

OSSERVAZIONI IN TEMA DI GIURISPRUDENZA CEDU, “NE BIS IN IDEM” E NATURA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

cons. Paolo Luigi Rebecchi

La Corte europea dei diritti dell’Uomo, il 13 maggio 2014, ha emesso sentenza su ricorso (n. 20148/09) proposto da *Cesare Luigi Rigolio* contro lo Stato italiano che aveva dedotto violazione del principio del “ne bis in idem” in ordine ad un giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti per vicende che avevano dato luogo, nei suoi confronti anche a condanna in sede penale, invocando l’art. 6, paragrafi 1-2 e 3 della Convenzione. La Corte lo ha respinto sia con riguardo ai profili di eccessiva durata del procedimento (paragrafi 28-30), sia con riguardo alla natura del procedimento dinanzi alla Corte dei conti affermando che detto giudizio non attiene ad un’accusa penale ai sensi dell’art. 6 della Convenzione (par. 38 e ribadito a par. 46) e che pertanto non può essere applicato, nella fattispecie il par. 3 dello stesso art. 6 come non sono stati accolti i motivi che richiamavano l’art. 7 della CEDU e l’articolo 2 del Protocollo 7, osservando la Corte (ancora par. 46) che la somma che il ricorrente è stato condannato a pagare ha natura di risarcimento e non di pena. La stessa sentenza *Rigolio* ha anche pronunciato sulla dedotta violazione dell’art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione, circa il rispetto dei beni, osservando la Corte (par. 54) che i diritti garantiti da tale disposizione, in rapporto all’art. 6 della Convenzione, sono assicurati dalla possibilità, per il ricorrente, nel giudizio “a quo” di contestare adeguatamente, secondo procedure vigenti, le misure adottate dalle autorità competenti.

La decisione fornisce un ulteriore elemento di valutazione circa la "natura" della responsabilità amministrativa azionata dinanzi alla Corte dei conti e la sua non assimilabilità ai giudizi penali o comunque di natura "sanzionatorio-punitiva" che sono stati oggetto di numerose pronunce della Corte EDU, fra le quali , la nota sentenza "*Grande Stevens*" del 4 marzo 2014.

Tali questioni sono state anche affrontate dalla Sezione Terza centrale di appello della Corte dei conti , la quale , con la sentenza n. 68/2015, depositata il 6 febbraio 2015, nell'accogliere parzialmente gli appelli¹ proposti avverso la sentenza/ordinanza n.2152/2010 e la sentenza definitiva n. 214/2012, pronunciate dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lazio, ha condannato due società concessionarie al pagamento in favore dell'erario-Agenzia delle dogane e dei monopoli per i rispettivi importi di euro 335 milioni e di euro 72 milioni, oltre accessori².

Le due società sono state condannate per il danno da disservizio³ dalle medesime realizzato nella attività di gestione in concessione del "gioco lecito", nel periodo 2004-2007.

¹ L.VENTURINI, *L'appello nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AA.VV. (a cura di S.BATTINI-B.G.MATTARELLA-A.SANDULLI—G.VESPERINI), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, pp. 814 e ss.; M.BOVE, *Sulla produzione di documenti nuovi in appello*, in *Riv. trim. dir.e proc. civ.*, 2006, pp.307 e ss; D.DALFINO, *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2005, I, 1693; A.BONSIGNORI, *Il divieto di domande ed eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp.67 e ss.; ; C.M.BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*, in *Foro it.*, 2005, I, 1696 e ss.; A.PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, I, 1699; C.CAPELLI, *Il principio di unità e infrazionabilità della prova come limite delle prove nuove in appello*, in *Riv. trim. dir.e proc. civ.*, 2001, pp.211 e ss.; ;F.SAITTA, *L'appello nel processo contabile. Profili sistematici*, Milano, 1999; A.BONSIGNORI, *Il divieto di domande ed eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp.67 e ss.; G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova 1997, pagg. 201 e ss

² La sentenza è stata ripresa dall'agenzia on-line dedicata al settore dei giochi *agipronews.it*, cfr. *Maxi multe slot, Vinti (legale B Plus) "Decisione enorme, necessario intervento Corte di cassazione e giudici europei*

³ E.TOMMASSINI, *Il danno da disservizio*, in *Riv. Corte dei conti*, 2005, 3, pag. 334 e ss.
15/07/2015

La sentenza definitiva di primo grado n. 214/2012 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio aveva affermato la responsabilità amministrativa⁴, e conseguentemente condannato, le dieci società operanti in Italia nel settore dei giochi regolati dalle disposizioni di legge di cui all' art. 110, comma 6, del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al R.D. 18 giugno 1931, n. 773 , e successive modificazioni e integrazioni⁵ e in particolare dall' art. art. 22⁶ della L. 27 dicembre 2002, n. 289 (legge

⁴ V.TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile*, in AA.VV., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2015; AA.VV. (a cura di D.CROCCO) , *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli , 2014.

⁵ Nonché art. 14-bis, comma 4, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640, (cfr. D.P.R. 24 gennaio 2002, n. 33 , emanato ai sensi dell' art. 12 della L. 18 ottobre 2001, n. 383, e art. 4 D.L. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in L. 8 agosto 2002, n. 178; art. 14-bis, comma 4, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640, nella formulazione di cui all' art. 39, comma 12, D.L. n. 269 del 2003.

