

I confini applicativi del principio del *ne bis in idem* interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10

SOMMARIO

1. UN CASO DI *BIS IN IDEM* INTERNO ALLE ORIGINI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE – 2. IL NODO PRELIMINARE DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CARTA – 3. UNA NOZIONE DI MATERIA PENALE A GEOMETRIA VARIABILE – 4. LA NEGATA COMUNITARIZZAZIONE DELLA CEDU – 5. LE PROBLEMATICHE ANCORA APERTE

1

UN CASO DI *BIS IN IDEM* INTERNO ALLE ORIGINI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

La sentenza della Grande Sezione in commento è degna di attenzione giacché, oltre a definire la portata operativa dell'art. 50 CDFUE, che sancisce il divieto di processare o condannare due volte una persona per lo stesso reato nell'Unione¹, offre il destro per mettere a fuoco il punto di vista della Corte di Giustizia sia sull'ambito di applicazione della Carta ex art. 51 § 1 CDFUE sia sugli attuali assetti interordinamentali.

Prima tuttavia di operare una lettura in chiave critico-ricostruttiva della decisione è necessario brevemente ripercorrere i tratti salienti della vicenda che ha dato il via all'intervento della Corte. La pronuncia qui annotata, che ha già costituito l'oggetto di alcuni autorevoli contributi dottrinali², trae origine da un rinvio pregiudiziale sollevato

1. Per uno studio sistematico sull'art. 50 CDFUE si v. J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, 2013.

Per dei commenti sistematici ai principi penalistici sanciti nella CDFUE si v., seppur con impostazioni e accenti diversi, L. M. DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ-A. NIETO MARTÍN (dir.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Madrid, 2010; A. ESER, *Justizielle Rechte. Vorbemerkungen und Kommentierung der Artikel 47-50*, in J. MEYER [Hrsg.], *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2006, 477 ss.; M. KAIJAFAGBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *ECLR*, 2011, 1, 7 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 147 ss., nonché in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2373 ss.; F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, 1 ss.; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 411-460.

Per l'evoluzione del diritto penale alla luce del Trattato di Lisbona, oltre ad una generale panoramica (nella manualistica italiana) in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, IV ed., 41-47, si v., nell'ampia letteratura europea, tra i lavori monografici e le curatele, senza peraltro alcuna pretesa di esaustività: K. AMBOS (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen, 2011; L. ARROYO ZAPATERO L.-A. NIETO MARTÍN-M. MUÑOZ DE MORALES (dir.), *European Criminal Law: an overview*, Cuenca, 2010; G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011; D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009; G. GIUDICELLI-DELAGÉ-C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2012; S. HOBE, *Europarecht*, München, 2011; A. KLIP, *European criminal law. An integrative approach*, Cambridge, 2012; S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, London, 2013; C. NOVAK, *Europarecht nach Lissabon*, Baden-Baden, 2011; T. OPPERMANN-C. D. CLASSEN-M. NETTESHEIM, *Europarecht*, München, 2011; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, 2012; J. A. E. VERVAELE, *El derecho penal europeo*, Buenos Aires, 2010.

2. Per una lettura della pronuncia in commento sullo sfondo degli attuali assetti interordinamentali e dei rapporti tra le Corti si v., tra tutti, autorevolmente R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *dirittocomparati.it*, 6 marzo 2013.

dall'autorità giudiziaria svedese nell'ambito di un procedimento penale per frode fiscale aggravata avviato contro un soggetto già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi e contributivi in tema di IVA. In particolare, dinanzi al Tribunale di primo grado di *Haparanda* (Svezia) è sorta la questione se, alla luce degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, il procedimento penale nei confronti del sig. H. Åkerberg Fransson debba essere considerato o meno inammissibile in ragione della sanzione fiscale già applicata. A fronte di tale problema di *bis in idem* interno (o statutale)³, l'autorità giudiziaria svedese ha sospeso il procedimento penale interno ed ha sottoposto alla Corte cinque questioni pregiudiziali.

