

Note a margine delle conclusioni nel caso *Menci*: la storia del divieto di *ne bis in idem* non è ancora finita

PATRIZIA DE PASQUALE

1. Le conclusioni dell'avvocato generale, Campos Sànchez-Bordona, nella causa *Menci* ([C-524/15](#), del 12 settembre 2017), si inseriscono in un dialogo, a tratti molto vivace, tra le Corti europee che si è sviluppato intorno al principio del *ne bis in idem* (occorre precisare che contemporaneamente il medesimo avvocato generale ha presentato le conclusioni nelle cause [C-537/16](#) *Garlsson Real Estate SA e a.*, e [C-596/16](#), *Di Puma*, relative al medesimo problema, benché le condotte punite due volte riguardino il settore degli abusi di mercato; le riflessioni sull'applicabilità del principio sono, però, le stesse, così come la soluzione indicata).

In realtà, le due Corti, da tempo, si rimbalzano tesi ed opinioni, non di rado di segno opposto e contrario, sulle condizioni di operatività di tale principio. Infatti, le conclusioni in esame rappresentano la giusta risposta alla sentenza *A e B c. Norvegia* ([15 novembre 2016](#)), della Corte EDU che ha rielaborato, a tratti travisando, la precedente sen-

tenza *Åkerberg Fransson* (26 febbraio 2013, [C-617/10](#)) della Corte UE.

Nondimeno, prima di esaminare la portata che tali conclusioni potrebbero avere, se accolte dalla Corte di giustizia, così come si auspica, è utile ricordare brevemente il confronto che le Corti hanno avuto, in un primo momento, soprattutto sull'interpretazione teleologica dell'*idem factum*, e, negli ultimi anni, sull'applicabilità del divieto di *ne bis in idem* agli illeciti tributari, sottoposti – in molti ordinamenti, tra cui il nostro – al c.d. doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale).

Per quanto riguarda il primo profilo, la nozione di *idem factum* è stata interpretata tanto in maniera restrittiva, cioè l'operatività del principio in parola è stata condizionata alla medesima qualificazione giuridica dei comportamenti che il giudice è chiamato a vagliare *ex novo*, quanto in maniera estensiva, cioè l'identità oggettiva è stata ritenuta soddisfatta da una corrispondenza dei fatti nella loro concreta materialità, intesi come vicenda storica spazialmente e temporalmente definita e, dunque, indipendentemente dalla identità di qualificazione giuridica (*Ex multis*: G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'E Pluribus Unum?*, in <http://www.rivistaaic.it/3-2015.html> ; N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, www.penalecontemporaneo.it , 2011; G. de AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 201 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? Ibidem*, p. 219 ss.).

La Corte di giustizia ha abbracciato, da subito, la seconda interpretazione, anche perché più favorevole alle esigenze collegate al processo di integrazione europea, in quanto garantisce il singolo di fronte all'esercizio di concorrenti potestà punitive da parte degli Stati membri e, dunque, vieta che un individuo possa essere sottoposto due volte al processo, per il medesimo fatto, in due Stati differenti (tra le altre, sent.: 9 marzo 2006, [C-436/04](#), *Van Esbroeck*; 28 settembre 2006, [C-467/04](#), *Gasparini* e [C-150/05](#) *Van Straaten*; 18 luglio 2007, [C-367/05](#), *Kraaijenbrink*). Essa ha così chiarito che il divieto di *ne bis in idem* può applicarsi soltanto se i fatti materiali, dati i loro collegamenti nel tempo, nello spazio e per oggetto, costituiscono un insieme inscindibile.

La Corte EDU, invece, per un lungo periodo, ha oscillato tra l'una e l'altra interpretazione, allineandosi completamente alle decisioni dei giudici di Lussemburgo soltanto con il caso *Zolotukhin c. Russia* ([10 febbraio 2009](#)). In questa sentenza ha dichiarato, infatti, che l'approccio che enfatizza la qualificazione giuridica delle condotte a confronto è troppo riduttivo dei diritti dell'individuo a non essere perseguito due volte per lo stesso fatto. Ed ha affermato che il divieto di perseguire una persona per un secondo "reato" ricorre quando quest'ultimo scaturisce da fatti identici o che sono in sostanza gli stessi.

2. Come anticipato, più di recente, le due Corti sono state chiamate a pronunciarsi sull'applicabilità del divieto di *ne bis in idem* al doppio binario sanzionatorio. Nondimeno, sebbene le pronunce siano già numerose, i nodi di tale rapporto non sono stati ancora completamente sciolti. Anzi, qualora la Corte UE dovesse condividere la soluzione

prospettata dall'avvocato generale nel caso *Menci*, il principio verrebbe sì riaffermato in tutta la sua portata, ma le posizioni delle due Corti si consoliderebbero in modo asimmetrico, con gravi pregiudizi per la tutela dei diritti dei singoli.

