quale presupposto per l’operatività del diritto fondamentale a non essere giudicato e punito due volte per il medesimo fatto – anche al procedimento tributario e alle relative sanzioni.

Nel quadro fin qui tracciato, relativo all’ambito tributario, la Corte Europea, Grande Camera, si è nuovamente pronunciata sul sistema tributario-sanzionatorio norvegese, con la sentenza del 15.11.2016, ric. 24130/11 e 29758/11.

In tale decisione la Corte sovranazionale ha chiarito che in linea di principio l’art. 4 prot. 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articoli attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l’interessato. In particolare, la Corte afferma che non è possibile dedurre dall’art. 4 prot. 7 un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (ancorché qualificabile come “sostanzialmente penale”) per quei fatti di evasione fiscale in cui è possibile, altresì, perseguire e condannare penalmente il soggetto, in relazione a un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura amministrativa.

Tuttavia, deve ricorrere un complesso di condizioni per ritenersi non violato il divieto del *ne bis in idem*.

Innanzitutto, l’avvio di separati procedimenti (amministrativo e penale), con la possibilità di vedere applicate sanzioni diverse (sia pur entrambe sostanzialmente penali), deve costituire una *circostanza prevedibile per il contribuente*, il quale deve sapere sin dall’inizio che nei suoi confronti potrebbe essere esercitata l’azione penale e che gli potrebbe essere inflitta una sanzione tributaria amministrativa.

È inoltre necessario: a) che i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale (nella specie, la Corte tiene conto del diverso scopo perseguito nell’ordinamento norvegese dalle sanzioni amministrativo-tributaria, da un lato, e dalle sanzioni anche formalmente penali, dall’altro: le prime aventi finalità deterrente e, assieme, uno scopo compensatorio rispetto ai considerevoli sforzi, umani e finanziari, che l’amministrazione fiscale deve affrontare, nell’interesse dell’intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali; le seconde con una finalità direttamente punitiva nei confronti di una condotta antisociale, perché dolosa e fraudolenta); b) che i procedimenti, amministrativo e penale, si svolgano parallelamente e *siano tra loro connessi*; c) che i fatti accertati in un procedimento *siano considerati nell’altro procedimento*; d) che sia rispettato il *criterio di proporzionalità* relativamente alla sanzione complessivamente