Due, tuttavia, in sostanza sono i quesiti a cui i giudici eurounitari⁴ hanno dato risposta:

a) il principio del “ne bis in idem” sancito nell'art. 50 CDFUE può essere interpretato nel senso che esso osta a che siano avviati nei confronti di un imputato procedimenti penali per frode fiscale, una volta che gli è già stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione?;

b) è compatibile con il diritto dell'Unione una prassi giudiziaria nazionale che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla CEDU e dalla Carta alla condizione che lo stesso risulti chiaramente dai testi interessati o dalla relativa giurisprudenza?

In questa sede, si proverà in modo particolare a porre attenzione alla questione *sub a*), pur senza rinunciare ad un breve cenno all'altra questione, che verrà trattata nel § 4, la quale ha una valenza generale sul piano delle fonti ma assume una particolare rilevanza nell'ottica penalistica⁵. Peraltro, sulla scorta della lettura dei principali passaggi logico-argomentativi della sentenza, si cercherà, al termine, di chiarire quale contributo ha offerto la Corte di giustizia sia nella ricostruzione degli attuali assetti interordinamentali sia nella definizione della portata del principio del *ne bis in idem* sancito nell'art. 50 CDFUE.

2

IL NODO PRELIMINARE DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CARTA

Prima di rispondere alle questioni, la Corte ha dovuto sciogliere il nodo preliminare riguardante la sua competenza a pronunciarsi sul caso in commento⁶.

Discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato Generale⁷, i giudici eurounitari hanno affermato la propria competenza dal momento che hanno ritenuto sussistente la *condizione* stabilita nell'art. 51 § 1 CDFUE, secondo cui la Carta si applica agli Stati mem-

3. Occorre pertanto prestare attenzione al fatto che, in questo caso, non si è dinanzi ad un problema di “bis in idem” transnazionale, come quello venuto in rilievo nelle note sentenze della Corte di Giustizia aventi ad oggetto l'interpretazione degli artt. 54 ss. CAAS (C-GE, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*; C-GE, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*; C-GE, 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*; C-GE, 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*; C-GE, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e a.*; C-GE, 18 luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*; C-GE, 18 luglio 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*; C-GE, 11 dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*; C-GE, 22 dicembre 2008, C-491/07, *Turanský*), né tantomeno rileva il divieto di *bis in idem* come motivo di rifiuto della consegna nella disciplina del Mandato d'arresto europeo (C-GE, GS, 16 novembre 2010, C-261/09, *Mantello*).

4. L'etichetta “eurounitaria/o”, che impiegheremo nel testo, è stata coniata, proprio a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2010, 125 ss., ed è ripresa in tutti i successivi scritti in materia. La formula, peraltro, ha già trovato seguito in dottrina.

5. Sul punto F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, cit., 1 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, cit., 2373 ss.; F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 5 ss. (spec. 19 ss.).

6. Dalla definizione della portata della regola sancita nell'art. 51 § 1 CDFUE, che alla luce dei primi orientamenti della giurisprudenza eurounitaria sta assumendo caratteri variabili, se non addirittura incerti, dipende la sussistenza della competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi sulla Carta. Come precisato difatti dai giudici eurounitari nella pronuncia in commento, laddove “una *situazione giuridica* non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza” (§ 22).

7. Nelle *Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 giugno 2012*, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, è stato considerato “sproporzionato”, in relazione ad una fattispecie interna collegata solo “occasionalmente” al diritto dell'Unione, un intervento della Corte di Giustizia destinato ad impattare sull'architettura generale del sistema sanzionatorio interno svedese (sino a poter prevalere sulle “strutture costituzionali” e “gli obblighi internazionali di tale paese”).

bri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”⁸. In particolare, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le *fattispecie sostanziali di diritto interno*, che hanno rappresentato le basi normative, da un canto, per l’applicazione delle sovrattasse e, d’altro canto, per l’instaurazione di un procedimento penale per frode fiscale (non ancora definito) nei confronti della stessa persona, sono entrambe *attuative* del diritto dell’Unione, pur non essendo il frutto di una “trasposizione” (§ 28). Ne è conseguita una lettura tendenzialmente estensiva dell’art. 51 § 1 CDFUE, destinata ad ampliare l’ambito di operatività dei diritti sanciti dalla Carta

