

## **Il nuovo volto del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria**

di *Caterina Fatta*

Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11

### **Massima**

*Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, non vieta agli Stati membri di adottare il c.d. doppio binario sanzionatorio, cumulando sanzioni penali ed amministrative (distinte per funzioni e disciplina) a fronte di un medesimo fatto illecito, allorché tra i due procedimenti sanzionatori sussista una stretta connessione sostanziale e temporale, tale che non si verifichino duplicazioni nella raccolta e valutazione degli elementi probatori, e a condizione che le sanzioni siano parte di un'unitaria reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento in misura proporzionata e prevedibile.*

### **Il commento**

**SOMMARIO:** 1. Il principio del *ne bis in idem* nel quadro giurisprudenziale europeo e sovranazionale. – 2. Il caso. – 3. Le questioni interpretative demandate alla Grande Camera. – 3.1. La definizione di sanzione di natura penale. – 3.2. L'ambito di operatività del *ne bis in idem*. – 4. Le prime reazioni della giurisprudenza e le relative criticità. – 5. Conclusioni: gli spunti per il legislatore.

### **1. Il principio del *ne bis in idem* nel quadro giurisprudenziale europeo e sovranazionale.**

Con la sentenza in commento la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo è intervenuta sull'annoso problema legato alla concreta compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* penale e il sistema del c.d. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, e cioè quel sistema che consente la contestuale applicazione di due categorie di sanzioni, penali ed amministrative, al medesimo fatto illecito del contribuente.

Il tema è di grande interesse e si inserisce nel solco del dibattito sulla c.d. “amministrativizzazione del diritto penale”<sup>1</sup>, poiché obbliga l’interprete ad una delicata opera di bilanciamento: da un alto, il diritto fondamentale dell’individuo a non essere sottoposto ad un nuovo procedimento penale sul medesimo fatto per il quale è già intervenuta una sentenza irrevocabile; dall’altro, la pretesa punitiva dello Stato sovrano, la cui attuale tendenza è quella di moltiplicare i momenti sanzionatori, al fine di minimizzare il rischio che gli illeciti rimangano impuniti e di compensare gli sforzi economici che l’amministrazione deve sostenere per svolgere i propri compiti di *law enforcement*.

La Corte di Strasburgo ha colto l’occasione per ripercorrere i passaggi principali della propria giurisprudenza sull’argomento e per puntualizzare alcuni concetti che sono destinati ad incidere profondamente sugli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d’Europa.

Eppure, nonostante l’obiettivo meritevole, l’opera di chiarificazione eseguita in via pretoria non è stata del tutto lineare.

Ad un esame più approfondito, la complessa e articolata decisione *A. e B. c. Norvegia* svela molteplici criticità, la cui piena comprensione impone però una preliminare cenno allo stato della giurisprudenza sovranazionale in materia di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio.

Come noto, la materia è venuta di recente alla ribalta con la nota sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, pronunciata il 4 marzo 2014 in tema di abusi di mercato, ma la coesistenza problematica delle pretese punitive su più livelli e della garanzia individuale del *ne bis in idem* ha radici ben più profonde.

Innanzitutto, occorre precisare che divieto del doppio processo rientra nella categoria dei diritti civili e politici dell’individuo, riconosciuto quale principio di diritto internazionale consuetudinario<sup>2</sup> e sancito espressamente in diversi testi convenzionali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si parla in questi termini del fenomeno dell’incremento nei sistemi giuridici interni del numero di fattispecie incriminatrici incentrate sulla violazione di regole cautelari ovvero sull’inosservanza di prescrizioni amministrative Donini, “*Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*”, in Cassazione penale, 2003.

<sup>2</sup> Bassiouni, “*Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*” (1993), 3 *Duke Journal of Comparative & International Law* 247; Galantini, “*Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*”, Giuffrè, 1984. Non va poi dimenticato che il principio, di derivazione romanistica, è espressamente salvaguardato anche da molte carte costituzionali, prima tra tutte quella degli Stati Uniti d’America e quella francese.

<sup>3</sup> Quali - a titolo di esempio - il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 14, § 7), la Convenzione Americana sui diritti umani del 1969 (art. 8, § 4) e il primo Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra del 1977 (art. 75,

Nel contesto sovranazionale europeo, il principio del *ne bis in idem* ha dapprima trovato riconoscimento nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria fra Stati in materia penale<sup>4</sup>, rimanendo fuori dal testo originario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tale garanzia è stata introdotta nel citato strumento convenzionale soltanto nel 1984 con l'approvazione del Protocollo 7<sup>5</sup>, il cui articolo 4 dispone che: «*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...*»<sup>6</sup>.

La Corte di Strasburgo, chiamata a dare concreta attuazione alla norma in oggetto, si è trovata sin dalle prime decisioni a dover affrontare il tentativo degli Stati membri di limitare la portata garantistica del principio del *ne bis in idem*: il divieto del doppio giudizio doveva intendersi confinato alla sola materia penale in senso stretto, e quindi solo al caso in cui un individuo avesse subito due giudizi penali, uno dei quali divenuto definitivo, per il medesimo fatto storico.

In forza della formulazione letterale dell'art. 4 del Protocollo 7, che opera un espresso richiamo alla “*condanna penale*” e alla “*procedura penale*”, doveva pertanto ritenersi pienamente legittima la sovrapposizione di una procedimento penale e di una procedura sanzionatoria di carattere amministrativo (ad esempio tributaria o disciplinare) per lo stesso fatto illecito, non trattandosi di una duplicazione del giudizio penale.

Pur riconoscendosi un ampio margine di apprezzamento sulle scelte sanzionatorie interne, è stato sin da subito chiarito come l'applicazione della garanzia convenzionale non potesse essere assolutamente circoscritta alla sola materia penale, delineata sulla base dalle qualificazioni giuridiche formali adottate dai singoli ordinamenti interni. Affinché fosse offerta una effettiva protezione all'individuo rispetto all'abuso dello *ius puniendi*, si è ritenuto necessario evitare che un individuo potesse essere nuovamente

---

§ 4). Per una disamina completa è utile esaminare la complessa opinione dissenziente alla sentenza in commento del giudice Pinto de Albuquerque cfr. §§ 6 e ss.

<sup>4</sup> Si vedano ad esempio l'art. 9 della Convenzione Europea sull'estradizione del 1957 oppure l'art. 9 della Convenzione europea sulla repressione delle infrazioni stradali del 1962.

<sup>5</sup> Il protocollo n. 7 è stato ratificato dall'Italia con la legge n. 98 del 9 aprile 1990 ed entrato in vigore l'1 febbraio 1992. Per un completo approfondimento sui temi di carattere penale nell'ambito del Consiglio d'Europa si veda Nicosia, “*Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*”, Giappichelli, 2006.

<sup>6</sup> Per un commento esaustivo della norma in esame si veda Sudre et al., “*Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*”, PUF, 2009; Harris, O'Boyle, Warbrick, “*Law of the European Convention of Human Rights*”, Oxford University Press; Allegrezza, “*Commento all'art. 4 Prot. 7*” in Bartole, De Sena, Zagreblesky, “*Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*”, Cedam, 2012.

perseguito e sanzionato per un medesimo fatto storico con il pretesto che uno dei due giudizi (e la rispettiva sanzione) avesse natura diversa da quella penale.

Per tale ragione, i giudici di Strasburgo hanno elaborato – inizialmente con riferimento all’art. 6 sul giusto processo nella decisione *Engel e altri c. Olanda* (§§ 82-83) – una serie di criteri diretti a verificare la natura penale di una sanzione o di un illecito, a prescindere dal *nomen juris* assegnato dal legislatore nazionale (*Adolf c. Austria*, § 30)<sup>7</sup>.

Criteri che hanno trovato soprattutto applicazione nelle materie oggetto di una consistente depenalizzazione o che comunque prevedono una duplice tutela amministrativa e penale, come quelle legate alla tutela del mercato, della concorrenza e degli investimenti, come ad esempio la disciplina italiana degli abusi di mercato<sup>8</sup>. Lì dove si annida il rischio della c.d. “*truffa delle etichette*”, e cioè il pericolo che alcune sanzioni “*non penali*” comportino conseguenze afflittive analoghe a quelle “*penali*”, senza però che per la loro irrogazione sia imposta l’osservanza delle garanzie assicurate dal diritto e dalla procedura penale<sup>9</sup>.