⁶ Ricorda la decisione 68/2015 che questa disposizione "... veniva a impattare su un'area di diffusa illegalità, nella quale i giocatori erano privi di qualsiasi tutela ed esposti agli abusi di chi operava e gestiva il mercato in contrasto con la normativa vigente in materia di giochi. La premessa teleologica dell'art. 22 disvela l'obiettivo primario della novella normativa, ossia la realizzazione di un'azione di prevenzione e di contrasto all'uso illegale dei dispositivi degli apparecchi da intrattenimento. Azione quanto mai indispensabile, in un settore ad alto rischio di dipendenza comportamentale e foriero, sempre più spesso, di gravi e, purtroppo, talvolta drammatiche conseguenze sociali. Non si deve sottovalutare, invero, che l'attività, nel suo complesso, deve remunerare tutti gli operatori che gravitano - ora lecitamente - nel settore, Stato compreso, sicché non può che essere necessariamente perdente per l'utenza complessivamente considerata. La combinazione di tale profilo con la crescente dipendenza del giocatore può purtroppo determinare conseguenze patologiche estremamente gravi, quali l'assorbimento mentale del ludopatico nel gioco, il deteriorarsi dei rapporti familiari, il compimento di atti illeciti per procurarsi il denaro, fino ai casi in cui si acquisisce piena consapevolezza degli errori commessi e si arriva, di conseguenza, al compimento di gesti estremi. E' di tutta evidenza che, in un settore così delicato sotto il profilo sociale, il legislatore dovesse intervenire con decisione, non tanto per finalità prettamente fiscali (pur se l'evasione era fenomeno particolarmente rilevante nel comparto), quanto soprattutto per esercitare un'effettiva azione di monitoraggio e controllo, con la possibilità di intervento pubblico al fine di modulare le modalità di gioco. E che i profili economico-finanziari fossero recessivi rispetto alla tutela della salute dei cittadini e dell'ordine pubblico emerge con chiarezza dal documento approvato nella seduta del 26 marzo 2003 dalla Commissione Finanze e Tesoro del Senato, a conclusione dell'indagine conoscitiva sul settore dei giochi e delle scommesse. Si legge nell'atto parlamentare che "le esigenze di bilancio devono trovare un rigoroso limite nella conferma dei compiti di tutela dell'ordine pubblico e della salute dei cittadini, che potrebbero essere messi in pericolo da una diffusione incontrollata, indiscriminata e senza regole di tipologie di giochi e di scommesse, nonché dalla diffusione di fenomeni illegali e clandestini". La diffusione del gioco al di fuori del controllo dello Stato, quindi, può minare l'ordine pubblico e la salute dei cittadini, valori di rilievo ben maggiore rispetto alle esigenze delle pubbliche finanze. Il controllo pubblico sul gioco lecito era quindi strumentale all'esercizio delle funzioni regolatrici e moralizzatrici dello Stato, tutelando l'intero settore dai fenomeni distorsivi generati da un'incontrollata propensione al gioco da parte dei cittadini, specie tra le fasce più deboli. L'intervento pubblico nel comparto dei giochi doveva, infatti, ispirarsi alla salvaguardia dei valori etici, essendo preordinato a fini di interesse generale e non solo a obiettivi di gettito (cfr. premessa del menzionato documento conclusivo del Senato). In piena linea con tale ottica, e per la migliore realizzazione delle finalità sopra esposte, il menzionato art. 22 L. n. 289 del 2002 ha previsto, tra l'altro, il collegamento in rete "obbligatorio" per la gestione "telematica" degli apparecchi e dei congegni per il gioco lecito, dapprima entro il 31 dicembre 2003 e,

finanziaria per il 2003), che operavano (e operano tutt'ora) per effetto di atti di concessione da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, oltre a riconoscere la responsabilità concorrente di alcuni dirigenti dell'agenzia. Le condanne in primo grado ammontavano complessivamente a circa 2 miliardi di euro. Nel corso del giudizio di appello alcune società concessionarie avevano aderito al procedimento di definizione agevolata di cui all'art. 1 commi 231 e ss. della legge 266/2005 come integrato dall'art. 14 del d.l. 103/2013⁷. Detti procedimenti si erano conclusi con provvedimenti di accoglimento, i successivi versamenti (pari al 30% degli importi delle condanne in primo grado oltre interessi e spese processuali) e la conseguente dichiarazione di estinzione dei relativi giudizi. Ulteriori richieste di definizione agevolata erano state proposte da altre due società . Le stesse erano state accolte, con conseguenti versamenti (anche in questo caso pari al 30% delle rispettive condanne in primo grado) e successiva dichiarazione di estinzione dei giudizi intervenuta con la decisione in epigrafe, con condanna alle spese del giudizio.

Complessivamente, per effetto di detto speciale procedimento (c.d. "condono contabile"), prima della sentenza di appello, l'amministrazione aveva incamerato una somma pari a circa 500 milioni di euro che corrisponde certamente al maggior "incasso" mai avvenuto, conseguente ad un giudizio di responsabilità amministrativo contabile davanti alla Corte dei conti italiana. Detto incasso era stato contabilizzato dal Governo allora in carica , quale componente non secondaria della manovra di finanza pubblica , tanto che l'art. 14 del d.l. 102/2013, convertito

quindi, a seguito della prorogazione del termine disposta con l' art. 39, c. 5, D.L. n. 269 del 2003, conv. in L. n. 326 del 2003 , entro il 31 ottobre 2004...."

⁷ N.TANI, *Sei concessionarie di slot machine su dieci aderiscono alla sanatoria*, in *Italia Oggi*, 5 novembre 2013, pag. 27

nella legge n. 124/2013, aveva ampliato in via straordinaria e temporanea l'operatività dello strumento previsto dalla legge 266/2005 proprio con la finalità di ottenere detti incassi (obiettivo non completamente ottenuto per la mancata adesione da parte di due delle società interessate ed in particolare di quella che in primo grado aveva riportato la condanna di maggiore importo, circa 800 milioni di euro e che, a conclusione dell'appello ha visto confermata la condanna ma con riduzione dell'importo a 335 milioni, per il cui effettivo incasso l'amministrazione dovrà procedere in sede esecutiva, pur considerando che nelle more dell'appello erano stati emessi provvedimenti di sequestro conservativo relativi a somme che la società doveva ricevere dall'amministrazione per circa 60 milioni di euro).

La sentenza di appello, oltre ai profili di merito, ha definito numerose questioni pregiudiziali fra le quali quella dei rapporti fra la giurisdizione amministrativa e quella della Corte dei conti della lamentata violazione, da parte delle società ricorrenti del principio del "ne bis in idem", richiamandosi anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo e della Corte di giustizia europea del Lussemburgo⁸.

Circa questi profili la sentenza n. 68/2015 ha ricordato che la condotta contestata ai concessionari consisteva nella violazione, da parte di soggetto al quale è devoluta una funzione amministrativa con relativo trasferimento di poteri autoritativi, di specifici obblighi di servizio previsti per assicurare il controllo pubblico sul fenomeno del gioco e, in ultima analisi, per l'esercizio delle funzioni statali di disciplina

⁸ Il sistema giurisdizionale dell'Unione europea è costituito dalla Corte di giustizia che ha al suo interno il Tribunale e i Tribunali specializzati (art. 19 del TUE). In arg. v. F.CAPPELLI, *Ricorsi davanti all'autorità giudiziaria dell'Unione europea*, in *Atti del seminario di formazione permanente della Corte dei conti*, 2012; F.MARTINELLI, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2013, pp. 83 e ss.

e moralizzazione del settore, notoriamente a rischio e fino ad allora al di fuori di un efficace controllo. Gli obblighi di servizio erano calati nel rapporto concessorio e, pertanto, la loro inosservanza poteva costituire anche inadempimento contrattuale e fonte di eventuale responsabilità civile, ma ciò non implicava il venir meno della responsabilità amministrativa per il danno erariale, derivante dalla violazione degli obblighi di servizio contemplati nella convenzione di concessione e dalla conseguente impossibilità di verificare la conformità del gioco alla normativa vigente, nonché di elaborare strategie di intervento (in via preventiva e di contrasto) in caso di uso illegale degli apparecchi.