Duplici è stato il collegamento tra il diritto interno e il diritto dell’Unione rinvenuto dalla Corte di Giustizia. Innanzitutto, essa ha messo in relazione le sovrattasse e i procedimenti penali relativi alle violazioni degli obblighi dichiarativi in materia di IVA con talune disposizioni della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006 (in particolare, con l’art. 273), nonché con l’art. 4 § 3 TUE, in base al quale “ogni Stato membro ha l’obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l’IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e a lottare contro la frode” (§ 25). Inoltre la Corte ha collegato la violazione dei suddetti obblighi dichiarativi in tema di IVA alla lesione degli interessi finanziari dell’Unione, contemplati dall’art. 325 TFUE, precisando che da tali violazioni consegue la mancata messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse non oggetto di riscossione (§ 26).

Compiendo un ulteriore passaggio rilevante sul piano dei rapporti tra Carta e ordinamenti interni, i giudici eurounitari hanno affermato che, in una situazione in cui “l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione”, il giudice nazionale, qualora sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali della disciplina interna attuativa del diritto dell’Unione, può applicare gli “standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione” (§ 29). Tale passo argomentativo, in cui peraltro viene richiamata la coeva sentenza *Melloni*⁹, dischiude nuovi scenari interpretativi¹⁰, che meriteranno ulteriori approfondimenti in avvenire¹¹.

In conclusione, può sinteticamente dirsi che per i giudici eurounitari un legame attuativo “debole” tra diritto interno e diritto dell’Unione non esclude l’operatività della Carta e neppure sembra ridurre la forza¹², al punto che essa è destinata a prevalere, in caso di divergenza, anche sullo standard nazionale.

8. La Corte di Giustizia ha sottolineato – in linea generale – una continuità tra il proprio orientamento giurisprudenziale anteriore all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona relativo alla misura in cui l’operato degli Stati membri deve conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione e la regola sancita nell’art. 51 § 1 CDFUE, così come interpretata alla luce delle Spiegazioni della Carta (§§ 19-20). Cfr. *Comunicato Stampa, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Lussemburgo, 26 febbraio 2013, Sentenza nella causa C-617/10, Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson*, in <http://curia.europa.eu/>. Per una lettura in tale prospettiva della sentenza si v. la nota redazionale di A. ADINOLFI, A. CIAMPI, F. DONATI (a cura di), *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l’art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali: la sentenza nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson*, in *osservatoriosullefonti.it*.

9. C-GE, GS, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*.

10. R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, cit., sottolinea che “Si tratta di una formulazione che intende, nella sostanza, riconoscere agli Stati la piena competenza sull’adozione di misure di contrasto ai fenomeni di evasione e di misurare gli effetti sulla base dei principi fondamentali in esso tutelati ma che, al contempo, proprio per il concorrente interesse dell’Unione alle politiche fiscali (in tema di imposte dirette), consente tale controllo fintanto che la stessa non incida, riducendoli, sui livelli di tutela previsti dalla Carta. In definitiva, la Corte intende affermare il primato del diritto dell’Unione anche nella disciplina dei diritti fondamentali allorché entra in gioco il diritto dell’UE. Se, in altri contesti, la stessa Corte aveva riconosciuto l’autonomia dei singoli Stati ad offrire standard di tutela dei diritti fondamentali anche più elevati di quelli offerti a livello UE - si pensi, al caso Omega - la Corte crea qui una “scala” fra gli standard di tutela che, nel caso concreto, la porta a posporre l’apparato di tutela interno, dando priorità a quello dell’Unione che viene evocato attraverso l’utilizzazione di espressioni quali “primato, unità ed effettività”, idonei a chiudere in modo radicale ogni spiraglio alla possibilità di espansione a livelli più elevati di tutela (nazionali). Posizione, questa, che fa il paio con quella assunta nel caso Melloni e sulla quale occorrerà riflettere con più calma”.