Difatti, le ultime pronunce delle Corti europee, aventi ad oggetto i reati tributari ed il sistema sanzionatorio del doppio binario, se apparentemente sembrano collocarsi sulla stessa scia, di fatto, rappresentano orientamenti diversi: più cauto e garantista quello della Corte UE, meno attento alla reale portata del divieto di *ne bis in idem* ed alle sue ricadute sul livello di tutela dei singoli quello della Corte EDU.

Al riguardo, occorre rammentare che, con la sentenza [Åkerberg Fransson](#), la Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*) non vieta l'ipotesi di convergenza di potestà sanzionatoria dell'amministrazione e della giurisdizione penale riguardo ad un medesimo comportamento, purché il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale. E, spinta soprattutto dalla preoccupazione di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, la Corte UE ha affermato che per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA, gli Stati membri dispongono di un'ampia libertà di scelta delle sanzioni che possono essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Tuttavia, qualora la sanzione sia di natura penale e sia divenuta definitiva, l'art. 50 della Carta osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.

Successivamente, sulla questione è intervenuta la Corte EDU che ha rielaborato tale decisione ed ha avviato un preoccupante *revirement*, deludendo chi sperava che i giudici di Strasburgo mantenessero ferma la loro posizione sull'incompatibilità dell'art. 4, del Prot. 7 (*Diritto di non essere processato o punito due volte*), con il doppio binario sanzionatorio (così come era stato deciso in *Grande Stevens* [4 marzo 2014](#), e successivamente in *Nykänen c. Finlandia*, *Glantz c. Finlandia*, *Häkkinen c. Finlandia* e *Pirttimäki c. Finlandia*" del 20 maggio 2014, *Rinas c. Finlandia* del 27 maggio 2015, *Butnaru et Bejan-Piser c. Romania*, del 23 giugno 2015).

Invero, la pronuncia *A e B c. Norvegia* ([15 novembre 2016](#)), pur presentandosi come mera specificazione dell'orientamento giurisprudenziale iniziato con la sentenza *Zolotukhin* ([10 febbraio 2009](#)) e pur confermando i criteri c.d. *Engel* (23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*) per la qualificazione della sanzione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale, abbandona la regola tassativa dell'interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto lo stesso fatto ed introduce una distinzione tra procedimenti consecutivi e procedimenti paralleli, basandosi essenzialmente sulla loro scansione temporale. In particolare, è stato stabilito il criterio secondo cui il divieto di *ne bis in idem* prescritto dall'art. 4, del Prot. 7, deve essere assicurato in modo rigoroso, qualora i due procedimenti si svolgano in successione; viceversa, nelle ipotesi in cui i due procedimenti siano collegati *in time and substance*, la medesima disposizione non verrebbe in rilievo.

Nella fattispecie, la Corte EDU ha ritenuto non applicabile il divieto, giacché si trattava di procedimenti paralleli (amministrativo e penale) che presentavano una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta", tanto da considerare le due sanzioni come parti di

un'unica reazione sanzionatoria predisposta dall'ordinamento norvegese contro un illecito, e non come due distinte azioni per il medesimo fatto. Ed ha altresì evidenziato che i fatti accertati nel procedimento amministrativo erano stati richiamati in quello penale e che la sanzione complessivamente inflitta era proporzionata, in quanto nel processo penale si era tenuto conto della sanzione tributaria amministrativa.

In sostanza, la Corte EDU ha chiarito che gli Stati non possono essere condizionati nella definizione di un sistema sanzionatorio integrato che contrasti i diversi aspetti di un illecito “in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria”, imponendo sia sanzioni amministrative sia penali. Ed ha prospettato un'analisi dei due procedimenti sanzionatori sulla base di un parametro temporale e di un parametro sostanziale, al fine di stabilire se tra di essi vi sia o meno un nesso tale da legittimare l'applicabilità del divieto di *ne bis in idem*. Specificatamente, sulla base del parametro temporale, tale connessione viene configurata quando tra i due procedimenti vi sia anche un collegamento di natura cronologica, requisito che però non comporta che i due procedimenti debbano essere condotti simultaneamente dall'inizio alla fine, ma soltanto che siano “sufficientemente vicini”. Mentre, alla luce del parametro sostanziale, la Corte ha precisato che i requisiti che determinano il “parallelismo” tra due procedimenti sono quattro: *i*) essi devono avere scopi differenti (ad es. deterrente quello amministrativo, punitivo quello penale), ed avere ad oggetto, in astratto ed in concreto, profili diversi della medesima condotta antisociale; *ii*) la duplicità procedimentale deve essere una conseguenza prevedibile della condotta; *iii*) deve essere evitata “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, soprattutto attraverso una proficua collaborazione tra le autorità; *iv*) la sanzione imposta nel procedimento che si

conclude per primo deve essere tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo da non alterare la proporzionalità complessiva della pena.