La questione era comunque già stata affrontata dalla Corte di cassazione- Sezioni unite civ., nelle ordinanze dal n. 2549 al n. 25505 del 2009, con le quali erano stati rigettati i ricorsi per regolamento preventivo di giurisdizione proposti da alcune società convenute in giudizio. Non si poteva sostenere che il giudizio contabile aveva esaminato i medesimi fatti oggetto del giudizio amministrativo, risultando invece del tutto diversa la prospettazione della fattispecie e comunque valeva il principio generale per il quale finanche gli "stessi fatti" possono dar luogo a diverse posizioni di responsabilità (civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare) nelle diverse sedi giurisdizionali, per il principio generale di autonomia della giurisdizioni (Cass. civ. sez. un. n. 639/ord./1991; n. 5943/1993; Cass. sez. un. civ. n. [310 del 27 maggio 1999](#), n. 933/99 del 21 ottobre 1999; Cass. sez. III civ. n. 822 del 23 novembre 1999; n. 98 del 4 aprile 2000 ; [n. 1329 del 22 dicembre 2000](#), n. 179 dell' 8 maggio 2001, [n. 5288 del 4 dicembre 2001](#); Cass. Sez. III civ., n. 10287 del 16 luglio 2002; Sez. un. civ. n. 17166 del 3 dicembre 2002; n. 3795 del 14 marzo 2003 e n. 7765 del 19 maggio 2003; n. 22277 del 26 novembre 2004; n. 4957

dell' 8 marzo 2005; Corte costituzionale , sentenza n. 272/2007 del 4 luglio 2007; Sez.un. civ. n. 15046 del 26 giugno 2009). L'autonomia del giudizio contabile rispetto ai giudizi civili ed amministrativi è stata confermata da Cass. sez. un civ.-ord.- n. 20701/13 del 10 settembre 2013 la quale ha, tra l'altro, affermato che le stesse Sezioni Unite "...hanno ripetutamente evidenziato l'autonomia del giudizio amministrativo contabile e quindi dell'azione di responsabilità esercitata dal procuratore presso la Corte dei conti rispetto ai rapporti civili, amministrativi e disciplinari che possano che possano intercorrere tra i soggetti passivi dell'azione contabile ed i soggetti danneggiati...". In tal senso anche Cass. sez. Un civ. n. 24149/13 del 25 ottobre 2013 secondo la quale " ...questa Corte , ricollegandosi anche al consolidato orientamento della Corte costituzionale, ha costantemente affermato che giurisdizione penale e civile da un lato e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione (ex multis: Cass, sez. un., nn. 7385/2013; 11/2012; 25495/2009; 28048/2008; 6581/2006; 20343/2005; 22277/2004). Non vi sono ragioni per discostarsi da detto orientamento, stante la diversità degli interessi sottesi ai due diversi giudizi. Non è ipotizzabile alcuna pregiudizialità del giudizio civile, in cui sia stata previamente esercitata l'azione risarcitoria. L'unico effetto deducibile in questa ipotesi consiste nell'esaurimento dell'interesse ad agire per il pm contabile, nei casi in cui consti che l'azione privata sia stata utilmente e definitivamente esercitata da parte del soggetto pubblico

leso, con integrale risarcimento del danno disposto con sentenza passata in giudicato. Senonché il difetto di interesse ad agire per mancanza di lesione “in atto” costituisce una questione relativa ai presupposti dell’azione, la cui decisione rientra nei limiti interni della giurisdizione del giudice contabile, con la conseguenza che il ricorso per cassazione che prospetti tale vizio, sotto il profilo del difetto di giurisdizione è inammissibile, non investendo una questione di superamento dei limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti...”.

Quanto alle questioni relative alla violazione del diritto europeo con riguardo al prospettato “bis in idem” , la sua insussistenza è stata ampiamente motivata dalla Sezione di appello rilevando che detto principio non può essere invocato con riguardo ai rapporti fra giudizio contabile e giudizio in sede di giurisdizione amministrativa, anche quando quest’ultimo riguarda l’applicazione di “clausole penali”⁹.

⁹ La sentenza n. 68/2015 ha motivato al riguardo affermando che “... Taluni appellanti hanno altresì invocato il principio del ne bis in idem calato nel Protocollo n. 7, art. 4, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (cd. Carta di Nizza), art. 50, che impone un'applicazione del diritto interno conforme ad esso ovvero, qualora non possibile, la disapplicazione della norma interna. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha inoltre riqualificato come penali, in base alla natura punitiva e deterrente della misura e alla gravità, sanzioni diversamente etichettate negli ordinamenti degli Stati membri. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha enucleato criteri per valutare la natura penale di una misura nazionale. Nella specie, si sostiene che l'aver avviato e proseguito l'azione di danno erariale avrebbe violato l'art. 50 della Carta di Nizza, poiché il giudizio dinanzi alla Corte dei conti ha lo stesso oggetto ovvero riguarda gli stessi fatti del giudizio celebrato dinanzi al Giudice amministrativo, e ha funzione repressiva e sanzionatoria. Si chiede, quindi, di interpretare il diritto interno conformemente ai dettami europei, ovvero di disapplicare la norma interna confliggente con il parametro sovranazionale. Nel dubbio, si chiede di proporre domanda di rinvio pregiudiziale della controversia alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione di diritto europeo. In subordine, si chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU. In conclusione (e in maniera più esplicita con la memoria depositata da B Plus in data 19 giugno 2014), si afferma: che il procedimento "inerente l'applicazione di sanzioni contrattuali di svariati milioni di Euro, ed il correlato giudizio svoltosi innanzi al TAR e poi al Consiglio di Stato assume natura sostanziale di procedimento 'penale' ai sensi dell'art. 6 CEDU e dell'art. 4 protocollo 7 CEDU"; che il giudizio dinanzi la Corte dei conti ha anch'esso natura repressiva e sanzionatoria la quale, anche in relazione all'entità della condanna, lo rende assimilabile a un procedimento penale per gli effetti della normativa sovranazionale richiamata; che, poiché ai concessionari sono stati contestate le medesime condotte, sussiste violazione degli artt. 6 CEDU e 4 prot. n. 7 CEDU. In proposito, questa Sezione centrale osserva che il menzionato art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE contempla il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, disponendo che "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". Parimenti, il Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Strasburgo, 22 novembre 1984) reca, all'art. 4, il

