

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M. T. Rörig

C. Torrisi

giugno 2016

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi e Massimario, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

INDICE

<i>Presentazione</i>	9
----------------------------	---

FRANCIA

1. Premessa	13
2. La definizione del <i>ne bis in idem</i> nell'ordinamento francese	14
3. Profili applicativi del principio anteriormente alla sentenza	
<i>Grande Stevens</i>	16
3.1. <i>Ne bis in idem</i> e concorso ideale di reati	16
3.2. <i>Ne bis in idem</i> e cumulo dei procedimenti e delle sanzioni	17
4. L'impatto della giurisprudenza europea	19
4.1. Il periodo anteriore alla sentenza <i>Grande Stevens</i>	19
4.2. Il periodo successivo	21
4.2.1. <i>La decisione del 18 marzo 2015 del Conseil constitutionnel</i>	21
4.2.2. <i>Effetti e seguito della decisione</i>	26

GERMANIA

1. Introduzione	35
2. Il <i>ne bis in idem</i>: definizione e garanzie	35
2.1. L'art. 103, comma 3, della Legge fondamentale	35
2.2. <i>Ne bis in idem</i> e rapporti tra la sanzione amministrativa e quella penale	38
2.2.1. <i>Brevi cenni di inquadramento della disciplina degli illeciti amministrativi</i> .	38
2.2.2. <i>Illeciti amministrativi e ne bis in idem</i>	40
3. Il principio del <i>ne bis in idem</i> di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU e la sua rilevanza per la Germania	46
4. <i>Segue</i>: qualche considerazione sui rapporti tra il <i>ne bis in idem</i> di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e l'art. 50 della Carta di Nizza	48

INGHILTERRA

1. Introduzione	55
2. Il <i>double jeopardy</i>	56
2.1. Il <i>double jeopardy</i> prima del 2003	58
2.2. Il <i>Criminal Justice Act 2003</i>	59
3. <i>Double jeopardy</i> ed autorità amministrative di vigilanza	63
3.1. Il <i>Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008</i>	64
3.1.1. <i>Le civil sanctions</i>	66
3.2. I poteri sanzionatori degli organi di vigilanza	68
3.2.1. <i>La Competition and Markets Authority</i>	69
3.2.2. <i>La Financial Conduct Authority</i>	70

SPAGNA

1. Introduzione	73
2. Il riconoscimento giurisprudenziale della natura di diritto fondamentale del <i>ne bis in idem</i>	74
3. Il <i>ne bis in idem</i> sostanziale	78
3.1. Il controllo da parte del Tribunale costituzionale della triplice identità di soggetto, fatti e fondamento	78
3.2. La triplice condizione di identità	79
3.2.1. <i>Identità di soggetto</i>	79
3.2.2. <i>Identità di fatti</i>	80
3.2.3. <i>Identità di fondamento</i>	82
3.3. Triplice identità, doppia sanzione e mancata violazione del principio <i>ne bis in idem</i> (la c.d. <i>teoría de la compensación</i> o <i>del descuento</i>)	83
4. L'esclusione dell'applicazione del <i>ne bis in idem</i> nel caso delle cc.dd. relazioni di soggezione speciale	85
5. Il <i>ne bis in idem</i> processuale	86
5.1. La portata limitata della garanzia	86
5.2. Sull'impossibilità di celebrare due processi penali	87

5.3. Il concorrere dell'esercizio dello <i>jus puniendi</i> da parte dell'amministrazione e della giurisdizione penale	90
5.3.1. <i>La prevalenza della giurisdizione penale</i>	90
5.3.2. <i>Il limite del ne bis in idem processuale per i procedimenti sanzionatori amministrativi non equiparabili ad un processo penale</i>	93
5.3.3. <i>Divieto di ne bis in idem sostanziale o processuale e (eventuale) annullamento della seconda sanzione</i>	95
6. Brevi riflessioni sui rapporti tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza sovranazionale	96

Presentazione

Lo studio dell'istituto del *ne bis in idem* in un'ottica comparatistica appare di notevole interesse, nella misura in cui esso rappresenta un caso emblematico di come la convergenza dei sistemi giuridici suggerita dallo sviluppo del diritto sovranazionale venga – se non smentita, quanto meno – rallentata dalla persistente pluralità di soluzioni presenti a livello dei singoli ordinamenti nazionali.

La selezione operata nel presente quaderno, relativa a quattro esperienze europee, è indicativa di questa tensione. Se ne ha una dimostrazione già verificando che, a distanza di oltre trent'anni dalla sua approvazione, solo due dei quattro paesi presi in considerazione hanno provveduto alla ratifica del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Strasburgo, 22 novembre 1984), il cui art. 4 (rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte») è specificamente dedicato al tema.

Come è chiaro, l'alternativa tra la ratifica e la mancata ratifica ha un'incidenza decisiva sulla stessa impostazione della tematica, non fosse altro perché, da un lato, la vigenza di una regolamentazione di matrice europea impone, agli ordinamenti in cui la ratifica si è avuta, di confrontarsi costantemente con l'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale (*in primis*, ovviamente, almeno per il momento, della Corte europea dei diritti dell'uomo), mentre, dall'altro lato, l'assenza di una specifica normativa sovranazionale che sia direttamente applicabile nell'ordinamento interno consente di mantenere un impianto più legato alla tradizione del sistema, valorizzandone le peculiarità. Su quest'ultimo aspetto, il caso dell'Inghilterra è quanto mai indicativo, soprattutto alla luce del peculiare sistema di organi dotati del potere di irrogare sanzioni: il concorso di giurisdizioni e di organi para-giurisdizionali, oltretutto caratterizzati da marcate potestà di autoregolamentazione, trova nel *ne bis in idem* (*recte*, nella variante consistente nel divieto di *double jeopardy*) un profilo che richiede una particolare attenzione, ma per il quale le risposte ordinamentali seguono logiche non sovrapponibili a quelle del diritto sovranazionale. È, anzi, significativo che la proposta di ratificare il Protocollo n. 7 – proposta che è stata poi abbandonata – fosse stata avanzata con l'obiettivo, non già di rafforzare il principio del *ne bis in*

idem, ma semmai di affievolirlo rispetto allo statuto, ritenuto troppo garantista, emergente dalla storia costituzionale inglese.

Un discorso in parte diverso vale per l'altro ordinamento qui preso in esame nel quale il Protocollo n. 7 non è stato ratificato. Il riferimento va alla Germania, in cui il livello di protezione in relazione al *ne bis in idem* è complessivamente equiparabile a quello offerto a livello europeo, ma a mutare sono i parametri che la protezione fondano, parametri tratti per l'essenziale dalla Legge fondamentale (in materia penale) e (per il residuo ambito di disciplina) dalla legislazione ordinaria, ovviamente sulla base di principi costituzionali, quali – segnatamente – lo stato di diritto ed il principio di proporzionalità. Al di là delle soluzioni specifiche adottate, a rilevare da un punto di vista comparatistico è, comunque, soprattutto l'attenzione mostrata, nel sistema tedesco, alle implicazioni che possono derivare dall'ingresso nell'ordinamento di *altre* fonti, di matrice sovranazionale, recanti l'affermazione del principio che vieta il *ne bis in idem*: non è un caso, infatti, che in Germania, forse più che altrove, si sia avvertita la necessità di chiarire l'impatto dell'attribuzione di valore normativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 50 si pone, tra l'altro, in linea con l'art. 4 del Protocollo n. 7; pertanto, a rilevare è, oltre all'influenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, altresì l'eventualità che, per il tramite del primo, finisca per imporsi, quale parametro per i giudici tedeschi, anche il Protocollo n. 7. Siffatte problematiche, concernenti i rapporti tra norme interne e norme sovranazionali, non hanno ancora ricevuto risposte definitive; è un fatto, però, che su di esse ci si interroghi, e che lo stesso Tribunale costituzionale (anche se non specificamente in materia di *ne bis in idem*) abbia mostrato una particolare attenzione, donde l'avvertita opportunità di riservare ad esse, nel contributo dedicato all'ordinamento della Germania, un pur breve *excursus*.

Anche l'osservazione degli ordinamenti che, *prima facie*, appaiono di maggiore interesse per l'osservatore italiano, vale a dire quelli in cui si è avuta la ratifica del Protocollo n. 7, è lungi dal fornire risposte monocordi. O, meglio, una omogeneità di fondo si riscontra, tra Francia e Spagna, in ordine al verso – per così dire – dell'evoluzione (normativa, ma soprattutto) giurisprudenziale, che è in entrambi i paesi univocamente rivolta verso un allineamento con le posizioni espresse dalla Corte di Strasburgo. A mutare sono, però, i tempi, le forme ed i limiti di questo allineamento. In proposito, come emerge dai due contributi inseriti in questo quaderno, si riscontra, per la Spagna, una tendenza all'allineamento che addirittura precede la ratifica del Protocollo, mentre per la Francia la tendenza è più lenta, tanto da essere, al momento, ancora *in fieri* (come dimostrano finanche le due recentissime pronunce del *Conseil constitutionnel*, rese il 24 giugno 2016).

Un elemento comune ai due paesi è, invece, il ruolo centrale svolto, in questa dinamica verso la convergenza, dall'organo di giustizia costituzionale, dal quale, a cascata, i giudici comuni hanno preso spunto per il progressivo abbandono di una tradizione piuttosto limitativa del divieto di *ne bis in idem* e per la connessa espansione del divieto ad ambiti nuovi e sempre più significativi. La convergenza non si è tradotta in una compiuta uniformazione alle risultanze della giurisprudenza di Strasburgo, giacché differenze in merito alla portata del divieto persistono, specie alla luce dei criteri enucleati (dalle giurisdizioni costituzionali) per poter affermare la sussistenza di una sovrapposibilità di procedimenti potenzialmente latrice di doppie sanzioni per i medesimi fatti. Come dire che, dall'osservazione delle esperienze francese e spagnola, pare emergere l'esistenza di un certo margine di apprezzamento a beneficio degli Stati, un margine, però, che tende a ridimensionarsi con l'incedere della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tutto questo, peraltro, nell'attesa che, attraverso l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche la Corte di giustizia elabori una propria compiuta giurisprudenza.

Paolo Passaglia

FRANCIA

di Céline Torrisi

1. Premessa

Nell'ordinamento francese, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è rimasta a lungo confinata al procedimento penale o al procedimento amministrativo, senza avere incidenze in caso di cumulo di procedimenti di diversa natura. Questa concezione restrittiva dell'ambito di applicazione è stata all'origine della riserva posta dalla Francia¹ all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali². Questa riserva, ai termini della quale “*solo le infrazioni che, nell'ordinamento francese, sono di competenza dei tribunali penali, devono essere considerate come infrazioni ai sensi degli articoli 2 a 4 del presente Protocollo*”, è risultata, peraltro, significativamente indebolita dalla sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014.

Di fronte all'incremento delle possibilità di doppia sanzione, legato allo sviluppo dei poteri sanzionatori delle autorità indipendenti, le corti europee³ hanno dato una interpretazione estensiva del *ne bis in idem*, allargando la sua definizione materiale e la sua portata geografica: la sentenza *Grande Stevens c. Italia*, del 2014, è, in quest'ottica emblematica.

¹ *Réserve contenue dans l'instrument de ratification, déposé le 17 février 1986 – Or. fr. – Période couverte: 01/11/1988 – Articles concernés: 2, 3, 4.*

² Art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali: “*Diritto di non essere giudicato o punito due volte, 1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.*”

³ Decisioni CGUE sul *ne bis in idem*: 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C-187/01 e C-385/01; 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03; 9 marzo 2006, *van Esbroeck*, C-436/04; 28 settembre 2006, *van Straaten*, C-150/05; 29 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04; 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05; 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05; 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07; 22 dicembre 2008, *Turansky*, C-491/07; 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09. Decisioni CEDU: *Zolotoukhine c. Russie* (14939/03) del 10 febbraio 2009.

Proprio questa decisione, dichiarando inapplicabile⁴ la riserva italiana, ha rappresentato una spada di Damocle per la Francia, che rischiava di non poter più avvalersi della riserva per mantenere la sua concezione restrittiva del *ne bis in idem*, visto che, sostanzialmente, si poneva negli stessi termini di quella posta dall'Italia.

Indebolito lo scudo rappresentato dalla riserva, la concezione francese del *ne bis in idem* si poneva quindi in posizione antagonista rispetto alla posizione della Corte EDU. Questa divergenza ha, verosimilmente, influenzato la posizione del *Conseil constitutionnel*, che, in una decisione del 2015, è intervenuto sulla concezione restrittiva del *ne bis in idem*, senza però procedere ad un rovesciamento radicale della sua giurisprudenza consolidata, come dimostrato sia dalla stessa giurisprudenza costituzionale che da quella della Corte di cassazione.

2. La definizione del *ne bis in idem* nell'ordinamento francese

Nell'ordinamento francese, il principio del *ne bis in idem* è disciplinato dall'art. 368 del Codice di procedura penale, ai termini del quale “*nessuna persona assolta legalmente può essere rinviata a giudizio o accusata per gli stessi fatti, anche se con una diversa qualificazione dei fatti*”. Tale previsione è anche collegata direttamente al principio di autorità del giudicato, come riportato al 1° comma dell'art. 6 del Codice di rito, secondo cui “*l'azione penale per l'applicazione della pena si estingue con la morte dell'imputato, la prescrizione, l'amnistia, l'abrogazione della legge penale ed il giudicato*”. Inoltre, gli artt. 113-9 del Codice penale e 692 del Codice di procedura penale disciplinano l'applicazione del *ne bis in idem* in caso di possibilità di cumulo di procedimenti in due Stati, stabilendo che “*nessun procedimento può essere iniziato nei confronti di una persona che dà conto di essere stata giudicata in via definitiva all'estero per gli stessi fatti, e, in caso di condanna, che la pena è stata scontata o prescritta*”.

Questa regolamentazione, di matrice penalistica, del *ne bis in idem* è stata estesa anche all'ambito amministrativo con la decisione del *Conseil d'État* del 23 aprile 1958, *Commune du Petit Quevilly*. In questa decisione, la giurisdizione

⁴ Per la CEDU, la riserva italiana non era applicabile visto che il reato di manipolazione di mercato costituisce una infrazione penale anche se è oggetto di un procedimento amministrativo. A parere della CEDU, nel prevedere che il reato di manipolazione di mercato possa essere perseguito sia davanti all'autorità indipendente competente in materia di controlli dei mercati finanziari sia dal giudice penale, il diritto italiano violasse l'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea.

amministrativa, riconoscendo al *ne bis in idem* la valenza di *principe général du droit*, ha esteso l'ambito della sua applicazione vietando alle autorità amministrative, «anche in assenza di un apposito testo», di erogare una nuova sanzione per fatti che siano già stati sanzionati (in via amministrativa).

La Costituzione del 1958 non stabilisce alcunché in merito al *ne bis in idem*⁵. Questo silenzio non è stato rotto dal *Conseil constitutionnel*, che non ha mai conferito, in modo esplicito, valore costituzionale al principio, nonostante ad esso ci si sia più volte richiamati, sia in sede di giudizio di legittimità preventivo⁶ che, più di recente, nel quadro di *questions prioritaires de constitutionnalité*⁷. Da segnalare, in special modo, è la decisione n. 82-143 DC, del 30 luglio 1982, in cui il *Conseil constitutionnel* ha chiarito che “la regola del divieto di cumulo delle pene in materia di crimini e delitti [...] ha solo valore legislativo e si può quindi ad esso sempre derogare con legge”.

Una diversa impostazione è stata prospettata dalla *section de l'intérieur* del *Conseil d'État*⁸, che, in un parere del 29 febbraio 1996⁹, ha rilevato che “la regola del “non bis in idem” (...) fa parte del principio di rango costituzionale di necessità delle pene”, garantito dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

L'atteggiamento di chiusura mostrato, al riguardo, dal *Conseil constitutionnel* potrebbe aver conosciuto una prima inflessione con la decisione n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*, in cui si è definito il *ne bis in idem* alla stregua di un “principio” e non, come di solito, come una “regola”. Il *Conseil* non ha fornito, però, ulteriori precisazioni sulla sua valenza

⁵ Il principio era stato inserito nella Costituzione del 3 settembre 1791, che includeva, al capitolo 5 (“Del potere giudiziario”), un art. 9 relativo alla “materia penale”, secondo il quale “ogni uomo assolto da una giuria legittima non può più essere perseguito o accusato per lo stesso fatto”.

⁶ La decisione più significativa, al riguardo, è la n. 89-260 DC del 28 luglio 1989, *Legge sulla sicurezza e la trasparenza dei mercati finanziari*.

⁷ Il riferimento va, in special modo, alle questioni sollevate nell'ambito del processo Wildenstein e del processo Cahuzac, trasmesse al *Conseil* dalla Corte di cassazione il 30 marzo 2016 (nn. 2016-545 QPC e 2016-546 QPC). L'udienza di trattazione è fissata, per entrambe, al 6 giugno 2016.

⁸ Trattasi della sezione incaricata di esaminare i progetti di atti normativi relativi ai principi costituzionali, ai diritti, allo status delle persone, all'organizzazione dei pubblici poteri ed all'Oltremare.

⁹ *Conseil d'État, Avis, section de l'intérieur*, 29 febbraio 1996, n° 358.597, sulla conformità alla Costituzione del progetto di statuto di una Corte criminale internazionale permanente.

giuridica e – soprattutto – non lo ha enucleato come principio autonomo suscettibile di essere costituzionalizzato attraverso il suo inserimento nell’ambito dell’art. 8 della Dichiarazione del 1789.

L’assenza di una definizione costituzionale del principio di *ne bis in idem*, in sostanza, ha lasciato un certo margine di discrezionalità nella delimitazione del suo ambito di applicazione. E, fino alla sentenza *Grande Stevens*, questo ambito è stato particolarmente ristretto.

3. Profili applicativi del principio anteriormente alla sentenza *Grande Stevens*

Nell’analisi dell’ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, è opportuno tenere chiaramente distinti due profili: quello inerente alla pluralità di qualificazioni *sub specie juris* degli stessi fatti, che potrebbe tradursi in una pluralità di infrazioni contestate, e quello relativo specificamente al cumulo dei procedimenti e delle sanzioni.

3.1. *Ne bis in idem* e concorso ideale di reati

Il *ne bis in idem* vieta di iniziare un procedimento per fatti sui quali la giurisdizione si sia già espressa in via definitiva. Parte della dottrina ha cercato di estendere l’ambito di applicazione della regola, sostenendo che essa osta anche alle plurime qualificazioni giuridiche degli stessi fatti nel corso di un procedimento unico. Il *Conseil constitutionnel* ha disatteso questa impostazione: nella decisione n. 2010-604 DC del 25 febbraio 2010¹⁰, ha stabilito che la regola del *ne bis in idem* non osta a che il legislatore preveda che alcuni fatti possano dare luogo a plurime qualificazioni come reato. In altri termini, il *Conseil* ha espressamente chiarito che il concorso ideale di reati non contrasta con la regola che vieta che “una stessa persona sia imputata in ragione di una infrazione per la quale sia già stata assolta o condannata con giudizio definitivo”.

¹⁰ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-604 DC del 25 febbraio 2010, *Legge di potenziamento della lotta contro le violenze di gruppo e la protezione delle persone in carico di una missione di servizio pubblico*.

3.2. *Ne bis in idem* e cumulo dei procedimenti e delle sanzioni

Il cumulo dei procedimenti disciplinari e penali è stato ammesso per la prima volta nel diritto francese con la decisione *Thépaz* del *Tribunal des conflits*, resa il 14 gennaio 1935. Con essa si è stabilito che la condotta di un dipendente pubblico può configurarsi sia come comportamento doloso (“*faute pénale*”), sia come illecito amministrativo (“*faute de service*”). Questa doppia qualificazione può quindi dare luogo ad un doppio procedimento, penale e disciplinare, il quale può portare ad una doppia sanzione. Quasi vent’anni dopo la decisione del *Tribunal des Conflits*, anche il *Conseil d’État* ha riconosciuto la possibilità di cumulo dei procedimenti e delle sanzioni penali e amministrative. Ciò è avvenuto con la decisione *Sieur Haye*, del 9 marzo 1951.

Nel 1989, in occasione dell’esame della legge riguardante la sicurezza e la trasparenza dei mercati finanziari, che rafforzava il potere di sanzione della *Commission des opérations de bourse* (COB), il *Conseil constitutionnel*¹¹ ha posto le condizioni in presenza delle quali il cumulo delle sanzioni penali e amministrative è ammissibile, alla luce del principio di proporzionalità delle pene. Nel caso di specie, il *Conseil* ha rifiutato di qualificare le sanzioni pecuniarie erogate dalla COB come sanzioni di natura penale, giacché erano erogate da una autorità amministrativa e non da un giudice penale. Allo stesso tempo, ha ammesso che si trattasse di una “*sanzione afflittiva*”, che giustificava – almeno – che ad essa si applicasse la protezione di cui all’art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, secondo cui “*la legge deve stabilire solo le pene strettamente ed evidentemente necessarie*”. Infine, proprio con riferimento al principio di necessità e di proporzionalità delle pene (e non di un eventuale principio di *ne bis in idem*), il *Conseil* ha accolto la questione di legittimità costituzionale, stabilendo che “*se l’eventualità di un doppio procedimento può condurre ad un cumulo di sanzioni, il principio di proporzionalità implica che, in ogni caso, l’importo globale delle sanzioni eventualmente erogate non superi l’importo più elevato di una delle sanzioni cui si sia soggetti*”¹².

¹¹ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 89-260 DC del 28 luglio 1989, *Legge sulla sicurezza e la trasparenza dei mercati finanziari*.

¹² V. VÜCK, *Chronique de droit constitutionnel pénal*, in *Revue de science criminelle*, 2004, 161 e, più in generale, J. LELIEUR, *La règle ne bis in idem, Du principe de l’autorité de la chose jugée au principe d’unicité d’action répressive, Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thèse pour le Doctorat en Droit (nouveau régime), Mention droit privé et sciences criminelles, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), dicembre 2005.

A commento di questa decisione, la dottrina ha sottolineato come le limitazioni imposte dal *Conseil constitutionnel* al cumulo delle sanzioni amministrative e penali per gli stessi fatti abbiano di fatto trascurato il *ne bis in idem*, concentrandosi esclusivamente sulla esigenza di evitare il rischio di sanzioni sproporzionate rispetto ai fatti¹³. A ben vedere, peraltro, il *Conseil constitutionnel* si è posto in linea di continuità con la giurisprudenza comune, che non estendeva la regola del *ne bis in idem* al cumulo delle sanzioni penali e amministrative: anziché contrapporvisi, il *Conseil* ha quindi avuto cura di mitigare l'eventuale asprezza delle sanzioni cui la giurisprudenza comune avrebbe potuto dar luogo.

Anche se, in uno studio pubblicato nel 1995, il *Conseil d'État* aveva raccomandato di non prevedere il cumulo di sanzioni penali e amministrative in tre determinati casi¹⁴, tra la metà degli anni '90 e l'inizio del decennio successivo, lo stesso *Conseil d'État* e la Corte di cassazione hanno reso una serie di sentenze che hanno limitato il campo di applicazione della regola del *ne bis in idem*. La giurisprudenza ha quindi riconosciuto le possibilità di cumulo per:

- le sanzioni penali ed amministrative¹⁵;
- i procedimenti e le sanzioni disciplinari¹⁶ e professionali quando perseguono obiettivi distinti e quando sono di natura diversa¹⁷;
- le sanzioni penali e disciplinari¹⁸;
- le sanzioni penali e fiscali¹⁹;
- le sanzioni penali e doganali²⁰.

¹³ Il *Conseil constitutionnel* ha aggiunto che, “senza che [fosse] necessario verificare se il principio la cui violazione [era] asserita [aveva] valore costituzionale o meno, [era] opportuno sottolineare che non [era] applicabile ai casi di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”.

¹⁴ Quando il ricorso a una sanzione amministrativa è provvisorio, in attesa di una sanzione penale (ad es. la sospensione di una autorizzazione edilizia); quando esiste una differenza di natura tra le sanzioni amministrative e penali (ad es., quando la sanzione amministrativa è pecuniaria e la sanzione penale, la pena carceraria); quando la sanzione penale ha un carattere eccezionale (es. infrazione a carattere fraudolente).

¹⁵ *Cass., crim.*, 1° marzo 2000, n. 99-86299.

¹⁶ Nell'ordinamento francese, i contratti collettivi possono instaurare, in materia disciplinare, una procedura specifica chiamata “*statutaire*” o “*conventionnelle*”.

¹⁷ *Conseil d'État*, 27 gennaio 2006, n. 265600.

¹⁸ *Cass., crim.*, 27 marzo 1997, n. 96-82669.

¹⁹ *Cass., crim.*, 4 giugno 1998, n. 97-8062.

²⁰ *Cass., crim.*, 4 settembre 2002, n. 01-84011 e 01-85816.

4. L'impatto della giurisprudenza europea

La giurisprudenza delle corti europee (ed in particolare quella di Strasburgo) ha avuto, per molto tempo, un impatto tutto sommato trascurabile sulla prassi applicativa nazionale del *ne bis in idem*. Con la sentenza *Grande Stevens*, però, questo impatto è indubbiamente cresciuto, al punto che può individuarsi proprio in questa sentenza un *discrimen* temporale nell'evoluzione dell'istituto in Francia.

4.1. Il periodo anteriore alla sentenza *Grande Stevens*

Con l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité (QPC)*, si sono dischiuse, almeno in astratto, nuove opportunità di adire il *Conseil* in merito alla compatibilità con la Costituzione del cumulo dei procedimenti e delle sanzioni amministrative e penali. Tuttavia, tra il 2010 e il 2014, nonostante l'irrigidimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo²¹ e della Corte di Lussemburgo²², tanto la Corte di cassazione quanto il *Conseil d'État* hanno sistematicamente rifiutato di trasmettere le relative questioni di costituzionalità al *Conseil constitutionnel*, fondandosi sulla perdurante efficacia della sopra ricordata decisione del 1989.

Ad esempio, nella decisione dell'8 luglio 2010²³, l'*Assemblée plénière* della Corte di cassazione ha rifiutato di trasmettere al *Conseil constitutionnel* una *question prioritaire de constitutionnalité* che verteva sulle disposizioni che autorizzavano l'*Autorité des marchés financiers* (AMF) ad iniziare un procedimento amministrativo suscettibile di cumularsi con un procedimento penale: ad essere denunciata, nella specie, era proprio la violazione della regola del *ne bis in idem*. La Corte di cassazione, fondandosi sulla giurisprudenza

²¹ Il riferimento va, in particolare, alla sentenza *Zolotoukhine c. Russie* (14939/03) del 10 febbraio 2009, che ha interpretato la portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 come un divieto di iniziare un procedimento o di giudicare una persona per una seconda "infrazione", se questa avesse origine da fatti identici o da fatti "sostanzialmente identici" a quelli già giudicati.

²² Si pensi alla sentenza *Bonda*, del 5 giugno 2012 (C-489/10, punto 37), che ha definito i criteri di identificazione della natura penale delle sanzioni fiscali, indicandone tre: la qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto interno, la natura dell'infrazione e la natura ed il grado di severità della sanzione potenzialmente irrogabile. V. anche la sentenza del 26 febbraio 2013 *Åklagarenc. Hans Åkerberg Fransson* (aff. C-617/10), resa su rinvio pregiudiziale, che può essere considerata come un'interpretazione estensiva del *ne bis in idem*, come sancito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con tale decisione, peraltro, la Corte di giustizia ha lasciato un notevole margine di apprezzamento ai giudici nazionali.

²³ *Cour de cassation*, *Assemblée plénière*, 8 luglio 2010, 10-10.965.

consolidata del *Conseil constitutionnel*, ha disatteso la censura sull'assunto che il cumulo riguardava, in ogni caso, due procedimenti di natura diversa.

Questa interpretazione è stata indirettamente confermata dallo stesso *Conseil constitutionnel* in una decisione del gennaio 2013²⁴, che riguardava le possibilità di cumulo di sanzioni disciplinari nei confronti di un medico. Nella specie, il ricorrente rischiava la condanna ad una interdizione temporanea dall'esercizio della professione medica, irrogata dall'Ordine, e, al contempo, una interdizione permanente irrogata dall'organo giurisdizionale competente in materia di previdenza ed assistenza sociale. In applicazione della sua giurisprudenza consolidata, che impone, in caso di cumulo di procedimenti diversi per gli stessi fatti, che l'importo globale delle sanzioni eventualmente erogate non superi l'importo più elevato di una delle sanzioni erogabili, il *Conseil* ha ritenuto che il cumulo in questione non fosse contrario alla Costituzione.

Nella sentenza del 22 gennaio 2014 n. 12-83.579, la camera penale della Corte di cassazione si è fondata sull'art. 52 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per riconoscere un limite al divieto di cumulo dei procedimenti e per rigettare un ricorso fondato sulla disciplina del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta, rilevando che quest'ultimo “*non osta a che una persona sanzionata per un inadempimento ai suoi doveri sanzionabile dalla AMF possa, in ragione degli stessi fatti, essere perseguita e condannata per un reato, dal momento che, da un lato, questo cumulo garantisce la sanzione effettiva, proporzionata e deterrente, a sensi dell'art. 14-1 della direttiva n. 2003/6/CE del 28 gennaio 2003, da cui dipende la realizzazione dell'obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione europea, e che rientra nelle previsioni dell'art. 52 della Carta e tende ad assicurare l'integrità dei mercati finanziari comunitari ed a rafforzare la fiducia degli investitori, [e] dall'altro lato, l'ammontare globale delle ammende che possono essere irrogate non può superare la soglia massima della sanzione potenziale più elevata*”.