I giudici di Strasburgo hanno pertanto chiarito che i criteri alla presenza dei quali può parlarsi di illecito penale sono: 1) la classificazione giuridica dell’ordinamento interno; 2) la natura dell’infrazione; 3) la severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere<sup>10</sup>.

In concreto, mentre il primo criterio è di agevole osservazione<sup>11</sup>, più complessa è la ricognizione del secondo.

---

<sup>7</sup> Il termine “*penale*”, che si ritrova in altre disposizioni della Convenzione come gli artt. 6 e 7, va interpretato come nozione autonoma, poiché – come detto – lasciare agli Stati la discrezionalità di individuare quali illeciti o sanzioni ricadano nell’ambito della materia “*penale*” potrebbe condurre a risultati incompatibili con gli obiettivi e gli scopi della Convenzione stessa (v. *Öztürk c. Germania*, § 49).

<sup>8</sup> «Alle gravose sanzioni penali previste dagli artt. 184 e 185 TUF, si aggiungono infatti le sanzioni amministrative previste dal medesimo testo unico. La l. n. 62 del 2005 – in attuazione della direttiva n. 2003/6/CEE – ha introdotto il sistema del doppio binario: ai delitti *ex* artt. 184 e 185 TUF sono affiancati gli illeciti amministrativi *ex* art. 187 *bis* e 187 *ter* TUF. La descrizione di tali illeciti amministrativi ricomprende anche le condotte repressive sul piano penale: in virtù della clausola di apertura degli artt. 187 *bis* e 187 *ter* (‘*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*’), si darà dunque applicazione congiunta delle sanzioni penali e delle sanzioni amministrative». Cfr. Fusco, “*La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*”, penalecontemporaneo.it.

<sup>9</sup> Di Bitonto, “*Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*”, Cassazione penale, fasc. 4, 2016, pag. 1335B.

<sup>10</sup> cfr. De Longis, Fatta, Traduzione della Guida redatta dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo sull’art. 6 (ambito penale), [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ITA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf).

<sup>11</sup> Il primo criterio rappresenta il punto di partenza della Corte nella verifica della natura dell’illecito: quando l’ordinamento nazionale adotta una classificazione che

Per determinare la vera natura di un'infrazione, i giudici di Strasburgo hanno infatti nel corso del tempo condotto diversi tipi di accertamenti, valutando di volta in volta: se la norma interna rilevante fosse diretta soltanto ad uno specifico gruppo o categoria di destinatari oppure se avesse carattere vincolante *erga omnes* (*Bendenoun c. Francia*, § 47); se il procedimento fosse istruito da una autorità pubblica, dotata per legge di poteri autoritativi (*Benham c. Regno Unito*, § 56); se la norma giuridica di riferimento avesse funzione repressiva o deterrente (*Öztürk c. Germania*, § 53); se l'irrogazione della sanzione dipendesse dall'accertamento della responsabilità individuale (*Benham v. c. Regno Unito*, § 56); oppure ancora quale fosse la corrispondente classificazione dei procedimenti analoghi negli altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, § 53). Il terzo criterio è stato invece sostanzialmente apprezzato in relazione al massimo edittale della sanzione (*Campbell and Fell c. Regno Unito*, § 72; *Demicoli c. Malta*, § 34)<sup>12</sup>.

Proprio in applicazione dei criteri Engel, la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto pacificamente di poter attribuire natura sostanzialmente penale a quegli illeciti tributari, il cui accertamento comporta l'applicazione di sovrattasse corrispondenti ad una percentuale dell'imposta evasa<sup>13</sup>.

Sicché, mutuando le argomentazioni svolte con riferimento alle garanzie previste dall'art. 6 Cedu, la Corte ha potuto affermare la propria competenza anche nell'accertare il rispetto della garanzia del *ne bis in idem* in tutti i quei casi nei quali l'ordinamento preveda il c.d. doppio binario sanzionatorio,

---

riconosce la natura penalistica, allora non è necessario compiere ulteriori approfondimenti; diversamente, si dovrà prescindere dalla classificazione interna e valutare in concreto gli aspetti sostanziali della procedura sanzionatoria.

<sup>12</sup> Il secondo e il terzo criterio tracciati in *Engel* sono alternativi e non necessariamente cumulativi; affinché l'art. 6 possa ritenersi applicabile, è sufficiente che la norma interna rilevante possa essere considerata sostanzialmente "penale" in base al secondo dei criteri suddetti letto alla luce della Convenzione, ovvero, che in conseguenza dell'accertamento dell'illecito sia applicata una sanzione che – per la sua natura o per il grado di severità – appartenga in generale alla sfera "penale" (*Öztürk c. Germania*, § 54; *Lutz c. Germania*, § 55). Laddove l'applicazione di ogni singolo criterio non permetta di approdare ad una chiara conclusione circa l'esistenza di un'accusa penale, potrà adottarsi, in ogni caso, un approccio cumulativo (*Bendenoun c. Francia*, § 47).

<sup>13</sup> La Grande Camera, nel caso *Jussila c. Finlandia*, ha chiarito come l'art. 6 Cedu, in virtù dei cd. criteri Engel, dovesse ritenersi applicabile anche al processo tributario, con tutte le relative conseguenze in materia di garanzie procedurali e sostanziali. La Corte aveva per l'appunto attribuito rilievo determinante alla natura dell'infrazione, affermando che la sovrattassa sull'imposta evasa non costituisse un semplice risarcimento dei danni, bensì una vera e propria sanzione penale con finalità sia preventive che repressive. Non poteva invece darsi rilievo alla tenuità della risposta sanzionatoria, non essendo sufficiente tale valutazione a sottrarre l'infrazione dalle garanzie dell'art. 6 della Convenzione. <http://www.duitbase.it/database-cedu/jussila-c-finlandia>.

penale ed amministrativo: se la natura sanzionatoria dell'illecito amministrativo oggetto di accertamento è "sostanzialmente penale", allora occorre verificare se la procedura amministrativa, che riguardi gli stessi fatti del processo penale, non si risolva in una duplicazione di tale ultimo giudizio, in aperto contrasto con il disposto di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU (GC, *Zolotoukhine c. Russia*, §§ 81-82).

Le decisioni della Corte sull'argomento non hanno però seguito una direttrice costante. Anzi, mentre le prime timide applicazioni dell'art. 4 Prot. 7 Cedu al sistema del doppio binario hanno salvato tale tecnica sanzionatoria, nel corso del tempo i parametri della Corte si sono fatti più stringenti, conducendone ad una articolata censura.

In diverse occasioni, la Corte ha ritenuto compatibile il doppio binario sanzionatorio con la garanzia convenzionale (*Ponsetti e Chensel c. Francia*), valorizzando la differenza tra gli elementi essenziali delle due fattispecie amministrativa e penale, come l'intenzione criminosa o lo scopo perseguito, che solitamente differenziano il reato dal corrispondente illecito amministrativo e che legittimano una duplice reazione sanzionatoria in funzione dello specifico profilo della condotta antisociale debba essere colpito.

Altre volte, la legittimità del doppio binario sanzionatorio è stata riconosciuta avuto riguardo all'aspetto punitivo complementare tra le due diverse fattispecie (*R.t. c. Svizzera*); ad esempio, con riferimento agli illeciti in materia di circolazione stradale, dove è stata affermata la legittimità della parallela applicazione di una sanzione amministrativa (*sub specie* il ritiro della patente) e di quella penale.

In tutti questi casi, è stato applicato il c.d. *Nilsson test*, ovvero il criterio della sufficiente connessione sostanziale e temporale, valorizzando il quale «la Corte europea ha stimato il legame esistente fra due diverse procedure talmente stretto da poter qualificare la misura amministrativa quale pena complementare alla condanna penale, poiché la prima discende in modo diretto e prevedibile dalla seconda. Ciò sebbene si fosse indubbiamente in presenza di due sanzioni per lo stesso comportamento applicate da organi distinti all'esito di diverse procedure»<sup>14</sup>.

Successivamente, la Corte si è mostrata più sensibile alla necessità di una effettiva tutela del singolo di non essere sottoposto due volte ad un giudizio riguardante i medesimi fatti, guardando con maggior favore all'unicità dell'azione repressiva, maggiormente idonea per natura ad evitare rischi di duplicazione delle sanzioni e delle procedure, nonché a garantire una maggiore certezza ed equilibrio della risposta sanzionatoria<sup>15</sup>.

