

## **Emissione di fatture per operazioni inesistenti e concorso esterno in bancarotta fraudolenta distrattiva. Ipotesi di applicazione del principio del *ne bis in idem*.**

### **1. Premessa.**

Chi emette fatture o altri documenti per operazioni inesistenti lo fa normalmente al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Ciò non esclude che, a volte, la condotta sia finalizzata ad altro scopo, non meno illecito, quale ad esempio quello di consentire a se stessi o a terzi di distrarre patrimonio di una società di cui si è titolari, pregiudicando i diritti dei creditori. Ma il punto è che, dal punto di vista oggettivo, potremmo trovarci in presenza dell'*idem factum* e allora si pone il problema di stabilire se ci si trova di fronte al divieto del *ne bis in idem*.

### **2. Le norme.**

#### **Art. 8 Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti - D.lgs. 74 del 10 marzo 2000.**

1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

2. Ai fini dell'applicazione della disposizione prevista dal comma 1, l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato.

#### **Art. 216 Bancarotta fraudolenta - R.D. 16 marzo 1942, n. 267<sup>1</sup>.**

1. È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che:

1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;

2) *omissis*.

2. 3. 4. *omissis*

#### **Art. 110 Pena per coloro che concorrono nel reato – c.p.**

1. Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

---

<sup>1</sup> Per la bancarotta fraudolenta societaria (c.d. impropria) si veda l'art. 223 L.F.

### **Art. 649 Divieto di un secondo giudizio – c.p.p.**

1. 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, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2<sup>2</sup> e 345<sup>3</sup>.

2. *omissis.*

### **Art. 50 Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato - Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.**

1. Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

### **Art. 4 Diritto di non essere giudicato o punito due volte - Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali - Strasburgo, 22.XI.1984.**

1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

2. 3. *omissis.*

### **3. Elementi essenziali del reato di cui all'art. 8 del D.lgs. 74/2000.**

Il "bene giuridico" protetto è l'interesse patrimoniale dell'Erario alla corretta percezione del tributo. Il soggetto attivo è chiunque emette fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, anche se non obbligato alla tenuta delle scritture contabili. L'elemento soggettivo è il dolo specifico, consistente nel fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, comprensiva della possibilità di consentire a terzi il conseguimento dell'indebito rimborso o il riconoscimento di un credito d'imposta inesistente. L'elemento oggettivo consiste nell'emettere

---

<sup>2</sup> **Art. 69 Morte dell'imputato – c.p.p.**

2. La sentenza non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata.

<sup>3</sup> **Art. 345 Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale – c.p.p.**

1. Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il **medesimo fatto** e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione.

2. La stessa disposizione si applica quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1.

o rilasciare fatture o altri documenti per operazioni (oggettivamente o soggettivamente) inesistenti e quindi, in buona sostanza, nella cessione a terzi di documenti fiscali ideologicamente falsi. La consumazione avviene all'atto dell'emissione o del rilascio della fattura o del documento per operazioni inesistenti. Si tratta, a ben vedere, di un **reato di pericolo astratto** (istantaneo) dove la "pericolosità" (anziché il danno) risiede nel fatto che non è necessario che i documenti falsi vengano utilizzati, mentre "l'astrattezza" si sostanzia nella tutela anticipata del bene giuridico protetto.

#### **4. Elementi essenziali del reato di cui all'art. 216 del R.D. 6 marzo 1942, n. 267.**

Il bene giuridico protetto è l'interesse dei creditori ad un pronto ed efficace ristoro sul patrimonio del debitore. L'agente può essere il fallito e cioè l'imprenditore commerciale non piccolo, il socio illimitatamente responsabile di una S.n.c. o di una S.a.s. *ex art. 222 L.F.* (c.d. bancarotta propria) o persona diversa dal fallito ossia l'amministratore, il direttore generale, il sindaco e il liquidatore di società - di persone o di capitali - dichiarate fallite *ex art. 223 comma 1 L.F.* e l'istitutore *ex art. 227 L.F.* (c.d. bancarotta impropria). Per i fatti di distruzione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione è sufficiente il dolo generico per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte. Si ammette il dolo eventuale quando il soggetto agisce semplicemente "a rischio" di subire una perdita altamente probabile. Dottrina e giurisprudenza sono, invece, concordi nel ritenere che il richiesto "scopo di recare pregiudizio ai creditori" in relazione ai fatti di esposizione e di riconoscimento di passività inesistenti, sia da qualificare come dolo specifico.