La posizione espressa dalla Corte di cassazione in questa sentenza, molto criticata in dottrina²⁵, sarà in parte ripresa dal *Conseil constitutionnel* in seguito alla

²⁴ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2012-289 QPC, 17 gennaio 2013, *M. Laurent D.*

²⁵ N. RONTCHEVSKY, *La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet une nouvelle fois le cumul de poursuites et de sanctions des abus de marché*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014, 159 ss.; B. BOULOC, *Abus de marché. Cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014, 435 ss.; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Sanctions administratives et sanctions pénales des abus de marché: confirmation de l'admission du cumul*, in *Actualité juridique du droit pénal*, 2014, 180 ss.

sentenza CEDU del 4 marzo 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie* (18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10).

4.2. Il periodo successivo

Le decisioni con cui, tra il dicembre 2014 ed il gennaio 2015, la camera penale della Corte di cassazione²⁶ ha trasmesso al *Conseil constitutionnel* questioni di legittimità costituzionale inerenti alle possibilità di cumulo tra le sanzioni erogate dall'AMF e le sanzioni penali possono essere considerate come un sintomo evidente dell'impatto della decisione *Grande Stevens* sull'ordinamento francese.

Nell'ordinanza di rinvio n.7608²⁷, si legge: “*la questione sollevata presenta un carattere serio, in quanto le disposizioni contestate, che consentono l'esercizio di un procedimento penale per fatti che sono già stati oggetto di una decisione definitiva da parte della commissione delle sanzioni dell'AMF, sono suscettibili di ledere in modo ingiustificato il principio del ne bis in idem*”.

4.2.1. La decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil constitutionnel*²⁸

Il *Conseil constitutionnel* ha deciso sulle questioni pervenutegli il 18 marzo 2015, con la c.d. sentenza *EADS*. Le questioni vertevano su numerose disposizioni del codice di procedura penale e del codice finanziario, a proposito del reato di *insider trading*, in quanto punibile sia dal giudice penale che dalla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari. Tale doppia possibilità di sanzione, contemplata, nello specifico, dagli articoli L. 465-1 e L. 621-15 del codice finanziario, era stata contestata dai ricorrenti sulla base del principio di necessità e di proporzionalità dei delitti e delle pene, che il *Conseil* ricava dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

La decisione è di notevole importanza, non solo perché il *Conseil constitutionnel* ha sostituito la dizione “regola” con quella di “principio”, per riferirsi al *non bis in idem* (senza tuttavia attribuirgli formalmente un valore costituzionale²⁹), ma anche perché il *Conseil* ha riaffermato la possibilità di

²⁶ *Cass., crim.* 17 dicembre 2014 n. 14-90.043 e 28 gennaio 2015, n. 14-90.049.

²⁷ *Décision de renvoi: Cass. 2, Arrêt n. 7608*, 17 dicembre 2014.

²⁸ QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres* (c.d. “decisione *EADS*”).

²⁹ Il principio è tuttavia ricollegato al principio costituzionale di necessità dei delitti e delle pene e di proporzionalità delle pene e del diritto al mantenimento delle situazioni legalmente acquisite.

cumulare i procedimenti per una stessa condotta (i), pur (ri)definendo i limiti entro i quali tale possibilità è data (ii). Sulla scorta di questa ricostruzione, il *Conseil* è giunto ad una declaratoria di incostituzionalità (iii).

(i) Nell'esaminare le disposizioni censurate, il *Conseil constitutionnel* ha ricordato la sua giurisprudenza consolidata secondo cui il principio di necessità e proporzionalità dei delitti e delle pene non osta a che gli stessi fatti commessi da una persona possano essere oggetto di procedimenti giudiziari diversi al fine di pronunciare sanzioni di natura diversa, in applicazione di norme specifiche per i diversi ordini di giurisdizione. In questo caso, infatti, non viene derogato il principio generale del *ne bis in idem*, affermato regolarmente dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il *Conseil*, quindi, non ha capovolto la sua giurisprudenza, ma si è limitato a precisarne il campo di applicazione definendo in quale misura gli stessi fatti possano essere oggetti di un cumulo di procedimenti (e quindi dare luogo ad un cumulo di sanzioni).

(ii) Per determinare le condizioni alle quali si può derogare al principio del *ne bis in idem*, il *Conseil* ha esaminato le disposizioni contestate alla luce della decisione della precitata sentenza della camera penale della Corte di cassazione del 22 gennaio 2014, enucleando quattro criteri che, se tutti sussistenti, determinano una violazione del principio di *ne bis in idem*. Ne discende che il cumulo di procedimenti è possibile qualora non sussistano congiuntamente l'identità di fatti, l'identità del bene giuridico tutelato, l'identità della natura delle sanzioni e l'identità dell'organo giudicante. È sufficiente che anche uno solo di questi criteri difetti perché si possa derogare al principio del *ne bis in idem*.

– *L'identità dei fatti*

Il primo criterio stabilito dal *Conseil*, quello dell'identità dei fatti, implica che le disposizioni che fungono da fondamento giuridico per i procedimenti penali e disciplinari non tendano a reprimere gli stessi fatti definiti in maniera identica. Nel caso di specie, il *Conseil* ha effettuato una comparazione tra la definizione del reato di *insider trading* (“*délit d'initié*”) e quella della infrazione punita dall'Autorità dei mercati finanziari in quanto irregolarità amministrativa (“*manquement d'initié*”), ed è giunto alla conclusione che gli articoli relativi a queste definizioni erano volti a reprimere gli stessi fatti. Inoltre, entrambe le condotte potevano essere poste in essere unicamente in occasione dell'esercizio di certe funzioni specifiche, dato che potevano essere compiute: per quanto riguarda

il *délit d'initi *, solo da una persona che detenesse un'informazione privilegiata "con cognizione di causa"; per quanto riguarda il *manquement d'initi *, da una persona "che sapeva o che avrebbe dovuto sapere" che l'informazione che deteneva costituiva un'informazione privilegiata. Il *Conseil constitutionnel* ha stabilito, di conseguenza, che i due articoli contestati definivano e qualificavano in maniera identica le condotte integranti il *délit d'initi * ed il *manquement d'initi *.

– *L'identit  del bene giuridico tutelato*

Il secondo criterio richiede che le due repressioni non tutelino gli stessi beni giuridici. Nella precitata decisione resa il 17 gennaio 2013, in sede di controllo in via incidentale, il *Conseil* aveva gi  posto questo criterio, negandone nella specie la sussistenza, giacch , a parere del *Conseil*, il procedimento iniziato davanti all'Ordine dei medici mirava a punire violazioni delle norme deontologiche, mentre quello davanti alle giurisdizioni era volto a sanzionare gli abusi professionali lesivi per gli enti previdenziali.

Nella decisione del 18 marzo 2015, la situazione era ben diversa. I due tipi di procedimenti, quello davanti all'AMF e quello davanti al giudice penale, avevano entrambi come oggetto la tutela del buon funzionamento dei mercati finanziari.

Nello specifico, il *Conseil constitutionnel* ha esaminato la finalit  della repressione del *délit d'initi * e del *manquement d'initi *. L'uno era incluso in un capitolo del codice finanziario dedicato alle "infrazioni relative alla protezione degli investitori"; l'altro affidava all'Autorit  dei mercati finanziari la "protezione degli investimenti dei risparmi" riguardo agli strumenti finanziari. La repressione delle due fattispecie perseguiva quindi un'unica finalit , e cio  la protezione del buon funzionamento e dell'integrit  dei mercati finanziari. Tale repressione delle violazioni dell'ordine pubblico economico si applicava nei due casi, non solo ai professionisti, ma a qualunque persona che avesse illegalmente utilizzato un'informazione privilegiata. Il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che la repressione delle due condotte proteggeva gli stessi interessi sociali ed aveva quindi la stessa finalit .

– *L'identit  della natura delle sanzioni*

Il terzo criterio stabilito dal *Conseil* riguarda l'esame della natura delle sanzioni. Il *Conseil* valuta se i due procedimenti danno luogo all'erogazione di sanzioni di natura diversa e precisa quello che deve intendersi per "differente natura". Non si tratta di affermare che una sanzione disciplinare ha, per ipotesi, una natura diversa da una sanzione penale: la conclusione sarebbe, infatti, del

tutto ovvia. A parere del *Conseil*, l'esistenza di due ordinamenti repressivi non è in questione, e la differenza di natura deve essere stabilita considerando la severità della sanzione. Sul punto, si è seguita la posizione della Corte europea e della Corte di giustizia.

Nel caso di specie, il *Conseil* ha considerato che la severità delle pene erogate dall'AMF e dal giudice era equivalente. Il giudice poteva erogare una pena detentiva per il *délit d'initié*, ma la sanzione pecuniaria era molto limitata. *A contrario*, l'AMF non poteva erogare una pena privativa di libertà, ma la multa erogabile poteva essere molto elevata.

Il *Conseil constitutionnel* ha esaminato le sanzioni applicate alle condotte costituenti *délit d'initié* e *manquement d'initié*. L'autore del primo poteva essere punito con una pena fino a due anni di reclusione ed un'ammenda fino a 1.500.000 di euro; l'autore del *manquement d'initié* rischiava di incorrere in una sanzione pecuniaria fino a 10.000.000 di euro. Di conseguenza, il *Conseil* ha ritenuto che, se solo il giudice penale poteva condannare l'autore di un *délit d'initié* ad una pena detentiva (se persona fisica) o allo scioglimento (se persona giuridica), le sanzioni pecuniarie pronunciate dalla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari potevano raggiungere un elevato livello di severità ed arrivare fino a sei volte quelle irrogabili dalla giurisdizione penale. Inoltre, in virtù del paragrafo III dell'art. L. 621-15, sia la commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari che il giudice penale erano obbligati, ai sensi dell'art. 132-26 del Codice penale, a fissare la somma delle sanzioni da essi pronunciate in funzione della gravità delle violazioni commesse. Da tutto ciò risultava che i fatti sanzionati ai sensi degli articoli L. 465-1 e L. 621-15 dovevano essere considerati come passibili di sanzioni che non erano da considerarsi di natura diversa.

– *L'identità dell'organo giudicante*

Il quarto ed ultimo criterio stabilito dal *Conseil* riguarda la natura degli organi giudicanti. Si può derogare all'applicazione del principio del *ne bis in idem* se le sanzioni sono erogate da due organi giudicanti distinti. Il *Conseil* ha quindi verificato che, nel caso in cui l'autore di un *manquement d'initié* non fosse una persona od un ente menzionato al paragrafo II dell'articolo L. 621-9 del codice finanziario (che prevede una serie di persone ed istituzioni per cui la competenza dell'Autorità dei mercati finanziari è unica ed esclusiva), la sanzione in cui l'autore incorreva e quella in cui incorreva l'autore di un *délit d'initié* erano entrambe di competenza delle giurisdizioni ordinarie. In base a questo esame, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che le sanzioni relative alle due condotte non

potessero essere considerate come riferibili ad un corpo di norme distinte, invocabili di fronte a distinti organi giudicanti, quanto meno allorché si trattasse di una persona o di un ente non ricompresi nel paragrafo II dell'articolo L. 621-9.

(iii) Sulla base dell'analisi dei quattro criteri suindicati, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato le disposizioni di cui agli articoli L. 465-1 e L. 621-15 contrarie alla Costituzione³⁰.

Come accennato, la declaratoria non ha implicato il riconoscimento di un rango costituzionale per il principio del *ne bis in idem*; a fondamento dell'incostituzionalità, infatti, è stato addotto il principio di necessità dei delitti e delle pene.

In sostanza, si è applicata, riformulandola, l'analisi fondata sul principio di necessità dei delitti e delle pene che il *Conseil* aveva in precedenza sviluppato in materia disciplinare³¹, adattando il suo metodo di analisi a quello sviluppato dalla Corte di Strasburgo.

A parere della dottrina, il metodo del *Conseil* per determinare le condizioni di violazione del principio del *ne bis in idem* sarebbe addirittura più "raffinato" di quello sviluppato dalla Corte europea nella decisione del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Suède*³², visto che la Corte, per sanzionare il cumulo dei

³⁰ Ha parimenti censurato altre disposizioni da esse inscindibili. La data dell'abrogazione delle disposizioni dichiarate incostituzionali è stata indicata nel 1° settembre 2016, poiché l'immediata abrogazione avrebbe avuto conseguenze manifestamente eccessive, impedendo qualsiasi tipo di procedimento giudiziario futuro e mettendo fine a quelli in corso

Al fine di far cessare l'incostituzionalità constatata fin dalla pubblicazione della decisione, nessun procedimento giudiziario potrà peraltro essere intrapreso o continuato sul fondamento dell'articolo L. 621-15 del codice finanziario, contro persone che non siano menzionate al paragrafo II dell'articolo L. 621-9 dello stesso codice, sulla competenza esclusiva dell'Autorità dei mercati finanziari, qualora altri procedimenti giudiziari siano stati già avviati per gli stessi fatti e contro la stessa persona di fronte al giudice ordinario per una decisione in sede penale, sul fondamento dell'articolo L. 465-1 dello stesso codice, oppure se il giudice penale abbia già deciso in maniera definitiva sull'imputazione dei fatti.

Parimenti, nessun procedimento giudiziario potrà essere avviato per gli stessi fatti e contro la stessa persona di fronte alla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari sul fondamento delle disposizioni contestate dell'articolo L. 621-15 dello stesso codice. (cfr. *Bollettino di attualità giurisprudenziale straniera*, aprile 2015).

³¹ *Conseil constitutionnel*, 17 gennaio 2013, n 2012-289 QPC; *Cons. const.*, dec. 24 ottobre 2014, n. 2014-423 QPC.

³² La decisione verteva sulla legislazione svedese di disciplina delle infrazioni fiscali. La ricorrente, Sig.ra Lucky Dev, sosteneva di essere stata giudicata e punita due volte per la stessa infrazione nell'ambito di un procedimento fiscale e penale.

procedimenti penali e fiscali, non si sofferma sull'identità dei fatti all'origine del doppio procedimento³³.

Anche ammettendo la fondatezza di questa ricostruzione, non può trascurarsi, tuttavia, che il ragionamento adottato dal *Conseil* non è di portata generale e, in quanto tale, la portata della decisione *EADS* ben può dirsi limitata. Se ne avrà una contezza valutando i suoi effetti ed il suo seguito.

4.2.2. Effetti e seguito della decisione

La soluzione elaborata dal *Conseil constitutionnel* nella decisione *EADS* si applica a qualunque condotta inerente ad abusi di mercato. Immediatamente dopo la decisione *EADS*, l'ambito di applicazione della decisione sembrava quindi limitato agli abusi di mercato³⁴. Qualche settimana dopo la decisione, il *tribunal correctionnel* di Parigi ha ricapito la giurisprudenza del *Conseil*, in due decisioni che escludevano il cumulo dei procedimenti penali e amministrativi in materia di reato di mercato.³⁵

In definitiva, la decisione del *Conseil constitutionnel* del 18 marzo 2015 sembra aver allontanato la minaccia di una condanna della Francia di fronte alla Corte europea, ma, malgrado la decisione del 18 marzo, ed al di fuori dai casi delle sanzioni erogate dall'Autorità per i mercati finanziari, la questione del cumulo delle sanzioni penale e amministrative rimane ancora aperta.

Ora, per porre fine all'incostituzionalità delle disposizioni contestate nella decisione *EADS*, il *Conseil constitutionnel* ha imposto al legislatore una riforma del Codice dei mercati finanziari entro il settembre 2016.

All'uopo, varie proposte di riforme sono state avanzate; la più significativa è certo quella del gruppo di lavoro dell'*Autorité des Marchés financiers*, pubblicata

³³ V. D. GUTMANN, *Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les sanctions fiscales*, in *Droit fiscal*, n. 13, 2015.

³⁴ "Secondo noi, [questa decisione] non dovrebbe avere un reale impatto al di fuori dei casi di abuso di mercato, e non dovrebbe estendersi ad altri casi di cumulo di sanzioni tradizionalmente ammesse nel nostro diritto": così J. LASSERRE CAPDEVILLE, *La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015: impact et adaptations envisageables*, in *Actualité juridique du Droit pénal*, 2015, 182.

³⁵ *Trib. corr. Paris*, 6 maggio 2015 e 18 maggio 2015, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2015, pp. 322 e 325, che applicano la *décision* del *Conseil* del 18 marzo 2015 al fine di escludere il cumulo dei procedimenti; *Trib. corr. Paris*, 18 giugno 2015, in *Bull. Joly Bourse*, 2016, 495, con nota di N. CUNTZ e E. TROBOUL, che applica la soluzione al delitto di false informazioni di mercato ed al delitto di mancata dichiarazione di superamento di soglie.

in una relazione del 19 maggio 2015. Il gruppo di lavoro ha sottolineato la necessità di un intervento legislativo volto a vietare il cumulo tra due procedimenti repressivi. Una volta proibito il cumulo, sarebbe opportuno, sempre a parere del gruppo di lavoro, prevedere una distinzione chiara tra i *délits d'initiés* e i *manquements d'initiés*, onde conciliare la coesistenza dei due procedimenti. Infine, si è proposta una riforma della procedura penale al fine di accelerarne i tempi e di semplificarla.

Dai lavori parlamentari³⁶ in corso sembra disegnarsi l'alternativa tra il mantenimento dello *status quo*, con il rischio di creare una incertezza giuridica, ed il conformarsi dell'ordinamento francese alle posizioni delle giurisdizioni europee.

La dottrina, per parte sua, ha elaborato alcune proposte. Già nel 2012³⁷, parte della dottrina aveva prospettato un nuovo sistema di ripartizione delle competenze tra il giudice penale e la Commissione delle sanzioni dell'Autorità per i mercati finanziari. Si proponeva di limitare il potere di questa Commissione in materia di abusi di mercato e di attribuire al giudice penale la competenza per le sanzioni più gravi. Più di recente, altri hanno proposto di trasformare la commissione delle sanzioni dell'Autorità per i mercati finanziari in un vero e proprio tribunale dei mercati finanziari³⁸. Questa soluzione consentirebbe di unificare e razionalizzare il contenzioso finanziario. Altri, infine, propongono una terza via: riaffermare la posizione della giurisprudenza francese e darle valore supremo, iscrivendo il principio del *ne bis in idem* nella Costituzione.

Con precipuo riguardo alla giurisprudenza, il *Conseil* è stato seguito dalla camera penale della Corte di cassazione che, in una sentenza del 20 maggio 2015³⁹, ha ribadito la limitazione dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* ai reati di mercato, confermando la sua giurisprudenza tradizionale. Tale giurisprudenza, in effetti, non fa divieto, in linea di principio, di doppi procedimenti e di cumulo delle sanzioni, purché, ad esempio, le sanzioni penali

³⁶ Proposta di legge relativa alla repressione delle infrazioni finanziarie presentata da M. ALBÉRIC DE MONTGOLFIER, senatore, sessione ordinaria del 2015-2016, registrata alla presidenza del Senato il 7 ottobre 2015; proposta di legge relativa alla repressione delle infrazioni finanziarie presentata da M. CLAUDE RAYNAL, senatore, sessione ordinaria del 2015-2016, registrata alla presidenza del Senato il 7 ottobre 2015.

³⁷ J. LASSERRE CAPDEVILLE – C. MASCALA – S. NEUVILLE, *Propositions doctrinale pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière*, in *Recueil Dalloz*, 2012, 693.

³⁸ D. SCHMIDT – A.V. LE FUR, *Pour un tribunal des marchés financiers*, in *Bull. Jolly Bourse*, janv. 2015, 24; ID., *Il faut un tribunal des marchés financiers*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 551.

³⁹ *Cass., crim.*, 20 maggio 2015, n. 13-83489.

siano cumulate con una sanzione civile, amministrativa o disciplinare. Così, in una sentenza del 9 aprile 2015⁴⁰, la Corte di cassazione non ha applicato la regola del *non bis in idem* in materia di procedimenti penali e disciplinari (contro un notaio) per gli stessi fatti, sull'assunto che, con riguardo alle sanzioni non pecuniarie, la pena complementare dell'interdizione dall'esercizio di una attività professionale e la sanzione disciplinare della destituzione siano di natura diversa. In una decisione del 22 settembre 2015⁴¹, la camera penale ha dichiarato che il *ne bis in idem* non può avere come conseguenza quella di escludere, allorquando una sanzione civile sia già stata inflitta alla persona perseguita per costituzione di parte civile abusiva, l'erogazione di una sanzione penale per denuncia calunniosa, in quanto i beni giuridici protetti dagli articoli 177-2 del Codice di procedura penale e 226-10 del Codice penale sono distinti. Infine, in una decisione dell'8 dicembre 2015⁴², la Corte di cassazione ha riaffermato che il *ne bis in idem* non limita il concorso di qualificazioni quando sanzionano la violazione di beni giuridici distinti.

Lo stesso *Conseil constitutionnel* ha continuato a fare un'applicazione restrittiva del *ne bis in idem*, come, ad esempio, nella decisione del 14 gennaio 2016, *M. Alain D. et autres*, n. 2015-513/514/526 QPC⁴³, dalla quale si ricava che il cumulo delle sanzioni amministrative e penali nell'ambito degli abusi di mercati non è stato totalmente soppresso.

Il *Conseil constitutionnel* era stato adito il 14 ottobre 2015 ed il 10 dicembre 2015 dalla Corte di cassazione, in merito a tre questioni prioritarie di costituzionalità (due sollevate in data 14 ottobre 2015 e una il 10 dicembre 2015), riunite dal *Conseil* in una stessa decisione. Le questioni vertevano sulle disposizioni di cui all'art. L. 621-15 del Codice monetario e finanziario, come modificato dalle leggi n. 2009-526 del 12 maggio 2009 e n. 2006-1770 del 30 dicembre 2006 e dall'*ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010. Il *Conseil* doveva stabilire se la decisione del 18 marzo 2015 poteva essere applicata a

⁴⁰ *Cass., crim.*, 9 aprile 2015, n. 14-50012, *Gazette du Palais*, 30 maggio 2015, 14. V. anche l'*avis* reso dall'*Avocat général à la Cour de Cassation*: J.P. SUDRE, *Le principe non bis in idem et le cumul des sanctions pénales et disciplinaires applicables aux notaires*, in *Recueil Dalloz*, 2015, 1187.

⁴¹ *Cass., crim.*, 22 settembre 2015, n. 14-84029, *Gazette du Palais*, 17 ottobre 2015, 14; Y. MAYAUD, *Lorsque la dénonciation calomnieuse est constitutive d'un abus de constitution de partie civile, ou du principe ne bis in idem*, in *Revue de Science criminelles*, 2016, 66.

⁴² *Cass., crim.*, 8 dicembre 2015, n. 14-85.548.

⁴³ La decisione è stata riportata nel *Bollettino di attualità giurisprudenziale straniera* del mese di febbraio 2016.

disposizioni identiche a quelle dichiarate incostituzionali ma che si trovavano in versioni dell'art. L. 621-15 del codice monetario e finanziario, anteriori o posteriori a quella dichiarata incostituzionale⁴⁴.

A parere dei ricorrenti nei giudizi *a quibus*, le disposizioni contestate dovevano essere dichiarate contrarie alla Costituzione perché in contrasto con l'autorità di giudicato della decisione del *Conseil* del 18 marzo 2015⁴⁵, recate declaratoria di incostituzionalità di parte delle disposizioni del *c)* e del *d)* del par. II dell'art. 621-15; inoltre, prevedendo che una stessa persona potesse essere soggetta, per gli stessi fatti, ad un doppio procedimento (davanti al giudice penale per il reato di *insider trading* e davanti alla commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari per il reato di manipolazione di mercato), le disposizioni violavano il principio di necessità dei delitti e delle pene e quello di certezza del diritto.

Il *Conseil constitutionnel*, giudicando nuovamente su disposizioni già oggetto di declaratoria di incostituzionalità, ha operato una scansione temporale in riferimento all'evoluzione delle disposizioni medesime. Nel precedente del 2015, l'incostituzionalità era stata pronunciata con riguardo al testo risultante dalla legge del 4 agosto 2008. Le successive modificazioni, apportate dalla legge del 12 maggio 2009 e dall'*ordonnance* del 21 gennaio 2010, non avevano inciso sulle parti censurate dal *Conseil*: per questo motivo, si è implicitamente ritenuto che l'incostituzionalità affliggesse anche le formulazioni più recenti dell'articolo censurato.

In questa decisione, invece, ci si è soffermati sulle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto le disposizioni nella loro redazione conseguente alla legge del 30 dicembre 2006, una volta constatato che la legge del 4 agosto 2008 aveva modificato in maniera significativa le disposizioni. In particolare, nel testo vigente tra il 2006 ed il 2008, l'importo massimo della sanzione applicabile in caso di reato di manipolazione di mercato era assai più basso (1,5 milioni di euro) rispetto a quello (di 10 milioni di euro) preso in considerazione dal *Conseil* nel giudicare del regime successivo. L'elevazione dell'importo massimo della sanzione operata dalla legge del 4 agosto 2008 è stato, in altri termini, configurato alla stregua di un

⁴⁴ L'art. L. 621-15 del Codice monetario e finanziario disciplina la procedura attraverso cui l'Autorità dei mercati finanziari irroga sanzioni, precisando le modalità di avvio della procedura (par. I), i soggetti contro i quali tali sanzioni sono applicabili (par. II) e la natura delle sanzioni (parr. III, IV e V).

⁴⁵ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2014-453/454 QPC e n. 2015-62 QPC del 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*, passata in rassegna nel numero di aprile 2015 del *Bollettino di attualità giurisprudenziale straniera*.

cambiamento delle circostanze di diritto, idoneo a consentire al *Conseil* una decisione sul merito della questione sottopostagli.

In proposito, sono venuti in rilievo l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e la giurisprudenza costituzionale consolidata secondo cui il principio di necessità e proporzionalità dei delitti e delle pene non osta a che gli stessi fatti commessi da una persona possano essere oggetto di procedimenti giudiziari diversi al fine di pronunciare sanzioni di natura diversa, in applicazione di norme specifiche per i diversi ordini di giurisdizione. Il *Conseil* ha specificato che, se la possibilità di un doppio procedimento può portare ad una doppia sanzione (nel caso di specie in sede penale e di fronte all'Autorità dei mercati finanziari), il principio di proporzionalità implica, in ogni caso, che l'importo globale delle sanzioni eventualmente sancite non superi l'importo massimo per una singola pena contestata.

Sulla base di queste considerazioni, dopo avere richiamato in modo dettagliato l'importo delle sanzioni corrispondenti sia al reato di *insider trading* sia a quello di manipolazione del mercato per il periodo 2006-2008, il *Conseil* ha stabilito che le sanzioni pecuniarie irrogabili dall'Autorità dei mercati finanziari contro le persone fisiche le cui condotte costituivano una manipolazione del mercato erano di natura identica a quelle potenzialmente sancite dalla giurisdizione penale per il reato di *insider trading*. Tuttavia, il *Conseil* ha poi ricordato che nel caso in cui l'autore del reato fosse una persona fisica, il giudice penale poteva condannarlo alla reclusione mentre nel caso fosse una persona giuridica poteva chiederne lo scioglimento ed applicare una sanzione pecuniaria di un importo cinque volte superiore a quello che l'Autorità dei mercati finanziari poteva irrogare. Da queste considerazioni, il *Conseil* ha stabilito che i fatti contemplati e repressi erano da considerare come soggetti a sanzioni potenzialmente di natura diversa. Il *Conseil* ha quindi dichiarato che le disposizioni contestate, per il periodo anteriore al 4 agosto 2008, non erano in contrasto con la Costituzione.

A prima vista, la portata della decisione del 18 marzo 2015 dovrebbe essere delimitata ai reati di mercato e non dovrebbe, *a rigori*, essere applicabile alle varie situazioni di cumulo tra due procedimenti di natura diversa (penale e disciplinare; penale ed amministrativo; penale e fiscale, etc.). Ma, allo stesso tempo, la decisione *EADS* ha creato un precedente, aprendo la strada a nuovi ricorsi riguardanti i casi di cumulo di procedimenti e/o di sanzioni non ancora disciplinati dalla legge o dalla giurisprudenza interna. Al riguardo, l'ambito dei reati fiscali era particolarmente propenso alla trasmissione di nuove QPC, in quanto uno stesso fatto è, spesso, alla base di un doppio procedimento penale e fiscale. Questo

scenario si è verificato con la trasmissione di due questioni prioritarie di costituzionalità sollevate nel corso dei processi *Wildenstein* e *Cahuzac*.

Nel corso dell'udienza del processo *Wildenstein*, tenutasi il 7 gennaio 2016 davanti al *Tribunal correctionnel* di Parigi, i ricorrenti nel giudizio *a quo* sostenevano, rifacendosi ai quattro criteri stabiliti dal *Conseil* nel 2015, che il doppio procedimento penale e fiscale, fondato sugli artt. 1741 e 1729 del Codice generale delle imposte ed al quale era sottoposto M. Wildenstein, fosse incostituzionale.

Nello specifico, l'art. 1729 prevede l'applicazione di maggiorazioni di imposta in caso di inesattezza o di sottrazione dolosa delle somme da dichiarare, mentre l'art. 1741 stabilisce le sanzioni penali da infliggere per tali condotte.

La Corte di cassazione, contrariamente alla posizione che aveva espresso nelle precitate decisioni del 25 giugno 2014 n. 14-90.017 e del 3 dicembre 2014 n. 14-82.526, con le quali si era rifiutata di trasmettere al *Conseil* una QPC sul cumulo di procedimenti penali e fiscali, ha invece accettato, in data 30 marzo 2016, di rinviare la questione al *Conseil*. Lo stesso giorno, la Corte di cassazione ha trasmesso al *Conseil* anche un'altra QPC sollevata nel corso del processo *Cahuzac* e formulata in maniera identica⁴⁶. Entrambe le QPC⁴⁷, che riguardavano la questione dell'applicabilità del principio di *ne bis in idem* in caso di cumulo di procedimenti penale e fiscale⁴⁸, sono state esaminate dal *Conseil*, durante l'udienza pubblica del 6 giugno 2016; le relative decisioni sono state pubblicate il 24 giugno (decisioni 2016-545 QPC e 2016-546 QPC).

