

## QUESTIONI APERTE

---

### *Ne bis in idem*

#### La decisione

**Divieto di *bis in idem* – Sanzione disciplinare dell'interdizione dall'esercizio della professione medica – Materia penale – Esclusione** (Prot. Agg. n. 7 alla C.e.d.u., art. 4).

*È da escludere la violazione del divieto di bis in idem con riguardo alla sanzione disciplinare dell'interdizione dall'esercizio della professione medica quando questa non appaia sostanzialmente penale alla luce del grado di severità e della natura dell'infrazione sottostante.*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, SEZIONE QUINTA, 22 ottobre 2020, Faller e Steinmetz c. Francia, ric. nn. 59389/16 e 59392/16.

#### **Procedimenti disciplinari e divieto di doppio giudizio secondo la Corte di Strasburgo**

Nel rapporto tra il procedimento disciplinare e quello penale attorno allo stesso fatto la Corte di Strasburgo esclude la violazione del *ne bis in idem* quando la sanzione disciplinare è priva del carattere "penale" alla luce della propria giurisprudenza consolidata. Lo scritto analizza una recente decisione e prospetta un bilancio a proposito della frequente sottrazione degli illeciti in questione dalla disciplina convenzionale della materia penale.

#### *Disciplinary trial and double jeopardy according to the Court of Strasbourg*

*In the relationship between disciplinary and criminal trials about the same fact, the Court of Strasbourg excludes the violation of the ne bis in idem principle when the disciplinary sanction lacks the "criminal" character according to its consolidated jurisprudence. The paper analyzes a recent decision of the European Court and makes a balance also considering the frequent exclusion of disciplinary penalty from the conventional regulation of criminal matter.*

**SOMMARIO:** 1. In premessa. 2. Il caso e la questione sottoposta alla Corte europea. 3. I principi stabiliti a Strasburgo. 4. Osservazioni conclusive.

1. *In premessa.* La Corte europea torna ad escludere, con un nuovo pronunciamento, la violazione dell'art. 4, Prot. Agg. n. 7 alla C.e.d.u. in un caso in cui il procedimento disciplinare aveva ad oggetto gli stessi fatti posti alla base dell'accusa formulata dal P.M.

Nel dichiarare irricevibili i ricorsi, i Giudici sovranazionali hanno escluso la natura sostanzialmente criminale delle sanzioni disciplinari inflitte a due medici francesi, che erano stati giudicati colpevoli per condotta professionale scorretta in relazione alle cure che avevano fornito agli assicurati col divieto di prestare assistenza per un periodo di quattro mesi, laddove in parallelo costoro avevano ricevuto condanna per il medesimo accadimento a diciotto mesi di reclusione e al pagamento di venticinquemila euro di multa, oltre al divieto

di esercizio della professione per un anno.

La vicenda ha consentito alla Corte di Strasburgo di ritornare sulla questione della possibilità di applicare il *ne bis in idem* previsto dalla Convenzione ai giudizi disciplinari con cui vengono inflitte sanzioni gravose in abbinamento a quelle del procedimento penale, alla luce del più recente orientamento manifestato da quel Giudice a partire dal caso “A e B contro Norvegia” che ha posto un freno all’espansione del divieto di doppio giudizio a fronte della previsione di sanzioni eterogenee<sup>1</sup>.

*2. Il caso e la questione sottoposta alla Corte europea.* La vicenda trae origine dalla condotta di due cittadini francesi che, nell’erogare prestazioni mediche per conto di una compagnia assicurativa, sono stati accusati di frode ed esercizio abusivo della professione sanitaria, con conseguente attivazione del potere disciplinare da parte dell’Ordine dei medici e, in seguito, anche dell’esercizio dell’azione per i medesimi fatti da parte del competente Pubblico Ministero.

In prima battuta, il Consiglio dell’ordine di appartenenza ha inflitto la sanzione del divieto di prestare assistenza agli assicurati per un periodo di quattro mesi, di cui due sospesi e, successivamente, il Tribunale di Colmar ha qualificato la medesima condotta come truffa ed esercizio illegale della professione, prevedendo una condanna finale a diciotto mesi di reclusione – pena condizionalmente sospesa – alla multa di venticinquemila euro ciascuno e, inoltre, al divieto di esercitare la relativa attività per un anno.

