

## **La problematica applicazione del *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano**

**(Zagabria, 3 ottobre 2019)**

*Giulio Prosperetti*

*Giudice della Corte costituzionale italiana*

Già quarant'anni fa la Corte europea dei diritti dell'uomo fissò i criteri *Engel* in applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU che vieta il *bis in idem* per cui nessuno può essere sanzionato due volte per lo stesso fatto.

Successivamente anche la Carta di Nizza, nell'art. 50, ha riprodotto tale principio.

Nel 2014 la sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens ha stabilito che le sanzioni irrogate dalla CONSOB (Commissione nazionale per la società e la borsa) che nel nostro ordinamento hanno natura amministrativa e consistono in pesanti sanzioni economiche, avrebbero in realtà natura penale per la loro natura repressiva e la notevole severità.

Le manipolazioni del mercato borsistico e le insider trading sono anche punite in sede penale.

È la tecnica punitiva del doppio binario: lo stesso fatto è punito con diversi procedimenti da una parte come reato e dall'altra come illecito amministrativo.

Lo stesso problema si pone per le sanzioni tributarie (per esempio il mancato pagamento dell'IVA imposta sul valore aggiunto), per le sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust per violazione della concorrenza, per le omissioni previdenziali che comportano sanzioni penali e sanzioni amministrative da parte dell'INPS.

In alcuni casi i giudici ordinari, in applicazione della norma europea (art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Carta di Nizza) hanno escluso

l'applicabilità della sanzione penale allorché l'imputato fosse già stato oggetto di una sanzione amministrativa.

Si è posto il problema se il principio del *ne bis in idem* avesse un valore processuale o sostanziale: processuale se ponesse un problema di semplice pregiudizialità tra un giudizio e l'altro; se, per esempio, il giudizio amministrativo si dovesse sospendere in attesa del giudizio penale. Ma tale prospettiva è stata esclusa e si ammettono giudizi paralleli.

Il *ne bis in idem* viene riconosciuto come principio non processuale, ma sostanziale, nel senso che la pena non può essere duplicata.

Una soluzione avrebbe potuto essere quella di considerare non tanto il fatto naturalistico, il fatto storico che determina il comportamento illecito, ma piuttosto il fatto giuridico.

Uno stesso fatto può avere conseguenze diverse sul piano penale e sul piano amministrativo.

Una omissione di pagamento dell'IVA può essere determinata da un comportamento incolpevole per la mancanza di dolo, ma essere comunque sanzionato sul piano amministrativo laddove la responsabilità ha un carattere oggettivo.

Pertanto, lo stesso fatto potrebbe essere apprezzato diversamente in ragione delle diverse finalità punitive previste dall'ordinamento.

Ma una tale soluzione, quella cioè di non considerare il fatto storico, ma il fatto giuridico è stata rifiutata sia dalla giurisprudenza di merito, sia anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 200 del 2016) che in realtà si riferiva ad una fattispecie penale, processo Eternit, dove la stessa persona era già stata condannata per omicidio e non poteva più essere condannata anche per delitti contro l'incolumità pubblica.

Nel nostro sistema penale, l'art. 649 c.p.p. dispone che l'imputato non possa essere sottoposto ad un nuovo procedimento penale per il medesimo fatto.

Ora si comprende che nell'ambito penalistico si debba fare riferimento all'unicità del fatto storico; ma forse si potrebbe invece distinguere tra fatto storico e fatto giuridico, valutato cioè con riferimento alla considerazione che di esso fa l'ordinamento, come nel caso in cui lo stesso fatto richiede due diversi procedimenti e due diverse sanzioni, una penale e una amministrativa.

Purtroppo una tale soluzione non è stata accolta e si ricorre ora ad un complesso di criteri nel tentativo di comporre i criteri Engel con il doppio binario sanzionatorio dell'ordinamento italiano.