Il richiamo alle sentenze CEDU¹⁰ e ai profili di rilevanza del diritto dell'Unione europea, anche in vista del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi all'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TUEF- "1. La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sulla interpretazione dei

principio del ne bis in idem, ossia il divieto di perseguire o condannare penalmente un soggetto per un'infrazione per la quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Le difese si soffermano lungamente sulla natura e funzione del giudizio di responsabilità amministrativa, ma non approfondiscono la tematica, ugualmente rilevante al fine di invocare l'applicabilità dei principi sovranazionali di cui trattasi, della natura e funzione del giudizio svoltosi dinanzi al Giudice amministrativo. In tale sede è stato chiarito che l'adempimento delle clausole convenzionali è soggetto alle comuni regole civilistiche. La Convenzione prevedeva una serie di adempimenti a carico dei concessionari e, all'art. 27, una serie di penali per il caso di inadempimento o adempimento tardivo. L'Amministrazione ha quindi chiesto il pagamento delle penali sulla base delle clausole di matrice pattizia specificamente recate dalla convenzione. In ordine alla qualificazione della clausola di cui all'art. 27 della convenzione in termini di clausola penale si è lungamente soffermato il Giudice amministrativo (cfr. sent. n. 11851/2009 del TAR Lazio, le cui valutazioni sono state pienamente recepite, sotto questo specifico profilo, dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 9347/2010), precisando che il potere di chiedere il pagamento della somma a titolo di penale origina da una previsione convenzionale, oggetto di libera pattuizione delle parti. Il suo concreto atteggiarsi, i presupposti di configurazione e gli stessi parametri di quantificazione del dovuto - hanno aggiunto i Giudici amministrativi - "trovano fonte e qualificazione nella prestazione del consenso idoneo a fondare l'assunzione di un vincolo negoziale reciproco, nell'ottica della complessiva ed equilibrata regolamentazione del rapporto contrattuale". La clausola penale calata nella Convenzione ha quindi forza vincolante per le parti, ed autorizza l'Amministrazione a pretendere somme di denaro in caso di inadempimento negoziale, proprio in quanto liberamente pattuita dalle parti ed accettata nell'ambito della libera espressione del consenso negoziale, reso all'atto della stipulazione della convenzione. Concordemente all'insegnamento della Corte di Cassazione (di recente, sentenza 8 febbraio 2012, n. 1781), questa Sezione ritiene estranea al nostro ordinamento - che non accoglie l'istituto, proprio del diritto statunitense, dei punitive damages - una concezione della responsabilità civile e del risarcimento del danno con finalità punitive e sanzionatorie, ritenuta dalla giurisprudenza contraria all'ordine pubblico interno. L'istituto della clausola penale, regolato dal diritto italiano, è del tutto scevro da scopi afflittivi e sanzionatori, posto che "assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta" (Cass. n. 1183/2007). Non pare possa revocarsi in dubbio, quindi, che l'applicazione della clausola penale da parte dell'Amministrazione non possa essere ricondotta all'irrogazione di una sanzione penale, pur nel senso elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia invocata dagli appellanti. Non occorre, quindi, soffermarsi in questa sede sulla natura e funzione della responsabilità amministrativa, posto che, comunque, nella specie nessuna sentenza definitiva "penale" (nel senso suesposto) è intervenuta per i fatti di cui è causa. Nessuna esigenza di disapplicazione di norme interne, pertanto, si pone nel presente giudizio, in quanto non si ravvisa alcun conflitto con il parametro sovranazionale. Per i medesimi motivi, sono da respingere le richieste di rinvio pregiudiziale della controversia alla Corte di giustizia o di sottoporre all'esame della Corte costituzionale l'asserito contrasto con l'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU...". Sulla "clausola penale" cfr. E.MOSCATI, *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Milano, 1999

¹⁰ V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro it.*, 2012, V, 29 e ss.; v. anche M. GIORGIANNI, *Vittorio Frosini e la teoria dell'interpretazione dei diritti umani*, in *Rass. Parlam.*, 2015, I, pp. 41 e ss. in cui viene ampiamente illustrato il tema della trasformazione dei "diritti naturali", di matrice giusnaturalistica, nei "diritti umani", oggetto di convenzioni internazionali e della giurisprudenza delle corti internazionali di giustizia, tra le quali, in particolare, la Corte europea dei diritti dell'Uomo e la Corte di giustizia UE.

trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione...")

propone questioni finora non particolarmente affrontate dalla giurisprudenza del giudice contabile.

Va premesso che la questione del "ne bis in idem" si poneva, in passato, con esclusivo riferimento al diritto interno.

In particolare, con riferimento al settore "civile" il principio attiene al profilo del contrasto fra giudicati (art. 2909 c.c. artt. 100 e 324 c.p.c.) inteso quale legge per il caso singolo ("lex specialis" del rapporto fra le parti) che incide nel campo dei rapporti sostanziali modificandoli nel senso conforme a quanto in esso stabilito e di vincolo preclusivo che si impone ai giudici di tutti i futuri processi di non discostarsi dall'accertamento quale fissato una volta per tutte nella prima sentenza (ne bis in idem)¹¹.

Con riguardo al settore "penale" il principio del "ne bis in idem" attiene al divieto di condanna per il "medesimo fatto" (art. 649 c.p.p. *"L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il*

¹¹ Sia l'art. 324 c.p.c. (cosa giudicata formale) sia l'art. 2909 c.c. (cosa giudicata sostanziale) attribuiscono alle sole "sentenze" la condizione di stabilità ed il vincolo a "fare stato" ad ogni effetto proprio del giudicato sostanziale. E' pur vero tuttavia che possano esplicare autorità di giudicato, con effetti in parte o in tutto simili a quelli di una sentenza di corrispondente contenuto, anche alcuni provvedimenti decisori conclusivi di procedimenti sommari che pure non osservano la forma di sentenza (decreto ingiuntivo, ordinanza di convalida di sfratto). Lo stesso vale per i provvedimenti su diritti aventi carattere definitivo resi nella forma dell'ordinanza o del decreto nell'ambito di una procedura esecutiva o di procedimenti camerali in genere, in quanto, stante il loro contenuto, essi hanno, se non la forma, la sostanza di sentenza. Anche fra le sentenze comunque non tutte hanno, nonostante la loro idoneità al passaggio in giudicato formale, l'idoneità al giudicato sostanziale (es. le sentenze che definiscono questioni di rito che hanno un'efficacia solo "endoprocedurale") mentre essa viene riconosciuta alle pronunce definitive di merito che accolgono o rigettano la domanda perché fondata o, rispettivamente infondata. Quanto ai vincoli oggettivi nell'ambito dei quali l'accertamento contenuto nella sentenza "fa stato ad ogni effetto", (art. 2909) essi si individuano in funzione della domanda di parte. Per stabilire quando divenga operante il divieto del "ne bis in idem" a seguito della riproposizione in giudizio di una pretesa che è già stata materia di una pronuncia di merito vengono in rilievo i criteri di identificazione delle azioni, i soggetti, il *petitum*, la *causa petendi* (cass. civ. 2/3/1988 n.2217).Cfr. A.PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, pag. 84, che precisa la nozione di "giudicato sostanziale" rinvenibile nelle anzidette fattispecie per le quali "...l'immutabilità degli effetti dei provvedimenti sommari, ben lungi dall'estendersi agli antecedenti logici necessari ...sia limitata unicamente al diritto (se del caso al frammento di diritto) immediatamente fatto valere in via sommaria..."

