

Menci: un passo in avanti nell'iter tracciato dalle Corti europee nella definizione del *ne bis in idem*?

di Teresa Cimmino

Title: Menci: a step forward in the process traced by the European Courts in the definition of *ne bis in idem*?

Keywords: *Ne bis in idem*; Criminal and administrative proceedings; Fundamental rights.

1. – La causa Menci (Corte giust., sent. 20-03-18, C-524/15, Menci) ha consentito alla Corte di giustizia di ritornare sul principio del *ne bis in idem* che, come è noto, soddisfa, allo stesso tempo, esigenze di giustizia sostanziale e di stabilità dei rapporti giuridici, ed esigenze di tutela del singolo, assicurandogli di non essere sottoposto a due procedimenti per gli stessi fatti e di non vedersi inflitte due o più sanzioni (C. Amalfitano, R. D'Ambrosio, art. 50, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza; F. Pappalardo, O. Razzolini, cur., in *Le fonti del diritto italiano*, 1015ss). In questa causa il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che nell'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La domanda di rinvio pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Luca Menci relativo ai reati in materia di IVA. Precedentemente, nel corso di un procedimento amministrativo al sig. Menci veniva contestato l'omesso versamento IVA e, in seguito ai dovuti accertamenti, l'Amministrazione Finanziaria italiana gli ingiungeva di pagare l'importo dell'Iva dovuto e gli infliggeva, in virtù dell'art. 1, comma 1, dlgs. 471/97, una sanzione amministrativa corrispondente al 30% del debito tributario. Successivamente, nell'ambito del procedimento penale instauratosi a carico del sig. Menci per gli stessi fatti, ossia omesso versamento IVA configurante il reato punito dall'art 10 bis, comma 1, e dall'art. 10 ter, comma 1 dlgs 74/2000, il Tribunale di Bergamo decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto se l'art 50 della Carta dei diritti fondamentali, letto e interpretato alla luce dell'art 4 del protocollo n.7 alla CEDU, osta ad una normativa nazionale che prevede la possibilità di avviare procedimenti a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA, qualora alla stessa persona sia già stata inflitta una sanzione amministrativa definitiva per i medesimi fatti.

2. – Prima di giungere al nocciolo della questione, così come decisa dalla Corte di Lussemburgo nella causa Menci, è opportuno ripercorrere brevemente il travagliato iter

percorso dalle due Corti, la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo, nella definizione e applicazione del principio del *ne bis in idem*.

La Corte EDU è intervenuta in modo significativo nel 2014 con la sentenza Grande Stevens (Corte EDU, sent. 04-03-2014, Grande Stevens c. Italia). In tale occasione è stata posta all'attenzione della Corte la compatibilità del doppio regime sanzionatorio, amministrativo e penale, con il principio del *ne bis in idem*, tutelato a livello nazionale e sovranazionale. Innanzitutto, la Corte di Strasburgo applica i cd. Criteri Engel e, quindi, evidenzia la finalità afflittiva della misura sanzionatoria prevista per l'illecito amministrativo (art. 185 TUF), nonché valorizza la gravità della misura stessa e della condotta posta in essere, per arrivare alla conclusione che l'illecito previsto dall'ordinamento italiano come amministrativo debba essere considerato penale in virtù della concezione autonomistica che applica i detti criteri. Un ulteriore passaggio significativo della sentenza è quello in cui la Corte, richiamando il precedente Zolotukhin (Corte EDU, sent.10-02-2009, Zolotukhin c. Russia), afferma che nel delimitare l'ambito applicativo del *ne bis in idem* e, quindi, nel verificare che sussista il presupposto applicativo del divieto ossia l'identità del fatto, non occorre valutare gli elementi costitutivi della fattispecie astratta, l'*idem legale*; assume, invece, rilievo l'*idem factum* cioè l'identità del fatto storico concreto come contestato nei due procedimenti. Sulla base dei suddetti presupposti, la Corte sembra giudicare incompatibili con il principio del *ne bis in idem* (art 4, prot. n.7 CEDU) le disposizioni nazionali che prevedono, in presenza di uno stesso fatto, la possibilità di contestare due illeciti e di applicare due misure sanzionatorie, benché una misura, tra queste, sia qualificata dall'ordinamento nazionale come amministrativa, ma sia da ritenersi penale alla luce dei cd. criteri Engel.

