A12

Emanuele Colonna

Il principio del *ne bis in idem* in ambito tributario

Prefazione di
Elio Maria Addante
Arcangelo Giuseppe Annunziata

Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2772-8

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: ottobre 2019

A Marco e Chiara

Indice

9 *Prefazione*
di Elio Maria Addante, Arcangelo Giuseppe Annunziata

13 Capitolo I
Origine e ratio *del principio*

1.1. L'*idem factum* come limite oggettivo della cosa giudicata penale, 15 – 1.2. Il concorso apparente di norme e il concorso formale di reati, 18 – 1.3. Il principio di specialità, 21 – 1.4. La *res iudicata*, 25 – 1.5. I limiti soggettivi del giudicato, 27 – 1.6. Il *ne bis in idem* esecutivo, 29 – 1.7. Il problema della litispendenza, 30 – 1.8. Progressività della sanzione. Elementi "specializzanti" o "essenziali"?, 33 – 1.9. La confisca del profitto di reati tributari, 36.

39 Capitolo II
Il principio nel diritto internazionale e nel sistema dell'unione europea

2.1. Il principio in ambito internazionale: a) generale; b) pattizio, 39 – 2.2. Il principio in ambito sovranazionale, 41 – 2.3. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE: l'art. 50 CDFUE, 43 – 2.4. Le vie per l'adeguamento al diritto europeo, 45.

47 Capitolo III
L'ambito penale–tributario

3.1. Evoluzione del panorama sanzionatorio tributario italiano, 47 – 3.2. Gli interventi della giurisprudenza europea: i criteri *Engel*, 51 – 3.3. Nuovi orientamenti: Sentenze *Nillson* e *Grande Stevens*, 55 – 3.4. Il ricorso *A. e B. c. Norvegia*, 60 – 3.5. Sintesi dei diversi interventi delle corti europee, 64 – 3.6. Le reazioni della giurisprudenza italiana, 65 – 3.7. Le indicazioni della Corte di Giustizia per i Giudici nazionali, 69 – 3.8. Il recente approdo del Giudice europeo: il principio di *proporzionalità*, 73 – 3.9. Gli interventi della Corte Costituzionale, 74 – 3.10. Recenti applicazioni nell'ordinamento italiano, 76.

79 Capitolo IV
Il ne bis in idem *nel sistema interno delle imposte*

4.1. Il principio nel sistema dell'imposizione diretta, 79 – 4.2. Applicazioni del divieto di doppia imposizione, 83 – 4.3. Gli effetti del giudicato tributario interno, 85 – 4.4. Limiti ai poteri accertativi degli Uffici, 86 – 4.5. Il giudice interno nel rapporto tra sanzione amministrativa e penale, 87 – 4.6. Il problema delle società di capitali: il d.lgs. n. 231/2001, 89.

93 *Conclusioni*

103 *Bibliografia*

Prefazione

Elio Maria Addante, Arcangelo Giuseppe Annunziata*

Il volume affronta in maniera innovativa il principio del *ne bis in idem* dal punto di vista del profilo sostanziale. Si tratta di una regola che, nonostante le diversità di vedute, ha assunto negli ultimi tempi — sotto la spinta delle sollecitazioni sovranazionali ed euro–unitarie — la valenza di un vero e proprio diritto fondamentale.

La giurisprudenza della Corte Edu ha, infatti, valorizzato il principio della «Sufficiently Close Connection in Substance and Time», adottando i criteri "Engel" per individuare l'esistenza di una sanzione penale non più con riferimento ai soli elementi normativi della fattispecie di reato, ma a quelli fattuali o naturalistici connotati dall'azione/omissione, nesso causale ed evento.

In tempi più recenti, un impatto dirompente ha avuto l'intervento della Corte di Giustizia europea che ha introdotto il criterio della "proporzionalità", così rimettendo al Giudice la riserva di verifica del cumulo dei procedimenti, con il compito di applicarla nel caso concreto.

In ambito tributario, il principio in parola incide quindi sull'applicazione delle sanzioni penali e amministrative tributarie, sì da soddisfare esigenze di equità e razionalità punitiva.