Su questa traccia interpretativa si colloca la già citata *Grande Stevens c. Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha rilevato il contrasto tra il

---

<sup>14</sup> Allegrezza cit., pag. 899.

<sup>15</sup> Karacosta, "L'article 4 du protocole n. 7: un droit à porter incertaine" in Braum, Weyembergh, "Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen", 2009.

sistema del doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem* in relazione alla legislazione italiana in tema di abusi di mercato.

Il ricorso era stato presentato da cittadini italiani prima sanzionati dall'autorità di vigilanza del mercato per l'illecito amministrativo e, successivamente, rinviati a giudizio in relazione ai medesimi fatti sui quali si era pronunciata per l'appunto la Consob.

Questo, in sintesi, l'itinerario argomentativo della Corte.

Rilevata l'identità del fatto rilevante (*l'idem ex art. 4* Protocollo n. 7 CEDU), ancorata ad una valutazione in concreto degli elementi costitutivi dei due illeciti penale e amministrativo, previsti agli artt. 185 e 187 *ter* del TUF, la Corte si è concentrata nel verificare la natura delle sanzioni associate alle due norme. Attraverso l'applicazione dei criteri Engel, è stato ritenuto che la sanzione contemplata dall'art. 187 *ter* TUF dovesse ritenersi sostanzialmente penale e che le due sanzioni condividessero i medesimi elementi costitutivi. Sicché, non poteva non rilevarsi una perfetta sovrapposizione e, quindi, una duplicazione dei due giudizi riguardanti i medesimi fatti.

Da questa constatazione discendevano due criticità che hanno determinato la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu: la prima, consisteva nella mancata applicazione delle garanzie del processo penale nell'ambito del procedimento amministrativo Consob, che però sfociava nell'irrogazione di una sanzione dal carattere sostanzialmente penale; la seconda, nell'assenza di un meccanismo di interruzione del secondo procedimento allorché il primo si fosse concluso con pronuncia definitiva.

Analoghe violazioni sono poi state rilevate dalla Corte in materia tributaria, applicando le stesse argomentazioni elaborate per *Grande Stevens* nel caso di due diversi giudizi che hanno condotto all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e di una pena detentiva per frode fiscale (*Nykanen v. Finland; Lucky Dev v. Sweden*).

A fronte di tale contesto giurisprudenziale ondivago, la decisione del ricorso *A. e B. c. Norvegia* è stata rinviata alla Grande Camera, così che potesse far chiarezza sul tema.

Prima però di esaminare l'effettiva portata chiarificatrice della sentenza in commento, vale la pena ricordare che con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia tributaria si è espressa di recente la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Anche la Corte lussemburghese è infatti stata chiamata, per parte sua, a far rispettare il principio del *ne bis in idem* tra i Paesi membri, vincolati al rispetto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che contempla il diritto di ogni individuo a non essere "*perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato*

*nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*<sup>16</sup>.

Nel caso *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, la Corte ha sancito che il divieto di *bis in idem* non osta all'irrogazione, per il medesimo fatto, di una sanzione tributaria e di una successiva sanzione penale, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Ma ciò, a condizione che la sanzione tributaria non abbia natura “*penale*” alla luce dei criteri elaborati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

In caso contrario, ossia nel caso in cui la sanzione irrogata in sede amministrativa abbia natura sostanzialmente penale, allora la previsione del legislatore nazionale di un doppio binario sanzionatorio dovrà ritenersi contraria al disposto di cui all'art. 50 già citato<sup>17</sup>.

Così ricostruito il contesto entro il quale si muove la decisione della Grande Camera, è possibile esaminare le singole questioni giuridiche affrontate dalla Corte in relazione al caso concreto.

## 2. Il caso.

I ricorsi da cui trae origine la decisione in commento sono stati presentati da due cittadini Norvegesi che contestavano la violazione del principio sancito all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu, per essere stati giudicati due volte, in sede penale e amministrativa, in merito agli stessi fatti di natura fiscale.

Ovviamente, sia il procedimento amministrativo che quello penale condotti dalle Autorità norvegesi assumono un rilievo centrale ai fini dell'accertamento della lamentata violazione e, pertanto, meritano di essere dettagliatamente ricostruiti.

Va subito detto che i ricorrenti erano titolari di una società registrata a Gibilterra, per mezzo della quale avevano messo in atto complesse operazioni di carattere finanziario. Le azioni di questa società erano state

---

<sup>16</sup> Quanto all'Unione Europea, sono stati gli artt. 54 e ss. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen ad estendere inizialmente il divieto di *ne bis in idem* alle giurisdizioni penali degli Stati membri dell'Unione anche in difetto di una previa armonizzazione degli ordinamenti interni, divieto che era stato già riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea come principio generale del diritto comunitario (Corte di Giustizia CE, *Boehringer Mannheim/Commission*, 14 dicembre 1972 e *Limburgse Vinyl Maatschappij NV* del 15 ottobre 2002. Da ultimo, dopo che il Trattato di Amsterdam aveva operato un esplicito richiamo alla CEDU, il Trattato di Lisbona ha attribuito valore legale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e quindi al principio del *ne bis in idem*.

<sup>17</sup> La valutazione della natura penale della sanzione tributaria è rimessa al giudice nazionale: all'uopo, dovrà tenersi conto della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto interno, della natura dell'illecito, nonché della natura e grado di severità della sanzione.

vendute e i ricorrenti avevano trasferito le relative entrate ad altre due società off-shore, così da non dichiarare al Fisco norvegese le ingenti plusvalenze ottenute.

Nel 2005, però, una verifica fiscale aveva portato alla luce le menzionate transazioni e le relative evasioni, con conseguente comunicazione della notizia di reato all'autorità giudiziaria penale.

Il primo ricorrente, il signor A., era stato arrestato nel 2007, per non aver dichiarato all'Amministrazione finanziaria norvegese ingenti profitti fraudolentemente occultati all'estero per circa 3 milioni di euro. Nel corso dell'interrogatorio di garanzia, il ricorrente aveva ammesso di avere compiuto le transazioni contestate, sostenendo però la loro legittimità e, quindi, la propria innocenza rispetto al contestazione di frode fiscale aggravata. Nel 2008, al termine delle indagini, la Procura aveva esercitato l'azione penale nei suoi confronti, dando avvio al processo.

Nel frattempo, l'Autorità fiscale – facendo leva sulle dichiarazioni rese subito dopo l'arresto – aveva inflitto al signor A. una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta evasa. Il ricorrente aveva però deciso di non impugnare il provvedimento sanzionatorio e di versare l'intero importo dovuto prima della scadenza del termine per l'impugnativa, chiudendo così in breve tempo il procedimento amministrativo.

Il processo penale di primo grado, invece, si era concluso nel 2009 con una condanna ad un anno di reclusione per frode fiscale. Nella quantificazione della pena, il Tribunale aveva precisato di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta all'imputato (e da questi già versata al Fisco). La decisione era stata poi confermata in appello e dalla Corte Suprema, nonostante il ricorrente avesse lamentato già di fronte agli organi giurisdizionali interni l'inosservanza del proprio diritto a non essere giudicato e condannato due volte per i medesimi fatti, in violazione dell'art. 4 Protocollo 7 CEDU.

Il secondo ricorrente, il signor B. – coinvolto nei medesimi fatti contestati al ricorrente A. – aveva invece ammesso la propria responsabilità in ordine al reato di frode fiscale già nel corso delle indagini. Tanto che, nel 2008, il Pubblico Ministero aveva richiesto all'Autorità giudiziaria che nei suoi confronti si procedesse con un giudizio abbreviato.

Contestualmente, l'Amministrazione finanziaria, anche sulla base degli elementi emersi nel corso delle indagini svolte dalla Procura, gli aveva contestato l'omessa dichiarazione dei profitti derivanti dalle transazioni finanziarie all'estero e aveva irrogato una sanzione tributaria pari al 30% dell'imposta evasa. Anche il secondo ricorrente aveva provveduto al pagamento del debito tributario e della sanzione, senza presentare ricorso avverso la decisione dell'Autorità finanziaria.