In termini solo apparentemente differenti sembra essersi pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza Akerberg Fransson (Corte giust., sent. 26-02-2013, C-617/10, Åkerberg Fransson). Nel risolvere le questioni pregiudiziali che vertono sulla portata del principio del *ne bis in idem*, la Corte prende in considerazione il solo art. 50 della Carta dei diritti fondamentali e stabilisce che il principio di *ne bis in idem* ivi espresso non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale purché il giudice penale sia messo in condizione di conoscere della previa esistenza di una sanzione amministrativa per evitare un effetto punitivo eccessivo. Tuttavia, qualora la sanzione sia giudicata di natura penale e sia divenuta definitiva, l'art. 50 osta a che nei confronti della stessa persona vengano avviati procedimenti penali per gli stessi fatti.

A distanza di due anni dalla Grande Stevens, la Corte di Strasburgo chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'ubi consistam del *ne bis in idem* sembra fare un cambio di rotta, interpretandolo in termini differenti. Di fatti, nel caso A e B contro Norvegia (Corte EDU, sent. 15-11-2016, A e B c. Norvegia) la Corte di Strasburgo afferma che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, prot. 7, CEDU, non risulta essere incompatibile con una disciplina nazionale che nell'ambito di un approccio sanzionatorio di tipo integrato e coordinato, preveda, in presenza di uno stesso fatto storico, due illeciti penali con conseguenti misure afflittive, a condizione, però, che tra i due procedimenti accertativi e applicativi delle due sanzioni vi sia una connessione sostanziale e temporale. Vi è connessione sostanziale quando la duplicità dei procedimenti risulta essere conseguenza prevedibile della condotta; inoltre, nel corso dei due procedimenti si deve evitare qualsiasi tipo di duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove. Ed ancora, è necessario che nella fase di quantificazione della pena da applicare all'esito del secondo procedimento, il giudice tenga conto della pena applicata nel procedimento conclusosi per primo. Per quanto concerne la seconda condizione, la connessione temporale, la Corte EDU non pretende che i due procedimenti siano paralleli ma è sufficiente che i due procedimenti siano consecutivi, cioè che conclusosi il primo, il secondo procedimento non venga iniziato a distanza di un tempo irragionevolmente

lungo (v. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, 2017, 35ss). Alla luce di quanto sopra esposto, è evidente la diversità di orientamenti sull'applicazione del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU. In un primo momento (Grande Stevens) la Corte sostiene che la sola sussistenza di un doppio regime sanzionatorio per il medesimo fatto determina la violazione del suddetto principio. A distanza di due anni (A e B contro Norvegia) la stessa Corte riconosce la compatibilità delle previsioni nazionali di doppio regime sanzionatorio con il detto principio a condizione che vi sia una connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti.

3. – E' opportuno precisare che nel caso Menci, il Tribunale di Bergamo solleva il rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia chiedendo a quest'ultima di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto alla luce dell'art. 4. del protocollo n. 7 alla CEDU quando la Corte di Strasburgo non si è ancora pronunciata sul caso Norvegia, quindi nella piena vigenza di quanto detto in Grande Stevens. In un contesto diverso, invece, sopraggiungono le conclusioni dell'Avvocato Generale, Campos Sánchez-Bordona, il quale, consapevole dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali differenti, pur prendendo atto della maggiore autorevolezza della giurisprudenza enunciata nel caso Norvegia, proveniente dalla Grande Camera, formula determinate conclusioni (v. P. De Pasquale, Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di *ne bis in idem* non è ancora finita, in *dUE- Osservatorio Europeo*, ottobre 2017). Secondo l'Avvocato generale, in primo luogo, il nuovo criterio introdotto in A e B c. Norvegia dalla Corte di Strasburgo aggiunge notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti, mentre i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti, e devono comunque poter essere applicati in modo prevedibile e certo; in secondo luogo, pur riconoscendo che la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 4 prot. 7 Cedu è di immediata rilevanza ai fini dell'interpretazione del diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 CDFUE, stante il disposto dell'art. 52 par. 3 CDFUE, a tenore del quale il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta devono essere almeno pari a quelli conferiti alle corrispondenti garanzie sancite dalla Convenzione europea, questa soluzione rappresenta, in effetti, soltanto il livello minimo di tutela che il diritto europeo è chiamato a garantire, restando impregiudicata la possibilità di offrire un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'Unione, ove ne sussista l'opportunità. Occorre dunque elaborare, a livello europeo, una nozione autonoma di *ne bis in idem*, verificando in particolare se e in che misura tale diritto fondamentale possa essere compreso ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 52 par. 1 CDFUE, che ammette che i diritti della Carta possano essere limitati laddove la limitazione sia prevista dalla legge e risulti altresì, nel rispetto del principio di proporzionalità, necessaria rispetto a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Orbene, il 20 marzo 2018 la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia circa tre anni prima, giunge alla sua soluzione. In via preliminare, la Corte di Lussemburgo rammenta che in materia di IVA, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 273 della direttiva 2006/112 e art 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri devono adottare tutte le misure legislative e amministrative necessarie ai fini della riscossione dell' IVA e della lotta contro la frode. Analogo obbligo grava in capo agli Stati membri ai sensi dell' art 325TFUE che impone agli stessi di predisporre misure dissuasive ed effettive con il fine di contrastare le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea. Pertanto, per realizzare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'Iva e tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri godono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono avere sia natura amministrativa sia natura penale. Riguardo la natura penale dei procedimenti e delle sanzioni, la Corte richiama i predetti criteri: quello consistente nella qualificazione

