
SPUNTI SUL NE BIS IN IDEM

SOMMARIO	<i>1</i>
<i>§. I Ne bis in idem e concetto di medesimo fatto</i>	<i>1</i>
<i>§. II Rapporto con il concorso formale di reati</i>	<i>4</i>
<i>§. III Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio</i>	<i>6</i>
<i>§. IV Intangibilità del giudicato e poteri del giudice dell'esecuzione.....</i>	<i>11</i>

SPUNTI SUL *NE BIS IN IDEM*

SOMMARIO: §. I *Ne bis in idem* e concetto di medesimo fatto. §. II Rapporto con il concorso formale di reati. §. III *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio. §. IV Intangibilità del giudicato e poteri del giudice dell'esecuzione.

§. I *Ne bis in idem* e concetto di medesimo fatto

L'istituto del giudicato penale riveste una posizione di centralità nell'ordinamento giuridico essendo finalizzato a delimitare i poteri dell'autorità giurisdizionale con riguardo alla possibilità di esaminare nuovamente la *res iudicata* e, se del caso, modificarla.

Il presupposto del giudicato nel processo penale risiede nell'irrevocabilità della decisione *ex art. 648 c.p.p.*, che parte della dottrina definisce giudicato in senso formale poiché volto a produrre effetti all'interno dello stesso processo penale.

L'irrevocabilità consegue all'inutile decorso del termine previsto per proporre impugnazione avverso un provvedimento ovvero, in caso di ricorso per cassazione, alla pronuncia del provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità del ricorso o della sentenza con la quale il ricorso viene rigettato; l'irrevocabilità può scaturire, altresì, dalla sentenza con la quale la cassazione accoglie il ricorso, adottando una pronuncia di annullamento senza rinvio.

La definizione di irrevocabilità è dunque strettamente connessa al concetto di inoppugnabilità, col quale si attua il bilanciamento tra l'esigenza di correggere eventuali errori del provvedimento e l'interesse alla stabilità delle decisioni.

In assenza di una simile disposizione non si giungerebbe mai ad un accertamento definitivo, in violazione degli artt. 24 e 111 della Costituzione che garantiscono, rispettivamente, il diritto inviolabile alla difesa ed al giusto processo.

Da una decisione irrevocabile scaturiscono gli effetti del giudicato, che parte della dottrina indica come giudicato in senso sostanziale poiché essi assumono valenza esterna rispetto al processo penale nel cui ambito si è formato il provvedimento.

Gli effetti del giudicato sono tre e consistono nell'esecutività delle sentenze e dei decreti penali *ex art. 650 c.p.p.*, nella loro efficacia nei giudizi civili e amministrativi ai sensi

degli artt. 651 e ss. c.p.p. ed infine nel divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto *ex art. 649 c.p.p., c.d. ne bis in idem.*

Sul fondamento del *ne bis in idem* vi sono teorie che si confrontano da sempre.

Parte della dottrina ritiene che la norma abbia un fondamento empirico essendo volta a prevenire il conflitto pratico di giudicati ed invoca, a sostegno della tesi, la disciplina dell'art. 669 c.p.p. che indica i criteri cui il giudice dell'esecuzione dovrà ispirarsi a fronte di una pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona.

Un secondo orientamento, spesso avallato dalla giurisprudenza, riconduce l'esigenza del *ne bis in idem* alla disciplina del concorso apparente di norme, per ciò definito *ne bis in idem sostanziale*; secondo tale esegesi il *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p. proietterebbe nel processo la tutela delle regole attinenti al concorso apparente di norme.

A taluopo ricorre il concorso apparente di norme quando un medesimo fatto sia astrattamente sussumibile sotto diverse norme penali ma, in concreto, una sola di esse è effettivamente applicabile in ragione del principio di specialità *ex art. 15 c.p.*; autorevole dottrina ha messo poi in evidenza che vi sono delle ulteriori ipotesi in cui si configura un concorso apparente di norme nonostante tra le relative fattispecie non ricorra un rapporto di specialità inteso in senso stretto.