Ciò ha posto il problema della compatibilità del complessivo trattamento processuale che hanno ricevuto i cittadini col *ne bis in idem* eterogeneo previsto dall’art. 4, Prot. Agg. n. 7 alla C.e.d.u. che è applicabile, per giurisprudenza oramai consolidata, anche a giudizi amministrativi o disciplinari oltre che penali, quando per via delle caratteristiche sostanziali delle rispettive sanzioni siano tutti da ricondurre alla *matière pénale*, con conseguente attivazione del corredo di garanzie previste dalla Convenzione.

Gli interessati hanno, dunque, proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, sulla base dell’assunto che la coincidenza anche temporale delle contestazioni avesse determinato la violazione del diritto fondamentale all’unicità del giudizio di accertamento e della risposta afflittiva, specie considerando, si noti, che la condanna penale aveva affiancato alle sanzioni detentiva e pecuniaria anche

---

<sup>1</sup> Su questo aspetto si veda PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in *Regole europee e processo penale*, II, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2018, 325.

quella interdittiva dallo svolgimento della professione, del tutto sovrapponibile all'esito raggiunto, nel mentre, in sede disciplinare.

**3. I principi stabiliti a Strasburgo.** La Corte ha dichiarato irricevibili i ricorsi sul presupposto che in questo caso le caratteristiche proprie della sanzione di disciplina imposta dall'Ordine non soddisfano i requisiti della *matière pénale* consolidati nella giurisprudenza europea.

Segnatamente il Collegio europeo, una volta dato per acquisito il carattere sostanzialmente afflittivo delle pene detentive e interdittive inflitte dal Tribunale di Colmar, si è interrogato sulla possibilità di includere il divieto temporaneo di esercizio della professione medica imposto dall'Ordine dei medici nella categoria della "pena" per la commissione di un fatto di reato, alla luce dell'autonomo sistema di qualificazione fornito dalla Convenzione.

Sul punto la decisione si allinea alla posizione espressa dalla *Grand Chambre* nella vicenda "A e B contro Norvegia"<sup>2</sup> circa la perdurante validità, anche in materia disciplinare, delle indicazioni provenienti dal caso "Engel"<sup>3</sup> per l'opera di classificazione dell'infrazione e della reazione sanzionatoria come penale o di altro tipo, al fine dell'applicazione delle garanzie di cui all'art. 6, § 1 C.e.d.u.

Può dirsi ormai nota la lezione per cui la Corte strasburghese prescinde dalla classificazione formale che buona parte degli Stati membri, tra cui l'Italia, adotta per sottoporre o sottrarre un illecito al meccanismo del processo e alle garanzie del diritto penale, aderendo a una concezione sostanziale – o, meglio, sostanziale in senso europeo – del crimine e della pena che passa per i tre criteri della qualificazione formale secondo la legge nazionale, della natura dell'infrazione e del grado o severità della sanzione conseguente alla commissione del fatto vietato. È oggetto di puntuale disciplina, inoltre, anche l'ordine di adozione delle direttive ermeneutiche, in quanto si statuisce che la seconda e la terza sono alternative tra loro e non cumulative, ma ciò non preclude la possibilità di farne, *in extremis*, applicazione congiunta se dall'analisi separata di ciascun criterio non è possibile giungere a conclusioni certe sull'esistenza di una "accusa penale"<sup>4</sup>.

Quanto al caso concreto, il provvedimento esclude che la disposizione inter-

---

<sup>2</sup> Corte E.D.U., Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, nn. 24130/11 e 29758/11, §§ 105-107.

<sup>3</sup> Corte E.D.U., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, § 82, serie A n. 22.

<sup>4</sup> Tra le altre, Corte E.D.U., Gr. Cam., 6 novembre 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo, n. 55391/13, § 122.

na di riferimento (l'art. 145-1 del codice di sicurezza sociale applicato dal Collegio dell'Ordine) faccia scattare la preclusione dell'art. 4, Prot. Agg. n. 7 alla C.e.d.u., sulla base del fatto che, al di là dell'etichetta fornita dal legislatore, sul piano della natura della violazione non vi sia prossimità con l'ambito criminale e, quanto al terzo criterio, la serie di sanzioni previste dal codice deontologico in questa vicenda – che va dall'ammonimento al divieto temporaneo o permanente di esercizio della professione – non ha un grado di incisività tale da consentire un paragone col rigore tipico della pena criminale.