medesimo fatto, neppure quando questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345")¹². Al riguardo Cass. pen. Sez. terza , n. 19334/15 dell'11 maggio 2015 ha precisato che "...Invero , il principio del ne bis in idem sostanziale di cui all'art. 649 c.p.p, (che non va confuso con il principio del ne bis in idem processuale previsto dall'art. 669 c.p.p.), non trova copertura testuale nella Costituzione italiana, bensì nelle fonti internazionali di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Uomo (in particolare art. 4 par. 1 VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e l'art. 14 par. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici). Infatti, due sono le principali e più dirette conseguenze dell'irrevocabilità della sentenza: 1) una negativa, ed è il divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto quando una persona è stata, in relazione ad esso, già condannata o prosciolta; l'altra, positiva, è la forza esecutiva della decisione. Il disposto di cui all'art. 649 c.p.p. ha un'efficacia preclusiva, impedisce cioè la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto che sia già oggetto di una decisione irrevocabile ed impone al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ex art. 129 c.p.p....".

Con riferimento ai richiami al diritto europeo evidenziati nella sentenza n. 68/2015 della Corte dei conti, Sezione Terza centrale, si può aggiungere preliminarmente che alcuni dei parametri della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, richiamati nel giudizio, che attengono alle caratteristiche del giudice, previste nell'art. 6, comma 1 della Convenzione non

¹² L'art. 69 c.p.p. comma 2° non impedisce l'esercizio dell'azione penale dichiarata estinta per morte del reo qualora si accerti che la morte era stata erroneamente dichiarata, mentre l'art. 345 c.p.p. riguarda l'esercizio dell'azione penale nel caso in cui venga in essere una condizione di procedibilità in precedenza mancante

possono costituire motivo di lesione delle posizioni soggettive risultando le stesse pacificamente rispettate nei giudizi contabili (giudice indipendente e imparziale, costituito per legge; processo svolto pubblicamente).

Nel giudizio in esame la violazione di principi e norme europei¹³ (o come proposto in dottrina , "eurounitari")¹⁴ è stata proposta oltre che al profilo del "bis in idem" , anche con riguardo ad ulteriori aspetti di merito (nella fattispecie "riduzione del corrispettivo contrattuale", " non consentito sindacato su scelte discrezionali", "difetto di legittimazione passiva", "ingiustificato rigetto dell'istanza di esame testimoniale", "modifica della contestazione", "indebita valorizzazione di una circostanza accessoria e meramente contrattuale", "violazione del principio della "*compensatio lucri cum damno*") e ad ulteriori motivi di lesione di principi europei in tema di "libertà di impresa" e "violazione del principio comunitario del legittimo affidamento".

Tale circostanza, ovvero la individuazione di motivi riguardanti la fattispecie concreta dedotti nella prospettiva della violazione del diritto europeo suggerisce alcune ulteriori considerazioni di carattere generale, che si possono riproporre in ogni giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti.

Si può infatti osservare che l'applicazione del diritto interno, anche con riferimento ai suoi rapporti con il diritto europeo (sia CEDU sia dell'Unione europea) , rientri nell'ambito dei "limiti interni" del potere giurisdizionale della Corte dei conti ed è pertanto sottratto al sindacato sulla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, 8° comma della Costituzione (Cass., sez.

¹³ T BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997

¹⁴ R.CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa. Problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio della nomofiliachia europea*, relazione al Convegno su "Questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e Lussemburgo, Roma, Corte di cassazione-Corte di appello di Roma, 23 e 29 ottobre 2014

un civ., 13 maggio 1982 n. 3017; 17 giugno 1988, n. 414923 ottobre 1989 n. 4290; 27 novembre 1989 n. 5137; 23 giugno 1993 n. 6947; 14 giugno 1995, n. 6688; 9 agosto 1996, n. 7339; 24 febbraio 1997, n. 1671; 17 novembre 1999 n. 791; 17 dicembre 1999 n. 910; 5 dicembre 2000 n. 119/ord. e 7 dicembre 2000, n. 146/ord.; Cass. sez. un civ., n. 18888 del 10 dicembre 2003; Cass. sez. un. civ. n. 17014 del 12 novembre 2003; n. 4178 del 15 gennaio 2004; n. 13295 del 21 giugno 2005; n. 16107 del 1° agosto 2005, n. 27183 del 20 dicembre 2006 e n. 28540 del 2 dicembre 2008; n. 28653 del 3 dicembre 2009; n. 9963 del 27 aprile 2010; n.14831 del 6 luglio 2011).

Quanto alle lesioni del "diritto eurounitario" anche in funzione di richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la sentenza n. 68/2015 ha motivato correttamente con riferimento al "bis in idem" rilevando la natura convenzionale delle "clausole penali" (art. 1382 cc.- cfr. Cass., Sez. I. civ., 6 dicembre 2012, n. 21994), oggetto del giudizio amministrativo aventi natura totalmente distinta dalle sanzioni amministrative o dalle sanzioni penali, con conseguente reiezione della richiesta di rinvio pregiudiziale.

Con riguardo all'ipotesi di violazione delle disposizioni CEDU, si ritiene che questo profilo non attenga alla giurisdizione ma solo all'eventuale responsabilità dello Stato membro per violazione della Convenzione, anche con riferimento a casi di "omesso rinvio pregiudiziale" alla Corte di giustizia UE. E' infatti esclusa, allo stato dei rapporti fra Unione europea e CEDU, una diretta esportabilità dei principi "eurounitari" di "effetto diretto"¹⁵ delle norme e di "disapplicazione di norme interne" in contrasto con la Convenzione, non avendo l'Unione ancora aderito alla CEDU (cfr. al riguardo Corte di giustizia, parere 2/13 sul "Progetto di accordo di adesione

alla CEDU, che peraltro ha affermato che “L’accordo sull’adesione dell’Unione europea alla convenzione europea dei diritti dell’Uomo non è compatibile con l’art. 6.2 TUE, né con il Protocollo n. 8 relativo all’art. 6.2 sull’adesione della UE alla CEDU”¹⁶, come precisato da Corte di giustizia, 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10 (su rinvio pregiudiziale del tribunale di Bolzano).