L'interprete è dunque chiamato ad una delicata opera di bilanciamento tra il diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto ad un nuovo procedimento penale sul medesimo fatto per il quale è già intervenuta una sentenza irrevocabile e la pretesa punitiva dello Stato sovrano, la cui attuale tendenza è quella di moltiplicare i momenti sanzionatori al fine di minimizzare il rischio che gli illeciti rimangano impuniti.

Il volume realizza un'opera di sintesi dialettica tra formante giurisprudenziale e dottrinale, suggerendo al "lettore" la soluzione più adeguata al caso concreto.

* Elio Maria Addante: Avvocato Penalista del Foro di Bari, Cassazionista, Docente di diritto processuale penale nella Scuola di specializzazione delle professioni legali, Università degli studi Aldo Moro di Bari.
Argangelo Giuseppe Annunziata: Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Dipartimento di Giurisprudenza, Dottore di ricerca in diritto privato, Cultore in diritto privato, Docente presso la Scuola di Specializzazione Professioni Legali, Studio legale acp in Bari (www.studioacp.it).

L'impianto metodologico è dunque felicemente orientato ad un'indagine "per problemi", volta a ricostruire i profili funzionali e strutturali del principio, in un percorso ermeneutico e argomentativo sempre attento al dato positivo e giurisprudenziale.

Un approccio, quello dell'a., sistematico e funzionale che pone al centro dell'attenzione il caso concreto per approdare alla soluzione applicativa più adeguata alla luce dell'ordinamento unitariamente considerato.

Che sia questa l'intenzione dell'a. nell'affrontare l'indagine si intuisce sin dalle prime pagine del lavoro qui presentato. L'a., infatti, dopo aver esaminato il principio, la normativa sovranazionale e quella nazionale, si concentra sulle criticità che l'interprete deve affrontare per applicare la regola anche alla luce delle recenti pronunce della Corte Costituzionale e dalla Corte Edu, evidenziando gli sforzi compiuti dal legislatore miranti all'effettiva graduazione del potere sanzionatorio.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è stata, tuttavia, univoca nell'applicazione dei principi desumibili dalla pronuncia Grande Stevens. In un primo momento si è ritenuto di valutare solo il carattere definitivo e penale della sanzione irrogata in sede amministrativa, con espresso divieto di un'ulteriore sanzione penale. Successivamente, si è invece valutata la connessione tra i procedimenti sia dal punto di vista sostanziale che temporale.

Di qui la possibilità di tener conto di riferimenti normativi quali l'art. 13, d.lgs. n. 74/2000, che prevede, in materia tributaria, l'estinzione del debito per applicare la causa di non punibilità su altri procedimenti e anche l'art. 187–*terdecies* TUF che, in materia di reati finanziari, stabilisce che «nel determinare la sanzione penale occorre scomputare la sanzione amministrativa irrogata in precedenza».

Anche la Suprema Corte in un primo momento ha escluso il principio di specialità per alcuni reati in materia di IVA facendo leva sul concetto di "progressione", ritenendo che la fattispecie amministrativa e penale rappresentino uno sviluppo degli obblighi gravanti sul contribuente con una progressività crescente in relazione alle varie fasi.

Successivamente si è affermato un nuovo orientamento che ha depotenziato l'applicazione del principio di "progressione criminosa" nel segno dell'interazione tra procedimento amministrativo e penale sulla scorta dell'art. 13, d.lgs. n. 74/2000.

Si è ritenuto che in materia tributaria occorre valutare la possibilità di ricorrere a procedimenti paralleli nei quali vi sia l'interazione prevista dallo stesso art. 13, che identifica una connessione che non consente l'applicazione del divieto del *ne bis in idem*.

Tale valutazione, operata dalla Corte di Cassazione penale, ha trovato conforto nella giurisprudenza della Corte Cost. (sent. n. 112/2016) in ordine

alla legittimità dell'art. 649 c.p.p., giacché tale disposizione non prevedeva la possibilità del doppio giudizio in re-lazione al procedimento amministrativo celebrato in precedenza con l'irrogazione di una sanzione di natura penale. La Consulta — anziché valutare l'incidente di incostituzionalità — ha rimesso gli atti al giudice sollevando il problema, alla luce della normativa successivamente intervenuta (d.l. n. 158/2015), dell'estinzione dei procedimenti penali in caso di pagamento integrale di alcune violazioni tributarie, e ritenendo che il nuovo art. 13 — così come interpretato dalla Cassazione — potesse assumere rilevanza al fine della connessione tra i due procedimenti.

