



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

1. Lo scorso 20 marzo la **Grande Sezione della Corte di giustizia** dell'Unione europea ha pronunciato **tre diverse sentenze** vertenti sull'interpretazione della garanzia di ***ne bis in idem*** contenuta nell'**art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** (d'ora innanzi semplicemente Carta). Alla base delle pronunce in esame vi erano tutte questioni pregiudiziali provenienti dal nostro Paese e segnatamente la prima dal Tribunale di Bergamo ([causa C-542/15, Menci](#)) e la seconda ([causa C-537/16, Garlsson Real Estate](#)) e la terza ([cause riunite C-596/16 e 597/16, Di Puma e Consob](#)) dalla Corte di cassazione. Le tre sentenze condividono quasi interamente la struttura argomentativa, differenziandosi esclusivamente rispetto all'applicazione dei principi di diritto elaborati dalla Corte di giustizia ai casi in esame, in molti aspetti - come si vedrà - difformi; si giustifica dunque e diviene finanche obbligata una trattazione unitaria di queste tre sentenze (per una cui prima lettura cfr. anche [Galluccio, La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem, in DPC, 21 marzo 2018](#)).

2. Non serve ricordare che **grande era l'attesa a livello italiano ed europeo** (come mostrato tra l'altro dall'elevato numero di governi intervenuti dinanzi alla Corte di giustizia) per questa presa di posizione del giudice del Lussemburgo. Nessuna garanzia, non solo in materia penale, ha dato adito negli ultimi anni al pari del *ne bis in idem* ad un vivace e tormentato dialogo tra giudici nazionali, Corte EDU e Corte di giustizia, con un'evoluzione non sempre lineare e di facile applicazione per i giudici interni, mai come in questo caso persi tra diverse Corti e Carte. Punto di partenza obbligato è infatti la considerazione di una sovrapposizione normativa tra diverse fonti, praticamente identiche, rispetto alla statuizione di questa garanzia: da un lato le fonti interne di rango legislativo o più spesso costituzionale e dall'altro lato il già ricordato art. 50 della Carta e l'**art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU**.

È noto che a ridare una forse inaspettata centralità alla garanzia in oggetto era inizialmente intervenuta una giurisprudenza chiara e rigorosa della Corte EDU, la quale, facendo leva sulla qualificazione come "sanzioni penali" di sanzioni diversamente qualificate negli ordinamenti nazionali, aveva più volte riscontrato una violazione della garanzia del *ne bis in idem* nel susseguirsi di procedimenti sanzionatori "amministrativi" e di processi penali all'interno degli Stati contraenti (tra le tante va certamente ricordata per l'Italia la



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

pronuncia nel caso [***Grande Stevens***](#), sul quale si veda, per tutti, [*Nascimbene, Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto fra CEDU e diritto UE, in questa Rivista*](#)). A tale orientamento, già precedente a *Grande Stevens*, si era sostanzialmente già adeguata, pur con qualche non trascurabile differenza, la Corte di giustizia con la sentenza del 26 febbraio 2013 della Grande sezione nel caso [***ÅkerbergFransson***](#) ([causa C-617/10](#)).

Il rigoroso orientamento della Corte EDU, tuttavia, che precludeva in pratica di perseguire una politica sanzionatoria di doppio binario penale/amministrativo negli Stati contraenti della CEDU, ha subito scatenato enormi resistenze da parte degli esecutivi e dei giudici di molti Stati europei, come pacificamente ammesso dalla stessa Corte EDU allorché, nella decisione di Grande Camera del 15 novembre 2016 nel caso [***A. e B. contro Norvegia***](#), è di fatto tornata sui suoi passi ridimensionando fortemente il livello di tutela riconosciuto a livello convenzionale alla garanzia del *ne bis in idem*.

Proprio quest'ultima decisione della Corte EDU rappresentava il punto di riferimento essenziale per le sentenze qui in esame della Corte di giustizia, la quale doveva in sostanza decidere se attestarsi sul più alto livello di tutela di questa garanzia già riconosciuto in *Åkerberg Fransson* oppure procedere al pari della Corte di Strasburgo ad un netto *revirement* nella sua giurisprudenza per uniformare nuovamente il livello di tutela offerto a livello dell'Unione europea con quello offerto a livello di CEDU.

3. Nell'esaminare le sentenze in esame pare opportuno, anzitutto, riprendere brevemente gli snodi argomentativi meno problematici e già chiari nella giurisprudenza della Corte di giustizia, prima di passare ad affrontare gli elementi di maggiore novità in esse presenti.