Il procedimento penale, rallentato dal fatto che il ricorrente aveva ritirato la propria confessione, si era comunque concluso con la condanna dello stesso ad un anno di reclusione per frode fiscale aggravata. Come nel caso del signor A., il Tribunale nel graduare la pena aveva tenuto conto della

sanzione irrogata in sede amministrativa. La condanna era poi stata confermata nei gradi successivi, nonostante il ricorrente avesse sollevato la violazione del *ne bis in idem*, per essere stato giudicato due volte in ordine alla medesima vicenda di evasione fiscale.

Con argomentazioni pressoché identiche, la Corte Suprema norvegese aveva respinto la tesi difensiva secondo cui la contestuale applicazione della sanzione amministrativa e di quella penale aveva comportato la violazione del *ne bis in idem*.

In entrambi i casi, l'Alta Corte interna aveva condotto una approfondita disamina della giurisprudenza di Strasburgo, la cui stringente interpretazione l'aveva portata a rilevare la conformità del doppio binario sanzionatorio previsto dal diritto norvegese rispetto al disposto dell'art. 4 Protocollo 7 Cedu.

I giudici norvegesi pur riconoscendo che i procedimenti interni (quello tributario e quello penale) avevano ad oggetto i medesimi fatti, che la sanzione amministrativa irrogata aveva natura "sostanzialmente" penale e che la prima decisione (in entrambi i casi quella tributaria) era dotata del crisma della definitività, avevano ritenuto che non fossero stati violati i diritti fondamentali dei ricorrenti.

Ciò perché, i due diversi procedimenti erano stati condotti in parallelo ed in modo tale che si integrassero a vicenda. Tanto che se da un lato l'amministrazione finanziaria aveva conferito rilevanza alle prove assunte nel corso del procedimento penale, dall'altro il giudice penale al termine del dibattimento aveva graduato la pena evitando un irrazionale aggravio delle sanzioni.

Tale connessione, sostanziale e cronologica, tra i due procedimenti consentiva di valutare congiuntamente la sanzione irrogata dall'amministrazione finanziaria e la condanna comminata in sede penale come due facce della medesima reazione sanzionatoria approntata dall'ordinamento interno contro la condotta antigiuridica dei ricorrenti: l'una era da considerarsi il completamento dell'altra.

Alla luce di tali rilievi, la Suprema Corte aveva quindi ritenuto che i ricorrenti non fossero stati giudicati due volte per il medesimo fatto, bensì una sola volta ma in sedi diverse e per profili diversi, senza perciò incorrere in una violazione dell'art. 4 Protocollo 7 della Convenzione.

Esaurite le vie di ricorso interne, si apriva così la procedura innanzi la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sull'effettiva portata del principio del *ne bis in idem* nei casi di doppio binario sanzionatorio.

### **3. Le questioni interpretative demandate alla Grande Camera.**

Occorre premettere che tutte le parti intervenute hanno condiviso le argomentazioni sviluppate dalla Suprema Corte norvegese sulla nozione di *idem*: le due sanzioni amministrativa (la sovrattassa) e penale (la

detenzione) erano state comminate in relazione all'evasione fiscale attraverso le operazioni estere, e cioè al medesimo fatto storico indipendentemente dalla diversa qualificazione giuridica ad esso attribuita in sede penale e amministrativa.

Le parti non hanno inteso mettere in discussione l'approccio sostanzialistico consolidato nella giurisprudenza della Corte neppure in relazione ai criteri da applicare per valutare la *res judicata*: alla decisione sanzionatoria definitiva assunta in sede amministrativa, era quindi seguita una condanna penale in ordine al medesimo fatto.

Alla Grande Camera è dunque toccato il compito di esaminare due diverse questioni giuridiche di rilievo: (i) la prima riguardava la possibilità che la sanzione tributaria potesse essere definita "sostanzialmente penale"; (ii) mentre la seconda, concerneva l'applicabilità della garanzia convenzionale ai procedimenti celebrati in parallelo per il medesimo fatto.

### **3.1 La natura sostanzialmente penale delle sanzioni comminate in relazione al medesimo fatto storico**

Il primo profilo trattato dai giudici di Strasburgo ha riguardato l'individuazione dei criteri interpretativi idonei a determinare la natura penale di una sanzione, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dal singolo ordinamento interno.

La questione riveste evidentemente un carattere centrale per tutti quegli ordinamenti che hanno adottato il sistema del doppio binario sanzionatorio in determinate materie. Come detto, laddove le sanzioni applicate in relazione al medesimo fatto storico abbiano entrambe natura sostanzialmente penale, anche se nominalmente appartenenti a categorie giuridiche diverse, dovrà applicarsi la garanzia del *ne bis in idem*.

Il principale punto di contrasto interpretativo è stato sollevato dal Governo dello Stato convenuto, secondo cui i c.d. criteri *Engel* non possono essere *tout court* applicati per determinare la natura sostanzialmente penale della sanzione nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, dal momento che quei criteri sono stati elaborati con riferimento all'art. 6 della Convenzione sul diritto ad un equo processo in materia penale.

Il differente ambito di operatività delle due norme, che si riflette in primo luogo nella diversa formulazione delle fattispecie, porterebbe a ritenere che il termine "*accusa penale*" (art. 6) e quello "*perseguito*" o "*condannato penalmente*" (art. 4 Prot. 7) vadano intesi alla luce di distinti criteri interpretativi. Nella prospettiva del governo convenuto, l'ambito di applicazione della garanzia prevista dall'art. 4 Prot. 7 sarebbe più circoscritto rispetto a quello dell'art. 6: mentre il diritto ad un equo processo va garantito con riferimento ad una più ampia congerie di procedimenti genericamente diretti all'accertamento della responsabilità individuale, il

diritto a non essere condannato o giudicato due volte dovrebbe essere limitato ai procedimenti penali *stricto sensu* intesi.

A supporto di tale interpretazione, è intervenuto anche il governo francese, che – consapevole della delicatezza della questione e delle possibili ricadute sul proprio ordinamento – ha presentato (così come altri cinque Stati membri del Consiglio<sup>18</sup>) delle osservazioni scritte sul merito della questione come terzo interveniente ai sensi dell'art. 36 Cedu e 44 del Regolamento della Corte.

Facendo leva sul medesimo dato letterale, lo Stato francese ha sostenuto che i criteri applicabili al caso concreto sarebbero dovuti essere quelli elaborati dalla giurisprudenza con riguardo al diverso art. 7 Cedu, che sancisce il principio *nulla poena sine lege*.

L'art. 4 Prot. 7 e l'art. 7 farebbero infatti riferimento a concetti più definiti e rigorosi, come si evince dai termini usati, quali “*condannato*” e “*punito*”, rispetto a quelli usati nella formulazione dell'art. 6 Cedu. Per queste ragioni, la Suprema Corte norvegese avrebbe dovuto applicare, ai fini dell'accertamento della natura penale della sanzione, criteri più stringenti di quelli elaborati nella decisione Engel, quali: la classificazione giuridica della sanzione ai sensi del diritto interno; la natura e lo scopo della misura adottata; il fatto che la misura conseguisse o meno alla condanna per un reato; la severità della pena; le caratteristiche della procedura in base alla quale la misura era stata adottata.

Sulla base di questi elementi, avrebbe dovuto disconoscere la natura sostanzialmente penale della sovrattassa, escludendo conseguentemente l'applicabilità dell'art. 4 Prot. 7 al caso concreto. Ciò perché, la sovrattassa applicata non era classificata come sanzione penale nell'ordinamento norvegese, ma come sanzione amministrativa da applicare al contribuente inadempiente rispetto agli oneri fiscali a seguito di un procedimento del tutto diverso da quello penale, tanto da non comportare l'accertamento di un reato e da non essere comminata da un organo giurisdizionale.

In effetti, la Corte EDU non ha potuto fare a meno di riconoscere la validità delle argomentazioni sollevate dai governi, considerato che l'art. 4 del Protocollo 7 è stato elaborato con espresso riferimento ai procedimenti penali in senso stretto, così come l'art. 7 della Convenzione, a differenza dell'art. 6 che deve ritenersi applicabile a diversi tipi di procedimenti. E ciò, anche considerando che solo l'art. 4 Prot. 7 e l'art. 7 Cedu rientrano nella categoria dei diritti inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minaccia la vita della nazione ai sensi dell'art. 15 della Convenzione.