11. Particolarmente interessante è la lettura della sentenza operata da A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema” (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *diritticomparati.it*, 2 aprile 2013.

12. Tuttavia, come a breve vedremo, tale profilo sembra incidere – in base alla successiva ricostruzione operata dalla Corte – sull’interpretazione del principio.

Dopo aver affermato la propria competenza, i giudici si sono quindi concentrati sul merito della questione relativa alla portata del principio del “ne bis in idem” sancito all’articolo 50 CDFUE, chiedendosi se esso osta a che un soggetto sia imputato in un procedimento penale per frode fiscale dopo che gli è già stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha affermato, in tre distinti paragrafi, che:

a) l’art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall’IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione (§ 34);

b) cionondimeno, “qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell’articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona” (§ 34);

c) ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri: la qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, la natura dell’illecito e, infine, la natura e il grado di severità della sanzione, come delineati nella sentenza *Bonda* (§ 35), su cui a breve ci soffermeremo;

d) “spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive” (§ 36).

Leggendo tali paragrafi, ci sembra, innanzitutto, che la Corte abbia accolto una interpretazione dell’art. 50 CDFUE, nella parte in cui riconosce il *ne bis in idem* interno, diversa da quella effettuata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in relazione all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU, che pur si applica – senza alcuna riserva eccezionale alla materia penale – allo Stato svedese. D’altra parte, nessun riferimento è stato effettuato espressamente dalla Corte di Giustizia al summenzionato art. 4¹³, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, nonostante la previsione di cui all’art. 52 § 3 CDFUE¹⁴ letta alla luce delle Spiegazioni di corredo della Carta¹⁵.

In effetti, se da un lato i giudici eurounitari hanno richiamato i criteri *Bonda* – che a loro volta fanno riferimento ai criteri *Engel* elaborati dalla Corte europea¹⁶ – per

13. Per tale punto R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, cit., il quale ha efficacemente sottolineato come sia sorprendente il fatto che “tale questione non sia stata *ex professo* esaminata dalla Corte di Giustizia, la quale, però, nei fatti, ha ritenuto di non sentirsi vincolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, alla quale non ha fatto cenno alcuno, affermando che il parametro rilevante era rappresentato unicamente dall’art. 50 della Carta. Questa prevalenza, tuttavia, assume tratti peculiari se si considera che l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta consente alla stessa di concedere una protezione più estesa di quella garantita dal corrispondente diritto della Convenzione, ma non il contrario! Non si può, sul punto, non cogliere la scelta della Corte di lasciare sullo sfondo la questione dei rapporti fra le tutele offerte dalla Carta e dalla CEDU. Il che, d’altra parte, contrasta nettamente con la posizione che la Corte ha nella medesima occasione invece espresso, in modo fermo, rispetto al tema dei rapporti fra diritti fondamentali di matrice interna e di origine UE. Il fatto che siano “in corso” le procedure di adesione dell’UE alla CEDU consente, probabilmente, di spiegare tale atteggiamento di prudenza che, a conti fatti, non ha comunque impedito alla Corte di affermare il “primato” della Carta di Nizza sulla tutela offerta dalla CEDU”.

14. In base a tale disposizione, ove la Carta “contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”.

15. Una particolare importanza assumono, in chiave critico-ricostruttiva della sentenza in commento, le *Spiegazioni* relative: a) all’art. 50 CDFUE, ove è stabilito che “Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall’articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l’applicazione del principio all’interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU”; b) all’art. 52 § 3 CDFUE, appena citato, ove si prevede che “Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea. L’ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all’Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”.

16. Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 82-83, in *echr.coe.int*. Tuttavia, occorre precisare che tale giurisprudenza è stata notevolmente arricchita, per un verso, dai successivi orientamenti che hanno tentato di definire, anche nei reciproci rapporti, i singoli sotto-criteri, e, per altro verso, da altre interessanti pronunce che hanno introdotto ulteriori criteri (anche processuali) di qualificazione della materia penale. Sulla nozione autonoma di materia

accertare la natura penale delle sanzioni fiscali¹⁷, dall'altro lato sembrano essersene in parte discostati con l'affermazione contenuta nel § 36, in cui vengono in gioco diverse esigenze (anche) attinenti ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione.

Il "programma applicativo" di cui al § 36, che rimette nelle mani del giudice interno il compito di sciogliere il nodo interpretativo, si presenta problematico. Se, infatti, è tendenzialmente chiaro – nonostante le dirompenti conseguenze – che il soggetto che opererà la valutazione, in questo caso, sarà il giudice comune, meno chiaro è il tipo di valutazione che egli dovrà compiere. In primo luogo, l'oggetto della valutazione sembra mutare rispetto a quanto affermato in principio dalla Corte di Giustizia (§ 34) e in genere dalla Corte europea (in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU), non concernendo più la sola natura penale delle sanzioni (illeciti, procedure) fiscali (da cui scatterebbe, in caso di esito positivo, la preclusione processuale *ex art. 50 CDFUE* come accade, di regola, per l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU¹⁸), ma il *cumulo tra sanzioni penali e tributarie* (di natura penale) per lo stesso fatto¹⁹. In secondo luogo, rimane ben più di qualche dubbio interpretativo in ordine al tipo e alla misura dello *standard di protezione (interno o eurounitario) di cui dovrà tener conto il giudice nazionale nella sua valutazione*.

Dunque, l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE pare scostarsi da quella abitualmente fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, giacché si concretizza in una lettura tendenzialmente *restrittiva* del divieto di un secondo giudizio, non fosse altro per il fatto che tale diritto va bilanciato dal giudice con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali. Ebbene, tale lettura sembra non assegnare, in virtù della condizione apposta, quel contenuto minimo all'art. 50 CDFUE imposto dall'art. 52 § 3 CDFUE. Tralasciando allo stato le problematiche teoriche²⁰ e applicative e le implicazioni politico-criminali che discendono da siffatta posizione, non pare chiaro sino a che punto potranno spingersi i giudici interni nell'interpretazione dell'art. 50 CDFUE senza esporre al contempo lo Stato membro al rischio di una condanna da parte della Corte europea.

La soluzione accolta nella sentenza in commento si differenzia anche da quella

penale elaborata nella giurisprudenza di Strasburgo, che si presenta allo stato ancora complessa da definire nei suoi confini, si v., nell'ampia letteratura, A. BERNARDI, *Art. 7. "Nessuna pena senza legge"*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 249 ss.; M. DELMAS-MARTY (a cura di), *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rév. Sci. Crim.*, 1987, 820 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 307 ss.; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 204 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 38 ss.; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 413 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; C. E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 74 ss.

17. In questa sede non si porrà attenzione al problema specifico della qualificazione giuridica della natura di tali sanzioni fiscali alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se pare opportuno rammentare che, nel campo fiscale, alcune sentenze hanno gettato le basi per aperture rilevanti anche in ordine alla più generale definizione della materia penale. Particolarmente interessanti sono, per un verso, Corte eur., GC, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, §§ 29-39, in cui è stato precisato che una sanzione tributaria lieve non costituisce di per sé un fattore decisivo per escludere la natura penale dell'illecito, e, per altro verso, Corte eur., *Chambaz c. Svizzera*, 5 aprile 2012, ricorso n. 11663/04, §§ 36-49, ove è stato affermato che qualora la procedura fiscale e la procedura fiscale-penale avviate contro un medesimo ricorrente siano "legate tra di loro, in maniera da non essere sufficientemente distinte", vi è una estensione delle garanzie dell'art. 6 CEDU anche alla procedura fiscale. Questa seconda decisione, le cui argomentazioni meritano un'attenta lettura, sviluppa un ulteriore criterio (di natura processuale) per la qualificazione giuridica di un illecito come penale.