Anzitutto nessuna sorpresa era lecito attendersi sull'ammissibilità delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte. In tutti i casi, infatti, la Corte non ha problemi a ritenere integrato l'**art. 51 comma 1° della Carta**, in ossequio al quale «le disposizioni della presente Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Sia nel caso *Menci*, in materia di omesso versamento di IVA, sia nei restanti



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem

Nicola Recchia

casi, riguardanti ipotesi di manipolazione del mercato e di *insider trading*, la Corte di giustizia individua agevolmente, in conformità alla sua stessa giurisprudenza, un legame tra la disciplina nazionale e il diritto dell'Unione europea, in particolare la [direttiva 2006/112](#) in materia di IVA letta in combinato disposto con l'art. 325 TFUE e la [direttiva 2003/6](#) in materia di tutela del mercato finanziario.

Ammissa dunque l'applicabilità della Carta, occorre anzitutto stabilire se si sia integrata nei casi in esame un'ipotesi di doppio giudizio penale ai sensi dell'art. 50 della Carta. *Nulla quaestio*, naturalmente, circa la riconducibilità alla **materia penale** dei processi penali così già qualificati dal nostro ordinamento; ad essere oggetto d'esame è invece la possibilità di qualificare come sostanzialmente penali anche i procedimenti amministrativi sanzionatori cui sono stati sottoposti i vari soggetti, ad opera in un caso dell'Agenzia delle entrate e nell'altro caso della Consob.

Anche in queste pronunce la Corte conferma l'approccio già seguito nel caso *Åkerberg Fransson* di fare ricorso ai c.d. **criteri Engel** della Corte EDU, senza tuttavia citarli espressamente e soprattutto senza mai citare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, proprio rispetto a sanzioni identiche a quelle in esame, ha già in molti casi qualificato le sanzioni in esame come sostanzialmente penali.

A differenza che in *Åkerberg Fransson*, tuttavia - e qui pare emergere un primo profilo di novità - la Corte di giustizia, pur lasciando formalmente la valutazione finale nelle mani del giudice nazionale, analizza con cura i casi in esame, applicando singolarmente i tre criteri a ciascun caso concreto e concludendo in tutti e tre i casi per una chiara qualificazione delle sanzioni amministrative in esame come **sanzioni sostanzialmente penali**. Difficile dunque negare, come nel giudizio a questo punto unanime dei giudici del rinvio, della Corte di giustizia e della Corte EDU, che le sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento, sia in materia di illeciti tributari, sia in materia di illeciti sui mercati finanziari, per funzione, spiccatamente repressiva, e per capacità afflittiva, talvolta pressoché draconiana, debbano ritenersi sostanzialmente penali.

La Corte di giustizia conferma altresì, in piena continuità con la sua precedente



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

giurisprudenza, che ai fini dell'integrazione del *bis in idem* occorre da un lato che oggetto dei due procedimenti sostanzialmente penali sia lo stesso soggetto, come appunto nei casi in esame, e dall'altro lato che tali procedimenti abbiano ad oggetto uno stesso fatto inteso in senso storico-naturalistico (qui il rinvio è alla sentenza del 18 luglio 2007 nella [causa C-367/05, Kraaijenbrink](#), ma si tratta di punto pacifico nella giurisprudenza della Corte), come **identità dei fatti materiali**. Molto interessante è tuttavia - e qui pare emergere un secondo profilo di novità - la chiarificazione della Corte in risposta alle sollecitazioni del governo italiano, il quale tentava di negare la sussistenza di un *idem factum* sulla base dei diversi elementi soggettivi richiesti dall'illecito penale e da quello amministrativo. La Corte, respingendo tale prospettazione, ha affermato con chiarezza che la previsione di un elemento costitutivo aggiuntivo "non è, di per sé sola, tale da mettere in discussione l'identità dei fatti materiali interessati".

4. Arrivati a questo punto le strade della Corte EDU e della Corte di giustizia divergono formalmente nella struttura argomentativa, pur giungendo praticamente a risultati molto simili.

A seguire la sentenza della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia* a questo punto sarebbe ancora necessario, per ritenere integrato il divieto di *bis in idem*, verificare che non si tratti di procedimenti in stretta connessione temporale e materiale. Tale elemento sarebbe dunque un elemento negativo della garanzia in esame, la quale non potrebbe in questo caso nemmeno dirsi integrata, sbarrando dunque la strada a qualsiasi ipotesi di violazione della stessa da parte dello Stato contraente.