giuridica dell'illecito nel diritto nazionale e gli altri facenti riferimento alla natura dell'illecito e al grado di severità della sanzione. Relativamente al primo criterio, l'ordinamento nazionale qualifica come amministrativo l'illecito e il corrispondente procedimento; per quanto riguarda il secondo criterio, occorre verificare se la sanzione abbia una finalità repressiva. L'art 13, comma 1 dlgs. 471/97, prevede in caso di omesso versamento dell'Iva dovuta, una sanzione amministrativa in aggiunta agli importi dell'Iva che il soggetto passivo deve pagare. Sembra, pertanto, che questa sanzione persegua una finalità repressiva. Per quanto concerne il terzo criterio, si rileva che la detta sanzione amministrativa abbia la forma di un'ammenda del 30% dell'Iva dovuta, che si aggiunge al versamento dell'imposta e detiene un grado di rigore elevato tale da far emergere la natura penale della detta sanzione. La Corte, dunque, conclude affermando che: "L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva".

La Corte evidenzia, come già affermato in precedenza, che ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione. In tale circostanza è pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge. È altresì pacifico, secondo la Corte, che la normativa nazionale in discussione risponda a un obiettivo di interesse generale che consiste nell'assicurare la riscossione integrale dell'IVA dovuta. A tale proposito, la Corte richiamando una precedente giurisprudenza, afferma che gli Stati membri dispongono della libertà di scelta quanto alle sanzioni applicabili al fine di garantire la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA. In assenza di armonizzazione del diritto dell'Unione in materia, gli Stati membri possono quindi legittimamente prevedere tanto un regime nel quale i reati in materia di IVA possono costituire oggetto di procedimenti e di sanzioni soltanto una volta, quanto un regime che autorizza un cumulo di procedimenti e di sanzioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte conclude affermando che l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che preveda la possibilità di avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, a condizione che tale normativa ambisca a realizzare un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di IVA, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari. Inoltre, tale normativa deve garantire un coordinamento tra i due procedimenti tale da limitare a quanto strettamente necessario gli oneri gravanti sugli interessati e deve prevedere norme che consentano di garantire che nella valutazione complessiva la severità delle sanzioni imposte sia proporzionale alla gravità del reato di cui si tratti. Quindi, la Corte assegna al giudice nazionale il compito di accertare, valutando complessivamente le circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento

principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso.