Le modalità di esecuzione (distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione, dissipazione) sono alternative e fungibili. Non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di diminuzione del patrimonio ed il successivo fallimento. Si tratta di un reato di "mero pericolo" anche nei casi di diminuzione effettiva del patrimonio (infatti, nel caso di distruzione o dissipazione di alcuni beni, all'esito della procedura concorsuale, vi potrebbe essere un integrale soddisfacimento dei creditori, ma il reato sussisterebbe comunque). Più precisamente si tratta di **reato di pericolo astratto** e quindi non richiede, per la sua sussistenza, la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori. Per quanto riguarda la consumazione si suole distinguere tra bancarotta prefallimentare, per indicare le condotte poste in essere prima della sentenza di fallimento rispetto alle quali la data della dichiarazione costituisce il momento della consumazione e bancarotta postfallimentare, per designare fatti illeciti verificatisi dopo la data di emissione della

sentenza e per i quali la data di consumazione coincide con la data del fatto lesivo della garanzia patrimoniale.

## 5. Elementi essenziali del “concorso esterno” in bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Il concorso di persone nella bancarotta fraudolenta soggiace alle regole dettate negli artt. 110 ss. c.p.. Il concorso del soggetto non qualificato ad es. l'impiegato o il collaboratore (c.d. *extraneus*) è possibile, ma è necessaria la contemporanea presenza di alcuni elementi:

- l'attività tipica di almeno un soggetto *intraneus*,
- l'influenza causale - sul verificarsi del fatto - della condotta dell'*extraneus*,
- la consapevolezza da parte dell'*extraneus* della qualifica del soggetto *intraneus*,
- la coscienza dell'*extraneus* del contributo fornito all'altrui condotta.

Non è necessario un accordo preventivo, basta la volontà unilaterale di concorrere. Secondo la giurisprudenza, concorre nel reato il professionista (es. il legale o il commercialista) che assuma l'iniziativa di ideare e programmare egli stesso gli atti di distrazione ovvero li proponga e li attui, assumendo la veste di gestore o cogestore dell'impresa del proprio cliente.

## 6. Analisi della possibile applicazione del principio del *ne bis in idem* al caso pratico.

Il “giusto processo” di cui all'art. 111<sup>4</sup> della Costituzione si estrinseca anche nel diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto. Il divieto del *ne bis in idem* è un principio generale dell'ordinamento giuridico la cui operatività presuppone la pluralità di procedimenti ed è subordinata alle sole condizioni di perfetta coincidenza della regiudicanda (stesso imputato e stesso fatto).

Il concetto di “stesso fatto”, che preclude la possibilità di un secondo giudizio, è da intendersi come identità di due fatti di reato in tutti i loro elementi costitutivi. E' ormai pacifico che per “stesso fatto” sia da intendersi il **fatto storico** e non quello giuridico. A tale scopo si può richiamare la recente pronuncia della Corte Costituzionale [n. 200 pubblicata il 27 luglio 2016](#) che ha deciso una questione sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino sulla legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale. Il rimettente avanzava dubbi di legittimità costituzionale del predetto articolo nella parte in cui, in base al diritto vivente nazionale, per valutare la medesimezza del fatto stabilisce criteri più restrittivi di quelli ricavati dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. In particolare, mentre il giudice nazionale sarebbe tenuto a