Diversa, e forse più fedele nel rispecchiare l'*iter* motivazionale dei giudici, l'impostazione formale seguita dalla Corte di giustizia. Verificati i presupposti anzidetti - duplicazione di procedimenti sostanzialmente penali a danno della stessa persona per il medesimo fatto - la garanzia del *ne bis in idem* sarebbe integrata; tale garanzia esprimerebbe però, da un punto di vista dogmatico, non una regola ma un principio, come tale da bilanciare ai sensi dell'art. 52 della Carta. I criteri che nella giurisprudenza della Corte EDU servivano ad escludere la stessa integrazione della regola del *ne bis in idem*, sono dunque recuperati dalla Corte di



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

giustizia come elementi che consentono di giustificare la limitazione del principio del *ne bis in idem*. Molto si potrebbe qui dire sulle profonde ripercussioni, anzitutto teoriche, di questa diversa impostazione dogmatica del tema, ma si tratta di riflessioni che certamente esulerebbero dallo scopo di queste brevi iniziali riflessioni. Più utile è invece soffermarci sui diversi criteri che la Corte di giustizia riprende dalla Corte EDU.

5. Anzitutto è necessario che la possibilità di un doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo sia chiaramente **prevista dalla legge**. In secondo luogo, è necessario che i procedimenti e le sanzioni abbiano di mira **scopi complementari** nel comune perseguimento di un interesse generale di importanza tale da legittimare la scelta del doppio binario sanzionatorio. In terzo luogo, è necessario che l'ordinamento garantisca un **coordinamento tra i procedimenti** che limiti "a quanto strettamente necessario" gli oneri per il consociato sottoposto ad un doppio procedimento. Infine, è necessario che l'ordinamento garantisca che la **severità del complesso delle sanzioni** imposte sia **proporzionata** alla gravità dei **fatti commessi**.

6. Quanto al **primo criterio**, pare evidente che, in caso di sua violazione, a non essere rispettato sarebbe, ben prima del *ne bis in idem*, il principio di legalità sostanziale e processuale. Di fatto dunque si tratta di un mero presupposto del successivo giudizio, inidoneo di per sé ad influire sul tema della giustificazione della limitazione del *ne bis in idem*.

Ma anche il **secondo criterio**, quella della presa in carico da parte delle due sanzioni e dei due procedimenti di aspetti diversi e complementari del contrasto ad un determinato fenomeno criminale, già molto vago e scarsamente indagato rispetto ai casi in esame nella giurisprudenza della Corte EDU, sembra qui ancor maggiormente scarnificato di qualsiasi sostanza, riducendosi ad un'affermazione tautologica dell'importanza del perseguimento delle finalità politico-criminali di volta in volta prese di mira dal legislatore. La Corte di giustizia pare finanche accontentarsi della constatazione che il legislatore abbia inteso perseguire con le sanzioni penali i fatti più gravi e con le sanzioni amministrative le violazioni meno gravi anche non intenzionali. La Corte di giustizia dunque, al pari della



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

Corte EDU, rimette nelle mani del giudice del rinvio la verifica di un criterio dai contorni oltremodo vaghi e per nulla in grado di rappresentare un ostacolo dirimente alla previsione di doppi binari sanzionatori.

Non molta più fortuna sembra avere nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ancor meno che in quella della Corte EDU, **il requisito del coordinamento tra procedimenti**. Se nella pronuncia *A e B. c. Norvegia* della Corte EDU quel giudice tentava di declinare tale obbligo di coordinamento in termini più pratici come condivisione della fase di acquisizione probatoria, qui la Corte di giustizia pare semplicemente enunciarlo senza verificarlo nei casi in esame, approfondendo soltanto il tema della possibilità processuale di un coordinamento sanzionatorio, che a rigore tuttavia dovrebbe già appartenere all'ultimo dei criteri su menzionati.

7. Vista la pressoché totale inconsistenza degli altri criteri e visto che **la Corte di giustizia non accenna nemmeno al profilo**, pur molto importante nella sentenza *A. e B. c. Norvegia* e nella successiva giurisprudenza della Corte EDU, della **stretta connessione temporale** dei procedimenti - della cui rilevanza in un ordinamento come quello italiano caratterizzato da una cronica elevata durata dei procedimenti soprattutto penali non si può dubitare -, sembra interamente compiuto il percorso di metamorfosi della garanzia del *ne bis in idem*, che nasce in ambito processuale come garanzia contro l'arbitraria proliferazione dei procedimenti, in un'altra garanzia, quella della **proporzione sanzionatoria** di cui all'art. 49 comma 3 della Carta - non a caso esplicitamente citata dalla Corte di giustizia - volta a garantire in ambito sostanziale la proporzione del carico sanzionatorio (qui derivante dalla somma di due diverse sanzioni) rispetto ai fatti commessi. Si tratta però, come detto, di un'altra garanzia, avente una diversa fonte normativa, che legittimerebbe certamente lo stesso tipo di controllo ora artificiosamente ascrivito alla garanzia del *ne bis in idem*.