Ciononostante, la Corte ha ritenuto che il divieto di un doppio giudizio, da un punto di vista sostanziale, sia più strettamente connesso alla garanzia dell'equo processo *ex art. 6 Cedu* che al principio di legalità previsto dall'art. 7 della Convenzione. In questo senso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto più appropriato, nell'ottica di una interpretazione globale e coerente

---

<sup>18</sup> Segnatamente, la Bulgaria, la Repubblica Ceca, la Grecia, la Svizzera e la Moldavia.

delle disposizioni convenzionali, applicare al caso concreto i criteri Engel ai fini dell'operatività della garanzia del *ne bis in idem*.

Pertanto, come aveva rilevato la Corte Suprema norvegese, alla sanzione amministrativa consistente in una sovrattassa del 30% sull'imposta evasa è stata riconosciuta natura sostanzialmente penale.

La prima questione è stata quindi risolta dalla Corte nel senso di ritenere che ai due ricorrenti fossero state applicate per gli stessi fatti due differenti sanzioni di natura penale al termine di due diversi procedimenti, condotti uno dall'autorità amministrativa e l'altro dal giudice penale.

### **3.2. Il criterio della sufficiente connessione sostanziale e temporale**

Appurato che ai ricorrenti erano state applicate due sanzioni di natura penale, la Corte ha dovuto accertare se fosse stato altresì violato il divieto di un doppio giudizio sui medesimi fatti.

I ben sei governi intervenuti, hanno segnalato alla Corte l'atipicità della recente decisione *Grande Stevens*, che si poneva di fatto in contrasto con le precedenti decisioni in materia di circolazione stradale, poi estese alla materia tributaria, in base alle quali la scelta del doppio binario sanzionatorio era stato ritenuto compatibile con il principio del *ne bis in idem*.

A fronte di questi rilievi, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto doveroso intraprendere l'analisi del caso concreto con una ricognizione giurisprudenziale, diretta ad evidenziare la sostanziale omogeneità delle diverse decisioni pronunciate nel tempo ed in apparente contrasto l'una con l'altra.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto di poter raggruppare le sentenze in materia all'interno di quattro macro categorie.

Nella prima rientrano le decisioni adottate in materia di circolazione stradale, nell'ambito delle quali è stata riconosciuta la legittimità di una pluralità di procedimenti condotti in parallelo da diverse autorità per i medesimi fatti, con differenti conseguenze sanzionatorie sulla base del criterio della "*sufficiente connessione sostanziale e temporale*" (c.d. *Nilsson test*). Come ad esempio nel caso *Boman*, dove il ricorrente era stato contestualmente condannato in sede penale ad un multa di 450 euro e alla sospensione della patente per un periodo di 4 mesi e tre settimane, mentre in sede amministrativa a seguito dell'accertamento della medesima infrazione gli era stata comminata una sanzione che aveva comportato il prolungamento della già decretata sospensione della patente di un altro mese. In questi casi, la Corte ha ritenuto che le sanzioni, sebbene avessero natura sostanzialmente penale, rappresentavano la prevedibile conseguenza dell'illecito stradale e si atteggiavano come un'unica e combinata risposta sanzionatoria.

La seconda categoria comprende una serie di decisioni adottate in ambito tributario, con le quali la Corte ha ribadito la compatibilità dei giudizi paralleli amministrativo e penale rispetto ai medesimi fatti, ma ha ritenuto non soddisfatto il *test Nilsson*. Ad esempio, nel caso *Nykanen*, la Corte ha ritenuto violato il principio del *ne bis in idem*, perché i due procedimenti, quello condotto dal giudice penale e quello condotto dall'amministrazione finanziaria, anche se condotti contestualmente, non erano in alcun modo connessi da un punto di vista sostanziale: non vi era nessuna cooperazione tra le autorità, né alcun raffronto tra gli elementi probatori acquisiti. In aggiunta, al termine dei due procedimenti le autorità competenti potevano comminare le sanzioni nella misura ritenuta equa senza però tener conto di quella adottata nella differente sede. Due sanzioni, dunque, di carattere sostanzialmente penale irrogate al termine di due distinti procedimenti celebrati per il medesimo fatto, in aperta violazione del principio del *ne bis in idem*.

Queste due prime categorie, accomunate dall'applicazione del test della c.d. "*sufficiente connessione*", rivelano che tale collegamento tra i diversi procedimenti deve essere sia di tipo sostanziale che temporale: in assenza di uno di questi due elementi il test non potrà dirsi soddisfatto<sup>19</sup>.

La terza categoria abbraccia tutti quei casi in cui la Corte ha ritenuto che i diversi procedimenti condotti in parallelo violassero la garanzia convenzionale, e non per la mancanza di una sufficiente connessione sostanziale e temporale, quanto piuttosto a causa dell'assenza di un meccanismo di interruzione del secondo procedimento in caso di conclusione del primo con pronuncia definitiva.

Ad esempio, il caso *Grande Stevens*, dove è stato ritenuto che vi fosse una duplicazione illegittima dei procedimenti, dal momento che una volta intervenuta la condanna in sede amministrativa, il processo penale per il medesimo fatto non era stato interrotto.

Infine, la quarta categoria include quei casi in cui la Corte ha ritenuto violato il principio del *ne bis in idem* per la carenza di una sufficiente connessione tra procedimenti senza però menzionare espressamente il c.d. *Nilsson test*. Si fa riferimento ai casi analoghi a *Kapetanios*, nell'ambito del quale ai ricorrenti, prima assolti in sede penale, era stata comminata una gravosa sanzione amministrativa (di natura penale) per gli stessi fatti, senza che fosse in alcun modo presa in considerazione la precedente assoluzione.

---

<sup>19</sup> La Corte ha chiarito che, sebbene la connessione sostanziale abbia un rilievo maggiore di quella temporale, entrambe sono necessarie ai fini del rispetto dell'art. 4 Prot. 7. Uno Stato ben può adottare un sistema che comporti una progressione tra procedimenti, di tal che gli stessi non sia celebrati effettivamente in parallelo, ad esempio per ragioni di efficienza dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, la connessione temporale deve comunque essere garantita e il secondo procedimento non può essere troppo distante cronologicamente dal primo. Sicché tanta maggiore sarà la distanza cronologica tra i due procedimenti, tanto maggiore sarà l'onere che grava sullo Stato di spiegare e giustificare il relativo ritardo (cfr. § 134).

Con l'esame delle suesposte categorie si è voluto far ordine nella consistente congerie di pronunce sulla violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Convenzione, evidenziando che la contraddittorietà delle stesse fosse soltanto apparente, dal momento che ogni categoria presentava delle specifiche peculiarità che giustificano una differente conclusione.

Al termine di detta operazione esegetica, i giudici della Grande Camera hanno ulteriormente rimandato la soluzione del caso concreto, per effettuare una ulteriore dovuta precisazione, questa volta verosimilmente determinata dalla portata degli interessi (economici) in gioco, rilevanti non solo per gli Stati intervenuti, ma anche per le istituzioni comunitarie.

La premessa si è tradotta nel riconoscimento in capo agli Stati membri di un ampio margine di apprezzamento nella scelta sanzionatoria interna, soprattutto alla luce delle osservazioni svolte dall'Avvocato Generale di fronte alla Corte di Giustizia nel caso *Frassons*, secondo cui l'uso del sistema sanzionatorio del c.d. doppio binario sarebbe grandemente diffuso tra gli Stati membri dell'Unione (soprattutto in ambito tributario, ambientale e di pubblica sicurezza). Circostanza che, del resto, spiega il perché dell'intervento di ben sei Stati oltre a quello convenuto.

A fronte di ciò, la Grande Camera ha ritenuto opportuno ribadire che una corretta interpretazione del divieto di un doppio giudizio non impedisce agli Stati membri di optare per una risposta sanzionatoria multilivello in conseguenza di una medesima infrazione e attraverso diversi procedimenti interconnessi. Una scelta di questo tipo consente ragionevolmente ai Legislatori nazionali di affrontare i diversi aspetti legati a materie complesse, come quelle legate al funzionamento dei mercati e della concorrenza, contemperando le reazioni punitive, di modo che la pluralità di sanzioni non imponga un onere eccessivo per il singolo individuo nel rispetto dei suoi diritti fondamentali.

Il compito della Corte quindi dovrebbe essere solo quello di evitare che un individuo sia ingiustamente perseguito e punito due volte per la stessa condotta, ma non di impedire allo Stato di elaborare una complessiva e calibrata risposta sanzionatoria diretta a colpire diversi aspetti della condotta illecita a fini diversi, senza ingiustificate duplicazioni.