Si tratta dell'ipotesi di specialità bilaterale, quando cioè le fattispecie messe a confronto, considerate in astratto, hanno contemporaneamente un elemento comune ed uno specializzante rispetto all'altra e del criterio dell'assorbimento, invocabile quando la commissione di un delitto comporta necessariamente la realizzazione di un altro reato minore cosicché il disvalore di quest'ultimo resta assorbito nel primo.

Un'ultima esegesi, la più diffusa in dottrina e recentemente condivisa dalla Corte costituzionale, ritiene che il fondamento del *ne bis in idem* sia individuabile in esigenze di natura politica essendo finalizzato ad evitare che una persona sia sottoposta ad una persecuzione penale illimitata per il medesimo fatto.

I presupposti del divieto di un secondo giudizio avverso lo stesso soggetto risiedono nell'irrevocabilità di una decisione penale avente ad oggetto il medesimo fatto.

Se il concetto di stessa persona non ha destato problemi interpretativi, si assiste diversamente a contrasti dottrinali e giurisprudenziali quanto all'esegesi di medesimo fatto.

Il concetto di “*fatto*” nel diritto e nel processo penale è difatti oggetto di una pluralità di fattispecie che non ne designano un contenuto omogeneo; si utilizza, ad esempio, l’espressione “*fatto tipico*” per indicare la corrispondenza tra un fatto concreto ed una previsione incriminatrice generale ed astratta; ricorre poi l’accezione “*fatto diverso*” nella disciplina delle nuove contestazioni ed appunto “*medesimo fatto*” nel divieto di un secondo giudizio.

L’art. 649, co. 1 c.p.p. dispone che “*l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze*”.

Nonostante la formulazione letterale della disposizione sembrerebbe escludere gli elementi giuridici nella valutazione del fatto, un orientamento maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità, rimasto tuttavia minoritario, riteneva che ai fini dell’applicazione del *ne bis in idem* e della valutazione del medesimo fatto dovesse considerarsi non solo la dimensione storico-naturalistica dello stesso ma anche quella giuridica, rappresentata dagli elementi costitutivi del reato e dai beni giuridici tutelati.

Questa esegesi, come sancito dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 200/2016, va disattesa poiché contraria alla costituzione ed all’interpretazione fornita dalla Corte EDU del diritto del *ne bis in idem* enunciato dall’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Sotto il primo profilo il criterio dell’*idem legale* consentirebbe, tramite una mera riquilificazione giuridica del medesimo fatto, il protrarsi all’infinito di iniziative punitive nei riguardi di uno stesso soggetto in violazione degli artt. 24 e 111 della costituzione, cui il principio del *ne bis in idem* si rapporta.

Parimenti la giurisprudenza europea (Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 10.02.2009 *Zolotoukhine c. Russia*), ha risolto il conflitto che si era articolato attorno all’interpretazione del concetto di “*same offence*” indicato, appunto, all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

In particolare è stata respinta la tesi per cui il fatto è lo stesso solo se medesimo è il reato contestato nuovamente dopo un primo giudizio definitivo; l’identità del fatto si apprezza infatti alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio.

In tale ottica l'orientamento diffusosi nella giurisprudenza di legittimità successiva all'intervento della Corte EDU rapporta l'identità del fatto alla corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato nella triade condotta, evento e nesso eziologico oltreché con riguardo alle circostanze di tempo, luogo e persona.

Tali elementi vanno considerati con riferimento esclusivo alla dimensione empirica cosicché la nozione di stesso fatto consta della azione od omissione, dell'oggetto fisico su cui cade il gesto o dell'evento naturalistico che ne è conseguito ed ancora della modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente.

Una parte della dottrina mette in evidenza un dato normativo che parrebbe disattendere tale interpretazione di medesimo fatto.

L'art. 649 c.p.p. estende, infatti, il divieto di un secondo giudizio all'ipotesi in cui il medesimo fatto venga diversamente considerato, fra le altre cose, per il grado.

Orbene, secondo autorevole dottrina e giurisprudenza, rientra nel concetto di grado la c.d. progressione criminosa che si verifica di fronte al susseguirsi di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene.

Vi sono infatti delle ipotesi in cui ad una medesima condotta possono corrispondere più eventi di una diversa gravità che, se giudicati assieme, configurerebbero un caso di assorbimento con applicazione della disciplina attinente al concorso apparente di norme.