In estrema sintesi, dopo il netto *revirement* della Corte EDU, **anche la Corte di giustizia, pur lasciando formalmente l'ultima parola al giudice interno, pare voler abbandonare** - e in termini ancora più netti - **qualsiasi possibilità di messa in**



discussione critica alla luce della garanzia del *ne bis in idem* dei sistemi sanzionatori a doppio binario: per questi semplicemente il *ne bis in idem* non si applica.

8. In sentenze, come visto, a tinte molto fosche per la tutela del *ne bis in idem*, non resta che accogliere con favore due prese di posizione più nette della Corte di giustizia, su profili tra l'altro finora non affrontati dalla Corte EDU.

Anzitutto, nel caso *Garlsson*, la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare l'ipotesi più insolita di un **procedimento amministrativo sanzionatorio ancora in corso dopo la definitiva conclusione di un processo penale**. Qui la Corte di giustizia, pur lasciando formalmente al giudice nazionale l'ultima parola sul punto, ha osservato che la condanna definitiva in sede penale rende di per sé sproporzionato il proseguimento di un procedimento amministrativo sanzionatorio. Seguendo il ragionamento della Corte, infatti, qualora la sanzione penale irrogata, come nel caso di specie, fosse già stata proporzionata al reato commesso, qualsiasi aggravamento sanzionatorio in sede "amministrativa" rappresenterebbe *ipso facto* una violazione del *ne bis in idem* visto il mancato rispetto del criterio della proporzione sanzionatoria tra cumulo sanzionatorio e fatti commessi.

Nel caso *Di Puma*, invece, la Corte di giustizia si trovava al cospetto della altrettanto insolita situazione di una **decisione definitiva di assoluzione in sede penale, nonostante la quale proseguiva un procedimento sanzionatorio amministrativo**. In questo caso la Corte di giustizia, con riferimento più formale che sostanziale alla garanzia del *ne bis in idem*, ma sulla base in realtà di considerazioni legate alla ragionevole necessità di estendere l'autorità di cosa giudicata anche al procedimento sanzionatorio amministrativo, in presenza di fatti sostanzialmente identici e in considerazione del più accurato e garantito contraddittorio in sede processuale penale, ha statuito che l'assoluzione definitiva in sede penale debba ostare alla prosecuzione del corrispondente procedimento sanzionatorio amministrativo, ritenuto in questo caso "manifestamente" sproporzionato.

Come detto, è apprezzabile che in un contesto di ulteriore e forte limitazione della garanzia del *ne bis in idem*, la Corte di giustizia, grazie anche alle sollecitazioni fornite dai casi



Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*

Nicola Recchia

sottoposti, abbia ritagliato come ipotesi autonome e chiarito per esse la sicura applicabilità del *ne bis in idem* quantomeno questi più macroscopici casi di cattivo coordinamento nell'ordinamento nazionale tra i due diversi binari sanzionatori.

9. Si rende allora necessario un ultimo appunto rispetto alle ipotesi, molto improbabili, ma comunque possibili - come mostrano questi due casi - nelle quali il **giudice interno sarà chiamato a chiudere il procedimento interno per violazione dell'art. 50 della Carta**. Per quanto detto è altamente probabile che un problema di questo tipo si porrà soltanto nei confronti del giudice civile in sede di opposizione al provvedimento amministrativo sanzionatorio irrogato dall'amministrazione competente.

La Corte di giustizia ricorda, in maniera molto netta, che sulla base della sua pacifica giurisprudenza, chiarita anche per questo specifico contesto nel caso *Åkerberg Fransson*, il giudice nazionale dovrà dare applicazione ai diritti garantiti dalla Carta, ponendo fine dunque ai procedimenti in essere dinanzi a lui, "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Essendo oltretutto al di fuori del più complesso ordinamento penale, altresì presidiato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, non pare si pongano insormontabili ostacoli per i giudici italiani per trovare percorsi ermeneutici - che qui non è possibile approfondire - adatti al raggiungimento dello scopo di tutela ad essi assegnato dalla Carta.