Secondo la Corte europea dei diritti dell’Uomo (cfr. sentenze 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabeck contro Belgio* e 8 aprile 2014; 10 aprile 2012 – *Vergauwen c. Belgio*), l’art. 6 della CEDU, integrato e modificato dai protocolli addizionali¹⁷ pone a carico dei giudici interni l’obbligo di motivare¹⁸ rispetto al diritto applicabile le decisioni con le quali ritengano di non porre la questione pregiudiziale. La Corte europea dei diritti dell’Uomo impone quindi un obbligo di motivazione, ma non può verificare l’esistenza di eventuali errori che i giudici interni avrebbero commesso nell’interpretare o applicare il diritto UE. In tal

¹⁵ A.RUGGERI, *Effetti diretti delle norme eurounitarie e costituzione*, in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*, febbraio 2015

¹⁶ F.CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell’UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*, maggio 2015

¹⁷ in www.echr.coe.int - “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare e far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

¹⁸ R.CONTI, *op. cit.*
15/07/2015

senso, cfr. anche Corte EDU, 8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*, secondo cui non si realizza violazione dell'art. 6 CEDU quando i giudici nazionali indichino "...le ragioni per le quali essi ritengono che la questione non sia pertinente o che la disposizione di diritto dell' UE in causa sia stata già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, o ancora che l'applicazione corretta del diritto UE si impone con una evidenza tale da non lasciare posto ad alcun ragionevole dubbio..."¹⁹, richiamando esattamente i criteri di valutazione circa la percorribilità del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TUEF- "1.La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sulla interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione..."- C. giust. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C- 188/10 e C- 189/10; 11 settembre 2014, C-112/13, *A. e B.*) indicati dalla sentenza Corte di giustizia UE 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a. (in precedenza , circa i casi già oggetto di interpretazione, anche Corte di giust. cfr. *Da Costa En Shaake*, 23 marzo 1963, Causa C-28,30/62). Ciò è confermato "a contrario" nei casi in cui la Corte di giustizia ha affermato la responsabilità dello Stato per omesso rinvio pregiudiziale (sentenze 30 settembre 2003- causa C- 224/01, *Kobler c. Repubblica d'Austria*, e 13 giugno 2006- causa C-173/03 , *Soc. Traghetti del Mediterraneo*²⁰).

Secondo la Corte di giustizia UE nell'ambito del procedimento ex art. 267 TUEF il giudice nazionale è l'unico competente a conoscere e valutare i fatti della controversia di cui alla causa

¹⁹ In *Foro it.*, 2014, IV, 285 e ss. con nota di D.ALESSANDRO, *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso "Dhahbi c. Italia innanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo*

²⁰ In *Foro it.* , 2006, IV, 471

principale, nonché ad applicare nonché ad interpretare il diritto nazionale²¹. Parimenti spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità, sia la rilevanza delle questioni proposte (cr. anche Corte di giustizia 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 4584/2012).

Un' ulteriore precisazione attiene alla "Carta di Nizza" (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea , C 83 30/3/2010). L'art. 51 della stessa stabilisce che le sue disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione ("1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto , i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione dai Trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati") . In tal senso, univocamente, si è espressa la Corte di giustizia UE nelle sentenze 28 novembre 2013, causa C-258/13,

²¹ In tal senso anche Corte costituzionale, sent. n. 49/2015. Cfr. V.ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost. , obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti* , maggio 2015; D.TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2015; B.RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*, maggio 2015

Societade Agricola e Immobiliaria da Quinta de S.Paio Lda e 26 febbraio 2013, Grande sez., *Akerberg Fransson*, C-617/10, che hanno ribadito che i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano a tutte le situazioni giuridiche disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse (ancora ord. 14 dicembre 2011, *Boncea e a.*, C-483/11 e C-484/11)²². Ove una situazione giuridica non rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé tale competenza, (ord. 12 luglio 2012, *Currà e a.*, C-466/11; ord. 1° marzo 2011, *Chartry*, C-457/09). Tale limite non è stato modificato dall'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, momento a partire dal quale, ai sensi dell'art. 6, par. 1 del TUEF, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Tale articolo precisa infatti che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo e competenze dell'Unione definite dai Trattati (v. anche Corte di giust. 14 marzo 2013, *Loreti*, C-555/12 e 30 gennaio 2014, *Paola c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, C-122/13). Questo indirizzo è coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla propria incompetenza a interloquire su situazioni puramente interne al diritto nazionale (13 giugno 1996, *Jean Luis Maurin*, C-144/95; 29 maggio 1997, *Kremzow*, C-299/95; 24 giugno 2004, *Attila Vajnai*, C-328/04; 18 dicembre 1997, *Daniele Annibaldi c. sindaco del comune di Guidonia e presidente Regione Lazio*), salvo i casi di "rinvio diretto ed incondizionato" alla Carta stessa (Corte di giustizia, 21 dicembre 2011, *Cicala*, C-482/10; 18 ottobre

²² V. anche M.GIORGIANNI, *op. cit.*, pag. 26 "...Nel Report on the Application of the EU Charter o Fundamental Rights 2013 del 14 aprile 2014 la Commissione europea ha ribadito che in forza dell'art. 51 della Carta dei diritti dell'UE, le sue norme impegnano le istituzioni e

2010, *Nolan*, C- 583/10; 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89; 16 marzo 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04; 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12; 20 marzo 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, C-139/12), ovvero di pericolo di "discriminazioni alla rovescia" ²³(Corte di giustizia, 27 febbraio 2013, C-111/12 "...occorre ricordare che indubbiamente, la Corte non è competente a rispondere a una questione pregiudiziale quando è manifesto che la disposizione di diritto dell'Unione sottoposta alla sua interpretazione non può trovare applicazione, come nel caso, ad esempio, di situazioni puramente interne. Tuttavia, anche in una simile situazione, la Corte può procedere all'interpretazione richiesta nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere a un cittadino nazionale gli stessi diritti di cui un cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione..."; Corte di giust., 3 luglio 2014, C-92/14 , secondo cui il carattere puramente interno della controversia impone al giudice del rinvio di far beneficiare un cittadino dello Stato membro a cui tale giudice appartiene gli stessi diritti concessi a un cittadino di un altro Stato membro in virtù del diritto dell'Unione nella stessa situazione ...", e nello stesso senso sentenze *Guimont*, C-448/98; *EU*, C-663/2000; *Servizi ausiliari Dottori commercialisti*, C- 451/03; *EU*, C-208/2000; *Cipolla e a.*, C-94/04 e C-202/04; *EU* 758/2006)²⁴.