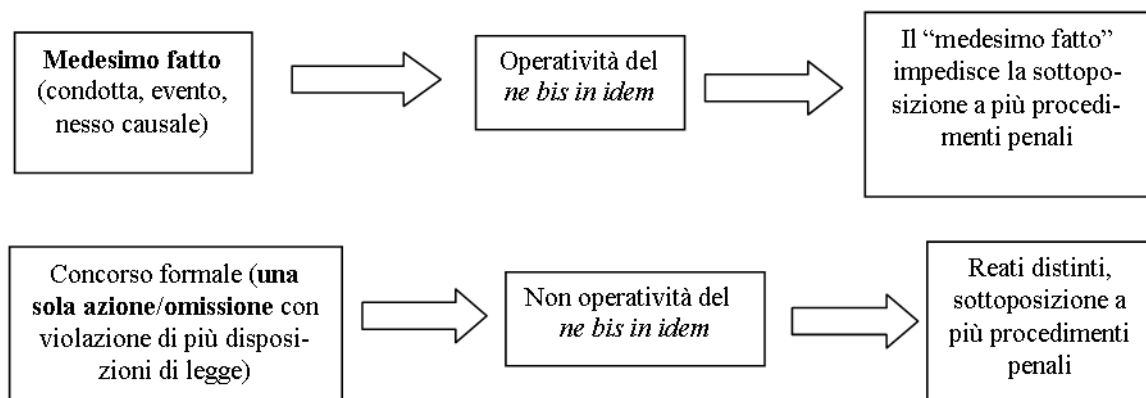
---

<sup>4</sup> Art. 111 Cost.

1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

valutare non la sola condotta dell'agente, ma la triade «condotta-evento-nesso di causa», indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano, in campo europeo invece, a partire dalla sentenza della Grande Camera, [10 febbraio 2009, Zolotoukhine](#) contro Russia, si sarebbe stabilito che è ravvisabile “identità del fatto” quando medesima è (solamente) l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata.

La Consulta, esaminando il diritto vivente formatosi sulla norma impugnata, evidenzia due orientamenti: il primo è quello per cui si interpreta il “medesimo fatto” di cui all'art. 649 cod. proc. pen. come 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; il secondo orientamento vieta di applicare il principio del *ne bis in idem* ove il reato già giudicato sia stato commesso in “concorso formale” con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto. In base a questa seconda opzione, il rinnovato esercizio dell'azione penale è consentito, anche quando il fatto è il medesimo sul piano empirico, ma forma oggetto di una convergenza reale tra **distinte norme** incriminatrici, tale da generare una **pluralità di illeciti penali**.



Per la Consulta non è possibile applicare il divieto di *bis in idem* per la “esclusiva” ragione che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione: ciò si spiega col fatto che può effettivamente capitare che all'**unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto** (nel senso che con una stessa condotta possono essere commessi più fatti-reato).

La Corte conclude che l'esistenza o no di un “concorso formale” tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. (ciò significa che il secondo schema, esplicativo del secondo orientamento, potrebbe essere fallace perché ciò che conta è unicamente l'*idem factum* di cui si dirà meglio oltre).

L'unica cosa che l'autorità giudiziaria sarà tenuta a porre a raffronto è il **fatto storico** del processo concluso con una pronuncia definitiva con quello posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione.

E sarà solo sulla base della triade «condotta-nesso causale-evento naturalistico» che il giudice potrà affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo. “Diversità dei fatti” è per la Corte, ad esempio, il caso di un'unica condotta da cui 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”.

La Corte Costituzionale osserva che la CEDU recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo n. 7<sup>5</sup>, anziché la più restrittiva nozione di *idem* legale. Ciò però non autorizza, come ritenuto dal G.I.P., che la comparazione tra fatto già giudicato definitivamente e fatto oggetto di una nuova azione penale dipenda esclusivamente dalla medesimezza della **condotta** dell'agente, trascurando cioè l'**evento** e il **nesso di causalità**.

Dice la Consulta: seppure l'apprezzamento della sola “condotta” ai fini del giudizio sulla medesimezza del fatto, rassicurerebbe al massimo grado l'imputato già giudicato in via definitiva, perchè per tale via si sottrarrebbe a un nuovo processo penale, non vi è alcuna ragione per sostenere che il “fatto” storico-naturalistico, rilevante ai fini del divieto di *bis in idem*, si restringa all'azione o all'omissione e non comprenda, invece, anche l'**oggetto fisico su cui cade il gesto**, se non anche, l'**evento** naturalistico che ne è conseguito. Tale concezione di fatto storico (condotta, evento, nesso di causa) è imposto dalla giurisprudenza europea (CEDU e CGEU).