Detto altrimenti, la legislazione interna per essere immune da censure in sede sovranazionale dovrebbe mantenere un giusto equilibrio tra il diritto dell'individuo a non essere giudicato due volte sugli stessi fatti e l'esigenza della comunità che lo Stato intervenga a sanzionare le condotte antidoverose in maniera calibrata ed effettiva.

A tal fine, a parere della Grande Camera, la strada migliore da percorrere per assicurare il rispetto dell'art. 4 Prot. 7 sarebbe quello di elaborare una risposta sanzionatoria che si sviluppi in maniera organica, seppure in sedi diverse, ma corredata da un sistema che permetta ad un certo punto di riunire le diverse procedure sufficientemente connesse nell'alveo di un unico procedimento sanzionatorio.

Ciononostante, ha precisato il collegio, nulla impedisce allo Stato membro di adottare un modello in cui i procedimenti che cumulano sanzioni penali ed amministrative convergenti su uno stesso fatto rimangano separati, purché dimostri di aver rispettato delle specifiche condizioni. E cioè, che i due procedimenti siano complementari e collegati temporalmente, non solo in termini di obiettivi perseguiti e strumenti adottati per perseguirli, ma anche in relazione alle conseguenze sanzionatorie delle singole procedure, che devono essere non solo proporzionate, ma anche prevedibili agli occhi del destinatario.

Il test della sufficiente connessione sostanziale e temporale potrà allora dirsi soddisfatto soltanto qualora sia possibile constatare: (a) che i procedimenti perseguano obiettivi complementari, non solo in astratto ma anche in concreto, e siano diretti a prevenire o reprimere diversi aspetti della specifica condotta antigiuridica; (b) che la duplicità dei procedimenti costituisca una conseguenza prevedibile della condotta antigiuridica; (c) che i diversi procedimenti siano condotti in modo tale che da evitare qualsivoglia duplicazione nella raccolta così come nella valutazione degli elementi probatori, attraverso una adeguata interazione tra le diverse autorità procedenti; (d) e che, soprattutto, la sanzione irrogata nell'ambito del procedimento che prima è giunto al termine sia presa in considerazione dall'autorità giudiziaria che dovrà comminare la sanzione successiva, di modo da garantire all'individuo di non essere destinatario di una pena esageratamente gravosa.

Così chiariti i limiti cui soggiace la piena ammissibilità del c.d. doppio binario sanzionatorio, la Corte ha utilizzato i principi elaborati in seno alla propria giurisprudenza per valutare le doglienze dei ricorrenti.

Accertato che la sanzione amministrativa della sovrattassa pari al 30% dell'imposta evasa comminata ai ricorrenti aveva natura sostanzialmente penale, il primo passo è stato quello di verificare se il procedimento amministrativo e quello penale avessero ad oggetto i medesimi fatti, intesi in senso materiale e non giuridico. Applicando i criteri elaborati nel caso *Zolotukhin*, è stato rilevato che le circostanze di fatto che hanno costituito la base della sanzione amministrativa e della condanna penale presentavano le caratteristiche dell'*idem factum* per come interpretato dalla Corte, risolvendosi nella medesima condotta omissiva di violazione dell'obbligo di fornire determinate informazioni rilevanti di carattere fiscale all'amministrazione finanziaria. Positivo anche il riscontro del carattere definitivo di una delle due decisioni in questione, ovvero quella amministrativa, passata in giudicato giacché non impugnata nei termini imposti dalla legge.

L'ultimo e decisivo profilo esaminato è pertanto consistito nell'accertamento della sufficiente connessione sostanziale e temporale.

In primo luogo, la Grande Camera si è soffermata sulla ragioni giustificative poste alla base del doppio binario nell'ordinamento norvegese. Ed ha

ritenuto ammissibile la scelta di adottare una duplice reazione sanzionatoria, perché diretta a perseguire scopi diversi con modalità differenti.

Da un lato, la sanzione amministrativo-tributaria della sovrattassa aveva sia una finalità deterrente nei confronti del contribuente che avesse fornito, anche involontariamente, informazioni parziali o scorrette, sia “compensatoria” rispetto all’impegno profuso dall’amministrazione finanziaria per verificare le dichiarazioni, scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, nell’interesse della collettività.

Dall’altro, la sanzione penale aveva una finalità schiettamente punitiva nei confronti di una condotta antisociale, con un implicito contenuto di rimprovero legato ad un comportamento del contribuente connotato altresì da un’intenzione fraudolenta.

Così strutturata, la disciplina degli illeciti tributari è apparsa del tutto ragionevole, dal momento che la variegata risposta sanzionatoria aveva l’obiettivo di colpire profili diversi della condotta antisociale.

Sicché, restava soltanto da esaminare fino a che punto tale complementarità della reazione punitiva fosse stata anche concretamente garantita sul piano procedimentale.

Alla luce delle circostanze del caso concreto, la Grande Camera ha rilevato che la struttura del doppio binario sanzionatorio penal-tributario norvegese consentisse ai ricorrenti di prevedere che la loro condotta avrebbe provocato l’instaurazione di un procedimento penale così come di una procedura amministrativa con conseguente plurima risposta sanzionatoria.

Peraltro, i due procedimenti erano stati condotti in parallelo e con un elevato grado di interconnessione, anche probatoria, assicurando una pena complessivamente equilibrata.

In buona sostanza, la Corte ha ritenuto che i due procedimenti non costituissero una illegittima duplicazione della reazione sanzionatoria dell’ordinamento norvegese rispetto ai medesimi fatti storici. Per converso, è stato evidenziato come i ricorrenti non avessero sofferto un pregiudizio sproporzionato o comunque ingiusto, poiché le due differenti sanzioni irrogate da due distinte autorità per il medesimo fatto erano tra loro complementari ed erano state applicate a seguito di due procedure sufficientemente connesse sia in senso sostanziale che sotto il profilo cronologico nel pieno rispetto dell’art. 4 Protocollo 7 Cedu.

#### **4. Le prime reazioni della giurisprudenza e le relative criticità**

Così riassunte le argomentazioni poste alla base della decisione in commento, occorre adesso esaminarne i punti salienti e le prime reazioni della giurisprudenza italiana.

La prima sensazione conseguente alla lettura della sentenza è quella di un consistente, ma non del tutto efficace, sforzo diretto a attribuire il crisma della coerenza ad una serie di decisioni sul tema della legittimità del doppio

binario sanzionatorio decisamente poco omogenee. Tanto vale soprattutto per la articolata disamina giurisprudenziale in virtù della quale la Grande Camera ha individuato quattro categorie di decisioni.

Ebbene, mentre rispetto a tre categorie è agevole cogliere quale fosse il tratto caratterizzante lo specifico sottoinsieme, ossia il rispetto del criterio della sufficiente connessione sostanziale e temporale, molto meno comprensibile appare la scelta di creare il terzo sottoinsieme, quello che comprende la decisione del caso *Grande Stevens*. A differenza degli altri tre gruppi di decisioni, in questo caso la Camera ha chiarito che il tratto caratterizzante non riguardasse il rispetto del test della “sufficiente connessione”, trattandosi invece di casi in un cui la Corte, rilevata la sussistenza di un doppio procedimento di natura sostanzialmente penale per i medesimi fatti, aveva dichiarato la violazione del principio del *ne bis in idem*, e ciò poiché il secondo procedimento non era stato interrotto quando il primo era divenuto definitivo. Ma non si spiega il perché dell’esigenza di indicare una specifica categoria per queste decisioni, rimanendo oscuro quale sia l’elemento di distinzione dagli altri casi citati, se non l’esito.

A dispetto del tentativo di rendere coerenti le diverse decisioni in ragione di una differente declinazione degli specifici caratteri esaminati, ciò che sembra emergere è l’esatto contrario: una insanabile incoerenza determinata dal fatto che la stessa Corte ha citato una serie di sentenze ove è stata rilevata la violazione dell’art. 4 Prot. 7 in circostanze sostanzialmente sovrapponibili a quella del caso concreto.

Proprio questa incongruenza argomentativa è stata criticata dal Giudice Pinto de Albuquerque nella sua durissima opinione dissenziente, con la quale proprio a fronte di una scrupolosa ricostruzione delle origini e dell’evoluzione giurisprudenziale del principio del *ne bis in idem* ha biasimato la conclusione cui è giunta la Grande Camera.