Una prima flessibilizzazione è avvenuta con la sentenza *Åklagaren contro Åkerberg* (causa C-617/10) nel 2013, che rimette al giudice nazionale la valutazione sulla compatibilità del cumulo delle diverse sanzioni, purché ciò non violi il principio di protezione assicurato dalla Carta europea, con ciò rimettendo al singolo giudice la possibilità di calibrare le sanzioni in ragione del loro cumulo.

La Corte EDU (grande Camera, sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11) ha stabilito che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".

Anche la Corte di Lussemburgo (sentenza *Menci* del 20 marzo 2018) ha concorso ad attenuare la portata del principio del *ne bis in idem* in caso di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale.

Ha difatti stabilito che è conforme all'articolo 50 della Carta di Nizza una normativa nazionale che preveda la punibilità di un medesimo fatto con sanzioni amministrativa e penale, a condizione che:

- la norma interna sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo di procedimenti e di sanzioni;
- i procedimenti e le sanzioni devono avere scopi complementari;
- la punizione supplementare sia strettamente necessaria e perciò giustifichi i due procedimenti in relazione alla gravità del reato.

Pertanto, alla luce di tale giurisprudenza europea, la sentenza della Corte di cassazione, n. 45829 del luglio 2018, pur ribadendo il carattere penale anche delle sanzioni amministrative, per il loro concreto carattere punitivo ha elaborato una serie di criteri per attenuare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

In particolare la Corte di cassazione ha disposto che:

- va innanzitutto vagliata la complementarietà delle sanzioni, riferite alla tutela di beni giuridici diversi;
- ha poi escluso che si possano prendere in considerazione fatti che, pur integrando un unitario comportamento antiggiuridico, si siano realizzati in un ampio arco temporale;
- va riconosciuta la possibilità di un doppio binario sanzionatorio a fronte di scopi ben differenziati nella *ratio* delle diverse sanzioni;
- anche l'apprezzamento della condotta antisociale deve corrispondere a profili ben differenziati;
- va garantita la possibilità di un doppio giudizio e la duplicazione della raccolta delle prove.

Criterio particolarmente problematico è quello che rimette alla discrezionalità del giudice il ri-proporzionamento in senso complementare delle pene.

Nella sentenza avente ad oggetto una fattispecie di manipolazione del mercato, sanzionata sia a livello amministrativo dalla Consob sia a livello penale, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i due procedimenti non solo possono iniziare in parallelo,

ma anche concludersi, senza che vi sia un'interruzione di uno dei due, così mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem*.

Infatti, viene stabilito che «purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione», rimane comunque il problema che la sanzione complessiva sia proporzionata.

Poiché si tratta di coniugare sanzioni penali e sanzioni amministrative, l'autorità che irroga una sanzione amministrativa dovrà tener conto della sanzione penale ed anche il giudice penale dovrà tener conto della sanzione amministrativa.

Così che occorre stabilire se la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nel procedimento conclusosi per ultimo.

L'aspetto problematico di tale soluzione risiede proprio nel fatto che, essendo normalmente il procedimento penale a concludersi per ultimo, il giudice penale dovrebbe poter calibrare il proprio potere sanzionatorio anche al di sotto dei minimi edittali previsti dallo specifico reato, questa possibilità secondo la Corte di cassazione italiana è percorribile.

Bisogna anche tener conto che spesso la sanzione penale è spesso troppo blanda: si pensi, ad esempio, alla sospensione condizionale della pena, che rappresenta una punizione solo eventuale nel caso di reiterazione di uno stesso reato.

Tuttavia, l'evoluzione della giurisprudenza europea ha sostanzialmente ridotto la problematica ai soli casi, presumibilmente residuali, di sanzione amministrativa che sia ritenuta totalmente soddisfattiva della pretesa punitiva, così da non lasciare spazi alla sanzione penale.

La Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 43 del 2018 ha affermato che tale mutamento della giurisprudenza europea comporta l'esclusione dell'applicazione del divieto di *bis in idem* quando i procedimenti siano ritenuti sufficientemente connessi. E, pertanto, ha rimesso la questione al giudice nazionale rimettente che l'aveva sollevata in via incidentale perché rivalutasse la rilevanza della questione prospettata alla luce del mutato quadro giurisprudenziale.