Ed ancora, va escluso che sussista un contrasto l'art. 649 c.p.p. e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum*, inoltre, all'interno di esso, la Convenzione non obbliga a scartare l'**evento** in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto e dunque a superare il diritto vivente nazionale.

---

<sup>5</sup> **Art. 4 Diritto di non essere giudicato o punito due volte – Protocollo 7 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo**

1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.
2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.
3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione

La Consulta, a sostegno della propria pronuncia, richiama la sentenza delle Sezioni Unite della Cass. n. 34655 28 giugno 2005<sup>6</sup> 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:

- 1) **condotta, evento, nesso causale,**
- 2) **circostanze di tempo, di luogo e di persona,**

con esclusivo riferimento alla dimensione empirica del fatto storico, in una concezione rigorosamente naturalistica.

In sostanza, la Consulta ha ritenuto errata la tesi del giudice torinese secondo cui la disposizione europea significherebbe che la “medesimezza del fatto” debba evincersi considerando **la sola condotta dell'agente**. Sia l'art. 649 c.p.p. sia l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU recepiscono il criterio dell'*idem factum*.

Orbene, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato “tutti gli illeciti” che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, ancorché il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico, trovando tutt'al più applicazione il criterio di favore indicato dall'art. 81 cod. pen.<sup>7</sup>.

*Quid iuris* nel caso in cui un soggetto attraverso un fatto costituito da una “mera condotta” (nella specie l'emissione di fatture per operazioni inesistenti) persegua il duplice obiettivo di consentire allo **stesso soggetto** giuridico:

- 1) l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto e

---

<sup>6</sup> Con la medesima sentenza si dà una interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p. nel senso che il divieto del *ne bis in idem* si applicherebbe anche nel caso in cui la sentenza del primo procedimento **non sia ancora divenuta** definitiva; più in particolare il principio del *ne bis in idem* postula una preclusione derivante dal “giudicato” formatosi per lo stesso fatto e per la stessa persona o anche dalla coesistenza di procedimenti “iniziati” (quindi ancora pendenti) per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona (anche se pendenti in fase o grado diversi) **nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M.** La Corte ha enucleato il principio di diritto suddetto, non attraverso l'applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p., la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, sui principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, collocati a monte.

<sup>7</sup> **Art. 81 Concorso formale. Reato continuato – c.p.**

1. È punito con la **pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo** chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.
2. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.
3. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti.
4. Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

- 2) di distrarre in tutto o in parte i suoi beni o beni della società di cui è amministratore, direttore generale, sindaco o liquidatore?

Supponiamo che la società Alfa S.r.l. abbia emesso una fattura per operazioni inesistenti dell'importo di 10.000,00 euro alla società Beta S.r.l., che la utilizza per portarsela in contabilità e successivamente per presentare la dichiarazione fiscale evadendo così le imposte sui redditi. Il rappresentante legale della società Alfa S.r.l. – che chiameremo Pasquale - viene condannato, con sentenza divenuta definitiva, per il reato di cui all'art. 8 del D.lgs. 74/2000 “Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”.

Successivamente, qualche anno dopo, la società Beta S.r.l. fallisce e il suo rappresentante – un certo Antonio - (che per semplicità supponiamo essere lo stesso che ha utilizzato la fattura falsa di Pasquale) viene accusato di bancarotta fraudolenta distrattiva *ex art. 223 comma 1 L.F.* per un importo corrispondente a 10.000,00 euro, in relazione proprio a quella fattura ideologicamente falsa, grazie alla quale ha distratto la somma di denaro dal patrimonio della società fallita.

A questo punto, il rappresentante della società Alfa S.r.l. “Pasquale” viene a sua volta accusato di **concorso** in bancarotta fraudolenta distrattiva con il rappresentante di Beta S.r.l. “Antonio”, sussistendone i requisiti ovvero l'attività tipica del soggetto *intraneus*, l'influenza causale sul verificarsi del fatto della condotta dell'*extraneus*, la sua consapevolezza della qualifica del soggetto *intraneus* e la coscienza e volontà del proprio contributo al verificarsi della bancarotta distrattiva altrui.