Il problema sorge rispetto al principio del *ne bis in idem* nella misura in cui tale definizione di grado parrebbe inficiare la ricostruzione giurisprudenziale che include nel concetto di medesimo fatto, oltre alla condotta, l'evento ed il nesso causale.

Tale orientamento dottrinale propone una diversa ricostruzione per cui accanto alla condotta, ai fini della identità del fatto, va considerato l'oggetto fisico su cui cade il gesto.

§. II Rapporto con il concorso formale di reati

Un ulteriore aspetto che si intreccia con il principio del *ne bis in idem* attiene alla disciplina del concorso formale di reati.

Quest'ultimo è un istituto di diritto penale sostanziale in virtù del quale gli illeciti consumati dallo stesso soggetto attraverso un'unica azione o omissione, per quanto il fatto sia il medesimo, vanno autonomamente sanzionati con le relative pene, seppur secondo il criterio di favore indicato dall'art. 81 c.p.

Partendo da tale assunto, nel diritto vivente si era consolidata la regola che vietava l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. qualora il reato oggetto di iniziativa del pubblico ministero concorresse formalmente ai sensi dell'art. 81 c.p. con il reato già giudicato definitivamente.

Tale esegesi dell'art. 649 c.p.p. è stata disattesa poiché in contrasto con l'art. 117 della costituzione in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU.

In particolare la Corte Costituzionale nella sentenza 200/2016 ha evidenziato la dimensione esclusivamente processuale del principio del *ne bis in idem*, che non osta alla possibilità che un soggetto venga giudicato per più reati commessi con un'unica azione o omissione nel contesto di uno stesso processo ma preclude che da un fatto già oggetto di una pronuncia di carattere definitivo possa scaturire una seconda iniziativa penale.

Inoltre nel valutare la sussistenza del concorso formale fra i reati, il giudice dovrebbe preliminarmente escludere la configurabilità del concorso apparente di norme così introducendo nel giudizio relativo all'identità del fatto di cui all'art. 649 c.p.p. elementi giuridicamente rilevanti e valutazioni sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali.

Una simile conclusione contrasta con l'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU, a rigore della quale l'identità del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio (Corte EDU, Grande Camera, 10.02.2009, *Zolotoukhine c. Russia*).

In tale ottica l'esistenza o meno del concorso formale tra il reato già oggetto di un provvedimento passato in giudicato ed il reato contestato tramite una seconda iniziativa penale avverso lo stesso soggetto è ininfluente ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. Possono in tal senso configurarsi ipotesi in cui a fronte di un'unica condotta non corrisponde infatti la medesimezza del fatto, valutato nella triade condotta, evento e nesso eziologico oltreché con riguardo alle circostanze di tempo, luogo e persona.

Un argomento a sostegno di questa tesi si trae dall'art. 671 c.p.p. che dispone il potere del giudice dell'esecuzione di applicare la disciplina del concorso formale a fronte di più provvedimenti irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona.

§. III *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio

Nel delimitare l'ambito d'applicazione del divieto di un secondo giudizio nei confronti dello stesso soggetto per un fatto già considerato da una decisione penale divenuta irrevocabile, garantito dall'art. 649 c.p.p. e dall'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU, acquista preminente rilievo la definizione di materia penale.

A tal uopo la giurisprudenza europea (cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23.11.1976, *Engel* e altri c. Paesi Bassi) ha elaborato i c.d. criteri *Engel* a rigore dei quali ai fini del carattere penale di una sanzione rileva preliminarmente la qualificazione data all'illecito contestato dal sistema giuridico Nazionale; tale indicazione tuttavia ha un valore meramente formale sul quale prevalgono gli ulteriori criteri, volti a delineare la qualificazione sostanziale della sanzione.

Rilevano in particolare la natura dell'illecito, la natura afflittiva della sanzione e il grado di severità di quest'ultima.

Se una sanzione, a prescindere dalla qualificazione formale, ha natura sostanzialmente penale troveranno applicazione le garanzie convenzionali previste per la materia penale fra cui, in primo luogo, il principio del *ne bis in idem*.