Prima di pronunciarsi sulla costituzionalità dell'applicazione del combinato disposto delle disposizioni contestate, il *Conseil constitutionnel* le ha analizzate separatamente. Per entrambe, ha affermato che le sanzioni ivi previste sono proporzionate all'obiettivo perseguito dal legislatore. Ha quindi dichiarato le disposizioni conformi alla Costituzione, ma ha emesso una riserva di interpretazione: fondandosi sul principio di necessità delle pene, il *Conseil* ha stabilito che una sanzione penale per frode fiscale non può essere irrogata nei

⁴⁶ V. M. BABONNEAU, *Procès Cahuzac: l'ombre planante du non bis in idem fiscal*, in *Dalloz actualité*, 11 febbraio 2016.

⁴⁷ V. M. BABONNEAU, *Le non bis in idem fiscal aux portes du Conseil constitutionnel*, in *Dalloz actualité*, 31 marzo 2016.

⁴⁸ V. C. MASCALA, *La contagion de la remise en cause de la constitutionnalité des doubles poursuites pénales et administratives: affaire Wildenstein (T. corr. Paris, 6 janvier 2016)*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, 75; M. BABONNEAU, *Affaire Wildenstein: vers un non bis in idem fiscal? Décision de transmission de la QPC*, in *Dalloz actualité*, 7 gennaio 2016.

confronti di un contribuente per il quale, con sentenza definitiva, sia stata dichiarata la sua non assoggettabilità ad imposte.

Il *Conseil constitutionnel* si è poi pronunciato sull'applicazione del combinato disposto degli artt. 1729 e 1741, che ha dichiarato conforme alla Costituzione, con due riserve di interpretazione.

In primis, il *Conseil* ha sottolineato che le disposizioni contestate consentono di assicurare, allo stesso tempo, la protezione degli interessi finanziari dello Stato ed il principio di uguaglianza davanti alle imposte; ha inoltre rilevato come esse perseguano finalità comuni, di ordine sia dissuasivo che repressivo. La riscossione delle imposte e l'obiettivo di lotta all'evasione fiscale giustificano, quindi, nei casi più gravi di frode, l'attivazione di un cumulo di procedimenti. Su questo punto, il *Conseil* ha precisato, con apposita riserva di interpretazione, che il principio di necessità dei delitti e delle pene impone che le sanzioni penali si applichino solo ai casi più gravi di sottrazione di somme da sottoporre all'imposta. Ha precisato che tale gravità può risultare dall'importo dell'evasione, dalla condotta tenuta dal trasgressore o dalle circostanze concrete del fatto.

Il *Conseil constitutionnel* ha quindi ritenuto che, con i presupposti di cui sopra, il principio di necessità dei delitti e delle pene non osta a che le condotte de quo diano origine a due procedimenti diversi.

Peraltro, applicando la sua giurisprudenza consolidata, il *Conseil constitutionnel* ha formulato una riserva di interpretazione al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità delle pene nelle ipotesi di applicazione del combinato disposto delle disposizioni contestate: in ogni caso, l'importo globale delle sanzioni eventualmente erogate non può superare l'importo massimo previsto per ciascuna delle sanzioni.

Il *Conseil*, nella decisione, non ha dunque riservato al principio del *ne bis in idem* un ruolo centrale, sia perché l'argomentazione si è dipanata essenzialmente sulla base del principio di necessità delle pene e del principio di proporzionalità, sia perché, ammettendo, in linea di massima (ed a certe condizioni), la possibilità di un doppio procedimento, tributario e penale, ha riaffermato la sua posizione di tendenziale equidistanza tra la necessità di rispondere alle esigenze poste dalla Corte EDU e la volontà di proteggere il regime interno di applicazione delle doppie sanzioni.

Di tale posizione si ha una dimostrazione evidente anche nell'ambito amministrativo. Alcune decisioni di Corti di appello testimoniano di una maggiore frequenza nell'invocazione della violazione del principio del *ne bis in idem* in

caso di doppi procedimenti amministrativi e penali⁴⁹ o amministrativi e sanzionatori⁵⁰. È da segnalare, in particolare, la decisione del *Conseil d'État* del 15 aprile 2016, che ha rinviato al *Conseil constitutionnel* una QPC⁵¹ su alcune disposizioni del Codice delle giurisdizioni finanziarie⁵². Tra le varie questioni di costituzionalità sollevate in questa QPC, il *Conseil d'État* ha chiesto di pronunciarsi sulla conformità alla Costituzione dell'art. L. 314-18 del Codice delle giurisdizioni finanziarie che, a parere dei ricorrenti, violerebbe il principio di *ne bis in idem*, autorizzando il cumulo di procedimenti e di sanzioni amministrative e penali. La questione è pendente davanti al *Conseil constitutionnel*.

Se la decisione del *Conseil constitutionnel* del 18 marzo 2015 ha allontanato la minaccia di una condanna dalla Corte europea, alcune questioni rimangono ancora aperte, tra cui la questione di una eventuale estensione di questa giurisprudenza ai procedimenti ed alle sanzioni contro i dipendenti pubblici. In effetti, visto che uno dei quattro criteri indicati dal *Conseil* per definire i casi in cui non si può derogare al principio del *ne bis in idem* è quello della differenza di giurisdizione, sono esclusi, *de facto*, tutti i procedimenti di competenza del *Conseil d'État* che si intreccino con altri procedimenti di spettanza del giudice ordinario (e segnatamente del giudice penale). Il quarto criterio identificato dal *Conseil* potrebbe, in altri termini, costituire per un ostacolo assoluto all'applicazione del divieto di *ne bis in idem*, visto che le sanzioni disciplinari nei confronti dei dipendenti pubblici sono di competenza esclusiva del giudice amministrativo (e, in alcuni casi, direttamente del *Conseil d'État*).

Questo rilievo vale a ridimensionare, e non poco, l'impatto della decisione, giacché la giurisdizione amministrativa non può non avere un ruolo significativo in materia di abusi di mercato: si pensi soltanto, ad esempio, alla distinzione tra l'interesse ad agire dei professionisti, che possono adire il *Conseil d'État*, e quello dei non professionisti, che possono rivolgersi alla *Cour de cassation*. Come dire che, *in concreto*, la decisione del *Conseil constitutionnel* spiega pienamente effetti solo per i non professionisti, relativamente ai quali soltanto può prospettarsi una identità di soggetto giudicante.

⁴⁹ Corte amministrativa di appello di Nantes, 1^a camera, 31 marzo 2016 n. 14NT01350.

⁵⁰ Corte amministrativa di appello di Marsiglia, 8^a camera, 19 aprile 2016, n. 14MA05168.

⁵¹ La decisione sarà pubblicata il 1^o luglio 2016 e sarà oggetto di segnalazione nel prossimo numero del *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*.

⁵² Artt. L. 311-4, L. 314-1, L.314-8 e L., 314-18 del Codice.

In proposito, viene in rilievo la sentenza della Corte EDU sul caso *Kapetanios et autres* del 30 aprile 2015⁵³, in materia di rapporti tra le giurisdizioni penali e amministrative⁵⁴. Questa decisione conferma che, in caso di identità di fatti, due procedimenti che possono portare a due sanzioni di natura penale, nel senso della Convenzione EDU, non possono essere cumulati. La Corte ricorda soprattutto che il rispetto dell'autorità de giudicato penale si impone alle giurisdizioni amministrative, fondandosi, non tanto sul principio di *ne bis in idem*, quanto semmai sulla presunzione d'innocenza. Il ragionamento seguito dalla Corte in questa decisione riguarda la Francia molto da vicino. In effetti, per rispondere agli argomenti del governo greco che giustificava i doppi procedimenti sulla base dell'autonomia della giurisdizione amministrativa rispetto a quella penale, argomento particolarmente presente nell'ordinamento francese, la Corte spiega che la giurisprudenza europea non è necessariamente lesiva dell'autonomia della giurisdizione amministrativa. A parere della Corte, la sua giurisprudenza non vieta il cumulo di sanzioni di natura diversa nell'ambito di uno stesso procedimento (sanzione privativa di libertà e sanzione pecuniaria, ad es.), né tantomeno osta a che la giurisdizione penale possa sospendere il procedimento nell'attesa della decisione dell'autorità amministrativa.

Di recente, possono notarsi tracce di evoluzioni giurisprudenziali che sembrano andare nel senso di una maggiore tutela del principio del *ne bis in idem*. Ad esempio, nella sentenza del 4 maggio 2016⁵⁵, la Corte di cassazione ha riconosciuto la violazione del principio del *ne bis in idem* in un caso di plurime qualificazioni degli stessi fatti. Non resta, quindi, che aspettare le decisioni del *Conseil* del prossimo 1° luglio per capire se verrà rafforzata la convergenza con le Corti europee in materia di *ne bis in idem* o se si cercherà, ancora una volta, di tutelare la specificità dell'ordinamento francese, correndo magari anche il rischio di una eventuale condanna della Francia.

⁵³ Corte EDU, Aff. *Kapetanios e altri c. Grecia* n. 3453/12, 42941/12 e 9028/13, 30 aprile 2015.

⁵⁴ V. C. MAURO, *La Cour européenne des droits de l'homme revient sur la question de l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'administratif*, in *Actualité juridique du droit pénal*, 2015, 367.

⁵⁵ *Cass., crim.*, 4 maggio 2016, n. 15-80.732.

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. Introduzione

In Germania il principio del *ne bis in idem* ha rango costituzionale e trova salvaguardia nell'art. 103, comma 3, della Legge fondamentale (LF), ai termini del quale “*per la medesima azione, nessuno può essere punito più di una volta in base alle leggi penali di carattere generale*”. In concreto, la disposizione impedisce che, all'interno della Repubblica federale tedesca (cfr. BVerfGE 12, 62, 66, ordinanza del 4 dicembre 2007 – 2 BvR 38/06), un soggetto possa, per lo stesso fatto, essere più volte punito penalmente o anche solo sottoposto più volte ad azione penale.

La disposizione costituzionale limita i suoi effetti al solo al territorio nazionale. Una protezione transnazionale risulta, comunque, dall'art. 54 della Convenzione di Schengen, dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, a livello internazionale, dall'art. 20 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

Per quanto attiene, invece, all'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla CEDU, tale Protocollo non è stato ad oggi ratificato dalla Germania. Ciò spiega, forse, anche la circostanza che la relativa giurisprudenza della Corte EDU non abbia (ancora) avuto una grande eco in questo paese.

2. Il *ne bis in idem*: definizione e garanzie

2.1. L'art. 103, comma 3, della Legge fondamentale

Come accennato, la disposizione di cui all'art. 103, comma 3, LF estende i suoi effetti anche all'esercizio dell'azione penale. Per tali motivi, l'emissione di una sentenza definitiva – di condanna o di assoluzione che sia – determina, nei confronti del soggetto, la “garanzia” a non poter essere sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto. Sotto tale aspetto, la sentenza definitiva, anche se assolutoria, alla stessa stregua dell'ordine punitivo di un decreto penale (*Strafbefehl*¹), rappresenta un ostacolo processuale per qualunque nuovo

¹ BVerfGE 65, 377, 382 s.

procedimento penale. Questa efficacia è conseguenza implicita dell'attuazione dell'obbligo, in capo ad ogni autorità giudiziaria, di conoscenza e cognizione della completa questione giuridica da trattare; è pacifico, quindi, anche che, prima di instaurare un procedimento penale, l'autorità procedente debba assicurarsi che il soggetto sia stato già giudicato, per quel fatto, da un provvedimento definitivo a livello sostanziale.

L'assenza di una precedente sanzione per lo stesso reato di cui all'art. 103, comma 3, LF è quindi un presupposto essenziale per qualunque procedimento. Bisogna tuttavia distinguere tra l'effetto preclusivo (*Sperrwirkung*) *totale* e quello *limitato*: la preclusione totale si ha, ad esempio, con una sentenza di merito (*Sachurteil*) sullo stesso fatto; la preclusione limitata si produce, invece, ancora ad esempio, nel caso di determinate archiviazioni o in relazione all'apertura del procedimento principale. Un effetto solo parzialmente preclusivo caratterizza, infatti, quelle decisioni adottate dall'autorità giudiziaria per l'archiviazione di una procedura in cui non si tratti la fattispecie in maniera esaustiva: il riferimento va all'art. 153, comma 2, StPO (Codice di procedura penale), in tema di archiviazione per contravvenzioni meno gravi, ed all'art. 153a, comma 2, StPO², relativo all'archiviazione condizionata. Simili decisioni, non statuendo alcunché in ordine alla definizione sostanziale del fatto, non precludono che, in presenza di nuove circostanze o prove (*ex art. 174, comma 2, e 211, StPO*), possa essere esercitata nuovamente l'azione penale nei confronti dello stesso soggetto e per lo stesso fatto.

Una sentenza meramente processuale, che non reca una decisione sul merito, non esplica alcun effetto preclusivo. A norma dell'art. 260, comma 3, StPO, non hanno, infatti, effetti preclusivi quelle decisioni meramente “strumentali” adottate dall'autorità giudiziaria nel corso del processo.

Come è chiaro, l'art. 103, comma 3, LF non esclude la possibile riapertura di un processo sulla base di nuovi elementi *a favore* del soggetto che incidano sullo stesso fatto giudicato.

Resta dubbio cosa debba intendersi per “medesima azione”, espressione utilizzata, ma non precisata, dalla Legge fondamentale. La giurisprudenza è nel senso che l'art. 103, comma 3, LF intende per “azione” quell'evento storico su cui si basa, o si è basata, secondo la c.d. “*natürliche Lebensauffassung*” (una prospettiva naturale della vita) sia l'accusa mossa dall'autorità, sia la decisione di

² La traduzione inglese della StPO è disponibile alla pagina web http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/.

apertura del procedimento a carico di un determinato soggetto (ci si riaggancia con ciò alla nozione pre-costituzionale dell'azione, trasfusa nel Codice di procedura penale). Come ulteriore elemento, il soggetto, all'interno di un simile evento, deve aver commesso il reato, in qualità di autore o di co-autore materiale (cfr. BGH, ordinanza del 03.05.2012 - 3 StR 109/12). Questa definizione, volta a stabilire l'identità del reato e quindi a limitare l'ambito di applicazione del diritto sostanziale, non coincide necessariamente con quella di cui agli artt. 52 e 53 del Codice penale (StGB)³ sulla concorrenza dei reati, la quale mira invece a bilanciare la colpa e la sanzione, al fine di garantire un'adeguata giustizia, e si distanzia anche dalla definizione di *azione* posta dagli artt. 155 e 264 del Codice di procedura penale.

Da notare è che, sebbene l'art. 103, comma 3, LF applichi il divieto di sanzione plurima per il medesimo reato nell'ambito del *diritto penale* (anche accessorio), una tale sanzione plurima non è invece esclusa – almeno dalla norma

³ § 52. Unicità del reato.

(1) Se con una stessa condotta sono violate più disposizioni penali o più volte la medesima disposizione, si condanna ad una pena unica.

(2) Se sono violate più disposizioni penali, la pena è stabilita in base alla disposizione che prevede la pena più grave. Essa non può essere inferiore alla pena minima consentita dalle altre leggi applicabili.

(3) In presenza dei presupposti fissati nel § 41, il giudice, in aggiunta alla pena detentiva, può infliggere la pena pecuniaria separatamente.

(4) Se una delle disposizioni applicabili consente l'irrogazione della pena patrimoniale il giudice può infliggerla separatamente in aggiunta alla pena detentiva a vita o ad una pena detentiva superiore a due anni. Si deve o si può inoltre condannare a pene accessorie, conseguenze accessorie e misure (§ 11, comma 1, n. 8) se una delle disposizioni applicabili lo impone o lo consente.

§ 53. Pluralità di reati.

(1) Se taluno ha commesso più reati che vengono giudicati contemporaneamente, e conseguentemente incorre in più pene detentive o in più pene pecuniarie, viene condannato alla pena cumulativa.

(2) Se concorrono una pena detentiva ed una pena pecuniaria, si condanna ad una pena cumulativa. Il giudice può tuttavia infliggere separatamente la pena pecuniaria; se in tali casi deve essere inflitta la pena pecuniaria per più reati, si applica una pena pecuniaria cumulativa.

(3) Se l'autore è incorso nella pena dell'ergastolo o due anni di reclusione per la violazione di una norma in base alla quale trova applicazione il § 43a (pena patrimoniale) o nel caso del § 52, comma 4, il giudice può infliggere la pena patrimoniale in aggiunta alla pena cumulativa risultante dall'applicazione dei commi 1 e 2; se in tali casi la pena patrimoniale dev'essere inflitta per più reati, si condanna ad una pena patrimoniale cumulativa. Trova corrispondente applicazione il § 43a, comma 3.

(4) Trovano corrispondente applicazione i commi 3 e 4 del § 52.

costituzionale – per l'imposizione di sanzioni di diversa natura (*ergo*, non penali), nell'ambito di altri settori dell'ordinamento: si pensi agli illeciti amministrativi (BVerfGE 21, 391, 401), alle misure preventive (anche di polizia) o alle sanzioni nel diritto professionale e/o disciplinare (BVerfGE 27, 180, 184 s., cfr. anche Corte EDU, 09.02.2006 – 43371/02).

In queste branche del diritto, poiché accanto ad una misura disciplinare può essere applicata, se necessaria, una sanzione amministrativa (art. 47 OwiG), la plurima imposizione di sanzioni amministrative o di misure disciplinari trova tuttavia un limite nel rispetto del principio dello stato di diritto e della proporzionalità.

Con riguardo all'illecito amministrativo, peraltro, taluno sostiene la possibilità di un'applicazione analoga dell'art. 103, comma 3, LF⁴.

2.2. *Ne bis in idem* e rapporti tra la sanzione amministrativa e quella penale

2.2.1. Brevi cenni di inquadramento della disciplina degli illeciti amministrativi

Il Codice di procedura penale del 1877⁵ comprendeva tre specie di reati, tra cui anche reati bagatellari ovvero “illeciti amministrativi” per cui si prevedevano sanzioni da parte della polizia o da parte di altri organi della pubblica amministrazione. Contro questi ultimi provvedimenti poteva essere proposto *Einspruch* (opposizione) dinanzi alla pretura (*Amtsgericht*).

Con l'entrata in vigore della Legge fondamentale, questo sistema è stato oggetto di una necessaria revisione, in quanto in contrasto con il disposto dell'art. 92 LF, che riserva il potere sanzionatorio alla magistratura (c.d. *Richtervorbehalt*). Inoltre, l'esigenza di una riforma si prospettava anche in considerazione di un vero e proprio “affollamento” degli uffici giudiziari.

Nel 1968, il legislatore – in corrispondenza alla riforma del Codice penale – ha pertanto emanato la legge sull'illecito amministrativo

⁴ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, in *Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Beck-online, settembre 2015, art. 103, n° 289.

⁵ Per ulteriori dettagli cfr. il contributo “*Sanzioni amministrative (Ordnungswidrigkeiten) nella RFT – Breve esposizione*” di A. KEPPLER pubblicato il 2 settembre 2015 alla pagina *web* <http://www.altalex.com/documents/news/2015/08/31/sanzioni-amministrative>.

(*Ordnungswidrigkeitengesetz* – OWiG), il cui obiettivo era, in particolare, quello di procedere alla depenalizzazione di alcune fattispecie che costituivano i c.d. reati bagatellari. A seguito della riforma del 1968 le *Über tretungen* (specie di infrazione meno grave) sono state pertanto eliminate dal Codice penale. Il Tribunale costituzionale federale non ha al riguardo ravvisato profili di contrasto con la Legge fondamentale.

Gli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeiten*), sebbene tuttora indicati, talvolta, come *Bagatelldelikte*, non sono né delitti né contravvenzioni. Ciò risulta anche dal fatto che le *Ordnungswidrigkeiten* vengono punite *non* con una *Geldstrafe* (sanzione penale pecuniaria), ma con una *Geldbuße* (ammenda pecuniaria) ed il procedimento con il quale viene determinata l'entità della *Geldbuße* non è un procedimento penale; inoltre, l'intervento del giudice in procedimenti di questo genere è soltanto eventuale, richiedendosi all'uopo una opposizione. L'art. 1 OWiG definisce l'illecito amministrativo “quale fatto anti giuridico e riprovevole che integra la fattispecie di legge per la quale è comminata una pena pecuniaria amministrativa, la *Geldbuße*”.

L'*Ordnungswidrigkeitengesetz* è composto da tre parti: la prima parte contiene il diritto sostanziale, la seconda le norme di carattere procedurale e la terza una serie di fattispecie con le relative sanzioni. Molte fattispecie di illecito amministrativo si rinven gono comunque al di fuori dell'OWiG, in particolare in previsioni contenute nel Codice della strada, in norme tributarie e nella normativa sulla concorrenza (*antitrust*). In ogni caso, deve trattarsi di una legge, in quanto l'art. 3 OWiG richiama l'art. 103 della Legge fondamentale nella parte in cui pone il principio *nulla poena sine lege*.

In sintesi, la legge sull'illecito amministrativo prende in esame comportamenti che, sebbene non pericolosi per l'ordinamento al pari di quelli puniti dal Codice penale, sono da considerarsi socialmente riprovevoli e che, per questo motivo, vengono sanzionati dall'autorità amministrativa soprattutto mediante ricorso a ammende pecuniarie (*Geldbusse*), finalizzate più al profilo preventivo-retributivo che a quello etico-morale (e senza che si perseguano finalità risarcitorie/reintegratrici in forma specifica dell'interesse leso). Ciò posto in teoria, si riconosce in dottrina che la distinzione ontologica tra l'illecito penale e quello amministrativo finisce sovente per essere limitata ad un criterio formale, costituito essenzialmente dal *nomen juris*⁶.

⁶ Una differenza significativa tra illeciti amministrativi e reati deriva anche dalla circostanza che per i primi hanno competenza legislativa anche i *Länder*.

La conseguenza principale di un illecito amministrativo è la *Geldbuße*, mentre le conseguenze accessorie sono di importanza del tutto secondaria e vengono applicate raramente.

Le ammende non sono necessariamente di importo inferiore rispetto alle sanzioni pecuniarie previste dal Codice penale (ad esempio, l'art. 130, terzo comma, OWiG prevede un'ammenda dell'ammontare massimo di 1.000.000 euro)

Anche per i procedimenti relativi agli *Ordnungswidrigkeiten* valgono, ai sensi degli artt. 3 e 4 OWiG, garanzie previste da norme costituzionali, come il diritto di essere sentito e l'irretroattività *in malam partem* (art. 103 LF), la riserva di legge, la determinatezza della fattispecie ed il divieto di analogia, nonché il principio di proporzionalità sancito dall'art. 20, terzo comma, LF.

Se un fatto integra gli estremi sia di una *Ordnungswidrigkeit* che di un reato, si procede soltanto per il reato; tuttavia possono trovare applicazione le conseguenze accessorie previste dall'OWiG.

2.2.2. Illeciti amministrativi e ne bis in idem

L'art. 84 OWiG regola tra l'altro gli effetti della compresenza di una fattispecie di illecito amministrativo e di reato:

“Se il verbale che impone un'ammenda amministrativa (Bußgeldbescheid)⁷ è diventato definitivo, o se il giudice ha deciso, con res iudicata, l'azione come

⁷ Il *Bußgeldbescheid* è provvedimento di carattere amministrativo che, in assenza di impugnazione, diventa esecutivo. L'art. 35 OWiG prevede la competenza dell'autorità amministrativa ad emanare i *Bußgeldbescheide* che diventano appunto definitivi (alla stregua di *res giudicata*) in caso di mancata proposizione di opposizione (reclamo). In sede di opposizione a *Bußgeldbescheid* trovano applicazione le semplificazioni in materia di assunzione delle prove. Il procedimento di opposizione, con l'accordo delle parti, si può svolgere anche per iscritto e senza dibattito.

L'OWiG pone anche limiti in sede di impugnazione della decisione emanata dalla pretura (*Amtsgericht*) a seguito di un'opposizione contro *Bußgeldbescheide*. Questo rimedio legale, chiamato *Rechtsbeschwerde*, consente il riesame della gravata decisione soltanto nei casi previsti dai nn. 1-5 del 1c. del § 79 OWiG. La decisione sulla *Rechtsbeschwerde* avviene, di regola, mediante ordinanza; il giudice ha tuttavia la facoltà di decidere con sentenza, la quale però deve essere preceduta da dibattito.

L'esecuzione di un'ammenda da parte di un'autorità del *Bund* si basa – in mancanza di regole specifiche – sulle norme della procedura esecutiva amministrativa (nel caso di un'ammenda di un'autorità del *Land*, sono applicabili le norme rilevanti del *Land*). Se invece contro il *Bußgeldbescheid* viene proposta opposizione ed il medesimo viene rigettato dal giudice, si procede

illecito amministrativo o come reato, l'azione stessa non può essere più perseguita come illecito amministrativo.

“La decisione passata in giudicato sulla violazione come illecito amministrativo deve precludere anche la sua persecuzione come reato penale. La decisione ai sensi dell'art. 72 [decisione con ordinanza senza dibattimento], nonché la decisione del giudice sul reclamo concernente la violazione come illecito amministrativo, deve essere ritenuta equivalente alla sentenza passata in giudicato”.

Ai termini del primo comma, nel caso in cui il verbale che impone l'ammenda, a causa della *scadenza* del termine di opposizione o del ritiro della stessa (art. 67 OWiG), sia diventato esecutivo, o se l'azione sia stata definitivamente giudicata da un giudice come illecito amministrativo o come reato, tale azione non può essere perseguita nuovamente *come illecito amministrativo*.

Dal disposto del secondo comma emerge inoltre che pure la (nuova) azione in sede penale è esclusa in presenza di una sentenza passata in giudicato che qualifica lo stesso fatto come illecito amministrativo o come reato. Ciò è collegato alla circostanza che il giudice ha l'obbligo di scrutinare l'azione sotto ogni profilo: se ravvisa elementi di un reato, dunque, deve immediatamente informare la Procura della Repubblica. Nel caso invece che il verbale che infligge l'ammenda sia diventato semplicemente definitivo ed esecutivo per carenza di un'opposizione, ciò non toglie che lo stesso fatto possa essere nuovamente perseguito come reato, e questo indipendentemente dal sopravvenire di nuove prove o da errori di diritto posti in essere nel giudicare il fatto medesimo. Per tale motivo, nel caso in cui l'autorità amministrativa stessa abbia motivo di ritenere che il fatto, o parte di esso, costituisca reato, deve trasmettere immediatamente il caso al pubblico ministero.

Il verbale che infligge l'ammenda può successivamente essere revocato ai sensi dell'art. 86 OWiG (Revoca della notifica della sanzione amministrativa nei procedimenti penali – v. *infra*) – senza necessità di una riapertura del giudicato ai sensi dell'art. 85 OWiG, visto che nella misura descritta e per quanto oggetto del procedimento penale, il fatto non è ancora stato giudicato in maniera definitiva. L'art. 85 così recita:

“Se un verbale che infligge un'ammenda amministrativa è stato emesso contro un soggetto, e quest'ultimo è stato giudicato per lo stesso fatto in un processo

all'esecuzione di una decisione giudiziale e le norme del Codice di procedura penale trovano applicazione (artt. 451, 1° e 2° comma, 459 e 459g, commi 1° e 2° in relazione all'art. 459 StPO).

penale, il verbale stesso deve essere revocato in tale misura. Lo stesso vale se una condanna non è inflitta nel procedimento penale, ma le conclusioni del giudice, che egli adotta nella decisione finale, si pongono contro (la inflizione) di una ammenda amministrativa.

“Somme di denaro pagate o raccolte sulla base del verbale che infligge l’ammenda amministrativa revocata devono essere prima detratte da una accertata sanzione penale, poi dalle conseguenze accessorie ordinate che obbligano il trasgressore all’effettivo pagamento, e infine dai costi del procedimento penale.

“Le decisioni ai sensi dei commi 1 e 2 devono essere rese in una sentenza o in un’altra decisione finale”.

L’iniziale contestazione del fatto come illecito amministrativo non esclude, quindi, che l’esito del processo sia una condanna penale⁸. Ai sensi dell’art. 81 *Ordnungswidrigkeitengesetz*, a norma del quale il giudice che ravvisi i presupposti per l’imputazione di un reato (*Strafttat*), può modificare la qualificazione giuridica del fatto. Il *Betroffene* (interessato) cambia veste e diventa *Angeklagter* (imputato). A comunicarglielo è il pubblico ministero (*Staatsanwaltschaft*) o il giudice *ex officio*. A fronte di una così rilevante modifica della condizione processuale, l’udienza viene sospesa qualora l’imputato, opportunamente avvisato di tale facoltà, ne faccia richiesta, onde poter adattare la sua difesa alla diversa qualificazione, ovvero qualora il giudice lo reputi necessario. Quasi tutto il materiale probatorio sino a quel momento acquisito dall’autorità procedente resta utilizzabile ai fini decisori (le norme del Codice di procedura penale si applicano anche alle attività conoscitive della pubblica amministrazione: art. 46 OWiG).

Nel caso in cui si sia inflitto per lo stesso fatto anche una misura disciplinare, ciò non ostacola invece il rilascio di un verbale per un’ammenda pecuniaria di natura amministrativa. L’art. 103, comma 3, LF non trova d’altronde applicazione nei rapporti tra potere disciplinare e potere pubblico punitivo (BVerfGE NJW 1967, 1651; 1970, 507). Nel caso in cui si sia di fronte ad una misura disciplinare, bisogna tuttavia esaminare (nell’ambito del potere discrezionale dell’autorità circa la persecuzione) se l’ammenda sia (ancora) necessaria (bisogna quindi in ogni caso tener conto degli effetti della misura disciplinare).

⁸ Cfr. anche R. DEL MONACO, *La prova dell’alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania*, disponibile alla pagina web <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1417536797DEL%20MONACO%202014a.pdf>.