Come sappiamo, la giurisprudenza ritiene che il concorso sussista anche senza un previo accordo con l'autore principale; nel nostro caso ciò significa che basta la volontà unilaterale di Pasquale di concorrere nella bancarotta.

Il “fatto storico” commesso da Pasquale, nella sua dimensione naturalistica (condotta, nesso ed evento) è il medesimo. Medesime sono le circostanze di tempo, di luogo e di persona; medesimo è l'oggetto materiale della condotta, trattandosi della stessa fattura. Con la medesima condotta egli ha consentito ad Antonio di evadere le imposte e contemporaneamente di distrarre risorse dalla società, poi fallita.

Va, a questo punto, precisato che la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che la preclusione del *ne bis in idem* non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di "concorso formale di reati" (una cosa escluderebbe l'altra).

Nel caso di specie, da una parte abbiamo un reato tributario il cui “bene giuridico” tutelato è costituito dall’interesse patrimoniale dell’Erario alla corretta percezione del tributo, mentre dall’altra abbiamo un reato fallimentare che tutela l’interesse dei creditori ad un pronto ed efficace ristoro sul patrimonio del debitore, sicché il primo **può concorrere formalmente** con il secondo in considerazione della non identità dei beni giuridici tutelati.

Vero è che entrambi i reati in questione sono **reati di pericolo astratto**: difatti la “pericolosità” della condotta descritta dall’art. 8 del D.lgs. 74/2000 risiede nel fatto che non è necessario che le fatture o i documenti falsi vengano utilizzati, mentre “l’astrattezza” si sostanzia nella tutela anticipata del bene giuridico protetto; in egual modo la bancarotta distrattiva è considerata reato di pericolo astratto nel senso che non richiede, per la sua sussistenza, la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori.

Ma il vero punto è che i reati sono ontologicamente diversi ed è inconfutabile che essi tutelano beni giuridici diversi: ne consegue che essi possono concorrere formalmente.

Ciò significa che il nostro “Pasquale” risponderà di entrambi i reati a meno che non riesca a dimostrare la non sussistenza dell’elemento soggettivo dei reati commessi, cosa, peraltro, ben possibile rispetto all’ipotesi di “concorso esterno” in bancarotta distrattiva in considerazione della consapevolezza (pur minima) che egli deve avere circa le reali intenzioni di Antonio in merito al patrimonio della società inteso come garanzia per i creditori in previsione del fallimento. Ciò che deve dimostrarsi è che Pasquale abbia intuito e compreso, già al momento dell’emissione della fattura falsa, che Antonio l’avrebbe utilizzata (o che comunque avendolo pensato ne ha accettato il rischio) per distrarre risorse dal patrimonio della Beta S.r.l. mettendo in pericolo la garanzia dei creditori per il soddisfacimento delle loro legittime pretese.

A questo punto, è necessario fare un passo indietro per tornare alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 200/2016. L’art. 649 c.p.p. è stato dichiarato **costituzionalmente illegittimo**, per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, 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.

In altri termini, l’applicazione del divieto di *bis in idem* non può dipendere esclusivamente dal fatto che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un’unica azione o omissione, ma occorre sempre verificare la sussistenza dell’*idem factum*.

## 7. Uno sguardo alla giurisprudenza europea circa l'estensione della sfera applicativa del *ne bis in idem*.

Occorre premettere che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non costituisce, fino a quando l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale. D'altro canto, la nostra Consulta (cfr. sentenza n. 80 dell'11 marzo 2011) esclude la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 della Costituzione e, dunque, del potere-dovere per il giudice di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione. Tuttavia, bisogna dire che le norme della Convenzione EDU assumono rilevanza ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, perché dotate del rango di fonti interposte integratrici del precetto di cui all'art. 117, comma primo<sup>8</sup>, Cost., sempre che siano conformi alla Costituzione stessa e siano compatibili con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti.