Questa premessa è utile per comprendere il contrasto giurisprudenziale che ruota attorno alla compatibilità tra *ne bis in idem* e casi di doppio binario sanzionatorio, penale ed amministrativo; la questione controversa attiene in particolar modo sia alla possibilità di intraprendere un'azione penale avverso un soggetto nei cui confronti sia già stata comminata una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva che al caso inverso, nel quale il giudizio penale si sia esaurito prima di quello amministrativo.

I casi più discussi di doppio binario sanzionatorio riguardano la materia degli abusi di mercato e quella degli illeciti tributari.

Sul primo versante il d.lgs. 58/1998, Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), prevedeva originariamente la sola pena della reclusione e della multa per le fattispecie di "*abuso di informazioni privilegiate*" (art. 184) e "*manipolazione del mercato*" (art. 185) fintanto che la Direttiva 2003/6/CE, relativa agli anzidetti illeciti, all'art. 14 ha disposto che, fatto salvo il diritto di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire le opportune misure amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva.

Coerentemente a tale previsione il legislatore ha inserito nel TUF gli artt. 187 *bis* e 187 *ter* che, relativamente alle condotte di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, sanciscono sanzioni amministrative concorrenti con le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato.

Il rapporto tra i due procedimenti è regolato dall'art. 187 *duodecies*, per cui il procedimento amministrativo non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale e dall'art. 187 *terdecies*, in virtù del quale la sanzione amministrativa pecuniaria non si cumula con la pena pecuniaria e con la sanzione pecuniaria dipendente da reato, che andrà limitata alla parte eccedente a quella riscossa dall'Autorità amministrativa.

La questione sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio rispetto all'interpretazione convenzionalmente orientata del *ne bis in idem*, relativamente alla fattispecie di manipolazione del mercato, è stata sollevata innanzi alla Corte EDU che, con la sentenza del 2014 *Grande Stevens* e altri c. Italia, ha confermato le censure mosse dal ricorrente in virtù delle seguenti argomentazioni.

La garanzia convenzionale del *ne bis in idem* va apprezzata alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio (*Grande Camera*, sentenza del 2009 *Zolotoukhine* c. Russia); tale divieto trova applicazione relativamente alla materia penale per come definita alla luce dei criteri *Engel* secondo cui rilevano, oltre alla qualificazione dell'infrazione, la natura e l'intensità della sanzione comminata.

Il carattere particolarmente afflittivo della sanzione amministrativa prevista per la manipolazione del mercato, da €. 20.000,00 e 5.000.000,00, fa sì che la stessa possa dirsi di natura sostanzialmente penale cosicché trova applicazione il principio del *ne bis in idem* in caso di pronuncia definitiva per il medesimo fatto, seppur diversamente qualificato.

Successivamente anche la Corte Costituzionale si trovò a dover affrontare, lasciandola tuttavia irrisolta, la questione della compatibilità del doppio binario previsto in materia di abusi di mercato rispetto al divieto di secondo giudizio.

In particolare la quinta sezione penale della Corte di cassazione aveva sollevato, in via principale, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* del TUF, nella parte in cui la norma prevede “*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*” anziché “*salvo che il fatto costituisca reato*”, per violazione dell'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

In via subordinata e per violazione sia dello stesso parametro costituzionale che della medesima norma interposta, il giudice rimettente aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esso non considera ai fini del divieto ivi contemplato anche i provvedimenti irrevocabili emessi nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi di una interpretazione convenzionalmente orientata.

La sezione tributaria della Corte di cassazione aveva altresì sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *ter* della medesima normativa, per violazione dell'art. 117 della costituzione in relazione agli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui la disposizione censurata prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale e della sanzione amministrativa.

Tutte le questioni sono state dichiarate inammissibili con la sentenza 102/2016.

Quanto all'ordinanza di remissione della quinta sezione penale della Corte di cassazione, la questione principale difettava di rilevanza avendo ad oggetto una disposizione (art. 187 *bis* TUF) che era già stata applicata nell'ambito del procedimento amministrativo e che non rivestiva più alcun ruolo nel processo penale pendente, nel quale si discuteva piuttosto della disposizione di cui all'art. 184, che prevede il corrispondente illecito penale di abuso di informazioni privilegiate.