In sostanza le questioni di mero diritto interno non possono comportare il richiamo alla Carta di Nizza.

gli organi dell'Unione europea al loro rispetto nel quadro della propria azione, nonché gli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione..."

²³ R.CONTI, *op. cit.*

²⁴ R.CONTI, *op. cit.*

Queste considerazioni trovano conferma anche nella sentenza Cass. penale 19334/15 dell'11 maggio 2015 (Andreatta). La Suprema corte, in vicenda relativa all'applicazione di sanzioni penali connesse all'omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 bis d.lgs. n. 74/2000 per la quale il ricorrente era "già stato sanzionato in via amministrativa dall'Agenzia delle entrate" e che per questo aveva proposto ricorso per cassazione deducendo il "ne bis in idem" di cui all'art. 649 c.p.p. "...come delineato dalle decisioni della corte EDU "Grande Stevens contro Italia del 4 marzo 2014 e Nikanen c. Finlandia del 20 maggio 2014...". La sentenza, tra l'altro, ha infatti affermato che "...Ciò che desta perplessità, come peraltro sostenuto da certa dottrina, è tuttavia la decisione di chiamare in causa la Corte di giustizia dell'Unione europea. E' senz'altro vero che il principio del ne bis in idem trova riconoscimento anche nel diritto dell'Unione europea, sulla base dell'espressa previsione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE); ed è parimenti vero che , ai sensi dell'art. 52 CDFUE, il contenuto del suddetto articolo 50 debba essere ricostruito sulla base del corrispondente principio convenzionale, e quindi anche in forza della giurisprudenza della Corte europea sull'art. 4 Prot. 7 CEDU. Può tuttavia convenirsi con chi ragionevolmente dubita che la specifica fattispecie oggetto del giudizio rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione e, conseguentemente la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi sul caso (rammentandosi infatti che, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la Carta può trovare applicazione solo quando gli Stati membri ""agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione"" : cfr. CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni). Ad eccezione , infatti, della particolare normativa in materia dell'IVA, che rientra nell'ambito attuativo del diritto UE, come precisato dalla sentenza

Fransson²⁵ della Corte di Lussemburgo la materia erariale , alla quale sono ascrivibili gli illeciti tributari, oggetto della vicenda in esame, ha infatti una dimensione esclusivamente nazionale, che la sottrae all'applicazione del sistema ""eurounitario"" di tutela dei diritti fondamentali...".

Di particolare interesse è poi il rilievo che possono (o non possono), avere nel giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti, i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella già richiamata sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*.²⁶ Questa sentenza ha riguardato una fattispecie sanzionatoria amministrativa posta in rapporto con il procedimento penale. Il ricorso alla Corte EDU atteneva all'applicabilità dell'art. 6 della convenzione, sostenendo i ricorrenti che le sanzioni inflitte dall'autorità amministrativa italiana (CONSOB) dovevano essere considerate di natura "penale" . La Corte (par. 94 della sentenza) ha affermato che la qualificabilità delle sanzioni inflitte per contestata manipolazione del mercato (art. 187, ter punto 1 del d.lgs. n. 58/1998) , quali "amministrative" , secondo il diritto italiano , "..non è tuttavia decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione...". La Corte, sul punto ha concluso che "...tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti, la Corte ritiene che le sanzioni in causa rientrino, per la loro severità, nell'ambito della materia penale ..." e conseguentemente ha accolto i ricorsi in ordine al profilo alle modalità di svolgimento del giudizio di impugnazione avverso le sanzioni della CONSOB (giudizio presso la Corte di appello

²⁵ già cit. sentenza CGUE in data 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, in www.osservatoriosullefonti.it

²⁶ In *Foro It.*, 2015, IV, 129 e ss. V. anche G.M.FLICK-V.NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*, 3-2015
15/07/2015

di Torino svoltosi in udienza "non pubblica"- art. 6.1 CEDU). La Corte ha invece respinto i ricorsi relativi alle modalità di contestazione dell'accusa (art. 6.3 CEDU), come con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 1 del Prot. 1 della CEDU in ordine al rispetto dei beni ("Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende"), stabilendo che , nella fattispecie "...le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti rientrano nelle previsioni del secondo comma dell'art. 1, in particolare nel diritto dello Stato di disciplinare l'uso dei beni per assicurare il pagamento delle sanzioni pecuniarie...", precisando ancora che , per quanto attiene alla doglianza relativa alle garanzie di legalità circa l'ingerenza pubblica sul godimento dei beni (ancora art. 1, Prot. 1) "...le parti sono d'accordo nel riconoscere che le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti avevano base legale sufficientemente chiara ed accessibile nel diritto italiano..." , e che le stesse "...sono state inflitte dalla CONSOB all'esito di un procedimento nel corso del quale i ricorrenti hanno potuto presentare le loro difese...", e quindi "...stando così le cose , la Corte non può concludere, che i ricorrenti non hanno disposto di garanzie procedurali adeguate contro l'arbitrio o non hanno avuto la possibilità di contestare le misure che hanno leso il loro diritto al rispetto dei loro beni. E' vero che la Corte ha appena concluso che vi è stata violazione dell'art. 6.1 della Convenzione per il fatto che le udienze dinanzi alla Corte di

appello di Torino non sono state pubbliche (par. 161) . Tuttavia questa circostanza, non può, da sola, inficiare la legalità delle misure controverse o essere costitutiva di una inosservanza degli obblighi positivi derivanti allo Stato dall'art. 1 del Protocollo 1...". La sentenza ha pronunciato anche in ordine al quesito sulla "proporzionalità dell'ingerenza", osservando che (par.199) "...le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti, benché severe, non sembrano sproporzionate rispetto alla condotta loro ascritta...", tenendo anche conto della rilevanza economica dei fatti (par. 198). Ha inoltre statuito circa la dedotta violazione dell'art. 4 del Protocollo n.7 relativa al tema del "ne bis in idem" (1. "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è stato già 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'art. 15 della Convenzione"), osservando che sul punto che la riserva formulata dal Governo italiano circa l'applicabilità degli articoli 2-4 del protocollo 7 solo agli "illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali ", non ha soddisfatto i requisiti che devono avere le "riserve" di cui all'art. 57 della Convenzione. Ha quindi pronunciato nel merito (paragrafi 219 e ss.) affermando che i ricorrenti erano stati oggetto sia di sanzioni amministrative assimilate a sanzioni penali che di accuse penali vere e proprie, basate su fatti identici , con conseguente condanna dello Stato italiano al pagamento di

euro 10 mila , in favore di ciascun ricorrente a titolo di danno morale, nonché di euro 40 mila, in favore di ciascun ricorrente, oltre a quanto eventualmente dovuto a titolo di imposta e alle spese.