A tale indirizzo, è seguito un nuovo intervenuto dei giudici delle leggi (ord. n. 43/2018) in relazione alla questione dell'omessa dichiarazione IVA e IRPEF definita prima con sentenza tributaria e poi con l'avvio di un procedimento penale, con rimessione degli atti al giudice secondo i principi di connessione sostanziale e temporale della Corte Edu del 2016, già ritenuti rilevanti dalla Cassazione.

Tuttavia, nonostante tali arresti giurisprudenziali, il panorama risulta ancora estremamente variegato e incerto, sicché il presente lavoro, nel prospettare principi e regole definite, si apprezza quale indispensabile guida per l'interprete per la risoluzione dei casi concreti.

Capitolo I

Origine e *ratio* del principio

La locuzione *ne bis in idem* (che letteralmente significa "non due volte nella stessa cosa") trova la sua origine negli scritti di Quintiliano[1], nella forma del *bis de eadem re ne sit actio*, e nel Digesto di Ulpiano[2], nella formula *Isdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari*, nell'orazione di Demostene *Adversus Leptinem* (355 a.C.) e nel *Corpus iuris civilis* giustinianeo (529–534 d.C.)[3], mentre la prima enunciazione di un principio equivalente nella *Common Law* risalirebbe alla disputa, nel XII secolo, fra l'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket e il re Enrico II, il primo sostenendo che i chierici condannati dalle corti ecclesiastiche erano esenti da ulteriori punizioni da parte dei giudici del re. I giudici del re, invero, iniziarono ad applicare tale massima come principio di diritto.

In epoca moderna esso è affermato nella Costituzione di molti Paesi (è ritenuto una delle conquiste di maggior valore del costituzionalismo di matrice liberal democratica), oltre che in vari strumenti di diritto internazionale[4].

La regola, finalizzata a soddisfare una vocazione fondamentale di giustizia sostanziale[5], impedisce che un individuo venga giudicato per lo stesso fatto una seconda volta, a seguito della chiusura del primo giudizio.

Si esprime o declina:

a) nel divieto di instaurare nuovo o nuovi procedimenti *in idem* sugli stessi fatti o circostanze già oggetto del precedente giudizio;
b) nell'obbligo di "chiudere" quelli pendenti (*in idem*);
c) nell'obbligo di riconoscere effetti negativi ad una precedente sentenza penale (*in idem*).

1. Quintiliano, Institutio oratoria, Libro VII, cap. 6, par. 4.

2. Ulpiano, Digesto, 48.2.7.2.

3. G. de Luca, *I limiti soggettivi*, pp. 136 e ss., il quale osservava che *il richiamo alle origini romanistiche del giudicato concepito nel suo significato di ne bis in idem è particolarmente istruttivo, se si pensa che il diritto pretorio dei romani, come già ebbe a rilevare il Goldschmidt, presenta sorprendenti analogie con il moderno diritto penale*.

4. Cfr. P. Costanzo, L. Trucco, Il principio del *ne bis in idem* nello spazio giuridico nazionale ed europeo, in www.consultaonline.it; conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, causa C–467/04, Gasparini e altri, EU:C:2006:406, punto 74, note 56–60.

5. S. Astarita, *voce ne bis in idem*, in Digesto su «Rivista Leggi d'Italia Legale», 2008, p. 733.

Negli ultimi decenni, soprattutto a livello sovranazionale, il *ne bis in idem* ha infatti assunto caratteri di un vero e proprio diritto fondamentale dell'uomo, condiviso dagli Stati europei e non, talvolta riconosciuto persino a livello costituzionale[6].

Anche la dottrina è orientata ad attribuire al principio natura di vero e proprio diritto individuale[7], giacché assicura una "esigenza imprescindibile del soggetto"[8].

Come ha affermato il Parlamento europeo in uno dei primi atti che riguardano il tema, e come si ribadisce nella giurisprudenza della Corte di giustizia, «il principio del *ne bis in idem* trae motivo dall'interesse, tanto per la società, quanto per l'individuo, a che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo».

Per tale Organo il concetto poggia su due presupposti fra loro complementari, vale a dire la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei iudicatae* come elemento di pace sociale. Si intende, insomma, assicurare la certezza del diritto, l'equo processo, la proporzionalità della pena rispetto all'offesa[9].