Parimenti l'accoglimento della questione subordinata avrebbe comportato una grave incongruenza sistematica poiché ne conseguirebbe che verrebbe a trovare applicazione la sanzione inflitta cronologicamente per prima in via definitiva, con conseguenziale frustrazione delle esigenze punitive.

Fu poi ritenuta inammissibile la questione sollevata dalla sezione tributaria della Corte di cassazione, in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa.

Il sistema del doppio binario sanzionatorio non attiene esclusivamente al settore degli abusi di mercato, esso si configura infatti anche nella materia degli illeciti tributari.

In particolar modo il d.lgs. 471/1997 prevede sanzioni amministrative pecuniarie per determinate condotte poste in essere in violazione delle disposizioni tributarie e il d.lgs. 74/2000 dispone, per le stesse condotte, sanzioni penali.

A titolo esemplificativo l'art.1 del d.lgs. 471/1997 applica una sanzione amministrativa pecuniaria ai casi di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, l'art. 5 del d.lgs. 74/2000 punisce

con la reclusione chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte.

Il problema del doppio binario parrebbe risolto dall'art. 9 della legge 689/1981 a rigore del quale, nel caso in cui un medesimo fatto è oggetto di disposizioni penali ed amministrative ovvero di una pluralità di disposizioni amministrative, si applica solo una di esse per effetto del principio di specialità; la giurisprudenza di legittimità tuttavia è concorde nel ritenere che tale principio non opera in relazione alle sanzioni amministrative e penali previste nel settore tributario, ove tra alcune di esse si configura diversamente una progressione criminosa cosicché la fattispecie penale integra una violazione più grave di quella amministrativa che va, dunque, autonomamente sanzionata.

Qualificato in tal modo il rapporto tra le norme in esame e ritenuto applicabile il cumulo delle sanzioni penali ed amministrative, è sorta la questione della compatibilità del doppio binario sanzionatorio rispetto all'interpretazione convenzionale del *ne bis in idem*.

Un orientamento diffuso in dottrina e giurisprudenza, non ritenendo applicabile a fronte di tali ipotesi un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p. che, nel disciplinare il divieto di secondo giudizio, non contempla il caso in cui l'imputato sia stato giudicato nell'ambito di un procedimento amministrativo, richiama l'art. 50 della Carta di Nizza che sancisce il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato.

Ai sensi del terzo comma della medesima disposizione, difatti, laddove vi siano diritti corrispondenti tra la Carta di Nizza e la CEDU, agli stessi va applicato uguale significato e portata da ciò derivandone che il termine "*offence*" contemplato nell'art. 50 della Carta di Nizza si apprezza, al pari dell'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU, alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio ed il concetto di sanzione penale comprende ogni provvedimento di natura sostanzialmente penale, a prescindere dalla qualificazione formale conferita da ciascun ordinamento.

L'art. 50 della Carta di Nizza, in quanto norma sufficientemente dettagliata, trova diretta applicazione nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

Nel frattempo, la Corte EDU, con la sentenza del 2016 *A. e B. contro Norvegia*, relativamente ad una ipotesi di evasione fiscale ha disposto che il doppio binario sanzionatorio non viola la regola del *ne bis in idem*.

A tal fine, specificando il principio sancito dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia*, la giurisprudenza europea ha chiarito che il diritto a non essere giudicati o puniti più volte per il medesimo fatto non impedisce di per sé agli Stati di configurare un doppio binario sanzionatorio, la liceità di quest'ultimo dipende dal rispetto di alcuni requisiti.

Si tratta, anzitutto, del rispetto del principio di legalità o meglio di sufficiente prevedibilità circa l'esistenza di una risposta sanzionatoria unica ma articolata in due diversi procedimenti, i quali devono perseguire scopi differenti.

Deve essere inoltre garantita la non cumulabilità delle sanzioni pecuniarie e deve ricorrere connessione sostanziale tra i due procedimenti, nel senso che questi ultimi devono tenere conto l'uno dell'altro; in particolare occorre verificare se il procedimento amministrativo e quello penale siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo.