A parere del giudice dissenziente, il ragionamento della maggioranza dei giudici si è posto in aperto contrasto con la decisione assunta nel caso *Grande Stevens* in materia di abusi di mercato. In quel caso, il governo italiano aveva cercato di dimostrare il rispetto del test di *Nilsson* assumendo che la duplice reazione sanzionatoria dovesse intendersi proporzionata rispetto all’illecito. Lo Stato convenuto aveva senza successo sostenuto che il giudice penale, nel commisurare la pena, aveva la possibilità di prendere in considerazione la pena già irrogata in sede amministrativa, riducendo così la multa in misura proporzionale alla sanzione pecuniaria<sup>20</sup>.

In altre parole, Pinto de Albuquerque ha evidenziato come nella sentenza in commento la Grande Camera abbia posto al centro della sua decisione proprio quell’argomento che la Corte, non molto tempo prima, aveva

---

<sup>20</sup> Peraltro, al fine di rafforzare l’argomento della proporzionalità della risposta sanzionatoria, era stato evidenziato che il giudicante non avrebbe neppure potuto disporre la confisca dei beni già sequestrati dalla competente autorità indipendente.

ritenuto del tutto privo di pregio, e ciò senza neppure preoccuparsi di fornire un'adeguata giustificazione<sup>21</sup>.

Più o meno lo stesso discorso vale per il richiamo alle conclusioni dell'Avvocato generale, alle quali si era appellato il governo italiano, affermando che il sistema del doppio binario era stato richiesto dalla stessa Direttiva 2003/6/EC sugli abusi di mercato. È incomprensibile, ha continuato il giudice dissenziente, che la Camera abbia richiamato tali conclusioni quando proprio nel caso *Frassons* la Corte di Giustizia aveva rigettato gli argomenti dell'Avvocato generale, aderendo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo così come elaborata nel caso *Grande Stevens*.

Anche con riferimento a tale profilo, la grande Camera ha fallito nel fornire una motivazione che giustificasse fino in fondo la scelta di porsi in netto contrasto con la Corte lussemburghese, di fatto causando una forte battuta d'arresto nel rapporto – e soprattutto nel dialogo – tra le due Corti.

In buona sostanza, la critica tagliente si è tradotta nell'accusa rivolta alla maggioranza di aver dimenticato che in *Grande Stevens* la Corte aveva insistito sulla *ratio* di tutela dell'art. 4 Prot. 7 CEDU: garantire il fondamentale e inderogabile diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio procedimento e giudicato due volte per il medesimo fatto, e non invece la proporzionalità della sanzione o le esigenze finanziarie degli Stati membri.

Ma, *nemo propheta acceptus est in patria sua* e il giudice Pinto de Albuquerque con il suo riferimento a *Grande Stevens* ha fatto la fine di Cassandra: poco meno di un mese dopo la pubblicazione della pronuncia in commento, un giudice italiano ha applicato il nuovo orientamento di Strasburgo, con la conseguenza che il descritto *revirement* ha azzerato i positivi effetti della decisione *Grande Stevens* nell'ordinamento interno.

Con ordinanza del 6 dicembre 2016, la Prima sezione collegiale del Tribunale di Milano, Pres. Fazio<sup>22</sup>, ha per l'appunto riesumato le citate argomentazioni del governo italiano per rigettare le eccezioni preliminari dei difensori degli imputati. Questi ultimi avevano eccepito la preesistenza di una decisione CONSOB rispetto agli abusi di mercato per i quali si stava procedendo e, pertanto, alla luce della decisione *Grande Stevens*, il Tribunale avrebbe dovuto interrompere il procedimento penale per evitare di incorrere nella violazione del *ne bis in idem*.

Nondimeno, il Tribunale ha rilevato con fermezza «*la sussistenza di una connessione sostanziale e temporale molto stretta tra il processo in corso ed i procedimenti amministrativi già istruiti e decisi da Consob nei confronti degli odierni imputati*».

---

<sup>21</sup> Senza contare, continua il giudice Pinto de Albuquerque, che un simile meccanismo non offrirebbe adeguate garanzie a colui che venga assolto in uno dei due procedimenti.

<sup>22</sup> Ordinanza pubblicata su [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it)

Il rispetto del test *Nilsson* è stato così argomentato: «*Quanto all'interazione tra i procedimenti, conferma si trae dal fatto che la Consob, oltre ad essere provvista di poteri giudicanti, ha in sede amministrativa penetranti poteri istruttori (art. 187 octies) le cui risultanze, anche in ragione del rapporto collaborativo con l'ufficio del pubblico ministero esplicitamente promosso dall'art. 187 decies, possono ben avere ingresso nel processo penale ed essere valutate a fini decisorii. Senza dire che l'art. 187 terdecies del TUF, che prevede l'esazione della pena pecuniaria limitatamente alla parte eccedente quella già riscossa in sede amministrativa, a seguito del revirement intervenuto con la sentenza citata potrebbe essere valorizzato dal giudice quale sintomatico di una connessione tra i procedimenti prevista legislativamente. Non vi è poi alcun dubbio che, nel sistema positivo italiano, la duplicità dei procedimenti (penale e amministrativo) sia all'evidenza una "conseguenza prevedibile della condotta"»*

Come aveva intuito il giudice dissenziente, il criterio della sostanziale connessione, cui si è appellata la Grande Camera, è talmente vago da atteggiarsi come una sorta di assegno in bianco nelle mani dell'interprete, che si trova così nella condizione di poter applicare gli indicatori di "connessione" a proprio piacimento, tanto che lo stesso doppio binario sanzionatorio a suo tempo censurato dalla Corte è stato, nel caso sopracitato, "salvato" proprio dall'applicazione dell'iter argomentativo offerto dalla Grande Camera.

Il risultato non è convincente.

Nella decisione in commento sono state grossolanamente sottaciute le conseguenze di questo ragionamento, quelle che lo rendono estremamente azzardato nella sua concreta applicazione.

Innanzitutto, non può sottacersi il pericolo di pronunce opposte sul medesimo fatto, causato da procedure e standard probatori diversi tra il procedimento di natura amministrativa e il processo penale. Ed ancora, il rischio di un'indebita semplificazione probatoria nel processo penale attraverso un'eccessiva valorizzazione dell'accertamento amministrativo, nell'ambito del quale però l'individuo ha il dovere di cooperare con l'amministrazione e non gode di tutte le garanzie che invece sono riconosciute al soggetto che riveste la qualifica di imputato.

Tutto ciò, purché lo Stato dimostri che le due sanzioni (quella formalmente amministrativa e quella penale in senso stretto) perseguano scopi diversi e la loro congiunta applicazione sia comunque proporzionata al danno prodotto dalla condotta antisociale.

È difficile non condividere le parole del giudice Pinto de Albuquerque: «*Dopo aver messo sottosopra la ratio del ne bis in idem, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile*». «*Una politica*» – prosegue Pinto – «*che potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente*

*contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti” (§ 79), subordinatamente all’unica condizione di “un simulacro di proporzionalità” della sanzione complessiva, secondo un approccio bollato come “assai distante dalle note radici storiche del ne bis in idem e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario”»<sup>23</sup>.*

## **5. Conclusioni: gli spunti per il legislatore.**

A pensar male si fa peccato, ma in questo caso è difficile scacciar via l’idea che l’intervento di ben sei Stati membri e gli interessi economici in gioco abbiano avuto il loro peso nella decisione *A. e B. contro Norvegia*.

Le latenti contraddizioni interne e le lacune argomentative in cui è incorsa la Grande Camera inducono a ritenere che si sia trattato di un maldestro tentativo di salvare “capra e cavoli”. Ed infatti, se da un lato la Corte ha deciso di lasciare immune da censure il sistema del doppio binario sanzionatorio norvegese, d’altro canto la decisione è disseminata di accennati suggerimenti diretti agli Stati membri che vanno in una direzione opposta rispetto al *decisum*.