Con riguardo alle caratteristiche dell'interdizione perpetua di tipo disciplinare, col provvedimento si afferma che, segnatamente, pur essendo in ipotesi ammissibile la sua qualificazione come “penale”, ciò nondimeno resta valida la soluzione negativa del quesito sul presupposto che ad essa non si combinano, nello schema del legislatore, misure patrimoniali o privative della libertà.

Di qui la conclusione per cui il verdetto emesso dall'Ordine dei medici contro i ricorrenti non è da considerare una “condanna” per un “reato” e, a monte, la relativa contestazione disciplinare non rappresenta una “accusa” di stampo penalistico ai sensi dell'art. 4 in questione, con conseguente declaratoria di irricevibilità dei ricorsi che, nell'ottica di quel Giudice, impedisce anche l'analisi della questione parallela sulla legittimità della riserva apposta dalla Francia in sede di sottoscrizione del Protocollo n. 7, al pari dell'Italia.

4. *Osservazioni conclusive.* La decisione, che per certi versi può essere definita “classica” per la soluzione che ha offerto alla luce degli intendimenti maggioritari a Strasburgo sul divieto di doppio giudizio, ci consente di chiarire i rapporti che corrono tra il *ne bis in idem* e il microsistema dei provvedimenti disciplinari, la cui spiccata autonomia ha fatto sì che proprio attorno a questo tipo di duplicazione sanzionatoria e processuale nascesse la dimensione eterogenea dell'istituto, che coinvolge ciò che non è penale in senso formale.

Infatti il *leading case* “Engel” ebbe origine dalla sproporzione afflittiva di un verdetto disciplinare olandese che si sommava alla condanna alla detenzione per determinare una duplicazione illegittima e permise alla Corte di introdurre una nozione autonoma di ciò che deve considerarsi penale, da cui far discendere non solo il controllo di legalità europea alla luce dell'art. 4 menzionato ma, più in generale, la possibilità di applicare o meno all'affare l'intero *set* di garanzie dell'equo processo.

Dunque il provvedimento in esame si pone in sostanziale continuità col metodo adottato sin dall'origine e ribadito, *in parte qua*, anche con la discussa giurisprudenza “A e B contro Norvegia”, la quale, se da un lato ha riformato

le regole di apprezzamento della violazione del divieto per riconoscere la legittimità, a certe condizioni, di accertamenti paralleli ma sostanzialmente unitari, dall'altro non ha messo in discussione i criteri di Engel e la loro centralità per qualificare, a monte, un'accusa come di tipo criminale, con conseguente attivazione delle pertinenti garanzie convenzionali.

Occorre chiedersi, a questo punto, se dalla decisione in commento e, in generale, dalla posizione complessiva del diritto vivente a Strasburgo possano trarsi conseguenze di sistema sui rapporti dell'istituto di cui si discute col giudizio di disciplina, considerando l'atteggiamento di chiusura che qui, come in altre recenti occasioni<sup>5</sup>, il Collegio europeo ha dimostrato nei confronti delle interdittive professionali imposte dagli organismi della categoria di appartenenza.

Potrebbe ritenersi, infatti, che da questo pronunciamento discenda la generale compatibilità convenzionale delle misure disciplinari di tipo interdittivo dalla professione, anche perché in numerose occasioni la Corte di Strasburgo è giunta alla medesima conclusione e ha escluso la violazione del divieto quando la duplicazione coinvolge quel settore del diritto, che è stato spesso estromesso dal raggio d'azione dell'istituto in parola<sup>6</sup>.

Eppure sembra che un esito interpretativo di tal genere tradirebbe lo spirito e la sostanza del diritto europeo sul tema.

Mediante una lettura attenta del verdetto in esame e dei precedenti a cui si rifà è possibile comprendere che, a ben vedere, il settore delle sanzioni irrogate dagli ordini di appartenenza del professionista, che scaturiscono da condotte anche penalmente rilevanti poste in essere nell'ambito del mandato professionale, non gode a Strasburgo di una generale patente di legittimità, né può dirsi esistente una definitiva tendenza esegetica volta ad escludere il sindacato sovranazionale sul rapporto tra disciplina interna alla categoria professionale e diritti del cittadino a fronte della proliferazione delle accuse attorno allo stesso fatto.