18. Tralasciando, in questa sede, il riferimento completo a tutta la giurisprudenza della Corte EDU in materia, che si arricchisce peraltro di interessanti pronunce sul valore e sulla validità delle riserve eccezionali alla materia penale apposte da taluni Stati all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, si v. il *leading case* Corte eur., GS, *Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, §§ 52-57. con nota di H. MOCK, Ne bis in idem: *Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009*, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 2009, 867 ss., il quale si sofferma in particolare sull'interpretazione del concetto di *idem factum*.

19. Tale periodo va peraltro letto sia sullo sfondo della precedente giurisprudenza comunitaria sia alla luce delle Spiegazioni all'art. 50 CDFUE, ove è stabilito che "La regola «ne bis in idem» si applica nel diritto dell'Unione (cfr., in una vasta giurisprudenza, la sentenza del 5 maggio 1966, Gutmann/Commissione, cause 18/65 e 35/65, Racc. 1966, pag. 150 e, per una causa recente, la sentenza del Tribunale di primo grado del 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94 e altre, Limburgse Vinyl Maatschappij NV e a./Commissione, Racc. 1999, pag. II-931). Va precisato che la regola che vieta il cumulo si riferisce al cumulo di due sanzioni della stessa natura, nella fattispecie penali".

20. Occorrerà peraltro riflettere sull'eventuale trasformazione (anche funzionale) della nozione di materia penale.

adottata dai giudici eurounitari nella decisione *Bonda*, che si ricollega, seppur con le dovute differenze, all'applicazione del divieto di *bis in idem*²¹. Il rinvio pregiudiziale, in questo secondo caso, veniva sollevato dalla Corte Suprema polacca nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Bonda per il reato di frode in materia di sovvenzioni (art. 297 § 1 c.p. polacco) avviato per gli stessi fatti (di falsa dichiarazione riguardante la superficie agricola ammissibile al beneficio del pagamento unico per superficie) già decisi dall'Ufficio circondariale dell'Agenzia per la ristrutturazione e la modernizzazione agricola. Quest'ultimo, oltre ad escludere l'autore del fatto dal beneficio del pagamento unico per superficie per l'anno 2005 – ex art. 138 § 1 del regolamento n. 1973/2004 –, lo sottoponeva ad una sanzione sotto forma di perdita del diritto al pagamento unico per superficie, per un importo corrispondente alla differenza tra la superficie reale e la superficie dichiarata, per i tre anni successivi a quello in cui era stata presentata la dichiarazione inesatta. Il giudice del rinvio chiedeva allora, in sostanza, se l'art. 138 § 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004 doveva essere interpretato nel senso che costituivano sanzioni di natura penale, alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, le suddette misure applicate dall'Agenzia: in caso di risposta positiva da parte della Corte di Giustizia, i giudici del rinvio avrebbero posto il divieto di un secondo giudizio, ex art. 17 § 1, p. 7 c.p.p. polacco; diversamente, nessuno ostacolo si sarebbe frapposto alla reiterazione del processo penale e alla sanzione penale. La Corte di Giustizia, nel rispondere al quesito pregiudiziale, dopo aver ribadito, alla luce dei precedenti giurisprudenziali comunitari, che non hanno natura penale (ma amministrativa) le sanzioni disposte da normative di politica agricola comune, quali l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un regime di aiuti, ha affermato che la natura amministrativa delle misure previste dall'art. 138 § 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004, non è rimessa in discussione dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla nozione di "procedura penale", ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

Dunque, nella giurisprudenza eurounitaria, tenendo conto anche dei precedenti, la "materia penale" sembra essere definita allo stato secondo una "geometria variabile"²², che varia a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, dal contesto normativo e fattuale di riferimento e ovviamente dell'interpretazione operata.

4

LA NEGATA COMUNITARIZZAZIONE DELLA CEDU

Nel pronunciarsi sulla seconda questione posta dal giudice svedese, a cui faremo qui solamente un breve cenno nonostante la indubbia rilevanza, la Corte ha ritenuto *incompatibile* con il diritto dell'Unione una prassi giudiziaria nazionale che subordina l'*obbligo*, per il giudice nazionale, di *disapplicare* ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla CEDU e dalla Carta *alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dai testi interessati o dalla relativa giurisprudenza*.