Vi è una differenza sostanziale tra Convenzione EDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare quest'ultima, rispetto alla prima, è fonte formalmente ricompresa nel diritto della UE, per cui il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia della CDFUE: ciò comporta che in caso di contrasto tra norma interna e norma della Carta, egli deve disapplicare la norma interna contrastante la legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Venendo adesso al merito della questione, pare opportuno richiamare il “commento” della Cassazione alla [sentenza della Corte Edu del 4 marzo 2014](#) (cfr. in bibliografia): la Suprema corte osserva che a fronte del tradizionale orientamento della Corte di Giustizia, volto a qualificare “l'identità del fatto” dal punto di vista **storico-materiale**, la Corte europea dei diritti umani aveva in passato sostenuto un'accezione formale e più restrittiva, coincidente con la qualificazione giuridica della condotta, sino a mutare il proprio indirizzo nel 2009, quando ha optato per una più ampia lettura del requisito, incentrata sull'identità del fatto materiale: in sostanza il principio del *ne bis in idem* va inteso come divieto di giudicare una persona per una seconda “infrazione”, qualora questa scaturisca dagli stessi fatti.

---

<sup>8</sup>Art. 117 Costituzione

1. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

La concezione odierna di “identità del fatto” si basa su parametri di riferimento ben precisi: si tratta dell'**insieme delle circostanze fattuali concrete** relative allo stesso autore e indissolubilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio.

La Grande Camera – risolvendo i precedenti dubbi interpretativi – affermò con nettezza (causa Sergueï Zolotoukhine c. Russia [GC], n. 14939/03, 10 febbraio 2009) che l’espressione “reato” utilizzata nel testo dell’art. 4 comma 1 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo deve intendersi come equivalente, a tutti gli effetti, a “fatto storico”, sì da attribuire la massima estensione possibile alla garanzia convenzionale. Ciò che conta ai fini della garanzia del *ne bis in idem* è, insomma, che il secondo procedimento abbia ad oggetto fatti che sono nella sostanza i medesimi che hanno costituito l’oggetto del primo procedimento, già conclusosi con un provvedimento definitivo. Più in particolare, l’articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione.

La Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU), rafforzando in misura significativa la tutela sottesa al divieto di doppio giudizio, ha ribadito, inoltre, il principio secondo cui anche l’inflizione di una **sanzione “amministrativa” definitiva** può precludere l’avvio di un procedimento penale nei confronti della medesima persona, in relazione agli stessi fatti che le vengono addebitati. Siffatta estensione della sfera applicativa del *ne bis in idem*, non opera però in via generale, ma solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfoci in un provvedimento particolarmente afflittivo. Ciò che conta è la **“reale natura” delle misure sanzionatorie** secondo il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, talché è ininfluyente la mera qualificazione giuridica ad esse riconosciuta. Si sostiene, nello specifico, che se le sanzioni amministrative sono **sostanzialmente penali** il divieto del *ne bis in idem* potrebbe essere violato nel caso in cui un soggetto, già giudicato in via definitiva in sede “formalmente amministrativa”, venga o resti successivamente sottoposto a processo penale per fatti (storici) che sono sostanzialmente i medesimi.

Ricordiamo che a partire dalla sentenza Engel<sup>9</sup> vengono enunciati tre criteri (peraltro, definiti come alternativi e non cumulativi) per stabilire se le “sanzioni” comminate siano **sostanzialmente penali**:

- qualificazione giuridico-formale della sanzione nell’ordinamento nazionale,
- natura dell’illecito,

---

<sup>9</sup> [Case of Engel and others v. The Netherlands](#) (article 50) (*application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72*) Judgment Strasbourg 23 november 1976. Tali principi si ritrovano anche nella sentenza CGUE del 26 febbraio 2013 resa nell’ambito della [causa C-617/10 \(Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson\)](#).

- natura e grado di severità della sanzione.

Se sono state applicate sanzioni penali allora il procedimento è di natura “sostanzialmente” penale (a prescindere dalla qualificazione formale che ne dà l’ordinamento nazionale): la pendenza di un secondo processo avente ad oggetto gli stessi fatti è **lesivo** del diritto fondamentale al *ne bis in idem* di cui all’art. 4 Prot. 7 CEDU, ratificato dal nostro Paese in forza della legge 9 aprile 1990, n. 98.