L'autorità amministrativa che infligge l'ammenda e poi eventualmente il giudice adito devono esaminare l'intero contesto (*Lebenssachverhalt*) nell'ambito del quale il fatto si è prodotto. L'effetto preclusivo del verbale si estende pertanto ad ogni illecito amministrativo compreso nel fatto, indipendentemente dalla circostanza che tutti gli elementi siano stati presi in considerazione nel verbale. Gli elementi di una condotta che, secondo il diritto sostanziale, formano un'unità naturale di azione (*natürliche Handlungseinheit*: ad esempio, molteplici eccessi di velocità), un'unità di valutazione (*Bewertungseinheit*) o un illecito c.d. continuativo ("delitto" di durata – *Dauerdelikt*) vengono considerate come un unico fatto da un punto di vista procedurale.

Se nell'ambito del procedimento (amministrativo) sull'ammenda viene accertato dall'autorità competente che l'illecito fa parte di un fatto che è stato già oggetto di una precedente ammenda definitiva ed esecutiva, il procedimento deve essere archiviato. Se, ciò nonostante, l'autorità emette un verbale che impone un'ammenda, il verbale è da considerarsi nullo. L'ostacolo processuale del *ne bis in idem* deve essere rispettato d'ufficio ed eventuali vizi al riguardo possono essere scrutinati nell'ambito di un procedimento di riapertura ossia di revisione del giudicato, di un ricorso costituzionale diretto o di una verifica nell'ambito dell'esecuzione ai sensi dell'art. 458 StPO.

L'art. 84 OWiG, riferendosi a decisioni giudiziali passate in giudicato, prende in considerazione solo decisioni formalmente definitive: indipendentemente dalla loro natura assolutoria o di condanna, non devono essere impugnabili all'interno della medesima procedura.

Deve inoltre trattarsi di una decisione che scenda nel merito, che affronti quindi la "sostanza" del caso (*Sachentscheidung*), come una sentenza a seguito di un'udienza dibattimentale, anche se assolutoria. Hanno un effetto preclusivo limitato però quelle decisioni di merito con cui l'apertura del procedimento principale (art. 204 StPO) o l'emanazione di un decreto penale (art. 408, comma 2, StPO) vengono negati. In tali casi, in presenza di nuovi fatti e prove di cui il giudice venga a conoscenza, la contestazione del fatto, sia come illecito amministrativo che come reato, resta possibile.

Inoltre, qualora l'opposizione contro un verbale che infligge l'ammenda si appunti soltanto sulle *conseguenze* legali della 'condanna', e non contesti quindi anche il merito della decisione sulla colpevolezza, non si hanno effetti preclusivi relativamente alla decisione sul merito.

Non esplicano poi effetti preclusivi quelle decisioni di archiviazione adottate alla luce di soli ostacoli processuali (e che non abbiano quindi deciso il merito: c.d. *Prozessentscheidungen*).

Un'ordinanza del giudice ai sensi dell'art. 72 OWiG formalmente definitiva⁹, con cui si decide senza udienza principale, purché si tratti di una decisione di assoluzione oppure in difetto di opposizione da parte della procura e dell'interessato, esplica invece un pieno effetto materiale e preclusivo (in riferimento ad altre contestazioni di illeciti amministrativi, ma anche di reati); ad esiti analoghi conducono le ordinanze del giudice di reclamo (79, commi 5 e 6, OWiG) o anche il c.d. *Strafbefehl* (decreto penale)¹⁰, sebbene, in quest'ultimo caso, le possibilità di revisione o riapertura del procedimento in presenza di nuove prove siano più ampi.

Per quanto riguarda poi le archiviazioni ai sensi degli artt. 153a, comma 2, StPO e 153, comma 2, StPO, l'effetto preclusivo di dette decisioni si estende ai soli illeciti amministrativi ed a “contravvenzioni” (*Vergehen*), non però a “crimini” (*Verbrechen*)¹¹. Lo stesso vale anche per l'archiviazione giudiziale ai sensi dell'art. 47, comma 2, OWiG (sebbene ciò risulti controverso, almeno negli elementi di dettaglio).

Le decisioni di autorità amministrative stranieri esplicano solo in casi eccezionali un effetto preclusivo per le autorità tedesche. Il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 84 OWiG, infatti, non si applica di regola nei rapporti con la giurisdizione straniera (BGHSt. 24, 54, 57). Vanno però rispettati eventuali trattati ratificati con altri Stati, ed in particolare gli artt. 54 ss. della Convenzione Schengen.

⁹ Il giudice (della pretura) ha anche in questo caso un obbligo di cognizione piena.

¹⁰ Nello *Strafbefehlsverfahren* si deroga al principio secondo il quale una pena può essere irrogata soltanto a seguito di udienza, nel corso della quale l'imputato, oltre a dover essere sentito dal giudice, ha facoltà di esporre le proprie difese. Si può ricorrere allo *Strafbefehlsverfahren* se il reato va qualificato come *Vergehen* (contravvenzione), in relazione alla cui commissione da parte dell'imputato sussiste un sospetto sufficiente (*hinreichender Tatverdacht*) e se viene comminata una pena pecuniaria o una sanzione detentiva fino ad un anno; in quest'ultimo caso, se l'imputato non ha difensore, il giudice deve provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio. Sul tema, v. A. Keppeler, *Einspruch gegen den Strafbefehl – Opposizione a decreto penale di condanna nella RFT*, disponibile alla pagina web www.altalex.com/documents/news/2014/12/05/einspruch-gegen-den-strafbefehl-opposizione-a-decreto-penale-di-condanna-nella-rft.

¹¹ Il Codice penale tedesco distingue tra “contravvenzione” (*Vergehen*) e “crimine o delitto” (*Verbrechen*). Un crimine o delitto è un fatto suscettibile di essere punito con una pena privativa della libertà pari o superiore ad un anno. Trattasi, quindi, dei reati più gravi.

Infine, si segnala che in determinati casi, anche ove un verbale che infligga l'ammenda sia divenuto definitivo, il procedimento in relazione allo stesso fatto può essere riaperto e quindi la condanna definitiva può (eccezionalmente) essere revisionata. Ciò viene disciplinato dall'art. 85 OwiG, che richiama la disciplina del Codice di procedura penale sulla revisione della condanna definitiva, stabilendo alcune eccezioni all'*iter* procedurale ivi previsto:

“Art. 85 Riapertura dei procedimenti

Gli articoli dal 359 al 373a del Codice di procedura penale¹² devono applicarsi in maniera conforme alla riapertura dei procedimenti che si sono conclusi con una decisione finale sull'ammenda amministrativa, salvo se diversamente disposto dalle successive disposizioni.

La riapertura dei procedimenti, in favore del soggetto interessato, sulla base di nuove circostanze o prove (art. 359, comma 5 del Codice di procedura penale), non è possibile se:

1 - solo una sanzione amministrativa, dell'ammontare massimo di 250 euro, è stata prevista contro il soggetto interessato, o

2 - sono passati tre anni da quando la decisione sulla ammenda amministrativa è diventata res giudicata.

La prima frase e il n. 1 si devono applicare conformemente se è stato ordinato una conseguenza accessoria con effetti patrimoniali il cui valore non eccede i 250 euro.

La riapertura dei procedimenti a scapito del soggetto interessato è possibile in presenza dei presupposti di cui all'art. 362 del Codice di procedura penale solo con lo scopo di arrivare ad una condanna ai sensi del diritto penale. A tale fine, la riapertura è anche possibile se nuove circostanze o prove sopravvenute, prese separatamente o in connessione con prove precedenti, sono volte a fondare la condanna della persona interessata per un crimine.

Nel giudizio sulla riapertura dei procedimenti contro il verbale definitivo che infligge l'ammenda amministrativa, decide il giudice competente ai sensi dell'art. 68 [la pretura nel distretto dell'autorità amministrativa che ha emesso il verbale ed il giudice competente a decidere sull'eventuale opposizione]. Se una simile riapertura dei procedimenti è richiesta dal soggetto interessato, o se l'autorità amministrativa viene a conoscenza di circostanze che permettono la riapertura

¹² La traduzione inglese delle norme procedurali sulla revisione della sentenza penale definitiva è consultabile alla pagina web http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/.

dei procedimenti, questa deve trasmettere la documentazione alla Procura della Repubblica. L'art. 69, comma 4, prima frase, si applica conformemente”.

3. Il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU e la sua rilevanza per la Germania

In Germania, la CEDU e i suoi Protocolli integrativi sono stati introdotti nell'ordinamento nazionale mediante legge formale (*ex art. 59, comma 2, LF*), ed hanno quindi il rango di semplice legge federale. La Corte EDU non è gerarchicamente superiore alle corti nazionali tedesche e queste ultime – almeno in teoria – non sarebbero neppure vincolate alle decisioni della stessa Corte per l'interpretazione della Convenzione e dei diritti fondamentali garantiti a livello nazionale.

In realtà, nella pratica, le decisioni della Corte EDU rappresentano un fondamentale ausilio interpretativo per le autorità giudiziarie nazionali nell'applicazione della legge. In merito a ciò, il Tribunale costituzionale federale ha enfatizzato l'importanza, a livello nazionale, delle sentenze della Corte EDU, come emerge in modo paradigmatico nella decisione 2 BvR 1482/04:

*“Le decisioni della Corte EDU hanno una certa importanza in quanto esse riflettono lo stato di sviluppo della CEDU e dei suoi Protocolli. L'effetto vincolante di una decisione della Corte si estende a tutti gli organi statali, e li obbliga principalmente – sempre nel rispetto delle loro competenze, nonché del vincolo alla legge ed al diritto *ex art. 20, comma 3, LF* – a non violare la Convenzione, nonché a stabilire una situazione (a livello di diritto nazionale) che si vi conformi. Tuttavia, il rispetto della CEDU e delle sue garanzie rientra proprio all'interno di quanto previsto dall'*art. 20, comma 3, LF*. Inoltre, nonostante il principio del rispetto del diritto internazionale, un mancato rispetto delle sentenze della Corte EDU sarebbe possibile per evitare la violazione di principi basilari della Legge fondamentale. Ciò non toglie che le autorità e le corti nazionali debbano comunque confrontarsi con le sentenze della Corte EDU, nonché motivare la loro – eventuale – mancata osservanza”.*

Anche nella sua sentenza sulla detenzione preventiva del 4 maggio 2011 (2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10), il Tribunale costituzionale federale ha stabilito che, sebbene la CEDU abbia nell'ordinamento nazionale tedesco un rango inferiore rispetto alla Legge fondamentale, le disposizioni di quest'ultima devono essere interpretate in un'ottica di *favor* per i trattati internazionali. La CEDU e l'interpretazione che ne

dà la Corte europea devono quindi considerarsi un sostegno interpretativo per la determinazione del contenuto e dell'ambito dei diritti e principi fondamentali della Costituzione tedesca. Ad avviso dei giudici costituzionali, la sentenza della Corte europea del 17 dicembre 2009 (ric. n. 19359/04), sulla custodia di sicurezza, che conteneva nuovi elementi per l'interpretazione della Legge fondamentale, equivaleva ad un mutamento rilevante del diritto, che poteva legittimare pure il superamento dell'effetto di *res judicata* di una loro precedente decisione.

Per quanto attiene specificamente alla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea sul sistema sanzionatorio tedesco e sull'interpretazione del principio da parte della giurisprudenza nazionale, l'impatto è necessariamente più limitato, visto che tale protocollo non è ad oggi stato ratificato dalla Germania.

Al riguardo, la Germania, in sede di firma del Protocollo, in data 19 marzo 1985, aveva tra l'altro rilasciato la seguente dichiarazione: "*1. Con i termini 'reato' e 'offesa' di cui agli artt. 2-4 del presente Protocollo, la Repubblica Federale di Germania intende solo quei fatti che sono considerati reato nel proprio ordinamento*"¹³.

Nello stampato del *Bundestag* tedesco (*Drucksache BT*) n. 18/4881, 18^a legislatura, del 4 maggio 2015, contenente la relazione del Governo federale circa lo stato delle ratifiche di trattati e convenzioni europee, si legge, in relazione alla ratifica del Protocollo n. 7: "*Il Governo federale esamina ancora se una ratifica del protocollo firmato dalla Repubblica federale di Germania in data 19 marzo 1985 è possibile. Al riguardo, rileva al momento, in particolare, lo sviluppo della*

¹³ Cfr. <http://www.coe.int/it/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/declarations>. Il testo completo della dichiarazione così recita:

Declarations made at the time of signature, on 19 March 1985 - Or. Engl.:

1. By "criminal offence" and "offence" in Articles 2 to 4 of the present Protocol, the Federal Republic of Germany understands only such acts as are criminal offences under its law.

2. The Federal Republic of Germany applies Article 2.1 to convictions or sentences in the first instance only, it being possible to restrict review to errors in law and to hold such reviews in camera; in addition, it understands that the application of Article 2.1 is not dependent on the written judgement of the previous instance being translated into a language other than the language used in court.

3. The Federal Republic of Germany understands the words "according to the law or the practice of the State concerned" to mean that Article 3 refers only to the retrial provided for in sections 359 et seq. of the Code of Criminal Procedure. (cf. Strafprozessordnung). Articoli in questione: 2, 3, 4.

giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 4 del Protocollo che rafforza il principio del ne bis in idem circa il rapporto tra sanzione amministrativa e procedimento penale"¹⁴.

La mancata ratifica del Protocollo e pertanto la sua mancata incidenza e rilevanza pratica per la Germania spiega forse anche perché la relativa giurisprudenza, ivi inclusa la sentenza *Grande Stevens*, non sembra (finora) essere stata oggetto di commenti da parte della dottrina o giurisprudenza tedesca.

4. Segue: qualche considerazione sui rapporti tra il *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e l'art. 50 della Carta di Nizza

Va tuttavia evidenziato, senza poter tuttavia approfondire la tematica in questa sede, che il tenore letterale dell'art. 4 del Protocollo corrisponde – salvo il suo esclusivo riferimento al territorio interno dello Stato membro – a quello dell'art. 50 della Carta di Nizza, applicabile anche (ma non solo) nell'interno di uno Stato ivi inclusa la Germania. Quest'ultima Carta, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha infatti ottenuto il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea.

Inoltre, ai sensi dell'art. 52, comma 3, della Carta di Nizza *“Laddove la presente 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”*.

Sull'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo in rapporto con l'art. 50 della Carta di Nizza, meritano una segnalazione alcuni passaggi della presa di posizione¹⁵ dell'avvocato generale Niilo Jääskinen presentata il 2 maggio 2014 nella causa C-129/14 PPU (*Zoran Spasic*) in merito ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberlandesgericht* (corte d'appello) di Norimberga:

¹⁴ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/048/1804881.pdf>.

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CP0129&from=DE>.

“61. Come rilevato in precedenza, l’articolo 50 della Carta è redatto in termini identici a quelli dell’art. 4 del protocollo n. 7, l’unica differenza attiene all’ambito di applicazione territoriale del principio del *ne bis in idem*, il quale, nel caso della Carta, si estende a tutta l’Unione; nel caso dell’art. 4 del protocollo n. 7, invece, tale ambito comprende unicamente il territorio di uno Stato.

62. È pacifico che la Carta deve essere interpretata in conformità alle corrispondenti disposizioni della CEDU. Tuttavia, la questione che si pone è se tale approccio sia parimenti applicabile nel caso in cui una disposizione della CEDU non vincoli tutti gli Stati membri. A tal riguardo, per quanto concerne la presa in considerazione completa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ai fini dell’interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto dell’Unione, sono già state espresse tesi diverse.

63. A mio avviso, la mancata ratifica del protocollo n. 7 da parte di taluni Stati membri non può incidere sull’interpretazione dell’art. 50 della Carta, in quanto tale fatto non può modificare la portata di quest’ultima disposizione. In caso contrario, ciò equivarrebbe a riconoscere agli Stati membri un potere di interpretazione unilaterale quanto al contenuto del regime dei diritti fondamentali dell’Unione. Orbene, alla luce del principio dell’autonomia del diritto dell’Unione e del compito della Corte di assicurare la sua interpretazione uniforme, ciò deve essere escluso.

64. Di conseguenza, occorre procedere ad un’interpretazione coerente dell’art. 50, in combinato disposto con l’art. 4 del protocollo n. 7, partendo dal principio dell’identità di significato di queste due disposizioni per quanto riguarda i termini identici ivi contenuti”¹⁶.

¹⁶ L’avvocato si esprime, inoltre, in merito al rapporto tra l’art. 54 della Convenzione di Schengen (CAAS) e l’art. 50 della Carta:

43. Il principio del *ne bis in idem* ... è universalmente riconosciuto negli ordinamenti giuridici nazionali. Tuttavia, il diritto internazionale pubblico non impone tale principio agli Stati e non si è ritenuto che esso rientrasse nella nozione di equo processo sancita all’articolo 6 della CEDU.

44. ... Come dichiarato in seguito dalla Corte, «il principio del *ne bis in idem*, parimenti sancito dall’art. 4 del protocollo n. 7 (...), costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario del quale il giudice garantisce il rispetto». Da esso trae dunque origine una giurisprudenza particolarmente corposa ... il che depono, a mio avviso, contro la conclusione secondo la quale esisterebbe una nozione di *ne bis in idem* unica e uniforme in tutti i settori del diritto dell’Unione. Infine, lo status di diritto fondamentale di detto principio è stato riconosciuto dall’articolo 50 della Carta.

45. Senza entrare nei dettagli, occorre rammentare che il principio del *ne bis in idem* copre due aspetti o due idee giuridiche distinte. Si tratta, da un lato, del divieto di avviare un secondo

Le “Spiegazioni” ufficiali all’art. 50 della Carta di Nizza fanno esplicito riferimento all’art. 4 Prot. 7 CEDU (ed alla corrispondente elaborazione giurisprudenziale ad opera della Corte di Strasburgo) come ‘contenuto minimo’ del diritto ivi sancito, ferma restando poi la sua ulteriore proiezione – estranea alla corrispondente garanzia convenzionale – alla materia del *ne bis in idem*

procedimento penale in relazione allo stesso reato e rispetto alla stessa persona («Erledigungsprinzip», ossia il principio di esaurimento dei procedimenti) e, dall’altro, del principio del tener conto della sentenza («Anrechnungsprinzip»), [omissis], il primo aspetto è fondato sulle esigenze della certezza del diritto, mentre il secondo riflette piuttosto il principio dell’equità, rispetto al quale la regola della proporzionalità rappresenta un mezzo.

46. *È pacifico che, avuto riguardo al suo testo, l’art. 54 della CAAS prende in considerazione unicamente il primo aspetto, vale a dire il divieto del doppio procedimento penale, mentre il testo dell’art. 50 della Carta e quello dell’art. 4 del protocollo n. 7 includono entrambi gli aspetti. [omissis]*

53. *Contrariamente all’art. 54 della CAAS, l’art. 4 del protocollo n. 7 non si applica ai rapporti transfrontalieri, ma il suo ambito di applicazione è rigorosamente limitato alle situazioni interne di uno Stato. Come rilevato in precedenza, il suddetto articolo non contiene una condizione di esecuzione analoga a quella prevista dall’art. 54 della CAAS, bensì si estende, per contro, tanto al divieto del doppio procedimento penale quanto al divieto del cumulo delle sanzioni.*

54. *Adottato il 22 novembre 1984, il protocollo n. 7 [omissis] non compare fra le misure per le quali è prevista l’adesione dell’Unione. [omissis]*

55. *Ai sensi dell’art. 4, paragrafo 1, del protocollo n. 7, nessuno può essere perseguito o condannato penalmente due volte. Ai sensi del paragrafo 2 di detto articolo, la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, è tuttavia possibile se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. [omissis]*

56. *In definitiva, l’art. 4 del protocollo n. 7 garantisce pertanto una tutela che, senza essere assoluta, resta tuttavia più elevata di quella prevista dalle disposizioni della CEDU.*

57. *Le disposizioni dell’art. 4 del protocollo n. 7 costituiscono una fonte di giurisprudenza corposa e variegata della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale, mi sembra, ha mancato di precisione per quanto riguarda la determinazione delle nozioni di procedimento penale o di sanzione penale e, in particolare, per quanto riguarda l’interpretazione della nozione di reato. [omissis]*

59. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo conferma senza eccezioni che il principio del ne bis in idem riguarda non solo il caso di una doppia condanna, bensì parimenti quello della doppia azione penale. L’art. 4 del protocollo n. 7 è inteso a vietare la reiterazione di procedimenti penali definitivamente chiusi. Orbene, una decisione è considerata definitiva «se è passata in giudicato. Ciò avviene se essa è irrevocabile, ossia se essa non può più essere impugnata mediante mezzi di ricorso ordinari oppure quando le parti hanno esaurito tali mezzi o lasciato trascorrere i termini senza esperirli».*

60. *Inoltre, da una recente sentenza pronunciata nella causa Muslija c. Bosnia-Erzegovina, si evince che l’art. 4 del protocollo n. 7 vieta la prosecuzione di procedimenti paralleli dopo che uno di essi si è concluso con una decisione definitiva. In un’ipotesi del genere, si deve porre fine agli altri procedimenti”.*

internazionale. Alla luce di tutto ciò, sebbene la Germania non sia direttamente vincolata al Protocollo che non ha ratificato, il tema si pone comunque per il tramite dell'art. 50 della Carta.

Considerazioni al riguardo – in particolare al fatto che alcuni Stati membri abbiano apposto riserve e pertanto non sussisterebbe uno “*standard Cedu*” uniforme di interpretazione – sono state fatte anche dall'avvocato generale Cruz Villalón nel caso *Åklagare/Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10 del 26 febbraio 2013), ove ci si esprime a favore di un'interpretazione (parzialmente) autonoma dell'art. 50 della Carta di Nizza rispetto al Protocollo. Tuttavia, l'argomentazione al riguardo non sembra essere stata presa in considerazione nella sentenza della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia, infatti, ha adottato, specie nella causa *Åkerberg Fransson*, una linea molto cauta, affermando, da un lato, che l'art. 50 della Carta è norma di diritto primario dell'Unione, idonea ad essere direttamente applicata dal giudice nazionale senza necessità (né possibilità) di alcun coinvolgimento della rispettiva Corte costituzionale, ma precisando, dall'altro, che l'art. 50 “*non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che deve essere verificata dal giudice nazionale*”. La Corte ha in tal modo delegato al giudice nazionale la valutazione se – alla luce dei criteri della “qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale”, della “natura dell'illecito” e della “natura nonché del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere” (cioè dei criteri utilizzati dalla Corte di Strasburgo per la verifica della natura penale della sanzione) – la sanzione precedente ed il relativo procedimento applicativo, pur se qualificati formalmente come ‘amministrativi’, abbiano o meno natura sostanzialmente penale. In tal caso, un secondo procedimento sugli stessi fatti – ed il conseguente cumulo sanzionatorio – sarebbero preclusi ai sensi dell'art. 50 della Carta di Nizza, fermo restando – aggiunge la Corte – l'obbligo degli Stati membri di assicurare comunque che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (§ 36 della sentenza).¹⁷

In detta pronuncia, la Corte di giustizia ha interpretato in maniera estensiva il requisito secondo cui – per ritenere i diritti della Carta di Nizza applicabili ad una

¹⁷ Cfr. per ult. dettagli http://www.penalecontemporaneo.it/area/2-/29-/-/4150-ne_bis_in_idem_e_omesso_versamento_dell_iva_la_parola_alla_corte_di_justizia/.

determinata fattispecie – si deve trattare “dell’attuazione del diritto dell’Unione europea”. In altri termini, la Corte ha esteso il campo di applicazione della Carta di Nizza e con ciò implicitamente il proprio campo di competenza, legando il legislatore nazionale in modo ampio ai diritti fondamentali dell’Ue la cui interpretazione vincolante spetta alla Corte di giustizia.

Non sorprende, pertanto, che il Tribunale costituzionale abbia reagito a questa presa di posizione. Lo ha fatto nell’ambito della sentenza del 24 aprile 2013 (1 BvR 1215/07), ritenendo che il ricorso diretto ivi in esame ed avente ad oggetto la legge sull’archivio anti-terrorismo non inducesse ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nemmeno alla luce della citata sentenza *Åkerberg Fransson*, che – si è detto – riguardava specifici aspetti della normativa sull’imposta sul valore aggiunto senza però imporre principi generali. La legge sull’archivio anti-terrorismo e le attività basate sulla stessa non rappresentava, secondo il Tribunale costituzionale, un’attuazione del diritto dell’Ue ai sensi dell’art. 51, comma 1, per. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue. La legge in esame persegue obiettivi interni che possono influenzare i rapporti con il diritto dell’Unione solo in maniera indiretta. Pertanto, ad avviso dei giudici costituzionali, i diritti fondamentali della Carta non si applicano e la Corte di giustizia non si può considerare quale giudice naturale. Il Tribunale costituzionale ha al riguardo specificato che un qualsiasi legame di una previsione al solo astratto campo di applicazione del diritto dell’Ue non sia sufficiente per affermare il vincolo degli Stati membri ai diritti della Carta di Nizza. Non sarebbe nemmeno sufficiente che una regola nazionale esplicasse effetti dal punto di vista fattuale su una fattispecie regolamentata a livello dell’Unione. Qualora la Corte di giustizia esigesse l’ultima parola in questioni coinvolgenti diritti fondamentali, anche quando il diritto dell’Unione fosse solo marginalmente toccato, ciò si porrebbe, dal punto di vista tedesco, in contrasto con i trattati europei¹⁸.

¹⁸ In merito al rapporto tra le due Corti e tra diritto interno ed europeo cfr. anche l’ordinanza del Tribunale costituzionale federale del 6 luglio 2010 (2 BvR 2661/06) nel caso *Honeywell*:

In tale pronuncia il Tribunale costituzionale tedesco ha ritenuto corretta la decisione assunta dalla Corte suprema federale che aveva interpretato ed applicato il diritto interno alla luce della sentenza *Mangold*, ritenendo superfluo un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. I giudici costituzionali hanno al riguardo specificato che il loro intervento (il c.d. controllo “*ultra vires*”) si deve limitare ai casi in cui la potestà dell’Unione europea venga esercitata palesemente in contrasto con le competenze ad essa attribuite, integrando una fattispecie di eccesso di potere. Riprendendo l’argomentazione della sentenza sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009, si è evidenziato come il controllo *ultra vires* debba essere svolto secondo il c.d. principio di favore per il diritto Ue ed alla luce di un *self-restraint*. Dopo aver ribadito che il primato del diritto dell’Ue non può essere completo come quello previsto in uno stato federale (art. 31 LF), in quanto il diritto dell’Unione rimane ad oggi dipendente dal trasferimento e dall’attribuzione di poteri sulla base di

quanto previsto nei trattati (c.d. principio dell'attribuzione di poteri specificatamente limitata, "*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*"), il Tribunale ha specificato che il controllo *ultra vires* è consentito nei soli casi in cui appaia in maniera "sufficientemente qualificata" una violazione di competenze e/o poteri da parte degli organi e delle istituzioni della Ue (la violazione sufficientemente qualificata forma quindi un elemento integrativo dell'atto *ultra vires*). Pertanto, l'agire dell'Unione deve porsi palesemente e gravemente in contrasto con le competenze ed i precisi poteri ad essa attribuiti e l'atto in questione deve comportare importanti spostamenti strutturali nel riparto competenziale tra l'Unione europea e gli Stati membri, con pregiudizio di questi ultimi.

Il controllo *ultra vires* si deve coordinare con i compiti della Corte di giustizia diretti ad assicurare l'unità e la coerenza al diritto dell'Ue. Se non si può consentire che ogni Stato membro decida della validità degli atti dell'Unione (pena il venir meno del primato del diritto dell'Unione), non si può nemmeno richiedere che gli Stati rinuncino del tutto al controllo *ultra vires*. Altrimenti spetterebbe solamente agli organi dell'Ue la garanzia della disposizione sul fondamento contrattuale dell'Unione, anche di fronte all'estensione di competenze o modifiche dei trattati. La circostanza che in alcuni casi possano crearsi situazioni di tensione tra la prospettiva nazionale e quella eurounitaria è dovuta al fatto che, anche con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli Stati membri sono rimasti i "padroni dell'Ue". Dette situazioni si dovranno risolvere in modo cooperativo, in accordo con l'idea di integrazione europea, e dovranno essere stemperate attraverso il reciproco rispetto.

Nell'esaminare gli atti delle istituzioni dell'Ue, il Tribunale costituzionale deve, in linea di principio, considerare le decisioni della Corte di giustizia come recanti una interpretazione vincolante del diritto eurounitario. Nel caso in cui la Corte di giustizia non si fosse ancora pronunciata su una determinata questione, il Tribunale costituzionale, prima di accertare la natura *ultra vires* dell'atto, dovrà dare alla Corte di giustizia l'opportunità di pronunciarsi in merito attraverso il rinvio pregiudiziale: non è competenza del Tribunale quella di sostituire la propria interpretazione a quella della Corte di giustizia nelle questioni d'interpretazione del diritto dell'Unione. E, in riferimento all'attività della Corte, si devono tollerare anche interpretazioni dei trattati che, limitate a singoli casi, non comportino importanti spostamenti nel quadro delle competenze e che non spieghino effetti pregiudizievoli sui diritti fondamentali ovvero non impediscano che questi pregiudizi vengano compensati all'interno dello Stato.

INGHILTERRA

a cura di Sarah Pasetto

1. Introduzione

Quello dell'Inghilterra è un ordinamento, come noto, caratterizzato da grandi peculiarità, sotto molti punti di vista. Tali peculiarità hanno un impatto significativo sull'oggetto precipuo della presente indagine.

Innanzitutto, l'assenza di una costituzione codificata rende difficile indicare una determinata fonte – o anche serie di fonti – che possano essere pacificamente ritenute di rango costituzionale¹. Trattandosi di un sistema di *common law*, nonostante la proliferazione che, nel XX secolo, ha conosciuto il diritto politico (*statute law*), le pronunce giurisprudenziali (*case law*) mantengono comunque una posizione di non poco rilievo, soprattutto in alcuni settori dell'ordinamento, tra cui il diritto penale. Di conseguenza, la disciplina di un determinato ambito giuridico tende ad essere frammentaria e richiede una ricostruzione che abbia riguardo ad un ampio ventaglio di fonti, ivi inclusi i *codes* (codici deontologici), emanati dai singoli organi governativi per regolare la sfera di attività di loro competenza.