Da ultimo sono state decise dalla Corte EDU altre tre questioni pregiudiziali sollevate dall'Italia rispetto alla compatibilità tra l'art. 50 della Carta di Nizza e il doppio binario sanzionatorio previsto in materia di abusi di mercato e di illeciti tributari (Corte EDU, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci c. Italia*; *Garlsson Real Estate e a. c. Italia*; *Di Puma e Zecca c. Italia*).

La Corte EDU, per valutare la portata dell'art. 50 della Carta di Nizza, inizialmente richiama i criteri della sentenza *Engel* e l'interpretazione convenzionale di fatto per poi evocare il disposto di cui all'art. 52 della Carta di Nizza che, a determinate condizioni, ammette limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla predetta Carta. Quest'ultime in particolare devono essere previste dalle legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà, deve poi ricorrere proporzionalità, nel senso che alle limitazioni devono corrispondere finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione ed altrimenti irrealizzabili.

La verifica circa il rispetto dei predetti criteri spetta al giudice nazionale.

Nella causa *Menci c. Italia*, che aveva ad oggetto un caso di doppio binario in materia tributaria ove a seguito della sanzione amministrativa era stato intrapreso per il medesimo fatto un'azione penale, la Corte EDU conferma la ricorrenza dei tutti i requisiti legittimanti il doppio binario sanzionatorio.

Diversamente nella causa *Garlsson Real Estate e alti c. Italia*, in materia di manipolazioni di mercato, ove i soggetti erano già stati destinatari di una sentenza definitiva del giudice penale, la Corte, pur riconoscendo la sussistenza di alcuni criteri sanciti in tema di doppio

binario sanzionatorio come la prevedibilità e la finalità perseguita, ha reputato eccessivo il sacrificio dell'imputato soggetto alla successiva sanzione amministrativa, tanto dal punto di vista degli oneri cui il doppio procedimento lo espone, quanto da quello della proporzione della sanzione.

§. IV Intangibilità del giudicato e poteri del giudice dell'esecuzione

In virtù del principio di intangibilità del giudicato (la cui nozione, per come visto nel primo paragrafo, è strettamente connessa all'irrevocabilità della decisione *ex art. 648 c.p.p.*) l'accertamento contenuto in una sentenza, ormai divenuta definitiva, resta fermo ed inattaccabile e vincola tutti i soggetti da esso interessati.

Attraverso tale principio si esprimono ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, residuano tuttavia ipotesi di flessione dello stesso che la legge prevede nei casi in cui si debbano ritenere prevalenti opposti valori, di pari dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato.

A tal proposito il meccanismo dell'irrevocabilità delle sentenze di condanna subisce delle deroghe per effetto delle impugnazioni straordinarie, esperibili successivamente alla formazione del giudicato; si tratta in particolare dei casi di revisione tassativamente indicati dall'art. 630 c.p.p. e di rescissione di cui all'art. 629 *bis* c.p.p.

Secondo una parte della dottrina la disciplina relativa alle impugnazioni straordinarie è ispirata al principio del *favor rei*; la tesi prevalente ne riconduce il fondamento al rapporto intercorrente fra quest'ultime e le impugnazioni ordinarie.

Infatti, mentre le impugnazioni ordinarie sono finalizzate alla correzione di eventuali errori che si verificano nel corso del giudizio di primo o secondo grado, i mezzi di impugnazione straordinari, esperibili solo dal *reo*, sono volti alla rilevazione di fatti sopravvenuti.

Una tematica controversa rispetto al principio di intangibilità attiene poi ai poteri del giudice dell'esecuzione.

A tal fine è utile preliminarmente rilevare che l'intangibilità riguarda esclusivamente il giudizio sul fatto di reato e non anche il trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza penale di condanna cosicché il giudice dell'esecuzione, in virtù dei poteri ad esso

riconosciuti dagli artt. 667 e ss. c.p.p., può intervenire sulla pena senza sindacare il merito delle scelte sottese alla condanna comminata dal giudice della cognizione.