La *ratio* della definizione è comune ai diversi profili per i quali può essere oggetto di esame: non solo per il profilo processuale (che in questa sede sarà solo accennato), ma anche, in questo lavoro, per quello di diritto sostanziale, ed in particolare nell'ambito del diritto tributario.

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale è un concetto elaborato dalla dottrina per soddisfare esigenze di equità e razionalità punitiva[10], tramite richiami che considerano lo stesso come autodimostrato.

In Italia, come noto, il principio trova riconoscimento esclusivamente nella sua dimensione processuale, a livello di legge ordinaria, mentre manca una espressa norma che lo tuteli nella sua accezione sostanziale.

Infatti è proprio il settore dell'illecito tributario (forse in ragione della severità delle sanzioni "dichiaratamente amministrative") quello nel quale il

6. V. Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America; Germania all'art. 103 abs 3 GG.

7. V. tra i tanti S. Astarita, *voce ne bis in idem*, cit.

8. N. Galantini, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1981, p. 97.

9. Cfr. la risoluzione del PE sull'applicazione nella Comunità europea del principio *non bis in idem* in materia penale, in GUCE C 184 del 16.4.1984; le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz–Jarabo Colomer nelle cause riunite *Gözütok e Brügge*, C–187/01 e C–385-01, EU: C: 2002, 516, punti 48–57 (ivi riferimenti).

10. F. Consulich, *La norma penale doppia. ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2015, p. 73 «il *ne bis in idem* sostanziale condivide con quello processuale una comune matrice; si tratta di due facce della stessa medaglia».

canone del *ne bis in idem* ha trovato le prime e più significative applicazioni[11] ed è stato sostanzialmente recepito anche dalla Suprema Corte[12] pur senza fare chiarezza sul punto.

Va del resto ricordato che la violazione del *ne bis in idem* "processuale" non necessariamente contraddice il canone del *ne bis in idem* "sostanziale". Si pensi all'ipotesi in cui un soggetto sia sottoposto a due successivi processi in ordine allo stesso fatto, venendo peraltro assolto in uno di essi.

Quanto sinora evidenziato permette di svolgere le preliminari considerazioni in ordine al principio del *ne bis in idem*, approfondendone la portata al fine di stabilire se esso sia in grado di fondare e risolvere il concorso apparente di norme.

1.1. L'*idem factum* come limite oggettivo della cosa giudicata penale

L' identità del fatto non ha nulla a che vedere con la correlazione tra accusa e sentenza in quanto, ai sensi dell'art. 521, co. 2 c.p.p., si ha diversità del fatto anche se la diversità tra la fattispecie criminosa risultante al termine dell'istruttoria dibattimentale e quella contenuta nel decreto che dispone il giudizio attiene una diversa modalità di tempo e di luogo.

L'art. 649 c.p.p. presuppone una comune fattispecie applicativa costituita dall'identità fra «fatto» già giudicato (o per il quale pende già un procedimento penale) e «fatto» nuovamente oggetto di accertamento giudiziario.

Affinché operi la preclusione processuale occorre che l'Autorità giudiziaria (p.m. o giudice investito dell'eccezione) verifichi, non superficialmente, se ed in quale misura il «fatto» possa considerarsi «identico» in termini di ragionevole certezza[13].

Il criterio dell'*idem* legale appare troppo debole[14] per tutelare adeguatamente gli individui, che potrebbero subire una infinita duplicazione di procedimenti a loro carico; infatti l'autorità giudiziaria, per eludere tale divieto, potrebbe riqualificare con altro titolo un determinato fatto di reato, oggetto di un precedente procedimento passato in giudicato.

Invero, è certamente possibile considerare, in un nuovo processo, avvenimenti storici già oggetto di un precedente giudizio, per utilizzarli al fine di valutare un diverso reato.

L'art. 649 c.p.p., così come veniva interpretato, ben difficilmente sarebbe stato idoneo a impedire un secondo procedimento a chi fosse stato, ad esem-

11. Trib. Terni, sez. pen., 12 giugno 2015; Trib. Asti, sez. pen., 10 aprile 2014.

12. Cass. sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334.

13. S. Astarita *ne bis in idem* in www.Leggiditalia.professionale.it 2008.

14. P. Rivello, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1410 e ss.

pio, già sanzionato in via amministrativa per omesso versamento dell'IVA e venisse chiamato contemporaneamente a rispondere del corrispondente illecito penale, avendo quest'ultimo caratteristiche strutturali tipiche diverse nonostante il fatto storico–giuridico alla base dei due illeciti fosse inequivocabilmente il medesimo[15].