Naturalmente ciò vale a maggior ragione anche rispetto all’art. 50 della CDFUE. La sentenza della Corte Edu del 4 marzo 2014 da cui abbiamo preso le mosse, riguardava una materia (abusi di mercato) che ricade nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 51 CDFUE, per cui il diritto al *ne bis in idem* poteva essere fatto rispettare direttamente dai giudici italiani.

Con la sentenza del [04 marzo 2014](#) i giudici di Strasburgo giungono ad affermare che, nonostante la dichiarata qualificazione “amministrativa” del procedimento innanzi alla Consob, le sanzioni amministrative inflitte *ex art.* 187-ter del D.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 sono da considerarsi, a tutti gli effetti, come **sanzioni penali**<sup>10</sup>, principalmente in ragione della rilevante severità delle stesse, derivante sia dalla loro quantificazione per l’importo in concreto inflitto e in astratto comminabile, sia dalle sanzioni accessorie collegate, sia, infine, in ragione delle loro ripercussioni complessive sugli interessi del condannato (la natura penale di tali sanzioni sarebbe inoltre confermata dallo scopo chiaramente repressivo e preventivo rintracciabile nella *ratio* della disciplina in materia di abusi di mercato).

Nello stesso senso anche la Cassazione, evidentemente ritenendo focale la severità della sanzioni, afferma che “*Il tono di afflittività della sanzione determina la sua natura penale* (cfr. in bibliografia Rel. n. 35/2014 Roma, 8 maggio 2014).

In linea con la giurisprudenza europea anche la Suprema corte ha affermato che la procedura Consob, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, si sostanziava in un'accusa di natura penale, e di conseguenza avrebbero dovuto essere osservate le garanzie che l'art. 6 della Convenzione riserva ai processi penali.

## **8. Il principio del *ne bis in idem* – alcuni casi concreti già affrontati dalla Suprema corte.**

### **a. Primo caso**

Un soggetto, con una sola azione, aveva cagionato reati fiscali e reati di bancarotta. Nel secondo giudizio relativo alla bancarotta patrimoniale deduceva la violazione del divieto del *ne bis in idem* in quanto era stato, nel primo giudizio, assolto per non aver commesso il reato fiscale

---

<sup>10</sup> Per la nozione di “materia penale” nella giurisprudenza europea si cita, tra tutte, la sentenza della Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, [5 giugno 2012, C-489/10, Bonda](#), nonché la già citata sentenza della Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi del 8 giugno 1976.

relativo all'uso di fatture per operazioni inesistenti, consumato nella sua qualità di direttore generale o, comunque di uomo di fiducia degli amministratori della società.

Per la Corte l'intervenuta assoluzione per il reato fiscale non impediva certo l'esercizio dell'azione penale in relazione al reato di bancarotta. Il principio del "*ne bis in idem*" di cui all'art. 649 c.p.p., impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per lo stesso fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo **stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato** (*Sez. 5, Sentenza n. 1842 del 25/11/1998*).

#### **b. Secondo caso**

Un soggetto, quale agente di cambio, era stato già condannato per il reato di bancarotta fraudolenta - consistita, fra l'altro, nella sottrazione di titoli e denaro della clientela - e poi sottoposto a nuovo procedimento penale per il reato di appropriazione indebita in danno di un cliente.

Poiché all'unicità di un determinato fatto storico può far riscontro una **pluralità di eventi giuridici** (come si verifica nell'ipotesi di "concorso formale" di reati), il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro (inteso sempre in senso giuridico) pur scaturito da un'unica condotta (*Sez. 2, Sentenza n. 10472 del 04/03/1997*).

### **Considerazioni conclusive**

Siamo giunti al giorno del giudizio: Pasquale, già condannato in via definitiva per l'emissione di una fattura oggettivamente inesistente di 10.000,00 euro, viene nuovamente accusato penalmente di concorso esterno in bancarotta fraudolenta patrimoniale, unitamente ad Antonio.

Il fatto storico è il medesimo dal punto di vista naturalistico (si tratta dell'emissione di quella fattura falsa a favore della medesima persona, ossia di Antonio nella sua qualità di rappresentante della società Beta S.r.l., poi fallita).

A nulla rileva lo scopo perseguito da Pasquale; difatti, ai fini della medesimezza del fatto, occorre guardare esclusivamente agli elementi oggettivi dell'accadimento (condotta, evento, nesso causale, circostanze di tempo, di luogo e di persona).