4. – In concomitanza con la causa Menci, la Corte si pronuncia anche nella causa *Garlsson Real Estate* (Corte giust., sent. 20-03-2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*) e nelle cause riunite *Di Puma e Zecca* (Corte giust., sent. 20-03-2018, C-596/16 e 597/16 *Di Puma e Zecca*). In entrambe le circostanze, pur trattandosi di materie differenti, la Corte applica lo stesso ragionamento. Nella causa *Garlsson*, in materia di manipolazione di mercato, a dei soggetti già destinatari di una sentenza definitiva del giudice penale in applicazione dell'art. 185 t.u.f., viene inflitta dalla Consob una sanzione pecuniaria sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f.. Pertanto, viene chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità di un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) nei confronti di un soggetto che abbia riportato condanna penale irrevocabile con la previsione dell'art. 50 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale. Anche in questa circostanza la Corte giudica gli scopi posti alla base del doppio binario sanzionatorio, la tutela dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, idonei a giustificare la limitazione dell'art. 50 CDFUE ma precisa che nel caso di specie, l'onere gravante sull'imputato risulta essere eccessivo. Difatti, la sanzione prevista dall'art. 185 t.u.f. appare sufficientemente severa e quindi, idonea a reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Pertanto, la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo ma nella sostanza penale, di cui all'art. 187-ter t.u.f. eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo che la normativa in materia di manipolazione di mercato mira a realizzare. Analogamente, la Corte si è pronunciata nella causa *Di Puma e Zecca* in materia di abuso di informazioni privilegiate, in un caso in cui dei soggetti pur essendo stati assolti, in sede penale, dall'imputazione per il delitto di cui all'art. 184 t.u.f. erano stati destinatari di una sanzione pecuniaria inflitta dalla Consob ai sensi dell'art. 187-bis t.u.f. Nel caso di specie la Corte riformula il quesito pregiudiziale proposto dalla Cassazione e si chiede "se l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 osti a una disposizione nazionale, quale l'articolo 654 del cpp, che estende al procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria l'autorità di cosa giudicata di tali affermazioni in punto di fatto, operate nel contesto del procedimento penale". Riproponendo il ragionamento già applicato nelle sentenze *Menci* e *Garlsson*, la Corte, dopo aver ribadito che la tutela dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari sono obiettivi idonei a fondare la limitazione dell'art. 50 CDFUE, conclude affermando che "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati" (v. A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc.3/2018). Quanto affermato nelle predette tre sentenze sembra essere stato accolto, di recente, dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass., Sez. V, ud. 16 luglio 2018), in materia di manipolazione di mercato, di cui è nota solo l'informazione provvisoria in attesa del deposito delle motivazioni.

5. – In conclusione, è possibile osservare che la Corte di giustizia si è discostata dall'orientamento formulato dall'Avvocato generale. Quest'ultimo prospettava un livello di tutela del diritto al *ne bis in idem* più elevato di quello fornito dopo il cambio di rotta della Corte Edu e auspicava che la Corte indicasse dei criteri idonei a guidare i giudici nazionali nella soluzione uniforme dei problemi derivanti dal doppio binario sanzionatorio. Diversamente, la Corte di Lussemburgo con l'intento di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, nello specifico il preminente interesse alla regolare riscossione dell'Iva, ha deciso di affidare al giudice del rinvio il difficile compito di accertare l'esistenza di una "valida" giustificazione del cumulo di procedimenti, consistente nella realizzazione di un interesse generale. Inoltre, lo stesso giudice nazionale dovrà anche valutare che il coordinamento tra i procedimenti sia tale da rendere meno gravosi gli oneri in capo ai soggetti interessati e che la severità delle sanzioni non sia eccessiva rispetto alla gravità dei reati commessi. In tal modo, si correrà il rischio che la complessità e l'artificiosità di tale meccanismo di valutazione possa produrre effetti pregiudizievoli per i soggetti interessati, soprattutto in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e certezza del diritto. Di conseguenza, si potrebbe verificare una lesione del sistema di tutela dei loro diritti e, quindi, riaprire un possibile contrasto con quanto stabilito, di recente, dalla Corte Costituzionale. Quest'ultima, infatti, in merito all'esigenza di garantire la prevedibilità e la determinatezza delle norme penali, nella nota sentenza n. 115 del 2018 (Corte Cost, sent. n. 115/2018) ha precisato che il principio di determinatezza non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante l'elaborazione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura ai consociati una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (v. C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc.6/2018). Inoltre, nella medesima sentenza, la Corte costituzionale rivendica la propria esclusiva competenza ad accertare il potenziale contrasto tra il diritto europeo, i principi supremi dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona, ridimensionando, in tal modo, il ruolo riconosciuto, di recente, ai giudici comuni.