Per quanto riguarda il principio del *ne bis in idem*, corrispondente – salva la necessità di qualche precisazione: v. *infra*, par. 2 – al c.d. *double jeopardy*, il Regno Unito non ha (ancora) ratificato il Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo². Giova ulteriormente ricordare che in Inghilterra non si prevede una chiara demarcazione tra reati e condotte passibili di sanzioni amministrative (*administrative offences*), il che ha agevolato una applicazione assai estesa del divieto di cumulo tra i due tipi di procedimenti.

¹ Si v., però, la recente conferma dell'esistenza di una categoria di leggi aventi rango costituzionale ad opera della Corte suprema del Regno Unito, nella sentenza *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.

² La motivazione originariamente addotta dalle autorità britanniche per la mancata ratifica della previsione convenzionale era che il diritto interno non era compatibile con l'art. 5 del Protocollo n. 7 sulla parità tra coniugi. Tale ostacolo è stato rimosso mediante l'*Equality Act 2010*, ma la ratifica non è ancora avvenuta; ciò si deve, probabilmente, al fatto che non si ritiene sussista alcuna incoerenza tra il diritto interno e quello sancito dal Protocollo n. 7.

2. Il *double jeopardy*

Risale addirittura ai tempi della conquista normanna del 1066 l'introduzione di una norma che impediva di instaurare un processo a carico di una persona già prosciolta o già dichiarata colpevole in sede giudiziale per lo stesso reato. Nel caso di un precedente proscioglimento, l'imputato poteva avvalersi di un *plea* di *autrefois acquit*; nel caso di una dichiarazione di colpevolezza, il *plea* era di *autrefois convict*. La preclusione nei confronti di un secondo processo era funzionale a tutelare il suddito, altrimenti potenzialmente assoggettabile più volte a processo, ma anche a garantire l'equità e la corretta amministrazione della giustizia. Blackstone scriveva che "il *plea* dell'*autrefois acquit*, ovvero un proscioglimento precedente, è fondato su questa massima universale del *common law* dell'Inghilterra, che di nessun uomo deve essere messa in pericolo la vita o l'incolumità più di una volta per lo stesso reato. [...] [I]l *plea* dell'*autrefois convict*, ovvero una dichiarazione di colpevolezza precedente per lo stesso identico reato [...] costituisce un valido ostacolo ad una imputazione. E questo dipende dallo stesso principio di quello precedente, che di nessun uomo debba essere messa in pericolo la vita o l'incolumità per lo stesso identico reato"³. La c.d. regola dell'*autrefois* è nota più spesso come la norma contro il *double jeopardy* (doppio pericolo)⁴.

Perché si dia luogo alla tutela nei confronti del *double jeopardy*, sono necessari, in particolare, due elementi: l'identità in diritto ed in fatto della fattispecie e la sussistenza di un proscioglimento od una dichiarazione di colpevolezza validi.

Per quanto riguarda il primo elemento, il reato contestato all'imputato deve essere identico a quello per il quale era stato prosciolto o dichiarato colpevole nel primo giudizio. "[I]l termine 'reato' include sia i fatti che costituiscono l'atto criminale che le caratteristiche giuridiche che lo rendono un reato. Affinché si applichi [il principio del *double jeopardy*], si deve trattare dello stesso reato sia di

³ W. BLACKSTONE, *Commentaries*, 335-336, cit. in LAW COMMISSION, *Double Jeopardy: A Consultation Paper*, Consultation Paper n. 156, 1999.

⁴ Nel diritto inglese, peraltro, il concetto di *double jeopardy* potrebbe indicare anche il diritto di rivolgersi in appello da parte della procura ed il tentativo di riaprire il caso anche se si siano già esperite tutte le vie di appello oppure si sia fuori termine per il ricorso: cfr. LAW COMMISSION, *Double Jeopardy: A Consultation Paper*, Consultation paper n° 156, 2001, parr. 1.12-1.13. Il presente contributo si limiterà alla definizione enunciata nel testo.

fatto che di diritto”⁵. Pertanto, ad esempio, se un imputato si sia dichiarato colpevole, in sede di giudizio sommario (*summary trial*⁶) per illeciti compiuti ai sensi della normativa sulla sicurezza nel luogo di lavoro, per mancata manutenzione di una stufa a gas in un edificio residenziale, l’imputato non può invocare la tutela contro il *double jeopardy* nel processo per l’omicidio involontario di un residente morto per intossicazione da monossido di carbonio risultata dalla cattiva manutenzione⁷.

Per quanto riguarda il secondo elemento, deve essere stato emesso un proscioglimento od una dichiarazione di colpevolezza validi, poiché altrimenti non esiste nulla in diritto su cui possa fondarsi l’invocazione della tutela contro il *double jeopardy*. La decisione deve essere stata emessa da una corte avente la giurisdizione necessaria, anche straniera⁸, ed il procedimento non può aver ecceduto i poteri dell’organo giudiziale⁹. *A contrario*, dunque, non è precluso un secondo procedimento se il primo era affetto da irregolarità tali da dover essere annullato (eventualità che si verifica, ad esempio, se non si era concesso alla procura la possibilità di presentare delle prove¹⁰).

Il *Criminal Justice Act 2003* ha segnato una tappa fondamentale nella storia del *double jeopardy* in Inghilterra, eliminando la tutela prevista nei casi di reati gravi ed in cui sussistono circostanze eccezionali (v. *infra*, par. 2.2.); le relative previsioni, contenute nella *Part 10* della legge, sono entrate in vigore nell’aprile del 2005. La legge ha anche ovviato, in certa misura, alla elevata frammentarietà della disciplina, in precedenza affidata per la maggior parte alla giurisprudenza.

⁵ *Connelly v DPP* [1964] AC 1254.

⁶ Nell’ordinamento penale inglese, i reati si dividono nelle seguenti categorie: (1) i reati cc.dd. sommari (*summary offences*), per i quali non è previsto il diritto ad un processo alla presenza di una giuria; si tratta spesso di reati minori ed i casi vengono trattati dai *magistrates’ courts*; (2) *indictable offences*, ovvero reati generalmente di gravità maggiore, per i quali si procede solamente a seguito dell’emissione di un atto d’imputazione formale da parte della procura della Corona, ovvero il *Crown Prosecution Service*, e trattati dalle *Crown courts*. Esistono, poi, *offences triable either way*.

⁷ *Beedle* [1998] QB 356.

⁸ *Treacy v DPP* [1971] AC 537.

⁹ Si v. *R v Kent JJ, ex parte Machin* [1952] 2 QB 355.

¹⁰ *R v Dorking JJ, ex parte Harrington* [1984] 1 AC 743.

2.1. Il *double jeopardy* prima del 2003

La norma sul *double jeopardy* è semplice e chiara all'apparenza. Ciò non le ha impedito di essere oggetto di accese controversie nel corso degli anni, soprattutto in tempi recenti. Infatti, un'applicazione rigida della norma può conferire di fatto l'immunità nei confronti di qualsiasi successivo tentativo di condanna e sanzione per un determinato reato, anche se l'imputato ne è effettivamente il colpevole, con ovvio pregiudizio nei confronti delle vittime dell'illecito.

Non sono quindi mancati interventi, sia del legislatore che dei giudici, volti ad identificare eccezioni alla regola. Innanzi tutto, la *Court of Appeal* può disporre lo svolgimento di un nuovo processo ogni volta che accoglie un ricorso in appello contro una dichiarazione di colpevolezza, a condizione che ciò sia negli interessi della giustizia¹¹. In secondo luogo, un individuo prosciolto per un reato ma poi dichiarato colpevole per un altro reato, consistente nell'indebita influenza su o nell'intimidazione di un giurato o di un (potenziale) testimone nel primo procedimento (conclusosi con il proscioglimento) può essere sottoposto ad un nuovo processo. In questi casi, la corte che ha stabilito la colpevolezza con riguardo al reato relativo all'amministrazione della giustizia deve anche ritenere che, se non fosse stato per l'atto di influenza o di intimidazione, sarebbe stata reale la possibilità che il proscioglimento non avvenisse; inoltre, la corte deve accertare che il nuovo processo non sarebbe contrario agli interessi della giustizia¹².

Un'ulteriore tutela, per certi versi – ma indirettamente – connessa a quella contro il *double jeopardy*, si ha con le norme contro il c.d. “abuso di processo”, che spiegano efficacia là dove l'imputato non potrebbe essere sottoposto ad un processo equo (ad esempio, se sia trascorso un notevole lasso di tempo tra la commissione del reato ed il processo) oppure nei casi in cui sarebbe ingiusto sottoporlo a processo, anche se tale processo avverrebbe in maniera equa e

¹¹ Facoltà, questa, introdotta dalle *sections 55-57* del *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*.

¹² Si procede chiedendo alla *High Court* di emettere un'ordinanza che annulli il proscioglimento; l'ordinanza verrà rilasciata solamente se la *Court* sia convinta che l'individuo non sarebbe stato prosciolto in assenza dell'influenza o dell'intimidazione; se essa non ravvede alcun elemento contrario all'interesse della giustizia nel concedere l'annullamento; se la persona prosciolta ha avuto ampie opportunità di presentare le sue ragioni; e se è convinta che la dichiarazione di colpevolezza per il reato relativo all'amministrazione della giustizia rimarrà in essere.

giusta¹³. In concreto, però, ciò avviene solo raramente¹⁴. Nella sentenza *Connelly v DPP*¹⁵, la *House of Lords*¹⁶ ha stabilito che, in casi del genere, si ha l'inversione dell'onere probatorio: se un individuo è già stato sottoposto a processo per determinati fatti, sarebbe *prima facie* oppressivo processarlo di nuovo per gli stessi fatti; tuttavia, secondo *Lord Devlin*, “un secondo processo sugli stessi fatti o su fatti simili non è sempre e necessariamente oppressivo, e potrebbero esservi in un determinato caso circostanze speciali che lo rendono giusto e possibile in quello stesso caso”, circostanze che devono, però, essere dimostrate dalla procura. Il giudice non ha peraltro fornito una definizione esauriente delle circostanze che potevano dirsi “speciali” a tal fine, lasciando alle corti inferiori un margine di azione relativamente ampio. Neppure la giurisprudenza successiva ha dato alcuna definizione ferma, anche se vi sono riscontri nel senso della sufficienza dell'emersione di nuovi elementi probatori¹⁷.

La giurisprudenza ha elaborato anche il c.d. principio *Elrington*¹⁸: un imputato dichiarato colpevole di un reato non può essere sottoposto ad un secondo processo per la forma aggravata di quello stesso reato. Si ha un'eccezione, però, se i fatti a fondamento dell'elemento aggravante sono venuti alla luce dopo l'emanazione della prima dichiarazione di colpevolezza¹⁹. Peraltro, una persona che è stata prosciolta per un reato minore non può essere processata per una forma aggravata dello stesso anche se emergono nuovi elementi probatori.

2.2. Il *Criminal Justice Act 2003*

Le diverse eccezioni alla tutela contro il *double jeopardy* introdotte nel corso degli anni indicano il disagio crescente nei confronti dell'istituto, talvolta percepito come eccessivamente garantista. Il *double jeopardy* è stato quindi oggetto di un esame approfondito e di una conseguente riforma, solamente a seguito di due particolari fattori: innanzi tutto, l'evoluzione della tecnologia, che

¹³ Ad esempio, se la procura si era impegnata a non procedere in giudizio: *R v Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennet* [1994] 1 AC 42.

¹⁴ LAW COMMISSION, cit., par. 2.20.

¹⁵ [1964] AC 1254.

¹⁶ All'epoca, la massima giurisdizione del Regno Unito.

¹⁷ *Attorney-General for Gibraltar v Leoni*, Court of Appeal, 1999 (unreported) cit. in *Law Commission*, cit., par. 2.24.

¹⁸ (1861) 1 B & S 688.

¹⁹ *De Salvi* (1857) 10 Cox CCC 481.

ha reso possibile la reperibilità di materiale probatorio molto tempo dopo la commissione del reato; in secondo luogo, l'omicidio nel 1993 del giovane Stephen Lawrence, caso che ha suscitato grandi tensioni a causa delle motivazioni razziste a fondamento sia dell'omicidio sia – come poi appurato dall'inchiesta del Governo per fare chiarezza sulla vicenda (il c.d. rapporto Macpherson²⁰) – delle gravi mancanze investigative e procedurali della polizia e della procura. Il *Crown Prosecution Service* aveva deciso di non perseguire i sospettati; nella *private prosecution*²¹ intentata dai genitori della vittima, il giudice ha dichiarato l'inaffidabilità delle prove addotte dal testimone principale dell'accusa ed ha prosciolto gli imputati. Di conseguenza, come riscontrato nel rapporto Macpherson, “anche se dovessero emergere prove nuove ed affidabili contro qualsiasi imputato prosciolto, questi non potrebbe essere processato di nuovo, anche se le prove dovessero essere schiacciati”. La commissione ha aggiunto: “[s]uggeriamo solo che, forse, al giorno d'oggi, questa protezione assoluta potrebbe portare ad ingiustizie. Sono certamente essenziali salvaguardie complete ed opportune. Un nuovo processo a seguito di un proscioglimento rimarrebbe comunque un evento eccezionale. [...] In verità, prove affidabili non erano disponibili durante il processo e l'esito finale è stato che gli individui perseguiti hanno ottenuto, a seguito del loro proscioglimento, l'immunità dalla prosecuzione futura”²².

Nel 1999, la *Law Commission*²³ ha pubblicato la relazione della consultazione condotta sul tema del *double jeopardy*, nella quale ha ripercorso l'assetto normativo vigente nel Regno Unito ed ha esaminato talune altre giurisdizioni (tra cui anche quelle internazionali e CEDU), nonché le giustificazioni addotte a sostegno della tutela. La *Law Commission* ha concluso che esistevano certamente giustificazioni per mantenere una qualche forma di tutela, ma anche per consolidare le eccezioni, estendendole anche “oltre la portata attuale”, ferma restando l'applicabilità delle due eccezioni previste dall'art. 4 del Protocollo n. 7

²⁰ W. MACPHERSON, *The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of Cluny*, febbraio 1999, Cm 4262-I, consultabile *on line* alla pagina https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277111/4262.pdf.

²¹ L'azione penale instaurata da privati è un retaggio della giustizia penale antecedente al XIV secolo, quando le azioni erano a carico della vittima del reato: si v. N. GAROUPA – A. OGUS – A. SANDERS, *The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences: Is There an Economic Case for Integration?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2011, vol. 70, 229 ss. per una sintesi puntuale dell'evoluzione della giustizia penale inglese.

²² MACPHERSON, *cit.*, par. 7.46.

²³ Trattasi, come noto, dell'organo incaricato di esaminare il diritto vigente e proporre delle modifiche, là dove opportuno.

della CEDU, relativamente alla sopravvenienza di nuove prove oppure alla sussistenza di vizi fondamentali inficianti il primo processo. Le raccomandazioni della *Law Commission* erano fondate in grande misura sulla CEDU e sullo stesso art. 4 del Protocollo n. 7, la cui ratifica rientrava tra le intenzioni del Governo dell'epoca. L'idea era probabilmente di cogliere l'"occasione" della recentissima approvazione dello *Human Rights Act 1998*, con cui il legislatore aveva trasposto la maggior parte della CEDU nel sistema giuridico britannico, ma un argomento non secondario risiedeva nella circostanza che l'art. 4 del Protocollo n. 7 pone una disciplina più restrittiva nei confronti dei diritti degli imputati rispetto a quella allora vigente, e dunque la ratifica avrebbe consentito di procedere ad una limitazione che si riteneva da più parti opportuna²⁴. Paradossalmente, dunque, i diritti umani venivano invocati per legittimare e facilitare l'erosione della norma contro il *double jeopardy*²⁵.

Il rapporto Macpherson raccomandava l'abrogazione della tutela contro il *double jeopardy* nei casi di omicidio, per il caso in cui fossero emerse, successivamente, prove "nuove ed utilizzabili". La *Law Commission* ha essenzialmente fatto proprie queste raccomandazioni nella sua relazione del 2001 su *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*²⁶, che ha consolidato ed incorporato anche l'esito della consultazione del 1999.

Un'indagine che il Governo aveva affidato separatamente al *Lord Justice Auld*, sul sistema di giustizia penale, e pubblicato pochi mesi dopo quella della *Commission*, era nel senso dell'ulteriore espansione dell'eccezione alla tutela contro il *double jeopardy* a tutti i reati gravi punibili con l'ergastolo o con pene detentive di durata elevata²⁷.

Le raccomandazioni sono state trasposte nel *Criminal Justice Act 2003*. Le previsioni sull'affievolimento della regola contro il *double jeopardy* (contenute nella *Part 10*) sono entrate in vigore nell'aprile 2005. Secondo tali previsioni, per

²⁴ All'epoca della redazione del *Consultation Paper* sul *double jeopardy*, la *Law Commission* aveva registrato l'intenzione del Governo di procedere alla ratifica del Protocollo n. 7. Tuttavia, a distanza di quindici anni, questo non è ancora avvenuto, né vi sono attualmente manifestazioni significative in tal senso.

²⁵ L. MCNAMARA, *Human Rights Controversies: The Impact of Legal Form*, 2007, Abingdon, UK – New York, USA, Routledge-Cavendish, 47 ss.

²⁶ LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, Law Com n. 267, 2001. Reperibile a <http://www.lawcom.gov.uk/project/double-jeopardy-and-prosecution-appeals/>.

²⁷ R. AULD, *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, 2001, reperibile a <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-00.htm>.

determinati reati gravi – tra cui l’omicidio, l’omicidio involontario, il sequestro di persona, la violenza sessuale, la rapina a mano armata e reati gravi legati agli stupefacenti – può essere instaurato un secondo processo dopo il proscioglimento, a prescindere dal momento in cui i reati siano stati commessi, se dopo il proscioglimento siano emerse prove nuove e decisive, ottenibili ad esempio per mezzo di analisi del DNA. È necessario il consenso personale del *Director of Public Prosecutions* per dar corso al secondo processo – condizione alla quale si può eccepire nei casi urgenti – nonché un’ordinanza della *Court of Appeal* di annullamento della sentenza di proscioglimento originaria. La *Court of Appeal* deve accertare l’esistenza di tali prove, ed in particolare deve verificare che queste non erano state addotte durante il primo giudizio e che sono affidabili e rilevanti. Inoltre, quando valutate alla luce del contesto delle questioni irrisolte del caso, le prove debbono fornire forti indicazioni a favore della colpevolezza del soggetto già prosciolto (*section 78*). Infine, la *Court* deve ritenere che la riapertura del caso sia giustificata dall’interesse della giustizia (secondo la *section 79*, si devono valutare i seguenti aspetti: se esistano fattori che rendono assai improbabile che il processo avvenga in maniera equa; il periodo di tempo trascorso dalla commissione del reato; se le forze di polizia e la procura abbiano agito con la celerità e la diligenza dovuta nel processo originario e con riguardo alle prove nuove; ed eventuali aspetti ulteriori che siano pertinenti, non precisati). La decisione della *Court of Appeal* di emettere o meno l’ordinanza di annullamento e di predisporre il secondo processo può essere impugnata dinanzi alla Corte suprema (*section 81*).

La *Part 10* dell’*Act* pone inoltre una serie di criteri procedurali che devono essere rispettati prima di poter procedere al secondo processo e durante lo svolgimento dello stesso (ad esempio, con riguardo al potere di fermo cautelare), nonché diverse limitazioni che possono essere applicate alla copertura mediatica dei casi ed alle conseguenze delle eventuali violazioni delle stesse.

Come accennato, i reati per i quali è prevista la possibilità di superare la tutela contro il *double jeopardy* sono quelli “gravi”, ovvero quelli la cui pena può raggiungere nel massimo l’ergastolo e relativamente ai quali le conseguenze per le vittime o per la società in generale sono particolarmente gravi. I reati sono elencati alla *Schedule 5* dell’*Act* ed includono l’omicidio, l’omicidio involontario e la violenza sessuale. È da sottolineare che la categoria non comprende tutti i reati per cui è prevista la pena dell’ergastolo, poiché per alcuni di questi si ritiene che difettino le necessarie ripercussioni gravi per la società.

3. *Double jeopardy* ed autorità amministrative di vigilanza

In Inghilterra esiste una vasta gamma di dipartimenti o agenzie, creati solitamente in risposta all'emergere di nuovi mercati o per sopperire ai nuovi bisogni di quelli esistenti, che hanno il potere, sancito per legge, di adottare e far valere determinati *standards* di comportamento delle materie di loro competenza²⁸: si pensi, ad esempio, alla *Civil Aviation Authority*, alla *Consumers and Markets Authority*, all'*Environment Agency* ed alla *Financial Conduct Authority*²⁹.

L'obiettivo della regolamentazione di tali autorità è quello di assicurare l'adesione agli *standard* comportamentali individuati dalla stessa autorità di vigilanza, un obiettivo non sempre perseguibile per mezzo della normativa penale. Tale ultimo rilievo è corroborato dall'uso assai modesto della normazione penale inerente agli ambiti disciplinati dalle autorità: nel 2010, si stimava che solamente tra l'1,5 ed il 2% degli imputati dinanzi alla *Crown Court* fossero processati per reati relativi a questi ambiti³⁰.

Nella forma più classica, gli *standards* di comportamento sono imposti per mezzo di una struttura facente parte della pubblica amministrazione, che consiste in un organo di vigilanza ufficiale creato dal governo e dotato del potere di imporre regole e sanzioni per punire determinati comportamenti.

Si prevede l'imposizione di controlli su determinati comportamenti per mezzo di varie combinazioni di soggetti pubblici e privati. Le principali motivazioni che hanno portato all'attuale configurazione del modello sono due: per un verso, una esigenza di risparmio, che ha trasferito a soggetti del settore privato determinate attività già svolte da soggetti pubblici; per altro verso, il riconoscimento dell'efficacia dei controlli svolti da soggetti non necessariamente espressione del Governo.

Una caratteristica importante del sistema risiede anche nel forte impatto della autoregolamentazione da parte degli organi di vigilanza. Ciascun organo è infatti libero di adottare, oltre agli *standards* che ritiene opportuni, anche le modalità attraverso le quali assicurarne l'osservanza. Ciononostante, l'assetto è attraversato da un certo numero di problematiche comuni, di talché è possibile fare alcune

²⁸ In particolare, i diversi fenomeni di privatizzazione sono spesso stati accompagnati dall'istituzione di un organo di vigilanza incaricato della supervisione dei nuovi operatori.

²⁹ Per un elenco completo, si v. <https://www.gov.uk/government/organisations>.

³⁰ LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Contexts: A Consultation Paper*, Consultation Paper n. 195, 2010, par. 1.26.

considerazioni e raccomandazioni generali che valgano per tutto l'assetto regolamentare.

In particolare, è da segnalare il numero estremamente elevato di reati introdotti dalle autorità di vigilanza per contrastare gli illeciti minori, con il risultato di aver prodotto un volume di norme tanto cospicuo quanto inutile, in considerazione delle rarissime azioni penali instaurate e/o della preesistenza di altre norme penali che già punivano le medesime condotte. Da qui, la raccomandazione di abrogare questi reati e di favorire l'uso delle *civil sanctions*³¹ introdotte per mezzo del *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*, onde risparmiare le risorse impiegate per produrre norme di fatto utilizzate assai raramente ma anche per evitare di “svuotare” di significato la minaccia dell'azione penale.

La presenza di questo nuovo secondo “binario sanzionatorio” ha, ovviamente, una incidenza sulla procedibilità dell'azione penale e pone questioni che possono ricondursi all'applicazione concreta della tutela contro il *double jeopardy*. In particolare, l'autoregolamentazione di cui godono le autorità di vigilanza si estende, in ultima analisi, fino a lasciare loro il potere decisorio circa il permettere o meno il cumulo delle sanzioni attraverso l'eventuale adesione al *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*; in concreto, tuttavia, anche per i regimi che non aderiscono a tale legge, il cumulo viene – come si vedrà – scoraggiato.

3.1. Il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*

Il *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* è fondato in larga misura sulle raccomandazioni contenute nel c.d. “rapporto Macrory” e nella c.d. “*Hampton Review*” sulle sanzioni regolamentari³².

³¹ LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Contexts*, cit., parr. 1.20 ss.

³² In particolare, il professor Macrory era stato incaricato dal Governo britannico di esaminare il sistema delle sanzioni previste dalle autorità di vigilanza, al fine di accertarne la coerenza e l'adeguatezza nel contesto di un approccio alla regolamentazione fondato sul rischio, specie alla luce di quanto riscontrato nel *Hampton Review*, il quale proponeva che il regime sanzionatorio fosse fondato sul rischio di recidiva da parte del soggetto in questione e sugli effetti del reato. In particolare, il rapporto Macrory identificava sei c.d. *Penalty Principles* (principi della pena) che dovevano applicarsi ad ogni sforzo di far rispettare gli *standards* di comportamento: (1) porsi l'obiettivo di modificare il comportamento del soggetto che compie un atto illecito; (2) avere lo scopo di eliminare qualsiasi vantaggio o guadagno pecuniario che possa derivare dal mancato rispetto; (3) rispondere adeguatamente e valutare ciò che è opportuno per il soggetto e la problematica in questione (valutazione che ben può condurre all'irrogazione della pena ed alla “stigmatizzazione” pubblica derivante da una condanna penale); (4) individuare la proporzione tra la natura della mancanza ed il danno provocato; (5) mirare a sanare il danno causato dal mancato rispetto degli *standards* di comportamento, là dove opportuno; e (6) mirare a dissuadere da futuri comportamenti non-conformi.

L'ordinamento inglese ha scelto di non creare una categoria separata di "illecito amministrativo" (*administrative offence*), a causa delle difficoltà che si riteneva sarebbero insorte nella classificazione degli atti illeciti (ed in specie nella distinzione tra illeciti penali ed illeciti amministrativi). Vi era inoltre il rischio che la classificazione avvenisse con riguardo non a criteri normativi, ma piuttosto a motivi di praticità ed opportunità politica³³.

Per quanto riguarda il *ne bis in idem*, il rapporto Macrory vi fa espresso riferimento, raccomandando al Governo di verificare se i meccanismi esistenti fossero sufficienti ad impedire questa forma di *double jeopardy*, e, se del caso, quale potesse essere il modo migliore per farvi fronte³⁴.

La legge del 2008 ha introdotto quattro categorie di sanzioni per illeciti in ambiti coperti da autorità amministrative di vigilanza che dovevano integrare le previsioni penali esistenti. Trattasi delle cc.dd. "sanzioni civili" (*civil sanctions*), volte a colmare il divario esistente tra l'azione penale e le attività di semplice persuasione: l'atto illecito rimane di natura penale, ma queste sanzioni sono di natura "civile"³⁵. Esse si dovrebbero applicare nei casi in cui l'illecito non meritasse la "stigmatizzazione" associata alla rilevanza penale oppure come primo tentativo di assicurare la osservanza da parte del soggetto degli *standards* di comportamento.

Non tutti gli organi di vigilanza possono esercitare questi nuovi poteri sanzionatori³⁶. Qualora lo ritengano opportuno, gli organi non designati originariamente possono chiedere l'autorizzazione allo scopo. La *Financial Conduct Authority*, ad esempio, ha omesso di avanzare una tale richiesta, poiché i

Per i testi, R.B. MACRORY, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report*, novembre 2006; e P. HAMPTON, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, marzo 2005, per conto del Ministero del Tesoro di Sua Maestà.

³³ LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Contexts*, cit., par. 3.20.

³⁴ MACRORY, cit., par. 3.49.

³⁵ Anche se il nome parrebbe indicare la natura "non penale" delle misure, l'illecito rimane di tipo penale, il che significa che si applicano comunque le tutele di cui all'art. 6 CEDU: M. JEFFERSON, *Regulation, Businesses, and Criminal Liability: Comment*, in *Journal of Criminal Law*, vol. 75, n. 37, 2011.

³⁶ Nei dibattimenti precedenti l'approvazione della legge del 2008, si trattava di un punto assai controverso. Si temeva infatti che conferire agli organi di vigilanza facoltà potenziate di imporre sanzioni civili, in assenza del coinvolgimento di una corte, potesse sfociare in abusi ed ingiustizie.

Attualmente, possono esercitare tali poteri di sanzione oltre cinquecento organi di vigilanza, tra cui anche quattrocento autorità locali dotate del potere di emettere regolamentazioni.

suoi vertici hanno ritenuto che il nuovo potere non avrebbe influito in misura significativa sulla loro attività³⁷.

3.1.1. *Le civil sanctions*

La prima delle quattro categorie di *civil sanctions* è rappresentata dalle *fixed monetary penalties* (sanzioni pecuniarie fisse), che possono essere imposte quando l'organo di vigilanza ritiene, oltre ogni ragionevole dubbio, che il soggetto abbia commesso l'infrazione contestata. Se il reato è suscettibile di una multa in sede di giudizio, l'ammontare imposto dall'organo di vigilanza non può eccedere l'ammontare fissato per la multa. Secondo la *section 41* della legge, se si impone una *fixed monetary penalty*, “non si può istituire alcun procedimento penale per il reato in questione nei confronti del soggetto relativamente all'atto o all'omissione a cui l'avviso si collega, prima della fine del periodo utile durante il quale il soggetto” può adempiere alle condizioni della *fixed monetary penalty*. “[S]e il soggetto adempie a questa obbligazione, non potrà, in alcun momento, essere dichiarato colpevole del reato relativo all'atto od omissione”.