Poiché la nozione di "medesimo fatto" è controversa, per iniziare è utile soffermarsi sugli aspetti pienamente condivisi.

Non vi è dubbio, in particolare, che perché operi il *ne bis in idem*, il giudizio deve riguardare proprio lo stesso "fatto storico" in precedenza valutato, e non uno ad esso identico[16]. È possibile quindi (senza che vi sia alcun impedimento) giudicare due condotte uguali, quando esse sono indipendenti e separabili tra loro (si pensi all'esempio in cui un soggetto compia due o più reati identici, in momenti o situazioni differenti).

Un'analisi sulla sua portata applicativa appare, quindi, opportuna.

Si è osservato che l'irregolare tenuta delle scritture contabili — pur inserendosi nella stessa serie naturalistica, così da potersi considerare normalmente funzionale all'evasione fiscale — ha comunque una propria autonomia rispetto alla violazione tributaria che esige elementi aggiuntivi[17].

Il nostro diritto vivente sembrava prendere in considerazione non tanto la medesimezza dell'episodio della vita i cui elementi di fatto possono essere inseriti in una fattispecie punitiva, quanto la sua configurazione astratta.

La Corte Costituzionale è successivamente intervenuta imponendo un cambiamento radicale.

La questione è stata compitamente affrontata dal Tribunale ordinario di Monza[18] che, escludendo l'applicabilità dell'art. 649 c.p.p. nelle ipotesi di concorso formale omogeneo o di concorso formale eterogeneo di reati, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esso limita l'applicazione del *ne bis in idem* al "medesimo fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, e non al "medesimo fatto storico". La Corte EDU, secondo il giudice interno, aveva elaborato un'interpretazione uniforme del concetto di *Same Offence* inteso non come l'astratta previsione legislativa, bensì di "fatto" nella sua concreta materialità (es. l'irregolare tenuta delle scritture contabili e la violazione dell'obbligo di presentare una corretta dichiarazione dei redditi).

15. Cass. pen., sez. III, 11 febbraio–11 maggio 2015, n. 19334, in riferimento all'omesso versamento di ritenute certificate. Commento di G. Flora *ne bis in idem europeo e sistema sanzionatorio tributario: devastante tsunami o vento che spazza le nuvole?*, in Rassegna Tributaria 4/2016, p. 1001.

16. Cass., sez. un., 23 Febbraio 2000, Romeo, in Cass. pen., 2001, p. 48.

17. M. Dova *ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?* in «Dir. pen. cont.» 22 gennaio 2018.

18. Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, in «Dir. pen. cont.» del 5 dicembre 2016 commento F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in Processo Penale e giustizia n. 6/2017 p. 1098.

La Corte Costituzionale[19], pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. a fronte del significato attribuito al *ne bis in idem* della giurisprudenza euro–unitaria ha ricordato che per *idem factum* "debba intendersi il medesimo accadimento storico, alla luce di un'interpretazione, ribadita anche dalle Sezioni Unite della Cassazione[20], in base alla quale l'identità del fatto sussiste «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», dovendo unicamente aver cura di precisare che in tal caso viene in considerazione l'"evento naturalistico" e non l'"evento giuridico".

A nulla rileva una diversa qualificazione giuridica del «fatto» storico venuto in esistenza ovvero un diverso *nomen iuris*: il «titolo» del reato. Perché il soggetto non venga giudicato una seconda volta in relazione allo stesso accadimento materiale, non è sufficiente la sua qualificazione giuridica, il *nomen iuris* attribuito alla vicenda penalmente rilevante, bensì occorre una valutazione del «fatto» inteso in senso naturalistico[21].