La sentenza non precisa, tuttavia, se le condizioni per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulative, nel senso che devono sussistere congiuntamente, ovvero alternative; né se il “sistema integrato” escluda che un procedimento inizi appena termini l'altro. Pertanto, i criteri risultano abbastanza vaghi e prestano il fianco a molte critiche, soprattutto, perché possono condurre a soluzioni ermeneutiche contrastanti – come rileva anche l'avvocato generale nelle conclusioni *Menci* – con gravi conseguenze per la tutela dei diritti dei singoli (sia consentito rinviare a P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con U. Villani*, Bari, 2017, 289 ss.).

D'altra parte, l'ambiguità di tali criteri è apparsa evidente allorché la medesima Corte è stata chiamata a pronunciarsi, poco dopo, nel caso [*Jóhannesson e a. c. Islanda*](#) (18 maggio 2017). In quest'occasione, la Corte EDU ha accertato la violazione della garanzia convenzionale, per assenza di una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti sanzionatori, in quanto l'indagine della polizia era proceduta in modo indipendente dalla verifica fiscale ed era pervenuta alla condanna dei ricorrenti a distanza di più di otto anni dal momento in cui l'amministrazione tributaria aveva per la prima volta denunciato i fatti alla polizia.

3. In questo difficile e complicato contesto si collocano le conclusioni nel caso *Menci* che appaiono, già ad una prima lettura, condivisibili (per un primo commento cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, <https://www.penalecontemporaneo.it>). In primo luogo, perché si collocano nel solco tracciato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Åkerberg Fransson* (26 febbraio 2013, [C-617/10](#)) e, quindi, spostano l'attenzione dalla proporzionalità della sanzione complessivamente considerata all'identità del fatto e al diritto del singolo a non essere perseguito due volte per lo stesso reato. In secondo luogo, perché, così facendo, criticano, neppure troppo tra le righe, le argomentazioni della Corte EDU nella sentenza *A e B c. Norvegia* ([15 novembre 2016](#)) che, come evidenziato, si possono facilmente tradurre in una ingiustificata limitazione del divieto di *ne bis in idem*.

In particolare, l'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, seguendo un percorso logico argomentativo lineare e preciso, dopo aver chiarito che la giurisprudenza europea in materia di *ne bis in idem* non è uniforme, rivendica il maggiore livello di tutela offerto dalla Corte di giustizia attraverso l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. E, ricorda che, con riguardo ai reati tributari, la sentenza *Åkerberg Fransson* (26 febbraio 2013, [C-617/10](#)) ha escluso il cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale, qualora la sovrattassa sia di natura penale e sia divenuta definitiva; circostanze che devono essere verificate, di volta in volta, dal giudice nazionale.

L'avvocato generale mette, poi, in rilievo le incertezze e le difficoltà derivanti dalle più recenti sentenze della Corte EDU, specifican-

do che la sentenza *A e B c. Norvegia* ([15 novembre 2016](#)) ha modificato in misura significativa la portata finora attribuita al principio del *ne bis in idem*, riducendo notevolmente il livello di tutela precedentemente assicurato e che dal caso *Jóhannesson e a. c. Islanda* emergano “ostacoli quasi insormontabili che i giudici nazionali dovranno affrontare per chiarire a priori, con un minimo di certezza e prevedibilità quando sussista [il] nesso temporale” (punto 56).

Pertanto, spingendo per un'interpretazione dell'art.50 della Carta autonoma rispetto all'orientamento della Corte EDU, invita la Corte UE a non fare un passo indietro nella tutela offerta ai singoli e a mantener salda la sua posizione secondo cui “due procedimenti, sia paralleli sia successivi, che sfocino in due sanzioni materialmente penali, per gli stessi fatti, continuano ad essere due (bis) e non uno” (punto 72). Anche perché, precisa l'avvocato generale, se l'art. 50 della Carta fosse interpretato alla luce di un maggiore o minore nesso materiale e temporale tra procedimenti penali e amministrativi sanzionatori, si introdurrebbero così tanti elementi di incertezza e di complessità da affievolire arbitrariamente il diritto delle persone a non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti. E per tal via sollecita la Corte a ribadire che i limiti al diritto fondamentale *di ne bis in idem*, devono essere introdotti nel rispetto dell'art. 52 della Carta; ovvero, devono essere previsti dalla legge e rispettare il contenuto essenziale del diritto in questione.