La seconda categoria è disciplinata dalla *section 45*, e concerne i *discretionary requirements*, anche questi applicabili solo se l'organo di vigilanza ha accertato oltre ogni ragionevole dubbio che il soggetto in questione ha commesso il reato contestato. La categoria prevede due specie: le penalità pecuniarie variabili (*variable monetary penalties*), sanzioni il cui importo è determinato dall'organo di vigilanza stesso³⁸; ed i *non-monetary discretionary requirements*, che a loro volta possono essere (1) un obbligo a compiere azioni determinate dal *regulator*, entro il periodo di tempo da esso stabilito, volte ad impedire la continuazione dell'illecito o la ripetizione dello stesso, oppure (2) un obbligo a compiere, entro un determinato periodo di tempo, determinate azioni precisate dal *regulator* e volte ad assicurare che la situazione sia, per quanto possibile, “ripristinata”, cioè resa identica a quella che sarebbe prodotta se il reato non fosse stato commesso. Non è possibile cumulare diversi *discretionary requirements* nei confronti di uno stesso soggetto per lo stesso atto od omissione. Anche per quanto riguarda i *discretionary requirements*, l'imposizione della misura (nonché la notifica della

³⁷ C. HODGES – N. CREUTZFELD, “Transformations in Public and Private Enforcement”, in H.W. MIKLITZ – A. WECHSLER (a cura di), *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in a Global Perspective*, Oxford, UK – Portland, USA, Hart Publishing, 2016, 115 ss., 122.

³⁸ Anche la *variable monetary penalty* non può superare, nel suo ammontare, quanto eventualmente previsto in caso di multa comminata in sede di giudizio.

stessa, se il soggetto si impegna formalmente ad adempiervi) vale ad escludere la sottoponibilità a processo penale del soggetto in questione.

La terza categoria è quella delle cc.dd. *stop notices* (*section 48*), ovvero avvisi di cessazione. Il soggetto deve cessare un'attività che provoca o che probabilmente provocherà gravi danni e che ha dato luogo, oppure è suscettibile di dare luogo, alla violazione di uno *standard* di comportamento. Tali avvisi rimangono in vigore finché il soggetto non pone in essere tutte le attività necessarie per tornare alla situazione di conformità. Se un soggetto al quale è stato notificato un avviso di cessazione non si conforma ad esso, il soggetto commette un reato, per il quale la pena prevista è una multa fino a £20.000 e/o una pena detentiva non superiore ai dodici mesi, per i giudizi resi in via sommaria, oppure una pena detentiva non superiore ai due anni e/o una multa (il cui ammontare massimo non è precisato), per i giudizi resi su *indictment*. Pertanto, anche per quanto riguarda questo rimedio, la giurisdizione penale è separata e successiva rispetto al tentativo di esecuzione in forma alternativa.

Infine, vi sono gli *enforcement undertakings* (*section 50*), ovvero accordi stipulati tra l'organo di vigilanza ed il soggetto inadempiente ad obblighi di comportamento volti ad attuare determinate azioni correttive per impedire ciò che potrebbe configurarsi come un'infrazione. Come stabilito alla *subsection 4* della stessa previsione, il soggetto con il quale il *regulator* stipula l'accordo non può in alcun momento essere perseguito per il reato relativo all'atto od omissione sul quale si fonda l'accordo; inoltre, esso non può essere assoggettato né ad una *fixed monetary penalty* né ad un *discretionary requirement*.

I ricorsi contro l'imposizione di queste misure sono possibili dinanzi al *First-tier Tribunal*³⁹, oppure dinanzi a qualsiasi altro *tribunal* competente creato in un secondo momento (*section 54*).

HODGES sottolinea che questi sviluppi nel diritto relativo alle sanzioni sono stati accompagnati, pur non intenzionalmente, da diverse evoluzioni nella sfera penale tali per cui in molti sensi, le due branche sembrano approssimarsi ed addirittura sovrapporsi, in certi casi⁴⁰: si pensi soprattutto all'ampliamento degli

³⁹ Organo facente parte del sistema di *tribunals* del Regno Unito che tratta ricorsi contro decisioni rese da organi dell'esecutivo. È possibile agire in appello contro le pronunce del *First-tier Tribunal* presso l'*Upper Tribunal*. L'appello contro le decisioni di quest'ultimo organo sono proposte dinanzi alla giurisdizione ordinaria, ovvero la *Court of Appeal* e poi la Corte suprema del Regno Unito.

⁴⁰ C. HODGES, *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, 2015, Oxford, UK – Portland, USA, Hart Publishing, 192 ss.

obiettivi della sanzione penale per ricomprendere – oltre alla sanzione ed alla deterrenza – anche aspetti quali la riparazione del danno subito dalle vittime dell’atto illecito, la tutela del pubblico e la riabilitazione del reo.

3.2. I poteri sanzionatori degli organi di vigilanza

I poteri conferiti agli organi di vigilanza includono, come accennato, anche la possibilità di intraprendere azioni penali, oltre a quella di irrogare *civil sanctions* (se l’organo di vigilanza ha scelto di usufruirne). Il rapporto Macrory ed il successivo esame della disciplina da parte della *Law Commission* si sono soffermati sull’opportunità dell’invocazione del diritto penale nei confronti dei soggetti sottoposti alla regolamentazione degli organi di vigilanza, tenendo conto del fatto che la quasi totalità dell’attività commerciale è governata secondo questo schema⁴¹. Entrambi gli studi si sono però mostrati a favore del mantenimento della sanzione penale, che rimane un importante strumento di esecuzione per gli organi di vigilanza, magari adottando un approccio “gerarchico” alla sanzione, con al vertice le sanzioni penali per gli illeciti di natura più grave (comportanti in genere un elemento psicologico di frode, di intenzionalità o di negligenza grave) ed ai livelli inferiori le sanzioni civili, quali quelle predisposte dall’*Act* del 2008.

In ogni caso, è possibile osservare che, in genere, la scelta di imporre una sanzione civile piuttosto che intentare una azione penale dipende in parte da questioni relative alla *gravità* dell’illecito, e non a caratteristiche intrinseche dello stesso. In altre parole, la distinzione dipende dalla gravità e dalla natura del rischio posto in essere dal comportamento in questione, ed in particolare dal fatto che questi elementi siano o meno tali da richiedere l’effetto deterrente e retributivo e la “stigmatizzazione” associati ad una sanzione penale, nonostante l’onere probatorio maggiore (necessità di dimostrare che il rischio sia stato posto in essere, oltre ogni ragionevole dubbio).

Tutto questo è possibile anche perché il sistema di giustizia penale inglese non prevede l’obbligatorietà dell’azione penale:

La maggior parte delle autorità di vigilanza è in grado di avviare un procedimento penale per le violazioni degli *standards* di comportamento di loro competenza⁴². Tuttavia, esse sono spesso riluttanti a procedere in giudizio in ambito penale per numerosi motivi, tra cui i costi elevati e la tempistica dilatata

⁴¹ C. HODGES, *Law and Corporate Behaviour*, cit.

⁴² Un’eccezione è il *Department for Environment, Food & Rural Affairs*, i cui poteri di instaurare l’azione penale sono stati assorbiti dal *Crown Prosecution Service*.

per la risoluzione della vicenda, nonché per il fatto che i sistemi regolamentari potrebbero richiedere specifiche conoscenze tecniche che non è ragionevole aspettarsi dai giudici comuni. Di solito, quindi, l'azione penale è l'ultima risorsa invocata per assicurare la conformità agli *standards* di comportamento. In pratica, la decisione è spesso di competenza dell'*investigating officer* dell'autorità di vigilanza incaricato del singolo caso⁴³. Nel giungere alla propria decisione, l'*officer* dovrà aver riguardo a diversi fattori, tra cui l'adesione o meno dell'organo di vigilanza al regime previsto dal *Regulatory Sanctions and Enforcement Act 2008* ed al codice deontologico predisposto dallo stesso organo. Se si applica il regime sanzionatorio stabilito per legge, l'*officer* sarà generalmente tenuto a tentare vie diverse prima di procedere, se del caso, alla azione penale; inoltre, come si è visto *supra* (par. 3.1), le sanzioni non saranno cumulabili tra loro ed escludono la punibilità in via penale.

A titolo esemplificativo, di seguito si descrivono le previsioni predisposte dalla *Competition and Markets Authority* nel *Cartel Offence Prosecution Guidance*⁴⁴ del 2014 sull'opportunità di ricorrere all'azione penale nei casi in cui il reato in questione sia quello della formazione di un cartello, in violazione della disciplina sull'antitrust. Le previsioni sono fondate sul *Code for Crown Prosecutors*, ovvero sugli *standards* comportamentali che disciplinano l'operato della procura della Corona. Si passeranno in rassegna anche i criteri applicati dalla *Financial Conduct Authority*, in quanto organo di vigilanza che ha ritenuto opportuno non adottare il sistema sanzionatorio predisposto dal *Regulatory Sanctions and Enforcement Act 2008*. Si potrà vedere che, in ogni caso, il cumulo delle sanzioni penali ed alternative tende ad essere escluso.

3.2.1. La Competition and Markets Authority

La decisione circa il ricorrere o meno all'azione penale è generalmente affidata alla stessa *Competition and Markets Authority*. L'analisi che devono compiere i funzionari della *Authority* si svolge su due fasi: la prima riguarda il materiale probatorio, mentre la seconda l'interesse generale sotteso all'azione. L'analisi del materiale probatorio deve solitamente precedere quella dell'interesse generale. La

⁴³ SÉNAT, *Étude de législation comparée n° 259 - octobre 2015 - La prévention du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales*, 2015, reperibile on line alla pagina <http://www.senat.fr/lc/lc259/lc2590.html>.

⁴⁴ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Cartel Offence Prosecution Guidance*, 2014, reperibile a <https://www.gov.uk/government/publications/cartel-offence-prosecution-guidance>.

decisione di non procedere nell'azione penale non osta a che la *Authority* commini sanzioni o intenti un'azione civile.

Durante la fase probatoria, la *Competition and Markets Authority* deve accertarsi che vi siano prove sufficienti a fondare una possibilità realistica che il soggetto sia dichiarato colpevole, ed in particolare che le prove siano ammissibili, affidabili e credibili. L'organo deve considerare anche le tesi che potrebbe addurre la difesa e le probabilità che influiscano sulla determinazione di colpevolezza. Inoltre, deve assicurarsi che non sussistano fattispecie che rendono, per espressa disciplina legislativa⁴⁵, impossibile la persecuzione in sede penale.

Se la fase probatoria è stata superata, è possibile procedere a quella volta ad accertare la sussistenza dell'interesse pubblico all'azione penale. Di solito, l'azione avrà luogo a meno che non vi siano fattori importanti in senso contrario. Nella valutazione, la *Authority* deve concentrarsi sui casi in cui la natura nociva del comportamento posto in essere dall'individuo sia evidente, senza il bisogno di cercare ulteriori analisi. In particolare, la *Authority* dovrà prendere in considerazione una serie di questioni, la cui importanza relativa non può essere specificata *a priori*, ma che dipende dalle singole circostanze della fattispecie. Le questioni sono le seguenti: la gravità del reato commesso; la misura di colpevolezza del soggetto sospettato; l'effetto sulla comunità; la proporzionalità della prosecuzione come reazione all'illecito.

3.2.2. La Financial Conduct Authority

La *Financial Conduct Authority* adotta un sistema sanzionatorio⁴⁶ diverso da quello predisposto dal *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*. È dotata del potere di perseguire una serie di reati precisati in via legislativa⁴⁷, purché ovviamente l'azione penale sia coerente con i suoi obiettivi. La *policy* generale adottata dalla *Authority* è di avviare l'azione là dove sia opportuno, in accordo con i principi enunciati nel *Code for Crown Prosecutors* (come nel caso della *Competition and Markets Authority*).

⁴⁵ Nella specie, l'*Enterprise Act 2002*, come modificato dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

⁴⁶ Si v. la parte EG 12.1 – *The FCA's general approach* del *FCA Handbook*, aggiornato da ultimo nel marzo 2016, reperibile a <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/EG/12/?view=chapter>.

⁴⁷ In particolare, dal *Financial Services and Markets Act 2000*.

Nel contesto degli illeciti finanziari, se i procedimenti penali sono intrapresi o stanno per esserlo, la *Financial Conduct Authority* ha anche il potere di applicare “sanzioni civili”, ad esempio qualora ciò sia necessario per tutelare i consumatori. Nel giungere ad una tale decisione, la *Authority* deve aver riguardo alle possibili ripercussioni per la azione penale, in particolare alla possibile incidenza dell’azione civile sulla posizione degli imputati (segnatamente nell’esposizione degli argomenti a loro difesa). Nel valutare l’opportunità dell’azione civile, si dovrà tenere conto della portata del procedimento penale e dei poteri di cui dispone il giudice in sede penale.

Nel particolare caso dell’abuso di mercato, la *Authority* può scegliere se agire in via penale oppure imporre una sanzione. Nella decisione, deve aver riguardo ad una serie di elementi, tra cui: la gravità del comportamento illecito; l’esistenza o meno di vittime che abbiano subito danni a causa dell’illecito; la misura e la natura del danno arrecato; l’effetto del comportamento illecito sul mercato in questione; l’entità dei profitti ricavati o della perdita evitata a causa dell’illecito; l’esistenza di motivi per ritenere che il comportamento illecito proseguirà o verrà ripetuto in futuro; l’eventuale pregresso ammonimento del soggetto o la sua pregressa condanna per reati relativi a comportamenti illeciti sul mercato; la misura in cui sono stati forniti rimedi a coloro che hanno subito danni a causa dell’illecito; le possibili ripercussioni dell’azione penale sulle possibilità, per i soggetti danneggiati, di ottenere un rimedio; l’atteggiamento collaborativo o meno del soggetto nella proposizione di misure correttive; la presenza di aggravanti per l’illecito legate a componenti di disonestà oppure di abuso di autorità.

La decisione di avviare l’azione penale deve essere adottata dal Presidente del *Regulatory Decisions Committee* o da chi ne fa le veci, a meno che le circostanze del caso non siano eccezionalmente urgenti⁴⁸.

In alternativa all’azione penale, la *Financial Conduct Authority* può decidere di emettere, nei confronti del soggetto responsabile dell’illecito, una *formal caution* (ammonimento formale).

La *policy* della *Authority* è quella di non imporre sanzioni civili per abusi di mercato nei confronti di soggetti sottoposti ad azioni penali, o che siano stati dichiarati colpevoli o prosciolti, per fatti essenzialmente identici, per illeciti relativi al mercato in sede penale. Allo stesso modo, la *Authority* non intenterà

⁴⁸ Ovvero che richiede azione in tempi brevissimi e ciò sarebbe necessario per tutelare gli interessi dei consumatori o dei possibili consumatori.

una azione penale per comportamenti illeciti sul mercato se essa ha già avviato un procedimento disciplinare per fatti essenzialmente identici.

SPAGNA

a cura di Carmen Guerrero Picó

1. Introduzione

In Spagna l'esercizio dello *jus puniendi* dello Stato è condiviso tra gli organi giudiziari penali e l'amministrazione. Il principio del *ne bis in idem*, riconosciuto come diritto fondamentale e desunto dal Tribunale costituzionale principalmente dal principio di legalità in materia sanzionatrice (art. 25 Cost.), impedisce sia la doppia sanzione (*ne bis in idem* sostanziale) sia il doppio procedimento sanzionatorio (*ne bis in idem* processuale). Nella giurisprudenza, peraltro, prevale la tutela della componente sostanziale del principio su quella processuale, per cui l'obiettivo fondamentale che si pone il massimo interprete costituzionale è quello di evitare una reazione punitiva dello Stato sproporzionata, il c.d. eccesso punitivo.

La ricostruzione del principio e delle sue implicazioni è stata operata fondamentalmente degli organi giudiziari e, nonostante siano state fortemente criticate le oscillazioni nella giurisprudenza¹, si ritiene positiva l'influenza che su di esse hanno avuto gli atti normativi internazionali su questa materia, e le decisioni dei loro organi di interpretazione. Tutto ciò è evidenziato nella STC 2/2003, che resta tuttora il *leading case* in materia, dove il massimo interprete costituzionale rivede le sue posizioni sul contenuto e sulla portata del principio *ne bis in idem*, basandosi sulle pronunce della Corte EDU. Cionondimeno, oggi si impone una revisione della giurisprudenza costituzionale che tenga conto dell'evoluzione più recente del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia dell'UE.

Oltre alle disposizioni penali sul concorso di norme e di reati² ed a quelle contenute nella legge sul procedimento amministrativo comune riguardo alla

¹ Per una panoramica aggiornata sulla materia, v., per tutti, I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Non bis in idem: revisión de un derecho fundamental descafeinado*, del 10 dicembre 2015, reperibile online alla pagina <http://www.economistjurist.es/articulo-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado-administrativo-internacional/non-bis-in-idem-revision-de-un-derecho-fundamental-descafeinado/>.

² L'art. 8 c.p. dispone che i fatti suscettibili di essere qualificati conformemente a quanto stabilito in due o più disposizioni del codice penale (e non compresi negli artt. da 73 a 77, riguardanti le regole speciali per l'applicazione delle pene), saranno sanzionati nel rispetto delle seguenti regole: 1^a) la norma speciale si applica con preferenza rispetto alla norma generale; 2^a) la disposizione sussidiaria si applica solo in difetto di quella principale; 3^a) la norma penale più

prevalenza della giurisdizione penale sull'amministrazione (art. 133), non esiste un vero *corpus* normativo generale che sancisca il principio e tutti i suoi effetti. La sua comparsa in molteplici norme settoriali (di tutela dell'ambiente, sulla circolazione, in materia tributaria, ecc.), sia dello Stato che delle Comunità autonome, crea non poche difficoltà in ordine alla garanzia della prevedibilità delle sanzioni che il cittadino può subire se non agisce nel rispetto della legalità; difficoltà che, come la dottrina evidenzia, aumentano con la tendenza legislativa a sfumare i confini tra il diritto penale ed il diritto amministrativo sanzionatorio. Per contro, è da apprezzare la progressiva estensione dell'applicazione del *ne bis in idem* ad altri settori dell'ordinamento che sono stati esclusi dalla giurisprudenza costituzionale, proprio per l'idea di giustizia materiale insita in questo principio.

2. Il riconoscimento giurisprudenziale della natura di diritto fondamentale del *ne bis in idem*

La Costituzione spagnola del 1978 non sancisce esplicitamente il principio del *ne bis in idem*, nonostante l'intenzione iniziale del costituente fosse stata quella di inserirlo *expressis verbis* nell'articolato costituzionale.

L'*anteproyecto* di Costituzione prevedeva l'esclusione della doppia sanzione per gli stessi fatti nell'art. 9, comma 3, tra le norme del titolo preliminare, e nell'art. 24, comma 3, tra i diritti fondamentali e le libertà pubbliche. Durante i lavori dell'Assemblea costituente era stata evidenziata la necessità di introdurre alcune modulazioni o esclusioni³, il che rendeva difficile la formulazione sintetica

ampia o complessa assorbe quelle che sanzionino le infrazioni in essa contenute; 4^a) la norma penale più grave esclude le norme che sanzionano il fatto con una pena minore. La STC 154/1990, del 15 ottobre, ha dichiarato la violazione del principio *ne bis in idem* per il mancato rispetto del principio di specialità in un caso di concorso di norme.

³ Prima del 1978, non era rara la doppia sanzione penale ed amministrativa per gli stessi fatti, ma la dottrina premeva per il riconoscimento del principio *ne bis in idem* ed il costituente intendeva farsi eco di queste posizioni. Cionondimeno, dai lavori della Commissione affari costituzionali e libertà pubbliche emerge la preoccupazione che il divieto di doppia sanzione dell'art. 9, comma 3, potesse lasciare senza effetto la potestà sanzionatrice dell'amministrazione nei confronti dei pubblici dipendenti. V., in questo senso, l'intervento del 9 maggio 1978 del Ministro della giustizia, LAVILLA ALSINA o di MEILAN GIL, secondo cui il *ne bis in idem* è uno di quei principi davanti ai quali si tende ad assentire, perché sottostante ad un'idea elementare di giustizia, ma su cui bisogna riflettere prima di riuscire a formularlo. Questi era favorevole ad escludere l'imposizione di due pene oppure di una pena e di una sanzione amministrativa purché la finalità di quest'ultima fosse la tutela dell'ordine generale, come avveniva, ad esempio, con le sanzioni di ordine pubblico (l'art. 2 del decreto-legge del 25 gennaio 1977 stabiliva che non si potessero imporre congiuntamente sanzioni governative e penali per gli stessi fatti). LAVILLA, invece, sosteneva l'esclusione del principio alle cc.dd. relazioni di soggezione speciale, ambito in cui l'amministrazione, in via di autotutela, protegge valori diversi. Così, PÉREZ LLORCA,

propria dei principi enucleati nel titolo preliminare (certezza del diritto, divieto di arbitrio, irretroattività, ecc.). Allora, si era deciso che il suo luogo naturale sarebbe stato l'art. 24, comma 3, dedicato alle sanzioni, ma giunti alla decisione di dedicare un articolo autonomo – l'attuale art. 25 – al contenuto di questo comma, le discussioni sono state monopolizzate da altri temi (in particolare, i diritti dei detenuti) ed il principio *ne bis in idem* è rimasto fuori del testo costituzionale.

L'omissione del costituente non è stata interpretata in senso escludente dal Tribunale costituzionale. In una delle sue primissime decisioni, dovendosi pronunciare su un caso riguardante il *ne bis in idem*, ha dichiarato che si tratta di un diritto fondamentale⁴ tutelato implicitamente dall'art. 25, comma 1, Cost., secondo cui “nessuno può essere condannato o sottoposto a sanzioni per azioni od omissioni che al momento in cui si sono verificate non costituivano delitto, contravvenzione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione allora vigente”. In effetti, “il principio generale del diritto noto come *non bis in idem* presuppone, in una delle sue più note manifestazioni, che non sussista una duplicità di sanzioni – amministrativa e penale – nei casi in cui si individua un'identità di soggetto, fatto e fondamento, senza che esista una relazione di c.d. supremazia speciale con l'amministrazione – perché coinvolto un dipendente pubblico, un servizio pubblico, un concessionario, ecc. –, che giustifichi l'esercizio dello *jus puniendi* da parte dei tribunali e, a sua volta, della potestà sanzionatrice dell'amministrazione [...]”.

“[N]onostante [questo principio] non sia stato sancito esplicitamente negli artt. da 14 a 30 Cost., che riconoscono i diritti e le libertà suscettibili di [essere tutelati attraverso il ricorso di] *amparo* (art. 53, comma 2, Cost. ed art. 41 LOTC), non si può tacere il fatto che, come avevano inteso i parlamentari della Commissione affari costituzionali e libertà pubbliche quando hanno deciso di non includerlo nella redazione dell'art. 9 dell'*anteproyecto* di Costituzione, [*il ne bis in idem*] sia

nell'illustrare le conclusioni della *Ponencia*, aveva dichiarato che il divieto di doppia sanzione sarebbe passato all'art. 24, dove poteva essere sancito come principio ed essere disciplinato con un'ampiezza sufficiente per non incorrere nei possibili effetti negativi di una definizione onnicomprensiva e senza sfumature (v. il suo intervento del 16 maggio 1978). Ad esempio, ROCA JUNYENT aveva proposto che l'art. 24, comma 3, sancisse che “le sanzioni amministrative, tranne quelle disciplinari, sono incompatibili con le sanzioni penali” (v. il suo intervento del 22 maggio 1978).

Gli atti delle *Cortes Constituyentes* si possono consultare *on line* alla pagina http://www.congreso.es/est_consti/ (che include un motore di ricerca testuale ed un quadro comparativo del testo nelle sue diverse redazioni), oppure alla pagina <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/Historia/LegCons>.

⁴ La giurisprudenza costituzionale si riferisce indistintamente al *ne bis in idem* come principio, regola o diritto fondamentale.

intimamente legato ai principi di legalità e di tipicità delle infrazioni sanciti principalmente dall'art. 25 Cost.⁵. D'altra parte, bisogna evidenziare la tendenza attuale della legislazione spagnola recente, che è quella di accogliere esplicitamente suddetto principio" (STC 2/1981, del 30 gennaio, FJ 4).

In seguito, la tutela costituzionale si è estesa al contenuto processuale del principio con la STC 77/1983, del 3 ottobre (v. in particolare il FJ 4). Il Tribunale costituzionale ha stabilito che il *ne bis in idem* "non sempre preclude la sanzione degli stessi fatti da parte di autorità di differenti ordini e che, per questo, riguardino [i fatti] da prospettive diverse (ad esempio, come illecito penale e come infrazione amministrativa o del diritto del lavoro)", ma impedisce che autorità dello stesso ordine e attraverso procedimenti differenti sanzionino ripetutamente la stessa condotta. "Una siffatta possibilità implicherebbe un'inammissibile reiterazione nell'esercizio dello *jus puniendi* dello Stato e, inscindibilmente, un'aperta contraddizione con lo stesso diritto alla presunzione di innocenza, poiché la coesistenza di due procedimenti sanzionatori per un illecito determinato lascia aperta la possibilità, contraria a quel diritto, che gli stessi fatti, successivamente o simultaneamente, esistano e non esistano più per gli organi dello Stato" (STC 159/1985, del 27 novembre, FJ 3).

In definitiva, "il principio del *ne bis in idem* opera, tanto nel suo versante sostanziale quanto in quello processuale, per reggere i rapporti tra l'ordinamento penale ed il diritto amministrativo sanzionatorio, e anche internamente [...],

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA concorda sul fatto che il divieto di *bis in idem* si possa desumere dalla semplice lettera della norma, poiché l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva *o* implica che una certa azione potrà essere tipizzata come reato, come delitto oppure come infrazione amministrativa, ma non come più figure (o tutte) al contempo. V. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, 246-247. García de Enterría ha rilevato che con questa decisione ed altre il Tribunale costituzionale è intervenuto in chiave garantista in una materia, il diritto sanzionatorio amministrativo, che fino a quel momento era chiaramente repressiva e di stampo pre-beccariano (*ibidem*, 243-257).

In senso critico v., invece, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4^a ed., Tecnos, Madrid, 2005, 416, secondo cui la conclusione raggiunta dal Tribunale costituzionale è una "impurità autenticamente incostituzionale"; inoltre, il Tribunale avrebbe dovuto motivare le cause dell'invocato intimo legame con il principio di legalità.

La dottrina spagnola non è unanime riguardo al collegamento con l'art. 25 Cost., né esiste accordo su quale sia il fondamento del principio del *ne bis in idem*. Gli autori si rifanno al principio di proporzionalità, al principio di certezza del diritto, al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, al principio di colpevolezza, al divieto di arbitrio da parte dei pubblici poteri, ecc. Tuttavia, gli studiosi riconoscono che l'interpretazione del Tribunale costituzionale ha il pregio di tutelare il cittadino ai massimi livelli, aprendogli la via del ricorso di *amparo*. V., per tutti, L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, maggio-agosto 1983, 19-20.

vietando, quando esista una triplice identità di soggetto, fatti e fondamento, la duplicità di pene e di processi penali e la pluralità di sanzioni amministrative e di procedimenti sanzionatori, rispettivamente” (SSTC 188/2005, del 4 luglio, FJ 2; e 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4).

Fermo restando il collegamento prevalente con l’art. 25 Cost. – e, in particolare, con il principio di legalità –, riconosciuto sin dalle prime decisioni in materia, in successive pronunce il Tribunale costituzionale ha evidenziato il suo forte legame con il principio di proporzionalità⁶ e la sua relazione con il principio di certezza del diritto, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e la presunzione di innocenza, oppure, trattandosi di processi penali, con il rispetto della *res iudicata*. Tutto ciò evidenzia, come ribadito spesso dalla giurisprudenza costituzionale, che i principi costituzionali non sono compartimenti stagni e che la loro interrelazione serve a promuovere i valori superiori dell’ordinamento giuridico che propugna lo Stato sociale e democratico di diritto⁷.

Il riconoscimento della natura di diritto fondamentale del principio *ne bis in idem* comporta che questo debba essere necessariamente interpretato in conformità ai trattati internazionali in materia ratificati dalla Spagna, come esige l’art. 10, comma 2, Cost. In questo ambito risultano particolarmente rilevanti l’art. 14, comma 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, il Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen e l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Il Tribunale costituzionale circoscrive l’applicazione dell’art. 25, comma 1, Cost. all’imposizione di sanzioni penali⁸ ed amministrative, in ambito civile o militare (STC 66/1986, del 23 maggio, FJ 2). La tutela costituzionale del *ne bis in idem* non interessa, invece, le sanzioni che possano essere erogate nell’ambito del

⁶ V., per tutte, le SSTC 154/1990, del 15 ottobre; 221/1997, del 4 dicembre; 2/2003, del 16 gennaio; e 50/2015, del 5 marzo.

⁷ Si v., per tutte, la STC 27/1981, del 20 luglio. Utilizzando le parole del Tribunale supremo si può dire che “il Tribunale costituzionale ritiene che il principio di legalità dell’art. 25, comma 1, Cost., abbia molteplici sfaccettature ed in esso restino assimilati altri principi, garanzie e regole di portata diversa, come sono il principio di garanzia formale o la riserva di legge, la garanzia sostanziale o il principio di tipicità, il divieto di analogia e di retroattività nell’applicazione di norme sanzionatrici, il principio di colpevolezza, il *ne bis in idem* ed anche il principio di proporzionalità” (STS, *Sala de lo Contencioso*, del 23 marzo 2012, ric. n. 989/2011, FD 4).

⁸ La STC 48/2003, del 12 marzo, ha escluso che lo scioglimento giudiziale di un partito per violazione delle regole democratiche sancite dalla legge organica n. 6/2002, del 27 giugno, sui partiti politici, sia una sanzione penale (v. il FJ 9). Non è stata, quindi, accolta la doglianza relativa alla violazione del *ne bis in idem*.

diritto privato; in questo caso, l'eventuale correzione dell'eccesso punitivo spetta alle norme ordinarie (STC 69/1983, del 26 luglio, FJ 4)⁹.