Resta, anche su questo terreno, la validità ermeneutica della "logica di Engel", per cui occorre condurre un'analisi prioritaria delle caratteristiche del processo e del verdetto conclusivo per poterne valutare l'attrazione nel contesto "penale" senza che il sistema delle reazioni disciplinari, per le sue caratteristi-

<sup>5</sup> Corte E.D.U., 5 maggio 2020, *Prina c. Romania*, n. 37697/13.

<sup>6</sup> Già a partire da decisioni risalenti ma spesso evocate come precedente confermativo dell'atteggiamento, ad es. Corte E.D.U., 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, § 42, serie A n. 43. Più di recente, si veda la citata *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*.

che peculiari, possa dirsi regolarmente sottratto al diritto al processo unico e alla sanzione esclusiva.

Ciò che cambia, semmai, è l'ordine di importanza dei criteri, nella misura in cui la giurisprudenza della Corte altrove ha chiarito che quando si discute dell'applicazione del divieto a un numero ristretto di individui, com'è il caso degli operatori di un settore che prevede il controllo dell'ordine professionale, guadagna un certo peso il requisito della gravità della misura punitiva rispetto a quelli del *nomen iuris* e della natura dell'illecito – ovvero la terza regola fornita con la sentenza “Engel” – al fine di scrutinare la compatibilità con l'art. 4 citato.

Tuttavia, altro è adattare la sequenza di impiego dei criteri in questione sulla considerazione che l'ordinamento disciplinare si compone di regole non destinate, per loro natura, alla generalità dei consociati, altro è asserire, con portata generale e astratta, che il *ne bis in idem* non trova puntuale ed effettiva applicazione nella materia in questione, quasi che le garanzie penali previste dalla Convenzione debbano scontrarsi, alle volte, con «*sacche di arbitrio incontrollabile*» (<sup>7</sup>).

Viceversa, i percorsi motivazionali delle sentenze europee sembrano andare nella direzione opposta, cioè quella dell'affermazione della portata generale del divieto e della potenziale applicazione a tutto campo, ogni volta che il legislatore interno preveda conseguenze afflittive dall'intensità variabile che si affiancano a quelle criminali anche in senso formale.

Una considerazione che, d'altronde, è in linea con la portata espansiva dei diritti giudiziali riconosciuti dalla Convenzione e con la loro sempre maggiore affermazione pratica ad opera della Corte, con la conseguenza che ogni impostazione “settoriale”, volta a confinare i diritti e le tutele e a mandare esente, al contempo, interi spazi dell'ordinamento dal rispetto delle regole sovranazionali, contribuisce a creare occasioni di frattura con la C.e.d.u.

In sintesi, in un'epoca in cui non è più a discutersi la posizione di dominio del diritto convenzionale nella gerarchia delle fonti<sup>8</sup>, deve affermarsi che la realizzazione sostantiva dell'equo processo passa per la rinuncia alla categoria dell'eccezione e, soprattutto, per la previsione di meccanismi di controllo ef-

<sup>7</sup> GAITO, *Le impugnazioni in generale*, in *Procedura penale*, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, Torino, 2014, 818.

<sup>8</sup> Salvo la teoria dei controlimiti, ribadita in giurisprudenza costituzionale da ultimo con la sentenza 49 del 2015 che ha recuperato, tra l'altro, recuperando alcuni accenni già presenti in Corte cost., sent. n. 198 del 1965. Sul tema si veda la ricostruzione di MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 5.

fettivi<sup>9</sup> che consentano uno scrutinio di legalità europea nei confronti di qualunque ammenda o interpretazione nazionale<sup>10</sup>.

**GENNARO GAETA**

---

<sup>9</sup> Corte E.D.U., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, n. 18640/10; 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, n. 43509/08.

<sup>10</sup> Circa il tema dei rapporti tra *ne bis in idem* sovranazionale e resistenze della giurisprudenza interna, v. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in questa *Rivista*, 2019, 1, 275.