La Consulta ha mostrato di essere ben consapevole che il dato testuale contraddice il diritto vivente, dovendo constatare «il superamento dell'art. 4 attraverso un'interpretazione sistematica e/o evolutiva, volta ad attribuire all'espressione *infraction* il significato di fatto»[22]. Essa ha accolto alcune delle censure mosse dal remittente, dichiarando conseguentemente l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., che fissa il divieto di un secondo giudizio per «il medesimo fatto», ancorché questo sia «diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze», nella parte in cui «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

A tale soluzione il Giudice delle Leggi è invero pervenuto adottando lo stesso concetto della Corte di Strasburgo di "medesimo fatto" inteso come "medesimo fatto concreto", medesimo comportamento trasgressivo che pur potendo dare origine a qualificazioni illecite tipiche differenziate possiede dati connotativi fattuali comuni ad entrambi gli illeciti. Ad esempio: mero illecito amministrativo di omesso versamento di IVA alle scadenze fiscalmente contemplate delitto di omesso versamento di IVA nei termini più lunghi contemplati dall'art. 10–*ter*, d.lgs. n. 74/2000. *Quid juris*?

19. Corte Cost. sent. n. 200 del 31 maggio–21 luglio 2016.

20. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 719.

21. S. Astarita, *Ne bis in idem*, *op. cit*., p. 33.

22. P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, in Cass. pen., n. 1/2017, p. 86, che sostiene che in tal modo si finisce col riconoscere «il primato del diritto vivente a scapito del diritto vigente».

Nell'identificare l'oggetto del divieto di *bis in idem*, afferma la Consulta, «recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della lettera dell'art. 4 del prot. n. 7, anziché la più restrittiva nozione di *idem* legale»; nondimeno, tale *idem factum*, considerato come "fatto storico–naturalistico", non si riduce alla sola "azione o omissione" attribuita all'incolpato, bensì comprende «anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente».

A tal proposito, la Corte rileva che la giurisprudenza europea «affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale», sicché «la garanzia del *ne bis in idem* non assume tratti di assolutezza, né nel testo dell'art. 4 del prot. n. 7, né nell'interpretazione consolidata tracciata dalla Corte di Strasburgo». Ne consegue che la giurisprudenza convenzionale «impone agli Stati membri di applicare il divieto di bis in idem in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente».

In questa prospettiva, se non possono determinare un *novum* indici quali «la natura di pericolo dei delitti» o «il bene giuridico tutelato» o ancora il «differente "ruolo" del medesimo evento morte all'interno della fattispecie», certamente rappresenta una novità, «anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona», in quanto «dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso».

In altri termini, conclude, sulla base della triade condotta–nesso causale–evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico.

Con questa pronuncia può senz'altro affermarsi che il diritto vivente si impone come una legge, a scapito del diritto vigente. Il diritto espresso dalla Corte europea viene qui recepito come unico parametro di costituzionalità, restando irrilevante il tenore letterale del diritto vigente.

1.2. Il concorso apparente di norme e il concorso formale di reati

In relazione alle ipotesi in cui la condotta oggetto del primo giudizio sia riconducile, in astratto, a due diverse fattispecie criminose, la diversa inter-

pretazione del concetto di «medesimo fatto» comporta conclusioni differenti sull'operatività del divieto di *bis in idem*.

È quanto può accadere nei casi di concorso apparente di norme e concorso formale di reati.

La problematica del concorso apparente di norme nasce in epoca relativamente recente, dal momento che esso trova ingresso nell'elaborazione scientifica solo successivamente all'introduzione del codice del 1930[23], mentre riveste scarso interesse all'epoca del codice Zanardelli[24].

In dottrina[25], si è preferito il termine "concorso" a quello di "conflitto"[26].

Si sono proposte le alternative locuzioni di concorso di leggi[27], ovvero concorso di norme, quest'ultima idonea a ricomprendere sia il concorso apparente che quello effettivo di norme, ossia in tutti quei casi in cui si verifichi un teorico incontro di più norme sulla medesima situazione di fatto, a prescindere dal risultato a cui l'indagine conduca[28].

Il concorso apparente di norme e il concorso formale dei reati offrono una risposta al medesimo quesito: come impedire la qualificazione giuridica multipla di una medesima situazione giuridica nel rispetto sia di esigenze formali-strutturali che di giustizia sostanziale?

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale sembra costituire una sintesi tra le diverse teorie, capace di risolvere la problematica che affligge la tematica del concorso, anche non in maniera definitiva.