Tale parametro delimitativo della competenza del giudice dell'esecuzione rispetto quello della cognizione ha tuttavia contorni sfumati, tanto può osservarsi ad esempio in relazione agli artt. 672, 673 e 676, co. 1 e 3 c.p.p., che consentono al giudice dell'esecuzione di valutare fatti sopravvenuti alla sentenza passata in giudicato.

Si tratta dell'applicazione dell'amnistia e dell'indulto, della revoca della sentenza per abrogazione del reato e dell'estinzione del reato per decorso del tempo.

Il presupposto del potere del giudice dell'esecuzione di revocare una sentenza dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato è rappresentato, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., dall'abrogazione o dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

La Corte Costituzionale ha ritenuto applicabile l'istituto anche al caso di sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che affermi l'incompatibilità della norma incriminatrice interna con il diritto dell'Unione, in virtù della sostanziale equiparabilità di detta pronuncia ad una legge sopravvenuta (ordinanza nr. 311/2011).

La stessa giurisprudenza ha invece escluso che possa collocarsi nel perimetro applicativo dell'art. 673 c.p.p. il mutamento della giurisprudenza interna e la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, ancorché conseguenti a decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Corte costituzionale, sentenza 230/2012).

A differenza degli ordinamenti di *common law*, ove vige la regola di vincolatività del precedente giudiziale, negli ordinamenti di *civil law* un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha infatti la stessa efficacia delle ipotesi previste dall'art. 673 c.p.p. (*rectius*: abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice), poiché i giudici sono soggetti soltanto alla legge e non sono vincolati dai principi di diritto affermati dalla giurisprudenza.

In particolar modo nell'ordinamento giuridico italiano l'abrogazione delle leggi penali è disciplinata dall'art. 15 delle preleggi secondo cui le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore (abrogazione espressa) ovvero per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (abrogazione implicita).

Tuttavia la fondamentale attività esegetica posta in essere dalla giurisprudenza genera, rispetto a questi principi generali, punti di acceso contrasto.

A tal fine basti pensare alla fattispecie delittuosa di concorso esterno in associazione mafiosa, delineata dalla giurisprudenza tramite il combinato disposto degli artt. 416 bis e 110 c.p.

In assenza dell'introduzione di una specifica disposizione volta a sanzionare tale fattispecie si pose il problema della configurabilità della stessa a carico di coloro che avevano posto in essere le condotte incriminate in un periodo antecedente al consolidamento di tale orientamento giurisprudenziale.

Senonché la giurisprudenza europea ha ritenuto operante a fronte di una simile ipotesi il principio di legalità ovvero di sufficiente prevedibilità (Corte EDU, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

Un aspetto dibattuto da dottrina e giurisprudenza riguarda il potere del giudice dell'esecuzione di revocare una sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p. nel caso in cui l'*abolitio criminis*, soprattutto nel caso di abrogazione implicita, sia intervenuta già al momento della pronuncia di condanna senza esser stata rilevata dal giudice della cognizione.

Il caso concreto oggetto del contrasto giurisprudenziale attiene all'ipotesi delittuosa contemplata dall'art. 6, co. 3 del d.lgs. 286/1998 (Testo Unico sull'immigrazione) ed integrata dalla mancata esibizione, senza giustificato motivo, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, del passaporto o di altro documento di identificazione, da parte del cittadino straniero.

La giurisprudenza (Sezioni Unite, sentenza 45801/2003, *Meski*) aveva sancito l'irrelevanza della condizione di clandestinità poiché, nel caso dell'immigrato clandestino, se era da escludersi l'esistenza del permesso o della carta di soggiorno, non poteva negarsi la possibilità di esibizione del passaporto o altro documento di identificazione.

Tuttavia la legge 94/2009 ha modificato la disposizione del T.U. sull'immigrazione nella descrizione della condotta sanzionata con la sostituzione della disgiunzione "*ovvero*" con la congiunzione "*e*" tra le due categorie di documenti (passaporto o altro documento di identificazione, permesso o carta di soggiorno) che il cittadino straniero abbia, senza giustificato motivo, omesso di esibire a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza.

La riscrittura della norma incriminatrice ha generato immediati dubbi sulla riferibilità della condotta sanzionata anche allo straniero clandestino, privo per definizione di carta o di permesso di soggiorno.