La grande Camera ha in primo luogo precisato che la migliore attuazione dell’art. 4 Prot. 7 consiste nella predisposizione di un meccanismo che, in caso di procedimenti paralleli, consenta di farli confluire nell’ambito di una medesima procedura sanzionatoria, al fine di debellare il rischio di illegittime duplicazioni. Di più, si intravede anche un avvertimento sulla pericolosità delle scelte sanzionatorie troppo gravose. Lì dove la condotta antiggiuridica coinvolga diversi profili sanzionatori legati alla lesione di diversi beni giuridici, il legislatore è libero di affidare parte di questi ad una tutela amministrativa ed altri a quella penale. Ma deve stare attento a non assecondare le istanze repressive, trasformando il diritto penale da mezzo giuridico di tutela in mezzo di governo<sup>24</sup>. La sanzione amministrativa dovrà quindi perseguire uno scopo diverso da quella penale e, quindi, dovrà comportare conseguenze sanzionatorie diverse, facendo attenzione a che l’onere sanzionatorio inflitto all’individuo sia nel complesso equo e proporzionato all’offesa senza illegittime duplicazioni.

Sebbene non sia mai esplicitato, la Grande Camera sembra avere ben presente che la strada elettiva per imporre misure afflittive nei confronti degli individui e dei loro beni sia il processo penale.

Eppure, è prevalso il pragmatismo. La maggioranza dei giudici di Strasburgo ha deciso di salvaguardare un determinato indirizzo di politica punitiva diretta soprattutto a fronteggiare i comportamenti illeciti nel settore

---

<sup>23</sup> Viganò, “*La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*”, [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it)

<sup>24</sup> Rampioni, “*Dalla parte degli ingenui*”, Cedam, 2007.

economico e finanziario, quelli che più di altri sono stati oggetto negli ultimi anni di importanti interventi regolamentari, sia di fonte interna che sovranazionale. Nell'ambito di questa tendenza molteplici condotte sono punite a titolo di illecito amministrativo anche se le sanzioni, alla luce della giurisprudenza della Corte, hanno natura sostanzialmente penale. Ciò per l'ovvia constatazione che il procedimento penale tradizionale non è la sede più adeguata per accertare in maniera effettiva e celere le violazioni della regolamentazione di cui i mercati hanno bisogno.

Ma il rischio è quello di cedere il passo ad una eccessiva amministrativizzazione del diritto penale affermandone il carattere sanzionatorio anche sul piano del controllo sociale: *«il precetto penale, cioè, risulterebbe incentrato su una antigiusuridicità amministrativa e appunto recepirebbe semplicemente, con pochi tratti selettivi, una disciplina extrapenale, alla quale viene poi applicata la sanzione penale; per tale via, peraltro, si offrirebbe legittimazione ad uno spazio di tutela penale avanzato che, per un verso, può prescindere dai sistemi extrapenali di controllo sociale; per l'altro, propone modelli strutturali delle fattispecie incriminatrici incentrati sull'inosservanza di prescrizioni amministrative»*.

Al di là della mera opportunità teorica di estendere in maniera incontrollata la sanzione penale a protezione di funzioni, più che di beni giuridici, l'amministrativizzazione del diritto penale ha un volto ben più oscuro.

Ed infatti, mentre il diritto punitivo amministrativo ha conosciuto uno sviluppo dogmatico e concettuale che ha comportato il recepimento di molte delle garanzie del diritto penale (principio di legalità, divieto di retroattività, principio di colpevolezza), nulla di analogo è accaduto per il procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa e di irrogazione della relativa sanzione.

A tal proposito basti pensare a tutte quelle violazioni del diritto di difesa che negli ultimi anni sono state sollevate in relazione agli accertamenti tributari.

Vale la pena citare a questo proposito la ricorrente inosservanza delle garanzie richiamate dall'art. 220 disp. att. c.p.p. nell'ambito dello svolgimento di attività ispettiva dall'Agenzia delle Entrate.

Ciò vale, ad esempio, per le attività di ricerca e acquisizione dei documenti che ricadono, per espressa previsione normativa, nel novero degli atti di indagine garantiti, così come disposto dall'art. 356 c.p.p. La norma, rinviando agli artt. 352 e 354 c.p.p., impone che l'ispezione tributaria, là dove si traduca in atto di indagine diretto ad acquisire la conoscenza di un possibile reato, vada eseguita sotto l'egida delle specifiche garanzie previste dal codice di procedura penale. In particolare, le indagini di polizia amministrativa, disciplinate dall'art. 52 D.P.R. n. 633 del 1972 contenuto nel comma I dell'art. 33 D.P.R. n. 600 del 1973, andrebbero condotte nelle forme della perquisizione e del sequestro probatorio, sotto la vigilanza dell'Autorità Giudiziaria competente e con l'assistenza di un difensore. Laddove, per converso, sul contribuente grava un obbligo di collaborazione con l'amministrazione finanziaria, questi deve non solo tollerare la presenza

degli agenti accertatori, ma anche consegnare loro i documenti richiesti, a pena dell'applicazione delle sanzioni previste dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 9 del d.lgs. n. 471 del 18 dicembre 1997<sup>25</sup>. Ciò che non potrebbe in alcun modo ritenersi compatibile con la qualifica di persona sottoposta ad indagini.

Oppure ancora, si pensi al caso in cui la condanna in sede penale si fondi su presunzioni legali e su di dichiarazioni accusatorie (non di ordine tecnico) raccolte nella fase delle indagini, senza contraddittorio, considerato che il contribuente – in forza del divieto legislativo imposto dall'art. 7 comma 4 d.lgs. 546/92 – non gode dell'astratta facoltà di richiedere ed ottenere l'esame dei testi a proprio carico.

Tronando alla sentenza in commento, quindi, non ci si può esimere dal guardare con sospetto alle argomentazioni della Grande Camera, che - mancando di censurare la sovrapposibilità sostanziale del giudizio amministrativo e quello penale a condizione di avere una connessione sostanziale tra i due - ha legittimato di fatto che procedure prive delle garanzie minime imposte dall'art. 6 Cedua comportino conseguenze sanzionatorie di natura penale.

Si oscura così il portato della tradizione liberal-illuministica, su cui si fonda la stessa Convenzione, e si dimentica che il diritto penale non esiste per via della pena, ma in quanto posto a tutela di beni giuridici. Ciò che invece era stato evitato con la sentenza *Grande Stevens* e che ha indotto la Corte costituzionale francese ad optare per la dichiarazione di incostituzionalità del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato.

Infatti, a differenza della Corte costituzionale italiana, che si è spinta soltanto a richiamare l'attenzione del legislatore sull'opportunità di mantenere in vita tale sistema<sup>26</sup>, il Conseil constitutionnel ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del doppio binario, qualificando come sproporzionato il cumulo di sanzioni amministrative e penali per la punizione della medesima condotta e, quindi contrario all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo del 1789, che impone al legislatore di prevedere soltanto pene che fossero strettamente ed evidentemente necessarie. Ma forse qualcosa di più ci si potrebbe attendere, adesso che la Corte costituzionale è stata nuovamente interrogata dal giudice di Monza<sup>27</sup>. Nell'attesa, seppur con biasimo, corre l'obbligo di rilevare che la Grande Camera ha dovuto far fronte ad un problema reale quale quello dell'inadeguatezza del diritto penale tradizionale a rispondere

---

<sup>25</sup> Senza considerare, che il rifiuto di esibire detti documenti comporta un ulteriore effetto negativo, ovvero che gli stessi non possono essere presi in considerazione, a favore del contribuente stesso, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa, ai sensi degli artt. 32 e 33 del D.P.R. 600/1973 e art. 52, comma II, del D.P.R. 633/1972.

<sup>26</sup> Corte Costituzionale, sentenza 12 maggio 2016, n. 102.

<sup>27</sup> Tribunale di Monza, 30 giugno 2016, Giud. Cavallini, imp. C. S.

alle esigenze di specifici settori, che spingono per la depenalizzazione creando così fratture con i principi e le tutele dell'individuo.

*«Il diritto penale dell'economia, anche quando assume la forma del diritto penale amministrativo, ha bisogno di una procedura penale dell'economia, di modelli di accertamento delle infrazioni in cui le garanzie "minime" stabilite nell'art. 6 C.e.d.u. siano assicurate attraverso procedure giudiziarie più agili di quelle tradizionali e distinte da queste ultime anche per la diversità degli organi coinvolti»<sup>28</sup>.*

Non vi sono soluzioni semplici, ma forse, piuttosto che forzare le categorie giuridiche preesistenti ed ottenere risultati mediocri o non rispettosi dei diritti individuali, sarebbe meglio elaborare forme processuali penali alternative per il diritto punitivo amministrativo che viene applicato dalle autorità indipendenti.

---

<sup>28</sup> Di Bitonto, *cit.*