Il risultato a cui si rifà il concorso apparente di norme è la convergenza di una pluralità di qualificazioni giuridiche sul medesimo fatto, definito da taluno "presupposto" del concorso[29], delle quali dovrà trovare applicazione solo la prevalente, in grado di escludere tutte le altre.

Il concorso apparente di norme è il presupposto per il concorso dei reati: solo all'esito di una preliminare valutazione in ordine alla sussistenza di una pluralità di norme che concorrono tra loro e all'esito della risoluzione di tale concorso a favore dell'applicazione di una soltanto, ovvero della sua

23. Delitala, *Concorso di norme e concorso di reati*, p. 104; Conti, *Concorso apparente di norme*, in NN.D.I., III, Torino 1959, p. 1009; Giacona, *Spunti di riflessione sui criteri di risoluzione del concorso apparente di reati alla luce della recente giurisprudenza europea*, in Studi in onore di Mauro Ronco, a cura di Ambrosetti, Torino 2017, pp. 367 e ss.

24. Antolisei, *Sul concorso apparente di norme*, RIDP, 1948, p. 1.

25. Pagliaro, *Concorso di norme (dir. pen.)*, cit., pp. 545–546; Bettiol, *Diritto Penale*, Padova 1982, p. 648; Delitala, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., p. 104; parla di conflitto di norme; Cavallo, *Diritto penale*, p. gen., I, *L'essenza del diritto penale*, Napoli 1962, p. 492.

26. Grispigni, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 501–502; Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 100 e nt. 46.

27. Moro, Unità e pluralità di reati, cit., 43.

28. Pagliaro, *Concorso di norme* (dir. pen.), cit., p. 546.

29. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, cit., p. 111; e anche Pelissero, *Frodi ed abusi*, cit., p. 543.

mancata risoluzione in tal senso[30], è possibile occuparsi del differente tema del concorso di reati.

Il *ne bis in idem* sostanziale, invero, assume diverso significato nelle teorie degli studiosi che si occupano di concorso apparente di norme. Esso può costituire la base cui ancorare la definizione di concorso apparente, ovvero può rappresentare la conclusione a cui giungere mediante l'applicazione dei criteri di identificazione del concorso.

Nel primo caso il *ne bis in idem* costituisce presupposto per la sussistenza di tali criteri.

Nel secondo, invece, è possibile individuare un principio più importante. Si indirizza in questo senso chi ha affermato che non è possibile parlare di un *ne bis in idem* con funzione prioritaria bensì che il principio del *ne bis in idem sostanziale* discende solo dall'individuazione dei criteri che regolano il concorso apparente[31].

Per tali ragioni, nelle ipotesi di concorso apparente di norme è da ritenere che trovi applicazione l'art. 649 c.p.p., e si eviti l'eventuale violazione del cd. *ne bis in idem* "sostanziale", dato che il disposto dell'art. 649 c.p.p. non può essere considerato come la semplice traduzione in chiave processuale del principio del *ne bis in idem* "sostanziale".

Pertanto, il divieto di riprocedere per il medesimo fatto opera anche in ipotesi di concorso apparente di norme in relazione alle quali non esiste alcun rischio di un *bis in idem* "sostanziale".

Il conflitto tra le norme eventualmente convergenti deve pertanto risolversi sulla base dei principi generali, applicando il principio di specialità ovvero il principio dell'assorbimento *ne bis in idem*" sostanziale".

Più delicati profili, invece, in caso di concorso formale di reati, in particolare quando questi sono "eterogenei", ove alla unicità della condotta corrisponde una pluralità di eventi, in senso giuridico, aventi diversa natura. La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che la condotta illecita deve essere giudicata in ogni aspetto penalistico, con la conseguenza che il giudicato formato con riguardo ad un evento, in senso giuridico, non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad altro evento scaturito dall'unica condotta.

Se identità del fatto, ai sensi (www.studiolegale.leggiditalia.it) dell'art. 649 c.p.p., ricorre ove vi sia coincidenza dell'elemento materiale del reato (condotta–evento–nesso causale) non può dirsi violato il principio del *ne bis in idem* solo se il soggetto venga sottoposto a nuovo processo per un nuovo fatto giuridico, perché il nuovo procedimento per il reato in concorso

30. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, cit., p. 112.

31. Lozzi, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano 1974, pp. 67 e ss.