Infine, la duplicità è esclusa solo nell'ambito dell'applicazione del diritto sanzionatorio¹⁰, ma non nell'ambito della sua creazione: “sul piano normativo, si può parlare di violazione del principio *ne bis in idem* solo in senso improprio, quando le norme in questione obbligano ad imporre una doppia sanzione penale od equivalente per gli stessi fatti oppure [obbligano a] svolgere un doppio procedimento punitivo contro la stessa persona” (STC 48/2003, del 12 marzo, FJ 9). È stato il caso, ad esempio, dell'art. 27, comma 3, paragrafo *j*), della legge organica n. 2/1986, del 13 marzo, sulle forze ed i corpi di sicurezza, dichiarato nullo per violazione del contenuto sostanziale del *ne bis in idem*. La norma conferiva il carattere di infrazione disciplinare molto grave al fatto di essere stato sanzionato per la commissione di tre o più infrazioni gravi in un anno, a prescindere della commissione di un fatto nuovo da parte del soggetto interessato (STC 188/2005, del 4 luglio, FFJJ 4-6).

3. Il *ne bis in idem* sostanziale

3.1. Il controllo da parte del Tribunale costituzionale della triplice identità di soggetto, fatti e fondamento

Il *ne bis in idem* sostanziale impedisce che lo stesso soggetto possa essere sanzionato più volte per gli stessi fatti e sulla base dello stesso fondamento. Il Tribunale costituzionale ha inizialmente sostenuto che il controllo riguardante la sussistenza della triplice identità di soggetto, fatti e fondamento spettasse alla giurisdizione ordinaria, *ex art.* 117 Cost., sull'assunto che si trattava di una mera questione di legalità. La dichiarazione effettuata dagli organi giudiziari penali costituiva, quindi, “il punto di partenza obbligato” per l'esame dell'asserita violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. Questo era l'orientamento seguito nelle SSTC 177/1999, dell'11 ottobre (FJ 2), e 152/2001, del 2 luglio (FJ 2).

⁹ Nello stesso senso, v. anche le SSTC 24/1984, del 23 febbraio, FJ 2, e 62/1984, del 21 maggio, FJ 2.

¹⁰ Tuttavia, è indubbio che sussista un problema di tecnica legislativa, che si potrebbe risolvere in larga misura se il legislatore incorporasse veramente elementi differenziatori nella tipizzazione degli illeciti penali ed amministrativi, se rispettasse il principio di *ultima ratio* del diritto penale, e ci fosse un maggiore coordinamento tra le differenti istanze competenti per approvare le norme sanzionatorie allo scopo di evitare sovrapposizioni. V., per tutti, T. CANO CAMPOS, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, in *Revista de Administración Pública*, n. 156, settembre-dicembre 2001, 194.

Nella STC 2/2003, del 16 gennaio, il *plenum* del Tribunale costituzionale ha deciso di allontanarsi esplicitamente da queste posizioni. “La triplice condizione di identità costituisce il presupposto di applicazione del divieto costituzionale di incorrere nel *bis in idem*, sia sostanziale che processuale, e delimita il contenuto dei diritti fondamentali sanciti nell’art. 25, comma 1, Cost., poiché questi non impediscono qualunque concorso di sanzioni e procedimenti sanzionatori, neppure se questi hanno per oggetto gli stessi fatti, ma questi diritti fondamentali consistono precisamente nel non subire una doppia sanzione e nel non essere sottoposto ad un doppio procedimento punitivo, per gli stessi fatti e con lo stesso fondamento. Orbene, il controllo della dichiarazione di identità effettuata dagli organi giudiziari e l’analisi diretta della sua sussistenza, nel caso non sia stato realizzato dagli organi sanzionatori o giudiziari, devono essere realizzati da questo Tribunale [costituzionale] nel rispetto dei limiti di questa giurisdizione costituzionale in *amparo*¹¹. Pertanto, si devono comparare gli illeciti sanzionati, partendo dalla delimitazione dei fatti operata dall’amministrazione nella previsione sanzionatrice e dall’organo giudiziario penale nella sentenza, e prendendo come base la qualificazione giuridica di questi fatti operata da questi poteri dello Stato” (FJ 5)¹².

3.2. La triplice condizione di identità

3.2.1. Identità di soggetto

Solitamente, l’individuazione dell’identità del soggetto non è, per ovvi motivi, problematica, eccezion fatta per taluni casi di sovrapposizione tra persone fisiche e persone giuridiche.

L’ordinamento spagnolo accettava, in ambito amministrativo, le sanzioni a persone fisiche e giuridiche per infrazioni amministrative, mentre fino a poco tempo fa non riconosceva la responsabilità penale delle persone giuridiche. Per questo motivo, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che non esisteva identità soggettiva quando, ad esempio, nel processo penale gli imputati erano i

¹¹ La dottrina evidenzia che questo cambiamento giurisprudenziale sembra mal coniugarsi con l’art. 44, comma 1, paragrafo *b*), LOTC, il quale, nello stabilire che i ricorsi di *amparo* contro decisioni degli organi giudiziari devono riguardare la diretta violazione da parte loro di un diritto fondamentale, sancisce che il Tribunale costituzionale non andrà a conoscere i fatti che abbiano dato luogo al processo.

¹² V. anche le SSTC 48/2007, del 12 marzo, FJ 3; 91/2008, del 21 luglio, FJ 2; 91/2009, del 20 aprile, FJ 6; 69/2010, del 18 ottobre, FJ 3; e 126/2011, del 18 luglio, FJ 16.

responsabili di un'impresa e nel processo del lavoro l'impresa stessa (ATC 355/1991, del 25 novembre, FJ 5), oppure quando il procedimento amministrativo era indirizzato contro una persona giuridica ed il procedimento penale contro la persona fisica che la rappresentava legalmente (gestore, amministratore o incaricato) (v. l'ATC 357/2003, del 10 novembre, FJ 2, e la STC 70/2012, del 16 aprile, FJ 3)¹³.

Dopo la riforma del codice penale del 2010¹⁴, si ammette la condanna penale delle persone giuridiche per reati commessi, a loro nome o per loro conto ed a loro beneficio, dai rappresentanti legali e dagli amministratori, di fatto o di diritto (art. 31 *bis* c.p.). La prima sentenza di condanna nei confronti di una persona giuridica da parte del Tribunale supremo si è avuta solo il 29 febbraio 2016, per cui resta ancora da valutare l'incidenza nella prassi della riforma in relazione al *ne bis in idem*¹⁵.

3.2.2. Identità di fatti

Il Tribunale costituzionale ha specificato che “per l'individuazione di [...] fatti [identici] è necessario prendere in considerazione criteri di valutazione giuridica” (STC 2/1981, del 30 gennaio, FJ 6). Bisogna comparare “gli illeciti sanzionati, partendo dalla delimitazione dei fatti realizzata dall'amministrazione nella risoluzione sanzionatrice e dall'organo giudiziale penale nelle sentenze e prendendo come base la qualificazione giuridica di questi fatti realizzata da questi poteri dello Stato” (STC 48/2007, del 12 marzo, FJ 3). “L'analisi sul concorso

¹³ V., in senso critico, l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Eugeni Gay Montalvo all'ATC 357/2003, del 10 novembre. Il giudice manifesta la sua contrarietà ad affermare in modo generale che il mero fatto che in un caso si sanziona una persona giuridica e in un altro la persona fisica impedisca di per sé, senza alcuna ulteriore verifica, di dichiarare che non è stato violato il *ne bis in idem*. Non si dovrebbe escludere *a priori* il concorso dell'identità soggettiva in casi di società unipersonali o in altri in cui gli effetti patrimoniali della stessa sanzione potessero incidere nello stesso patrimonio.

Nella STC 177/1999, dell'11 ottobre, si accoglie il ricorso di *amparo* del direttore e del consigliere delegato di un'impresa per violazione del *ne bis in idem* processuale e non si mette in dubbio l'identità soggettiva. L'impresa era stata sanzionata amministrativamente per un'infrazione lieve contro la legislazione in materia di acque (si trattava di un caso di inquinamento) e l'amministratore delegato era stato successivamente condannato per un reato contro la salute pubblica e l'ambiente.

¹⁴ V. la legge organica n. 5/2010, del 22 giugno, che novella la legge organica n. 10/1995, del 23 novembre, del codice penale.

¹⁵ Su questo particolare, v. M. A. VILLACORTA HERNÁNDEZ, *Efectos perversos de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Revista Contable*, n. 44, maggio 2016 (consultato in versione elettronica).

dell'identità dei fatti non deve essere posta in essere da una prospettiva puramente naturalistica o aritmetica [...] ma [...] giuridica [...]. E questo deve essere necessariamente così, perché ciò che si compara non sono meri avvenimenti della realtà, ma la descrizione che di tali avvenimenti ha realizzato il legislatore nella fattispecie corrispondente, descrizione inevitabilmente delimitata a partire da elementi valutativi e secondo le finalità che il legislatore persegue con la sua regolamentazione” (STC 77/2010, del 19 ottobre, FJ 6)¹⁶.

Questa è la posizione predominante ed è seguita anche dal Tribunale supremo¹⁷. Cionondimeno, si deve segnalare che, in alcune occasioni, dalle pronunce del Tribunale costituzionale sembra emergere un *idem* giuridico “corretto”, poiché si è analizzata l'identità dei fatti da un punto di vista naturale o storico¹⁸.

Il Tribunale costituzionale prende atto che, come si evince dalla giurisprudenza della Corte EDU, perché si possa ritenere inapplicabile il principio del *ne bis in idem* non è sufficiente che le infrazioni applicate presentino differenze o una di

¹⁶ Nello stesso senso, v. il paragrafo 1 dell'opinione dissenziente alla STC 177/1999, dell'11 ottobre, sottoscritta dal Presidente Pedro Cruz Villalón e dal giudice costituzionale María Emilia Casas Baamonde.

¹⁷ Nella STS, *Sala de lo Penal*, del 26 gennaio, ric. n. 10733/2015, si valutava l'eventuale violazione del *ne bis in idem* dovuta ad una previa sentenza in un altro Stato dell'UE. Il Tribunale supremo ha rilevato che la Corte di giustizia dell'UE ha optato per un concetto di *idem* naturalistico o storico, ed ha citato i casi *Gözütok e Brügger*, *Miraglia*, *Van Straaten*, *Turansk*, *Klaus Bourquain e Kretzinger*, *Van Esbroeck*, *Van Straaten*, *Kretzinger*, *Kraaijenbrink e Gasparini*. Questa giurisprudenza avrebbe avuto un impatto armonizzatore sulla Corte EDU, che, dopo alcune sentenze contraddittorie, ha adottato lo stesso criterio nel caso *Zolotuhkin v. Russia* (FD 9). Ad avviso del Tribunale supremo, la scelta delle Corte europee è stata determinata dalla mancanza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, ma “quest'opzione interpretativa seguita dalla Corte di giustizia UE non significa, come rileva la dottrina, che l'organo giurisdizionale debba prescindere da criteri giuridici al momento di determinare se i fatti erano gli stessi, ma soltanto che non deve prendere come criteri delimitativi la concreta qualifica giuridica o il concreto interesse giuridico tutelato dalla norma dello Stato membro che si è applicata nel caso analizzato.

“[I]l principio del *ne bis in idem* esige una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei rispettivi sistemi di giustizia penale e l'accettazione dell'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando l'applicazione del proprio diritto nazionale conduca ad una soluzione diversa. Ma non impedisce che lo Stato che giudica in secondo luogo ritenga, nell'esercizio della propria competenza, che non esista identità di fatto, perché concorrono in una condotta complessa che comporta una successione di azioni differenti, determinati elementi fattuali che non sono inclusi tra i fatti giudicati dallo Stato che ha agito per primo” (FD 10).

¹⁸ Nella STC 24/1984, del 23 febbraio, si è dichiarato che, “nella realtà giuridica, cioè nella realtà storica rilevante per il diritto, non si può ammettere che qualcosa sia e non sia, che gli stessi fatti sono avvenuti e non sono avvenuti” (FJ 3).

esse rappresenti un aspetto parziale dell'altra (STC 2/2003, del 16 gennaio, FJ 5)¹⁹.

A titolo meramente esemplificativo, può rilevarsi che non si dà identità di fatti: nel caso del concorso reale di reati (STS, *Sala de lo Penal*, prima sezione, del 10 novembre 1990)²⁰; quando si priva il detenuto di un beneficio penitenziario per violazione della condanna (STC 94/1986, dell'8 luglio, FJ 7); quando si applica l'aggravante della recidiva (SSTC 150/1991, del 4 luglio, FJ 9; e 152/1992, del 19 ottobre, FJ 2)²¹; quando si prevede il concorso tra la sanzione per il reato di violenza domestica abituale e quelle per i singoli atti di violenza (STC 77/2010, del 19 ottobre, FFJJ 4-6); oppure quando le norme amministrative sanzionano come infrazione molto grave la commissione di più infrazioni in un anno (STC 189/2013, del 7 novembre, FJ 5).

3.2.3. *Identità di fondamento*

Il Tribunale costituzionale constata l'esistenza di una identità di fondamento quando l'interesse o bene giuridico tutelato dalle norme è lo stesso. Quando si tratta di due o più beni giuridici, la doppia sanzione è quindi ritenuta non contrastante con il principio di proporzionalità²².

“L'esigenza di un fondamento differente richiede «che ognuna delle sanzioni imposte a titolo principale sia volta alla tutela di interessi o beni giuridici diversi, ognuno degno di tutela in base al sentire del legislatore o del potere regolamentare (previa copertura legislativa sufficiente) e tipizzato nella corrispondente norma legislativa o del regolamento (nel rispetto del principio di riserva di legge)». Oppure, utilizzando i termini della STC 234/1991, del 10 dicembre, non basta

¹⁹ Il Tribunale costituzionale cita i casi giudicati con le sentenze della Corte di Strasburgo del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*; del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*; del 29 maggio 2001, *Fischer c. Austria*; del 30 maggio 2002, *W.F. c. Austria*; del 6 giugno 2002, *Sallen c. Austria*; e la decisione di inammissibilità del 14 settembre 1999, *Ponsetti e Chesnel c. Francia*.

²⁰ Secondo il Tribunale supremo, è indubbio che la punibilità cumulativa non viola il *ne bis in idem* per la diversità delle azioni sanzionate.

²¹ L'aggravante della recidiva non significa che i fatti precedenti siano nuovamente puniti, ma solo che il legislatore penale li prende in considerazione per il secondo o per i successivi reati, onde valutare il contenuto dell'illecito e la sua sanzione, oppure per fissare e determinare l'entità della pena da imporre. La recidiva resta, pertanto, fuori dall'ambito proprio del principio *ne bis in idem*.

²² Alcuni autori rilevano che, dato che non esiste un “elenco” di beni giuridici tutelati, questo favorisce l'esistenza della doppia sanzione, poiché il margine di valutazione o per introdurre sfumature del legislatore è notevolmente ampio.

«semplicemente la dualità di norme per ritenere giustificata l'imposizione di una doppia sanzione allo stesso soggetto per gli stessi fatti, perché, se così fosse, il principio del *ne bis in idem* non avrebbe altra portata che quella che il legislatore (o, se del caso, il Governo, in quanto titolare della potestà di emanare regolamenti) volessero dargli. Affinché la dualità di sanzioni sia costituzionalmente ammissibile è necessario, inoltre, che la normativa che la impone possa giustificarsi in quanto contempla gli stessi fatti dalla prospettiva di un interesse giuridicamente protetto che non è lo stesso di quello che la prima sanzione cerca di salvaguardare, o se si vuole, dalla prospettiva di una relazione giuridica differente tra [organo] che sanziona e soggetto sanzionato (FJ 2)» (STC 188/2005, del 4 luglio, FJ 5)” (STC 236/2007, del 7 novembre, FJ 14).

Ad esempio, la STC 236/2007, del 7 novembre, ha riconosciuto la legittimità della sanzione amministrativa dell'espulsione dal territorio nazionale dello straniero che avesse commesso un reato doloso punito con una pena privativa di libertà superiore ad un anno. Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che le due misure non rispondevano allo stesso fondamento, poiché perseguivano la protezione di beni giuridici differenti: la condanna penale rientrava nell'ambito della politica criminale, mentre l'espulsione rientrava nella politica sulla condizione dello straniero e sul controllo dei flussi migratori (v. il FJ 14).

3.3. Triplice identità, doppia sanzione e mancata violazione del principio *ne bis in idem* (la c.d. *teoría de la compensación o del descuento*)

Il Tribunale costituzionale ritiene che il contenuto essenziale della garanzia sostanziale del *ne bis in idem* sia quello di evitare una reazione punitiva sproporzionata²³. Il c.d. eccesso punitivo fa sì che venga meno la garanzia per il cittadino della prevedibilità delle sanzioni, poiché la somma delle sanzioni crea una sanzione che esorbita rispetto al giudizio di proporzionalità operato dal legislatore e concretizza l'imposizione di una sanzione non prevista legalmente.

La STC 2/2003, del 16 gennaio, indica che, nonostante il verificarsi della triplice identità richiesta, non s'incorre nell'eccesso punitivo costituzionalmente vietato se la seconda sanzione risulta “scontata” rispetto a quella che poteva essere imposta, proprio in considerazione della prima. Nel caso di specie, il ricorrente era stato sanzionato in via amministrativa perché aveva superato i limiti di alcol nel

²³ V. le SSTC 154/1990, del 15 ottobre, FJ 3; 177/1999, dell'11 ottobre, FJ 3; e ATC 329/1995, dell'11 dicembre, FJ 2.

sangue permessi ed era stato sanzionato penalmente per un reato contro la sicurezza della circolazione stradale. Il Tribunale costituzionale ha constatato che “gli organi penali [...] si trovavano in una situazione paradossale, perché non potevano non condannare penalmente l’[attuale] ricorrente, in quanto sottoposti al rispetto rigoroso della legge nell’esercizio della loro funzione giurisdizionale (art. 117, comma 1, Cost.) e non potevano nemmeno non essere consapevoli che la sanzione penale da loro imposta poteva presupporre una reiterazione sanzionatrice costituzionalmente vietata dall’art. 25, comma 1, Cost. Il fatto che la legislazione non preveda esplicitamente una soluzione per il caso in cui l’amministrazione non sospenda il procedimento amministrativo²⁴, quando è aperto un processo penale, può spiegare il loro operato. Spetta unicamente al legislatore la determinazione dei meccanismi normativi di articolazione dell’esercizio dello *jus puniendi* dell’amministrazione e della giurisdizione penale, onde evitare la reiterazione sanzionatrice, nonché la valutazione le conseguenze che derivino dal loro inadempimento.

“Tenendo conto dei limiti della nostra giurisdizione di *amparo*, una soluzione come quella che è stata adottata nel caso di specie dall’organo giudiziario non può ritenersi lesiva del divieto costituzionale di incorrere nel *bis in idem* sanzionatorio, data l’inesistenza di una sanzione sproporzionata, in quanto l’ammenda amministrativa e la durata del periodo di privazione della patente di guida sono state dedotte [dalla sanzione penale], [questo] permette di concludere che non c’è stata una duplicità – *bis* – della sanzione costitutiva dell’eccesso punitivo sostanzialmente vietato dall’art. 25, comma 1, Cost. [N]on c’è né sovrapposizione né addizione effettiva di una nuova sanzione; [...] il diritto sancito nell’art. 25, comma 1, Cost. [...] non vieta il «doppio rimprovero afflittivo», ma la reiterazione sanzionatrice degli stessi fatti con lo stesso fondamento subita dallo stesso soggetto”.

Una ponderazione simile è stata effettuata dalla Corte EDU, nella sentenza del 30 luglio 1998, sul *caso Oliveira* (§ 27), in cui, qualificando il caso come concorso ideale di sanzioni, si è dichiarato che non era stato violato l’art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, sul presupposto che «questa disposizione non si oppone a che due giurisdizioni diverse conoscano di infrazioni diverse [...] e ciò in minore misura nel caso in cui non ha avuto luogo un accumulo di pena ma l’assorbimento di quella più lieve in quella più grave» (FJ 6).

La conclusione cui è giunto il Tribunale costituzionale (ribadita, tra le altre, nella STC 334/2005, del 20 dicembre, FJ 2), ha destato notevoli perplessità in

²⁴ V. *infra*, paragrafo 4.3.1., e nota 37.

dottrina, perché si è ritenuto che la soluzione non sia valida nei casi di sanzioni eterogenee o nelle ipotesi in cui la sanzione amministrativa vada oltre la pena comminata. Inoltre, non tiene conto che il giudice deve osservare scrupolosamente le regole penali di determinazione della pena, per cui gode di un (scarso) margine di discrezionalità. Nonostante queste riserve, la *doctrine* contenuta nella sentenza è ancor oggi applicata normalmente dagli organi giudiziari spagnoli.

4. L'esclusione dell'applicazione del *ne bis in idem* nel caso delle cc.dd. relazioni di soggezione speciale

Una delle questioni che preoccupavano maggiormente i costituenti era che il riconoscimento costituzionale del principio *ne bis in idem* potesse svuotare la potestà disciplinare della pubblica amministrazione. Il Tribunale costituzionale, in quest'ottica, ha escluso l'applicazione di questo principio quando esista una relazione di soggezione speciale con l'amministrazione (nel caso dei dipendenti pubblici, dei detenuti, dei militari, di concessionari di servizi pubblici, ecc.)²⁵, che giustifica l'esercizio dello *jus puniendi* da parte dei tribunali e della potestà sanzionatoria dell'amministrazione (v. le SSTC 2/1981, del 30 gennaio, FJ 4; e 66/1984, del 6 giugno; e gli AATC 150/1984, del 7 marzo; e 721/1984, del 21 novembre).

Per ritenere giuridicamente ammissibile la doppia sanzione è indispensabile che l'interesse giuridicamente tutelato sia differente e che la sanzione sia proporzionata alla tutela che si persegue (STC 234/1991, del 10 dicembre, FJ 2). Così, molto spesso alla compatibilità tra pena e sanzione amministrativa si addiuvano perché nel secondo caso si aggiunge come fondamento o bene giuridico tutelato la necessità di salvaguardare il prestigio o la dignità dell'amministrazione, oppure la garanzia della correttezza dell'azione dei dipendenti pubblici²⁶.

²⁵ Verificare se si è in presenza di una relazione di soggezione speciale o di cc.dd. relazioni speciali di potere non è sempre agevole. Lo stesso Tribunale costituzionale ha riconosciuto che la distinzione tra relazioni di soggezione generale e speciale è già di per sé "imprecisa" (v. le SSTC 61/1990, del 29 marzo, FJ 6, e 132/2001, dell'8 giugno, FJ 4).

²⁶ Ad esempio, nella STC 188/2005, del 7 luglio, si è dichiarato violato il *ne bis in idem* perché l'amministrazione aveva sanzionato tre volte un agente della polizia locale per un'infrazione disciplinare che in realtà aveva lo stesso fondamento, mentre nella STC 234/1991, del 10 dicembre, si è dichiarato che non violavano il *ne bis in idem* la sanzione disciplinare amministrativa e quella penale inflitte ad un ispettore del corpo di polizia che aveva prestato falsa testimonianza in un processo per favorire una delle persone coinvolte in un incidente di circolazione.

Nonostante dalla prima giurisprudenza costituzionale sembrasse che l'esclusione del *ne bis in idem* dovesse operare automaticamente nell'ambito delle relazioni di soggezione speciale, con il tempo il Tribunale costituzionale ha dichiarato che il verificarsi di questa relazione non basta di per sé a legittimare la doppia sanzione. Le relazioni di soggezione speciale “non sono un ambito in cui i soggetti siano privati dei loro diritti fondamentali o in cui l'amministrazione possa emanare norme senza previa autorizzazione legislativa. Queste relazioni non fuoriescono dalla cornice del diritto” (v., per tutte, la STC 188/2005, del 7 luglio, FJ 2)²⁷.

5. Il *ne bis in idem* processuale

5.1. La portata limitata della garanzia

Nella giurisprudenza costituzionale spagnola, il *ne bis in idem* processuale ha come prima concretizzazione la regola della preferenza dell'autorità giudiziaria penale su quella amministrativa quando i fatti possano essere costitutivi di reato. L'anzidetta preferenza implica che l'amministrazione sia vincolata ai fatti provati in sede penale.

In secondo luogo, il *ne bis in idem* vieta che, quando esista una triplice identità di soggetto, fatti e fondamento, possano darsi due processi penali, due procedimenti sanzionatori oppure un procedimento amministrativo ed un processo penale. Tuttavia, allo stato attuale, il Tribunale costituzionale ritiene che, quando concorrono procedimenti sanzionatori amministrativi e penali, il *ne bis in idem* processuale non operi rispetto a tutti i procedimenti sanzionatori amministrativi, ma solo nei confronti di quelli che, per la loro complessità o per le sanzioni cui possono dar luogo, possano considerarsi “equiparati” ad un processo penale. Inoltre, se c'è stato un procedimento sanzionatorio e poi un processo penale, dal divieto di *ne bis in idem* – sostanziale o processuale – non deriva necessariamente l'annullamento della sanzione penale.

²⁷ V., per tutti, M. J. GALLARDO CASTILLO, *El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto «fundamento» como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial*, in *Actualidad Administrativa*, n. 1, gennaio 2015 (consultato in versione elettronica).

5.2. Sull'impossibilità di celebrare due processi penali

L'art. 114 della legge processuale penale (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) stabilisce che, una volta iniziato un giudizio penale su un reato o delitto, non potrà seguire un nuovo processo sullo stesso fatto. Il Tribunale costituzionale individua nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 24, comma 1, Cost. la garanzia consistente nell'interdizione di un doppio processo penale sugli stessi fatti e con lo stesso fondamento²⁸.

La STC 159/1987, del 26 ottobre, ha dichiarato l'impossibilità di procedere ad un nuovo giudizio penale se il primo processo si è concluso con una risoluzione sul merito (di proscioglimento o colpevolezza) con effetto di *res iudicata*²⁹, poiché nell'ambito "di quanto deciso definitivamente da un organo giudiziario non si può iniziare – eccezion fatta per il rimedio straordinario del ricorso di *revisión*³⁰ e per il rimedio sussidiario del ricorso di *amparo* costituzionale – un nuovo processo" (FJ 3). Per il Tribunale costituzionale, l'effetto di *res iudicata* materiale si deve riconoscere solo delle sentenze definitive e, eccezionalmente, degli *autos firmes de sobreseimiento libre* (ordinanze definitive che decretano il non luogo a statuire) di cui all'art. 637 della legge processuale penale (v., per tutte, la STC 60/2008, del 26 maggio, FJ 9).

²⁸ V., per tutte, le SSTC 159/1987, del 26 ottobre, FJ 3; 2/2003, del 16 gennaio, FJ 3; 249/2005, del 10 ottobre, FJ 3; 23/2008, dell'11 febbraio, FJ 3; 60/2008, del 26 maggio, FJ 9; 91/2008, del 21 luglio, FJ 2; 69/2010, del 18 ottobre, FJ 3; 71/2010, del 18 ottobre, FJ 3; e 126/2011, del 18 luglio, FJ 16.

²⁹ Nell'ambito del *ne bis in idem*, l'effetto della *res iudicata* impeditivo di un nuovo processo si desume, ex art. 10, comma 2, Cost., dall'art. 14, comma 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e dall'art. 4, comma 1, del Protocollo n. 7 della CEDU (v., per tutte, le SSTC 249/2005, del 10 ottobre, FJ 3; e 69/2010, del 18 ottobre, FJ 3). Non esiste, invece, impedimento costituzionale affinché, se la legge lo permette, una sentenza penale di proscioglimento possa essere oggetto di un ricorso di appello, ed eventualmente annullata: in questo caso, ben si può aprire un secondo processo nei confronti dell'accusato (v., per tutte, le SSTC 169/2004, del 6 ottobre, FJ 3; 192/2005, del 18 luglio; e 218/2007, dell'8 ottobre, FJ 4). Non vi è alcun doppio processo quando il primo sia stato annullato in base al regime dei ricorsi legalmente previsti (per tutte, v. le SSTC 2/2003, del 16 gennaio, FJ 3, e 218/2007, dell'8 ottobre, FJ 4).

³⁰ La legge n. 41/2015, del 5 ottobre, di modifica della legge processuale penale per lo snellimento e rafforzamento delle garanzie processuali, ha introdotto nell'art. 954 della legge processuale penale il *recurso de revisión* di decisioni giudiziarie definitive a seguito delle sentenze della Corte EDU che dichiarano la violazione dei diritti e delle libertà sancite dalla CEDU, purché gli effetti della violazione, per la sua natura e gravità, persistano ancora e non possano cessare se non attraverso la *revisión*. La richiesta deve essere presentata entro un anno dalla data in cui la decisione della Corte EDU sia divenuta definitiva.

Nella STC 41/1997, del 10 marzo, si è rilevato che la legge processuale penale ammette solo il ricorso di *revisión* a favore del reo. Questa decisione del legislatore è il frutto di considerazioni costituzionali, profondamente radicate nel rispetto dei diritti fondamentali e nel riconoscimento del valore superiore della libertà, alla stessa stregua delle ragioni per cui il V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti vieta il *double jeopardy*. L'obiettivo è quello di evitare che il cittadino sia vittima dell'impotenza o dell'egoismo dello Stato, proteggendolo dalle vessazioni che deriverebbero da una situazione di permanente insicurezza, al fine di non riservargli un trattamento incompatibile con la condizione di cittadino di un popolo libero (FJ 6).

In applicazione del divieto del doppio processo, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che non è possibile riaprire un processo penale concluso con una sentenza definitiva che condanna il compimento di un atto qualificato come delitto (*falta*), con la pretesa che sia riqualificato reato (il che violerebbe la *res iudicata* ed il *ne bis in idem*; v. l'ATC 1001/1987, del 16 settembre, FJ 2). Ha invece dichiarato infondata l'asserita violazione del *ne bis in idem* quando si avevano due processi penali, ma si dava una coincidenza solo parziale dei fatti giudicati (ATC 329/1995, dell'11 dicembre). Ancora, ha dichiarato che non si viola questa garanzia se una risoluzione giudiziaria autorizza l'extradizione richiesta, perché non consta alcuna sentenza definitiva in Spagna relativa al caso (STC 222/1997, del 4 dicembre, FJ 4), o perché si ritiene che il procedimento di estradizione non consista in una pronuncia di condanna, per cui non c'è reiterazione punitiva (STC 102/1997, del 20 maggio, FJ 6; ATC 90/1985, del 6 febbraio).