In primis, i giudici hanno affermato che – al di là delle previsioni di cui all'art. 6 § 3 TFUE e dell'art. 52 § 3 CDFUE – la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non costituisce, *fino a quando l'Unione non vi abbia aderito*, "un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale" (§ 44). Tale soluzione non si pone in contrasto – mantenendosi "neutrale" sulla scelta degli Stati in ordine alla auto-regolamentazione dei rapporti tra CEDU e diritto interno – con

21. C-GE, GS, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, spec. §§ 38-45.

22. In generale, sull'ambito di applicazione a geometria variabile dei principi in un *diritto senza Codice*, come quello eurounitario v. C. SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 18 ss.

5 LE PROBLEMATICHE ANCORA APERTE

l'orientamento accolto dalla Corte Costituzionale italiana²³ e si allinea ai precedenti giurisprudenziali eurounitari²⁴.

Esclusa la “comunitarizzazione” della CEDU, la Corte di Giustizia ha sostenuto che, nel caso invece di contrasto tra norma interna e norma della Carta, il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di quest'ultima, disapplicando qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore²⁵, “senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (§ 45); peraltro, gli stessi possono/devono ricorrere al rinvio pregiudiziale per chiarire il significato di una norma eurounitaria.

Da una lettura complessiva della sentenza emerge che la Corte di Giustizia, oltre ad effettuare una lettura tendenzialmente autonoma dell'art. 50 CDFUE, che si discosta da quella di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, ha nuovamente escluso che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sia avvenuta la c.d. comunitarizzazione della CEDU, lasciando peraltro al margine di apprezzamento di ciascuno Stato l'autoregolamentazione dei rapporti tra la stessa e il diritto interno, almeno sino a quando non avrà luogo la prevista adesione. A tal ultimo riguardo, occorrerà tener conto anche degli specifici sviluppi dell'adesione ai singoli Protocolli CEDU.

Due brevi riflessioni conclusive ci sembrano quanto mai opportune.

In primis, la pronuncia, nonostante abbia avuto ad oggetto l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* in materia penale, è destinata ad incidere sugli attuali assetti interordinamentali giacché, unitamente ad altre decisioni rese nel medesimo arco temporale (*Radu e Melloni*), interviene a co-definire (in maniera peraltro problematica) i rapporti tra le Carte dei diritti e le relazioni tra le Corti.

Inoltre, relativamente alla delimitazione della portata dell'art. 50 CDFUE, nonostante talune precisazioni importanti della Corte, rimangono ancora tanti nodi problematici da sciogliere. Occorrerà in particolar modo tener conto, per un verso, dell'evoluzione interpretativa della norma eurounitaria nei suoi rapporti con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU (anche relativamente agli elementi costitutivi del divieto di *bis in idem* interno), e, per altro verso, della futura *actio finium regundorum* della nozione di materia penale, con riferimento altresì agli altri principi sanciti nella Carta, da cui deriva in generale la definizione dei *fondamenti e limiti* di una politica criminale eurounitaria e nazionale (in attuazione di quella eurounitaria).

In conclusione, se la sentenza appena annotata si rivela interessante sotto molteplici profili, giacché offre taluni tasselli ricostruttivi ulteriori in ordine agli attuali assetti interordinamentali e alla definizione dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* interno sancito nella Carta, rimangono sul tappeto ancora numerose questioni problematiche, che meritano una più approfondita disamina alla luce dei futuri sviluppi della giurisprudenza e della normativa eurounitaria.

23. Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80. Autorevolmente sul punto, nella dottrina penalistica, F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 6, 657 ss.

24. C-GE, GS, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*, §§ 60-63, con nota di A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *diritticomparati.it*, 24 maggio 2012.

25. Si tratta di una affermazione (netta e chiara) della Corte di Giustizia che apre molteplici problematiche.