Ma, soprattutto, egli ritiene che, laddove esista un doppio procedimento, ancorché misto (amministrativo e penale), di norma vi è violazione del principio del *ne bis in idem*, e che nemmeno il lodevole scopo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione possa costituire una esigenza necessaria ad autorizzare una limitazione del diritto protetto dal principio in parola.

Su tali considerazioni e, quindi, sulla scia della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, egli chiarisce che la problematica può essere risolta soltanto ed esclusivamente alla luce di un'attenta verifica della natura delle sanzioni imposte. Ciò implica che, qualora queste abbiano carattere materialmente penale, la garanzia dell'art. 50 della Carta deve essere pienamente salvaguardata; nel caso contrario, gli Stati membri possono liberamente imporre sanzioni penali unitamente a quelle amministrative.

Passando poi all'esame della fattispecie concreta – contrariamente al parere del governo italiano – l'avvocato generale riscontra un *idem*, dal momento che è identica la somma evasa oggetto dei paralleli procedimenti sanzionatori, tributario e penale, e osserva che è competenza del giudice del rinvio valutare, alla luce dei criteri *Engel* (23 novembre 1976, [Engel e altri c. Paesi Bassi](#)), la natura della sanzione amministrativa già irrogata dall'amministrazione finanziaria italiana, e dedurre l'esistenza di un *bis in idem* se essa persegue uno scopo punitivo. Peraltro, l'avvocato generale si spinge fino a suggerire inequivocabilmente al giudice nazionale di applicare, al caso in questione, il divieto di *ne bis in idem*, giacché evidenzia che la sanzione imposta ha natura repressiva, non limitandosi al recupero della somma evasa e ai relativi interessi, ma prevedendo l'applicazione di una sovrattassa.

Pure, l'avvocato generale prospetta un secondo scenario; ovvero lo scrutinio del sistema italiano del doppio binario alla luce dei criteri temporali e sostanziali elaborati dalla Corte EDU, spiegando che le conclusioni resterebbero comunque invariate. Infatti, egli giustamente nota che la normativa italiana “i) non prevede il coordinamento tra procedimenti penali e amministrativi, ii) non impone alle autorità partecipanti ai suddetti procedimenti di collaborare tra loro,

al fine di evitare aggravii eccessivi per il singolo e iii) non istituisce un sistema di coordinamento o compensazione delle sanzioni, limitandosi a stabilire che le sanzioni amministrative sono esigibili solo al termine del procedimento penale” (punto 123). Di conseguenza, conclude che, nel caso di specie, non sussiste né complementarità né coordinamento dei due procedimenti e, pertanto, trova applicazione il divieto di *ne bis in idem*.

4. Spetta adesso alla Corte di giustizia decidere quale *iter* argomentativo seguire; ovvero, se continuare nel solco tracciato e confermare così le conclusioni dell’avvocato generale, oppure leggere la fattispecie con la lente della Corte EDU. Va notato che, se è vero che cambiando il metodo di esame il risultato resterebbe invariato, è altrettanto vero che le argomentazioni della Corte UE saranno fondamentali per chiarire la reale portata del principio di *ne bis in idem* nelle fattispecie di reati tributari sanzionati sia amministrativamente sia penalmente. E, se come si spera, la Corte UE attribuirà, in via concreta e definitiva, valore al concetto di identità del fatto, senza che sia oscurato dalle riflessioni comparative sulla consistenza sanzionatoria delle previsioni in ambito penale e amministrativo, allora il principio del *ne bis in idem* potrà effettivamente assolvere la sua funzione di garanzia fondamentale. Di contro, se l’esame delle fattispecie ricadenti sotto la scure del doppio binario sanzionatorio venisse condizionato all’utilizzo di meccanismi più o meno complicati, potrebbero prodursi effetti pregiudizievoli per il sistema di tutela dei diritti dei singoli, data la disomogeneità tra gli istituti esistenti nei vari Paesi, che hanno lo stesso nome e considerati alla superficie appaiono identici, ma che si rivelano destinati ad una funzione profondamente diversa allorché sono visti nella loro concretezza in relazione al sistema

nel quale sono destinati ad operare. Infatti, l'imposizione di una duplice sanzione, amministrativa e penale, è una pratica abbastanza diffusa negli Stati membri, in particolar modo con riferimento agli illeciti nell'ambito delle politiche fiscali, ambientali o di pubblica sicurezza, ma il metodo per stabilire il cumulo delle sanzioni è sostanzialmente diverso, rispecchiando caratteristiche specifiche e proprie di ciascuno Stato membro.

Alla luce di quanto brevemente osservato, rimane il dubbio che la storia del *ne bis in idem* non finisca qui.