La sentenza "*Grande Stevens*" attiene a violazioni della CEDU e dei suoi protocolli con riguardo a vicende penali o assimilate.

In tal modo, correttamente la sentenza n. 65/2015 ha ritenuto i principi in essa affermati non applicabili al giudizio contabile.

La sentenza "*Grande Stevens*" non è pertinente al giudizio contabile che ha natura di giudizio "di danno" secondo la disciplina sostanziale civilistica integrata dalle sue disposizioni speciali (art. 82 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440- legge sulla contabilità di Stato; art. 52 r.d. 12 luglio 1934 n. 1214- t.u. delle leggi sulla Corte dei conti; art. 18 d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3- t.u. impiegati civili dello Stato; art. 1 legge 14 gennaio 1994, n. 20- Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti) e processuali civili integrate dalle disposizioni speciali per la Corte dei conti in sede giurisdizionale (art. 26 del r.d. 13 agosto 1933 n. 1038-Approvazione del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti- "Nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento") , come anche chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza 15 novembre 2004 n. 345, secondo cui la responsabilità amministrativa costituisce ipotesi di responsabilità " rientrante nelle disposizioni generali sull'ordinamento civile" , e pertanto sottratta alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni e dalla stessa Suprema Corte di Cassazione la quale, pur riconoscendo le

peculiarità della giurisdizione contabile afferma che (Sez. un. civ., n. 123/2001) le stesse "...non modificano, però, i requisiti fondamentali della responsabilità su cui giudica la Corte dei conti ...consistenti in un danno sofferto dallo Stato o sua articolazione organizzativa, ovvero dall'ente pubblico ...; in una condotta tenuta da un soggetto legato all'amministrazione -Stato o ente pubblico- da un rapporto di impiego o di servizio; nell'esercizio illecito o contra ius di attività rientranti in tale rapporto...") . In tal senso anche C. conti, Sez. III centr. , ord. nn. 30 e 31 /2015 in data 24 giugno 2015 , che richiamano Sez. I centr. n. 155/2011 e Sez. Sicilia app., n. 170/2014.

La prospettazione della responsabilità amministrativo contabile quale responsabilità assimilabile a quella penale non appare pertanto praticabile anche esaminando la questione attraverso la sentenza "*Grande Stevens*", dalla quale, anzi, risultano confermati i diversi ambiti di operatività degli istituti "eurounitari" richiamati. Detto ambito esclusivamente "penalistico", anche se "allargato" del principio dell'anzidetto principio di "ne bis in idem" era stato comunque già affermato dalla Corte EDU nelle sentenze 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* e 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*)²⁷ mentre, per il richiamo più recente, cfr. l'ordinanza Cass. sez. III pen. 6 novembre 2014, n. 51422 (questione di costituzionalità di norme sanzionatorie in materia di mercato finanziario²⁸).²⁹

²⁷ R.CONTI, *op. cit.*

²⁸ In *Il Foro It*, 2015, II, col. 147 e ss.con nota di S.DI PAOLA, *Gli (attesi) effetti della sentenza "Grande Stevens": sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, "ne bis in idem" e dubbi di legittimità costituzionale.*

²⁹ L'ambito "punitivo" e "parapenalistico" della riferibilità dei principi della sentenza "Grande Stevens" è confermato anche dalla sentenza della Corte Edu , sez. IV, 17 febbraio 2015, Boman c. Finlandia, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, relativo al concorso di procedimento penale e procedimento per sanzione amministrativa relativo al divieto di guida senza patente, affermando che nel caso di specie non si è verificata la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU e quindi "bis in idem" in quanto si trattava, sostanzialmente di un "unico procedimento".

La già intervenuta pronuncia della Corte EDU su questione analoga (sentenza *Rigolio* cit.) appare inoltre integrare una delle condizioni che consentono espressamente al giudice nazionale di ultima istanza di non proporre la questione pregiudiziale, secondo quanto indicato dalla già citata sentenza Corte di giustizia UE 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a.. La stessa Corte di giustizia UE, con l'ordinanza 15 aprile 2015, *Burzio* (C-497/14)³⁰ inoltre, con riferimento ad un caso di rinvio pregiudiziale per dedotta violazione del principio del "ne bis in idem" in materia di repressione penale per omesso versamento delle ritenute di imposta, ha confermato la propria già citata giurisprudenza, dichiarando la manifesta inammissibilità del ricorso, avendo rilevato che si tratta di questione che "concerne l'applicazione di disposizioni di diritto italiano ...in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione...".

Un ulteriore profilo attiene alla deduzione del "bis in idem" anche con riferimento alla lesione di norme del Trattato in tema di libera concorrenza.

Premesso quanto già osservato circa la non diretta applicabilità del principio "eurounitario" del "ne bis in idem" può anche essere osservato che i richiami alle disposizioni in materia di concorrenza non risultavano, nel giudizio di merito, particolarmente pertinenti in quanto il soggetto che lamentava la lesione era costituito da una società non avente sede nello Stato membro, ma occupante una posizione di particolare rilevanza nel settore economico di riferimento in quello stesso Stato, sicché risultava quantomeno singolare la deduzione delle norme europee in materia di concorrenza, volte a riconoscere ed affermare la libertà di impresa e di iniziativa economica, nei fatti riconosciuta tanto da non venir

³⁰ In www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di M.SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute di imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di giustizia dichiara la propria incompetenza.*

dedotta alcuna discriminazione rispetto alle imprese nazionali. E invero i particolari vincoli cui era soggetta la società concessionaria, compreso la lamentata assoggettabilità al giudizio di responsabilità amministrativa si configura come una conseguenza giuridica di una scelta liberamente effettuata dalla società stessa di esercitare l'attività di raccolta e gestione del gioco lecito in ambito nazionale, con i vincoli giuridici imposti dall'ordinamento nazionale a tutela dei molteplici interessi ad esso sottesi, vincoli che si impongono a tutti i soggetti partecipanti a detta attività, sia di diritto nazionale che di diritto estero.