Un primo orientamento ha inizialmente risolto la questione in senso affermativo, sul presupposto che le modifiche apportate alla descrizione della condotta incriminata fossero di carattere meramente formale; di contrario avviso si sono mostrate, tuttavia, le Sezioni unite (Cass. Penale, Sez. unite, 16453/2011, *Alacev*) per cui l'avvenuta modifica appalesa la necessaria esibizione congiunta tanto dei documenti di identificazione che del titolo di soggiorno.

Di ciò deriva un mutamento della *ratio* della norma, non più legata all'identificazione del cittadino straniero, ma alla verifica della sua legittima presenza nel territorio nazionale cosicché la figura criminosa ivi delineata non è più applicabile al soggiornante irregolare. La legge del 2009 avrebbe, di conseguenza, comportato l'abolizione parziale ai sensi dell'art. 2, co. 2 c.p., della fattispecie criminosa preesistente per la parte in cui si indirizzava agli stranieri in posizione irregolare.

A seguito di tale pronuncia si è registrato il contrasto interpretativo concernente il potere di revocare in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., le sentenze di condanna emesse dopo l'entrata in vigore della legge 94/2009 e relative ai fatti commessi dai cittadini stranieri in posizione irregolare e se, in particolar modo, tale potere di revoca vada rapportato al mutamento di giurisprudenza.

Si tratta di un contrasto giurisprudenziale la cui soluzione coinvolge sul piano generale i problematici rapporti tra l'esigenza di stabilità del giudicato e la tutela dei principi della parità del trattamento punitivo e della legalità della pena.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità (Sezioni Unite, sentenza n. 26259 del 23.03.2016) mette in evidenza che l'effetto abrogativo deriva dalla riforma legislativa cosicché alla revoca della sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p. non osta il dato letterale della stessa disposizione, che non prevede particolari limitazioni ai poteri di accertamento e di valutazione del giudice dell'esecuzione a differenza di quanto previsto dall'art. 671 (applicazione del concorso formale e del reato continuato in sede esecutiva) e art. 675 c.p.p. (falsità dei documenti dichiarata in sede esecutiva) che prevedono una riserva in favore del giudice della cognizione.

Allo stesso modo l'espressione “*abrogazione della norma incriminatrice*” comprende ogni tipo di abrogazione, anche quella tacita.

Oltre ai poteri del giudice dell'esecuzione fin ora esaminati ve ne sono altri in cui quest'ultimo potrà tenere in considerazione fatti antecedenti alla formazione del giudicato e non considerati dal giudice della cognizione, si tratta in particolare degli artt. 669 (pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona) e 671 c.p.p. (applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato).

Alla base della prima disposizione vi è una violazione del *ne bis in idem* sicché il legislatore dà la possibilità a chi è stato condannato due volte per il medesimo fatto di rivolgersi al giudice dell'esecuzione che ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave in applicazione del principio del *favor rei*.

Se tuttavia il giudice della cognizione, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., ha considerato la sussistenza del medesimo fatto, escludendola, il giudice dell'esecuzione non può porre in essere una differente valutazione nel merito.

Meccanismo analogo è disposto dall'art. 671 c.p.p. con riferimento al potere del giudice dell'esecuzione di applicare la disciplina afferente al concorso formale e al reato continuato.

In capo al giudice dell'esecuzione residuano poi poteri volti a correggere eventuali errori commessi dal giudice della cognizione, in particolar modo l'art. 676 c.p.p. dispone che il giudice dell'esecuzione è competente a decidere in materia di pene accessorie e dunque l'art. 183 disp. att. prevede che, su richiesta del pubblico ministero, il giudice dell'esecuzione può applicare una pena accessoria predeterminata dalla legge nella specie e nella quantità che consegue alla condanna, quando tale incombenza sia stata omessa dal giudice della cognizione, anche se non vi è stata impugnazione sul punto.

Il giudice dell'esecuzione può poi revocare, in deroga al principio del *favor rei*, il beneficio della sospensione condizionale della pena quando quest'ultimo è concesso dal giudice della cognizione in presenza delle condizioni ostative indicate dall'art. 164 c.p.