E' altresì ininfluenza, come insegna la Consulta, che con la medesima azione Pasquale abbia violato due diverse disposizioni di legge (l'art. 8 del D.lgs. 74/2000 e il combinato disposto dell'art. 110 c.p. e art. 223 Legge fallimentare), atteso che il "concorso formale" di reati, da solo, non è sufficiente ad escludere l'operatività del *ne bis in idem*.

Già queste semplici premesse inducono a ritenere che Pasquale non possa essere processato per il secondo reato, grazie proprio al divieto del *ne bis in idem* (purtuttavia, mi si consenta di non metterci la mano sul fuoco).

Per altro verso vi è da considerare la notevole difficoltà di dimostrare (dal punto di vista dell'elemento soggettivo) il concorso esterno in bancarotta fraudolenta patrimoniale. Forzando un po' la disciplina del concorso eventuale di persone nel reato si potrebbe sostenere che Pasquale è colpevole del reato in quanto ha fornito un contributo causale alla distrazione fallimentare commessa da Antonio. Facile sarebbe, in questo senso, fare riferimento alla "teoria della causalità agevolatrice o rinforzo", alla stregua della quale è ritenuto penalmente rilevante anche il contributo che si limiti ad agevolare o facilitare il reato, o alla "teoria dell'aumento del rischio", secondo la quale basterebbe che l'azione del partecipe appaia *ex ante* idonea a facilitare la commissione del reato accrescendone le probabilità di verificazione. Comunque sia, queste sono solo considerazioni pratiche che nulla hanno a che fare con la sussistenza dell'*idem factum*, che, è bene ribadirlo, attiene esclusivamente alla sfera oggettiva.

Ciò che conta è che i due reati in questione originano dal medesimo fatto (condotta, evento e nesso causale). La circostanza che, sia l'emissione di fatture o documenti per operazioni in tutto o in parte inesistenti, sia la bancarotta fraudolenta patrimoniale, siano reati senza evento non cambia le cose: ai fini del *ne bis in idem* si valuterà, in questo specifico caso, **unicamente la condotta**.

Ma se da un parte sembra esserci "certezza" circa l'operatività del principio del *ne bis in idem*, sia in quanto collegato al concetto di *idem factum* (piuttosto che all'*idem* legale) sia in relazione a cosa si debba intendere per "stesso fatto" (condotta, evento e nesso di causa) e tale certezza accomuna la giurisprudenza nazionale a quella europea, dall'altra emerge il **pericolo di incertezza del diritto** per l'autorità giurisdizionale statale derivante dal fluttuante criterio interpretativo prescelto dalle Corti europee (Corte EDU e CGUE) per definire la "natura penale" di un illecito.

Come è stato ben chiarito nella citata Rel. n. 35/2014, la fluidità del concetto di "natura penale" di una disposizione interna pone problemi di compatibilità con il nostro sistema costituzionale, che, all'art. 25 Cost., vincola la nozione di illecito penale ad un criterio di stretta legalità formale (si pensi inoltre all'art. 1 del c.p. in base al quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge). Da questo punto di vista, il giudice nazionale non ha il potere-dovere di ritenere "sostanzialmente" penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno.

Certamente non mancheranno in futuro occasioni e sentenze per chiarire e uniformare il diritto, la giurisprudenza e la dottrina nazionale ed europea, così come non smetteranno gli sforzi protesi alla ricerca di quella “certezza del diritto” tanto agognata, ma tuttora inafferrabile.

*A Martina*

## **BIBLIOGRAFIA**

Atti Dell'incontro Di Studio - Il principio del *ne bis in idem* tra giurisprudenza europea e diritto interno Aula Magna, 23 giugno 2014 (Sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia):

- ✓ Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “grande stevens” nell’ordinamento italiano. (**Gaetano DE AMICIS**)
- ✓ Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a. (**Francesco VIGANÒ**)

Considerazioni sul principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza Europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia - [Rel. n. 35/2014 Roma, 8 maggio 2014](#)

**Valentina ANGELI** - Engel ed altri c. Paesi Bassi