Il Tribunale costituzionale ha sottolineato la particolarità, agli effetti del divieto di *ne bis in idem*, dell'annullamento di sentenze di proscioglimento con ordine di far ripetere il procedimento, per violazione dei diritti fondamentali della parte offesa (*acusación particular*) nel processo penale³¹. Come regola, il Tribunale costituzionale non permette la retroazione degli effetti delle sue decisioni, perché ciò impone per l'imputato prosciolto l'onere di un nuovo processo che non è volto a correggere una violazione dei suoi diritti processuali con rilevanza costituzionale (per tutte, STC 4/2004, del 16 gennaio, FJ 4). Il Tribunale, tuttavia, permette la retroazione in casi di gravi violazioni dei diritti della parte offesa: perché è stata dichiarata inammissibile una prova proposta dall'*acusación* rilevante e decisiva (STC 116/1997, del 23 giugno); perché è stata impedita all'accusa la presentazione di ricorsi contro l'archiviazione all'accusa, nonostante

³¹ V., per tutte, la STC 23/2008, dell'11 febbraio, FJ 3.

l'inequivoca manifestazione di volontà di presentarli (STC 16/2001, del 29 gennaio); perché si è deciso un *recurso de queja*, dando luogo a un'ordinanza di *sobreseimiento libre* senza contraddittorio (STC 178/2001, del 17 settembre); perché il ricorso di appello non ha incluso l'impugnazione dell'*acusación particular*, che pertanto non è stato presa in considerazione dal tribunale (STC 138/1999, del 22 luglio); perché si è avuta un'incongruenza *extra petitum* derivante dal fatto che la sentenza ha introdotto un elemento che non era stato oggetto di dibattito in contraddittorio (STC 215/1999, del 29 novembre); perché la motivazione del verbale di votazione dei tribunali con giuria sulla celebrazione di un nuovo processo era difettosa (SSTC 169/2004, del 6 ottobre; 246/2004, del 20 dicembre; 192/2005, del 18 luglio; e 115/2006, del 24 aprile); perché si è riconosciuta in cassazione la violazione dei diritti fondamentali dell'*acusación* ma non si è annullata la sentenza di proscioglimento (STC 218/2007, dell'8 ottobre).

Quando si tratta di processi penali che coinvolgono minori, il diritto a non subire il *bis in idem* deve essere modulato dall'interesse superiore del minore, per cui la STC 23/2016, del 15 febbraio, ha dichiarato che non si aveva violato il diritto alla tutela giurisdizionale dell'*acusación particular* e ha confermato la decisione del giudice di non travolgere retroattivamente gli effetti del proscioglimento.

Sotto altro profilo, è da segnalare che l'art. 23, comma 2, paragrafo *c*), della legge organica n. 6/1985, del 1° luglio, sul Potere giudiziario, stabilisce che gli organi giudiziari spagnoli non conosceranno dei reati commessi fuori dal territorio nazionale da spagnoli o stranieri che abbiano acquisito la cittadinanza spagnola successivamente alla commissione dell'atto se questi siano stati prosciolti, graziati o abbiano scontato la condanna all'estero. Se non abbiano scontato la condanna o la abbiano scontata in parte, sarà possibile il secondo processo in Spagna (che terrà conto dell'esecuzione parziale della condanna per diminuire proporzionalmente la pena). Nel caso in cui lo Stato dove è avvenuto il primo processo abbia ratificato la Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen, si applica questa e la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 50 della Carta sui diritti fondamentali dell'UE. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 settembre 2006 (*caso Gasparini*), dando risposta ad un rinvio pregiudiziale dell'Udienza provinciale di Málaga, ha chiarito che in questo ambito non è possibile il secondo processo quando nel primo l'imputato sia stato prosciolto perché il reato era prescritto.

5.3. Il concorrere dell'esercizio dello *jus puniendi* da parte dell'amministrazione e della giurisdizione penale

5.3.1. La prevalenza della giurisdizione penale

Secondo il Tribunale costituzionale, il *ne bis in idem* processuale determina la prevalenza della via penale sull'amministrativa, il che comporta la subordinazione dell'azione amministrativa rispetto a quella del giudice penale e, quindi, la sospensione di un eventuale procedimento amministrativo aperto. Questo orientamento, che può considerarsi la linea giurisprudenziale prevalente ed ormai consolidata, non è rimasto sempre invariato. C'è stato un periodo in cui il Tribunale costituzionale prestava attenzione al criterio temporale per determinare quale manifestazione dello *ius puniendi* dello Stato dovesse prevalere sull'altra.

Inizialmente, la STC 77/1983, del 3 ottobre, aveva dichiarato la supremazia assoluta della giurisdizione penale nei seguenti termini: “la subordinazione degli atti sanzionatori dell'amministrazione all'autorità giudiziaria esige che la collisione tra un'attuazione giurisdizionale ed un'attuazione amministrativa si debba risolvere a favore della prima. Dell'anzidetta premessa sono conseguenze necessarie le seguenti: a) il necessario controllo *a posteriori* da parte dell'autorità giudiziaria degli atti amministrativi mediante l'opportuno ricorso; b) l'impossibilità che gli organi dell'amministrazione pongano in essere atti o procedimenti sanzionatori nei casi in cui i fatti possano essere costitutivi di reato o delitto secondo il codice penale o le leggi penali speciali, fin quando l'autorità giudiziaria non si sia pronunciata su questi; c) la necessità di rispettare la *res iudicata*.”

“La *res iudicata* spiega un effetto positivo, di modo che quanto dichiarato con sentenza definitiva costituisce la verità giuridica, ed un effetto negativo, che determina l'impossibilità che si produca una nuova pronuncia sul tema” (FJ 3).

Questo orientamento era stato abbandonato con la STC 177/1999, dell'11 ottobre, in cui, pur riconoscendosi la preferenza della giurisdizione penale sulla via amministrativa, si negava che questa potesse tradursi in una preferenza assoluta³². Se lo Stato, per qualsivoglia ragione, avesse optato per perseguire l'infrazione amministrativa, non avrebbe poi potuto instaurare la via penale, e viceversa: “il principio del *ne bis in idem* si configura come un diritto fondamentale del cittadino di fronte alla decisione di un potere pubblico di punirlo

³² La sentenza recava due opinioni dissenzienti. Le tesi dei giudici dissenzienti saranno accolte dal *plenum* con la STC 2/2003.

per fatti che erano già stati oggetto di sanzione, come conseguenza di un precedente esercizio dello [stesso] *jus puniendi* dello Stato. Perciò, in quanto espressione del diritto di difesa del cittadino di fronte ad una sproporzionata reazione punitiva, il divieto del *ne bis in idem* non può dipendere dall'ordine di preferenza stabilito normativamente tra i poteri costituzionalmente legittimati per l'esercizio del diritto punitivo e sanzionatorio dello Stato, né – ancor meno – dell'eventuale inosservanza, da parte dell'amministrazione sanzionatrice, della legalità applicabile, il che significa che la preferenza della giurisdizione penale sulla potestà amministrativa sanzionatrice deve essere interpretata come una garanzia del cittadino, integrativa del suo diritto a non essere sanzionato due volte per gli stessi fatti, e mai come una circostanza limitativa della garanzia che offre quel diritto fondamentale” (FJ 3). Di talché, “erogata una sanzione, sia questa di natura penale oppure amministrativa, non si può, senza vulnerare l'anzidetto diritto fondamentale, sovrapporne o addizionarne un'altra differente, pur sussistendo le [...] identità di soggetto, oggetto e fondamento. È questo nucleo essenziale quello che deve essere rispettato nell'ambito della potestà punitiva genericamente considerata, per evitare che un'unica trasgressione riceva un doppio rimprovero afflittivo” (FJ 4). La stessa linea di pensiero ha pervaso la STC 152/2001, del 2 luglio.

Tuttavia, nella STC 2/2003, del 16 gennaio, il *plenum* del Tribunale costituzionale ha dichiarato esplicitamente di aver avvocato la conoscenza del ricorso di *amparo* in questione per rivedere ed allontanarsi dalla giurisprudenza costituzionale espressa nelle SSTC 177/1999 e 152/2001, optando definitivamente per dare preferenza alla giurisdizione penale ed affermare la competenza esclusiva della giurisdizione penale nei casi di concorso di infrazioni amministrative e penali (FJ 9). Nel medesimo senso si sono espresse le SSTC 334/2005, del 20 dicembre, e 70/2012, del 16 aprile.

A livello normativo, le problematiche evocate sono state prese in considerazione in diverse disposizioni: ai termini, dell'art. 133 della legge n. 30/1992, del 26 novembre, sul regime giuridico delle pubbliche amministrazioni e sul procedimento amministrativo comune³³, “non potranno sanzionarsi i fatti che siano stati sanzionati penalmente o amministrativamente, nei casi in cui si individuino identità del soggetto, fatto e fondamento”; l'art. 5, comma 1, del regio decreto n. 1398/1993, del 4 agosto, recante il regolamento del procedimento per l'esercizio della potestà sanzionatoria, stabilisce che “l'organo competente

³³ In vigore fino al 2 ottobre 2016. L'art. 31, comma 1, della legge n. 40/2015, del 1° ottobre, sul regime giuridico del settore pubblico, riproduce il contenuto dell'anzidetto art. 133.

deciderà per la non esigibilità di responsabilità amministrativa in qualsiasi momento dell'istruzione dei procedimenti sanzionatori in cui sia attestato che è intervenuta una sanzione penale o amministrativa sugli stessi fatti, purché concorra, inoltre, identità di soggetto e di fondamento”; l'art. 7 dello stesso regolamento così recita: “1. In qualsiasi momento del procedimento sanzionatorio gli organi competenti ritengano che i fatti potrebbero essere costitutivi anche di illecito penale³⁴, lo comunicheranno al pubblico ministero, richiedendo informazioni riguardo agli atti posti in essere in relazione alla comunicazione. In questi casi, così come quando gli organi competenti vengano a conoscenza che si sta svolgendo un processo penale sugli stessi fatti, richiederanno all'organo giudiziario di comunicare gli atti posti in essere.

2. Ricevuta la comunicazione, e se ritiene che esista identità di soggetto, fatto e fondamento tra l'infrazione amministrativa e l'infrazione penale che potrebbe corrispondere, l'organo competente per risolvere il procedimento lo dichiarerà sospeso finché non intervenga la risoluzione giudiziaria.

3. In ogni caso, i fatti dichiarati provati con risoluzione giudiziaria penale definitiva vincolano gli organi amministrativi rispetto ai procedimenti amministrativi che pongono in essere”.

Questo vincolo ai fatti provati in sede penale implica che: a) se il tribunale penale dichiara che i fatti non sussistono, l'amministrazione non può imporre per questi alcuna sanzione; b) se il tribunale dichiara che i fatti sussistono, ma decide nel senso del proscioglimento per altri motivi, l'amministrazione deve prenderli in considerazione e, valutandoli dal punto di vista dell'illecito amministrativo, diverso da quello penale, imporre (se del caso) la sanzione corrispondente in conformità al diritto amministrativo³⁵; c) se il tribunale constata che i fatti non sono stati provati, l'amministrazione può provarli nel procedimento amministrativo e, se del caso, sanzionarli amministrativamente³⁶.

³⁴ È sufficiente che esistano indizi di fatti che possano costituire reato, a prescindere dal fatto che in quel momento si sia già iniziata o meno una causa penale. Normalmente è la stessa amministrazione a scoprire e comunicare l'esistenza di indizi, ma nulla esclude che possa farlo l'interessato. Nella STC 152/2001, del 2 luglio, in un momento in cui il Tribunale costituzionale riteneva che se l'amministrazione avesse già iniziato un procedimento sanzionatorio, non era possibile aprire un processo penale, si è esclusa l'asserita violazione del *ne bis in idem* per violazione della buona fede, in quanto l'interessato non aveva comunicato all'amministrazione che era già in corso un processo a suo carico, per evitare di essere sanzionato penalmente.

³⁵ V. la STC 98/1989, del 1° giugno, FJ 10.

³⁶ V., per tutte, la STS, *Sala de lo Contencioso*, del 27 novembre 2015, n. ric., 3346/2014, FD 4.

Per concludere, è da segnalare che atti dell'amministrazione che ledono i diritti e le libertà suscettibili di *amparo* costituzionale, tra cui figura il *ne bis in idem*, sono affetti da nullità (art. 62, comma 1, lettera a, della legge n. 30/1992)³⁷.

5.3.2. *Il limite del ne bis in idem processuale per i procedimenti sanzionatori amministrativi non equiparabili ad un processo penale*

Prima della STC 2/2003, del 16 gennaio, il Tribunale costituzionale si era limitato a riconoscere l'autonomia del diritto a non essere sottoposti ad un doppio procedimento sanzionatorio quando si trattava di un doppio processo penale. In questa decisione, il *plenum* ha preso atto che tanto l'art. 14, comma 7, del PIDCP, quanto l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, proteggono il cittadino anche di fronte ad una nuova persecuzione punitiva per gli stessi fatti dopo che si sia avuta una decisione definitiva nel primo procedimento sanzionatorio, a prescindere dal risultato dello stesso. Ed ha riconosciuto che forti ragioni ancorate al principio di certezza del diritto ed al valore della libertà supportavano questa estensione al divieto costituzionale di incorrere nel *bis in idem*:

“Nello Stato costituzionale di diritto nessun potere pubblico è illimitato, quindi la potestà sanzionatoria dello Stato, per quanto [sia la] forma più drastica d'attuazione dei poteri pubblici sul cittadino, deve essere soggetta a stretti limiti. La limitazione della potestà sanzionatoria dello Stato è condizione di legittimità del suo esercizio nello Stato di diritto, in cui la libertà è uno dei suoi valori superiori (art. 1, comma 1, Cost.) e la certezza del diritto (art. 9, comma 3, Cost.) uno dei principi che lo configurano. Così, da un lato, le restrizioni permanenti della sfera di libertà individuale inerenti alla situazione d'insicurezza derivata dalla possibilità che lo Stato reiteri le sue pretese punitive per gli stessi fatti senza alcun limite, difettano da ogni fondamento di legittimazione nello Stato di diritto. Dall'altro lato, la certezza del diritto (art. 9, comma 3, Cost.) impone limiti alla riapertura di qualsivoglia procedimento sanzionatorio – amministrativo o penale – per gli stessi fatti, perché la possibilità illimitata di riapertura o di estensione di un procedimento sanzionatorio crea una situazione di pendenza giuridica, che, in

³⁷ Sulla possibilità di iniziare la via della *revisión* d'ufficio o della revoca degli atti (rispettivamente, artt. 102 e 105 della legge n. 30/1992), si v. E. FLIQUETE LLISO, *La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio non bis in idem*, in *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 23, gennaio-giugno 2015, 137 ss.

Per evitare i problemi che si pongono quando l'amministrazione non rispetta la prevalenza della giurisdizione penale e sanziona, la dottrina ha proposto che il legislatore permetta alla giurisdizione penale dichiarare nulla la sanzione amministrativa o instare il procedimento affinché si possa dichiarare l'annullamento.

ragione del suo carattere indefinito, è contraria alla certezza del diritto (per tutte, STC 147/1986, del 25 novembre, FJ 3).

“Di conseguenza, considerando che dal valore della libertà (art. 1, comma 1, Cost.) e dal principio di certezza del diritto (art. 9, comma 3, Cost.) derivano limiti costituzionali per qualsiasi procedimento sanzionatorio che integrano il contenuto del diritto ad un processo con tutte le garanzie nell’ambito amministrativo sanzionatorio (art. 24, comma 2, Cost.), non può negarsi che *in certi casi*³⁸ il dispiegarsi di un procedimento amministrativo sanzionatorio e di un processo penale – per gli stessi fatti e con lo stesso fondamento – può causare la violazione del diritto a non di essere sottoposti ad un doppio processo, garanzia che comprende primariamente il divieto di essere sottoposti a un doppio processo penale. Tuttavia, data l’attuale disciplina legale del procedimento amministrativo sanzionatorio, difficilmente si potrà effettuare l’equiparazione di entrambi i procedimenti nell’ottica della determinazione della portata di questo divieto costituzionale.

“Infatti, il divieto costituzionale di apertura o ripresa di un procedimento sanzionatorio quando è stata emessa una risoluzione sanzionatrice definitiva, non si estende a qualsiasi procedimento sanzionatorio, ma solo a quelli che, in ragione delle caratteristiche del procedimento – il suo grado di complessità – ed alle caratteristiche della sanzione che si può imporre – la sua natura e la sua entità – possono equipararsi ad un processo penale, al fine di ritenere che chi è sottoposto ad un procedimento sanzionatorio di tali caratteristiche si trova in una situazione di soggezione al procedimento tanto gravosa quanto quella di chi è sottoposto ad un processo penale. Due sono le ragioni a sostegno di questa limitazione. Da un lato, la logica che impone il principio di proporzionalità, in quanto criterio di ponderazione del contenuto dei diritti fondamentali. Dall’altro, la necessariamente modulata traslazione delle garanzie del giusto processo all’ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio. [...] Le garanzie processuali [...] dell’art. 24, comma 2, Cost. sono applicabili [...] ‘nella misura necessaria a preservare i valori essenziali alla base della norma, e la certezza del diritto [...]’.

“D’altra parte, dobbiamo ribadire che, come risulta dall’art. 4, comma 2, del Protocollo n. 7 CEDU e della nostra giurisprudenza (STC 159/1987, del 26 ottobre), il divieto del doppio procedimento sanzionatorio si viola solo se entrambi i procedimenti sono stati portati avanti con le dovute garanzie, di modo che un primo procedimento realizzato senza rispettare la priorità legale dell’ordine

³⁸ Il corsivo è aggiunto.

giurisdizionale penale non impedisce un secondo procedimento sanzionatorio” (STC 2/2003, del 16 gennaio, FJ 8).

Considerate la semplicità del procedimento amministrativo e dell’infrazione, la natura ed entità delle sanzioni imposte, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che non si potesse equiparare il procedimento amministrativo ad un processo penale, al fine di individuare una violazione del *ne bis in idem* processuale, nel caso di procedimenti amministrativi che avessero condotto ad una sanzione per aver guidato con un tasso di alcol superiore a quello previsto dal regolamento sulla circolazione (STC 2/2003, del 16 gennaio, FJ 8), e nel caso di un procedimento disciplinare (SSTC 334/2005, del 20 dicembre, FJ 2; e 48/2007, del 12 marzo, FJ 3).

5.3.3. Divieto di ne bis in idem sostanziale o processuale e (eventuale) annullamento della seconda sanzione

L’ultima questione affrontata dalla STC 2/2003 assume una particolare importanza allorché alla sanzione amministrativa si aggiunga una sanzione penale: il punto da chiarire era se dal divieto di *ne bis in idem* – sostantivo o processuale – contenuto nell’art. 25, comma 1, Cost., in relazione all’art. 24, comma 2, Cost., derivi sempre e comunque l’annullamento della seconda sanzione erogata.

Il *plenum* ha dichiarato che non si può desumere siffatta conseguenza dalla norma costituzionale. Il primo aspetto da prendere in considerazione, al riguardo, è che l’amministrazione sanzionatrice dovrebbe sospendere il procedimento perché i fatti potrebbero essere costitutivi di infrazione penale. Se non lo ha fatto – per errore o per omissione –, ha agito in violazione delle norme legali generali ed speciali, e questa infrazione ha rilevanza costituzionale, poiché le disposizioni plasmano la competenza esclusiva della giurisdizione penale nella conoscenza di fatti costitutivi di infrazione penale e configurano uno strumento preventivo volto a preservare i diritti dal subire un doppio procedimento sanzionatorio – amministrativo e penale – e dall’essere sanzionati più di una volta per gli stessi fatti. Quindi, la sussunzione dei fatti nella disposizione amministrativa è stata realizzata ignorando il principio di legalità in materia sanzionatoria (art. 25, comma 1, Cost.) e la competenza esclusiva della giurisdizione penale per esercitare la potestà punitiva quando i fatti possono essere costitutivi di reato (art. 25, comma 1, Cost. in relazione all’art. 117, comma 3, Cost.) (FJ 9).

Il secondo aspetto attiene al fatto che la dichiarazione di responsabilità penale si effettua in un ambito (il processo penale) in cui vigono le garanzie specifiche

integrate nel diritto ad un processo con tutte le garanzie (art. 24, comma 2, Cost.), garanzie che si ripercuotono sul contenuto del diritto alla presunzione di innocenza (art. 24, comma 2, Cost.), mentre la dichiarazione di responsabilità che consegue ad un'infrazione amministrativa si concretizza in un procedimento in cui l'anzidetto diritto è modulato, e dunque ha un minor contenuto garantista. Così, la garanzia di imparzialità non può richiedersi all'amministrazione nello stesso senso che agli organi giudiziari (specialmente se l'amministrazione è coinvolta in sede di autotutela), né possono imporsi le stesse regole; la presunzione di innocenza vige senza restrizioni, ma si è negata l'estensione al procedimento amministrativo sanzionatorio del diritto alla pubblicità del processo; ancora, in sede amministrativa, sono ammessi come prova gli attestati dei pubblici ufficiali, a prescindere dal fatto che non godano della presunzione di veridicità. Quindi, la valutazione della prova non si effettua in condizioni di oralità, pubblicità ed immediatezza, mentre nel processo penale la dichiarazione di responsabilità e l'imposizione della sanzione possono fondarsi solo su prove valutate in queste condizioni³⁹.

Sulla scorta di queste considerazioni, il Tribunale costituzionale ha concluso che “queste differenze, che non intaccano la legittimità costituzionale dell'esercizio della potestà sanzionatoria dell'amministrazione, determinano tuttavia che, in caso di dualità di esercizio dello *jus puniendi* dello Stato, da parte dell'amministrazione e della giurisdizione penale, le risoluzioni adottate da quest'ultima non possano cedere di fronte a quelle emanate dalla prima [...]”.

“Del resto, non si oppone a questa soluzione la portata del diritto riconosciuto nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, perché la Corte EDU, nella sentenza del 29 maggio 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, (§ 31), sostiene che gli Stati parte della CEDU conservano la loro libertà «per regolare quale delle due infrazioni debba essere perseguita»” (FJ 10).

6. Brevi riflessioni sui rapporti tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza sovranazionale

L'art. 10, comma 2, Cost. stabilisce che “le norme relative ai diritti fondamentali ed alle libertà riconosciute dalla Costituzione s'interpreteranno in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed ai trattati e convenzioni internazionali nelle stesse materie ratificati dalla Spagna”. Come è

³⁹ Nel caso di specie, l'infrazione amministrativa si basava sul verbale della polizia, atto che nel processo penale richiede la ratifica da parte degli agenti e la sottoposizione al *juicio oral*.

noto, il Tribunale costituzionale spagnolo è solito incorporare prontamente i contenuti ed i criteri interpretativi provenienti da atti normativi internazionali e dai loro organi di interpretazione. Tra questi spiccano, ovviamente, le norme europee e la giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo. A dimostrazione che questa sua apertura va oltre il dettato dell'art. 10, comma 2, Cost., il Tribunale costituzionale ha incorporato nelle sue motivazioni queste fonti internazionali perfino prima della loro ratifica – come nel caso della Carta europea dei diritti fondamentali, ratificata il 30 luglio 2008 ma citata già nella STC 292/2000, del 30 novembre –, ed ha ampliato i diritti fondamentali nazionali operando riferimenti a contenuti non previsti dalla Costituzione spagnola ma dalla CEDU (v. di recente la STC 11/2016, del 1° febbraio).

Nell'ambito della giurisprudenza sul diritto a non subire il *bis in idem*, il Tribunale costituzionale si è sovente riferito, per dare sostegno alle sue tesi, all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴⁰ ed al Protocollo n. 7 della CEDU, prima che questo entrasse in vigore nel 2009⁴¹. Ha citato anche l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁴².

Per quanto riguarda il riconoscimento del versante processuale di questo diritto, indubbiamente la giurisprudenza di Strasburgo ha svolto un ruolo determinante. Nell'emblematica STC 2/2003, il *plenum* ha identificato ed utilizzato criteri interpretativi che in quel momento forniva la Corte EDU, ma permane un aspetto problematico, legato alla circostanza che, a far tempo dall'entrata in vigore del Protocollo n. 7, non si sia riscontrato alcun cambiamento nella giurisprudenza costituzionale volto ad incorporare i nuovi criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo dopo la sentenza *Zolotoukhine c. Russia*⁴³, né si contemplino eventuali ripercussioni derivanti dall'interpretazione, da parte della

⁴⁰ Ratificato il 30 aprile 1977, viene citato nelle AATC 90/1985, del 6 febbraio, FJ 3, e 365/1997, del 10 novembre, FJ 2; e le SSTC 222/1997, del 4 dicembre, FJ 4; 2/2003, del 16 gennaio, FJ 3; 169/2004, del 6 ottobre, FJ 3; 188/2005, del 4 luglio, FJ 2; 249/2005, del 10 ottobre, FJ 3; 218/2007, dell'8 ottobre, FJ 4; 236/2007, del 7 novembre, FJ 14; 60/2008, del 26 maggio, FJ 9; 69/2010, del 18 ottobre, FJ 3; e 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4.

⁴¹ Il protocollo è stato ratificato il 15 ottobre 2009 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Si cita nelle SSTC 2/2003, del 16 gennaio, FJ 5; 169/2004, del 6 ottobre, FJ 3; 188/2005, del 4 luglio, FJ 2; 218/2007, dell'8 ottobre, FJ 4; 236/2007, del 7 novembre, FJ 14; 60/2008, del 26 maggio, FJ 9; 69/2010, del 18 ottobre, FJ 3; e 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4.

⁴² V. la STC 77/2010, del 19 ottobre, FJ 4.

⁴³ Il *ne bis in idem* era coinvolto, in maggiore o minor misura, nei casi decisi con le SSTC 69/2010, del 18 ottobre; 71/2010, del 18 ottobre; 77/2010, del 19 ottobre; 45/2011, dell'11 aprile; 126/2011, del 18 luglio; 70/2012, del 16 aprile; 139/2012, del 2 luglio; 200/2012, del 12 novembre; 189/2013, del 7 novembre; e 23/2016, del 15 febbraio.

Corte di giustizia, dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si può ipotizzare che questo dipenda anche dal fatto che la Spagna non sia stata ancora condannata dalla Corte EDU né dalla Corte di giustizia per violazione del divieto di *bis in idem*⁴⁴. Tuttavia, esaminando la giurisprudenza più recente, si può osservare che i profili dei casi sottoposti al vaglio del massimo interprete costituzionale non hanno riguardato direttamente il concorrere dell'esercizio dello *jus puniendi* da parte dell'amministrazione e della giurisdizione penale. La possibilità che il Tribunale costituzionale potesse aggiornare la sua giurisprudenza in materia era, dunque, di fatto circoscritta ad eventuali dichiarazioni che avesse inteso inserire in *obiter dicta*.

La dottrina⁴⁵ preme per un aggiornamento della giurisprudenza costituzionale che enfatizzi il contenuto processuale del principio, vietando il doppio processo penale e amministrativo e che cancelli anche la soluzione arbitraria della c.d. *compensación*, che nulla toglie al carattere afflittivo che ha per il cittadino ogni processo sanzionatorio. Simili riflessioni iniziano a farsi strada, seppur timidamente, nel testo di alcune decisioni degli organi giudiziari spagnoli⁴⁶.

⁴⁴ La Corte EDU, il 18 ottobre 2005, ha dichiarato irricevibile il ricorso di Luis Roldan Ibañez, ex direttore generale della *Guardia Civil*, contro la Spagna per violazione del *ne bis in idem*, perché garantito solo dall'art. 4 del Protocollo n. 7, allora non ancora ratificato dalla Spagna.

⁴⁵ V., per tutti, D. CARPIO BRIZ, *Europeización y reconstitución del non bis in idem – efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009 –*, in *Revista General de Derecho Penal*, n. 14, 2010; e R. ALCÁ CER GUIRAO, *El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el «bis in idem» en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y en el Tribunal Constitucional*, in *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 61, 2013, 25-52.

Come evidenzia CHINCHILLA MARÍN, allo stato attuale, nulla impedisce che la Spagna sia condannata dalla Corte EDU come lo è stata l'Italia nella sentenza *Grande Stevens ed altri*, del 4 marzo 2014. Nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel processo contenzioso-amministrativo spagnolo non sono applicabili, infatti, le garanzie del processo penale, così come sono state interpretate dalla Corte EDU. Si v. C. CHINCHILLA MARÍN, *El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 102, maggio-agosto 2015, 98-104.

⁴⁶ La sentenza del 19 marzo 2014 dell'Udienza provinciale di Segovia (n. ric. 25/2014) doveva giudicare un caso di doppio processo penale riguardante un reato di ingiurie e calunnie. Il tribunale, rifacendosi alla sentenza *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, ha ritenuto di dover prescindere dalla qualificazione giuridica dei fatti, adottando un criterio naturalistico ed ha dichiarato violato il *ne bis in idem* (v. il FD 3).

Ancora, nell'opinione concorrente alla sentenza del Tribunale supremo (sala quinta, militare) del 16 dicembre 2015 (ric. n. 2/62/2015), il Presidente della sezione, Angel Calderon Cerezo ha citato i casi *Sergei Zolotukhin c. Russia*, *Marerti c. Croazia*, *Asadbeyli c. Azerbaïyan*, *Murlija c. Bosnia*, *Grande Steverns ed altri c. Italia*, e *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, per segnalare che l'attuale giurisprudenza della Corte EDU vieta la doppia sanzione ed il doppio procedimento inteso come manifestazione dello *jus puniendi* e che il riferimento va operato ai fatti in senso

naturalistico. Ha altresì sottolineato che questa giurisprudenza dovrebbe applicarsi con preferenza rispetto alla *doctrine* contenuta nella STC 2/2003, tra le altre.