

Sanzioni a doppio binario

Si complica la questione del *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato. La Suprema Corte affida la risoluzione alla Corte Costituzionale. Che comunque difficilmente potrà annullare le sanzioni ormai passate in giudicato

Renzo Ristuccia

Partner dello studio legale Ristuccia & Tufarelli

ristuccia@ristuf.it

La Corte di Cassazione in due recentissime ordinanze (quinta sezione penale n. 1782/15; depositata il 15.1.2015 a processo penale per *insider trading* in fase di legittimità con sanzione amministrativa passata in giudicato; sezione tributaria civile n. 950/15 depositata il 21.1.2015 caso inverso: processo penale per manipolazione chiuso con patteggiamento e processo di opposizione a sanzione amministrativa in fase di legittimità) ha ritenuto che la questione del *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato in esito all'arcinota sentenza *Grande Stevens* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo debba essere "sbrigata" dalla Corte Costituzionale.

Per come sono formulate le questioni di legittimità costituzionale, tuttavia, l'ipotesi che esse vengano considerate inammissibili (a dispetto dell'autorevolezza del giudice *a quo*) è tutt'altro che peregrina.

Ecco le ragioni del dubbio con riguardo ai due casi.

La quinta sezione penale formula due questioni di costituzionalità:

- la prima riferita all'art. 187 *bis*, comma 1, del Tuf nella parte in cui prevede "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "Salvo che il fatto costituisca reato";
- la seconda (in via subordinata) riferita all'art. 649 del c.p.p. "nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo".

Sorprende che la Cassazione Penale – chiamata ad applicare la norma penale contenuta nell'art. 184, comma 1, lett. b) del Tuf – si preoccupi della sanzione amministrativa che era stata invece applicata dalla Consob e definitivamente confermata dalla Corte d'appello civile di Milano.

Si tratta di un'"invasione di campo" di sapore totalmente politico volta senza remore ad affermare



la preminenza della sanzione penale e a sostenere che – dovendosi dare attuazione in Italia ai principi di Strasburgo – a soccombere debba essere la sanzione amministrativa. L’opzione politica, che la Corte di Cassazione corrobora citando la nuova direttiva 2014/57/UE “tesa a privilegiare la risposta sanzionatoria penale” (§ 4 e ancora § 5.1 dell’ordinanza), non vuole essere qui oggetto di commento (salvo ricordare che per anni si è sbandierata, al contrario, la maggiore efficacia di sanzioni amministrative pecuniarie forti e tempestive a dispetto di risposte penali lente e a rischio prescrizione). Interessa piuttosto sottolineare come siffatta opzione politica risulti spiegata in maniera eccentrica nel contesto delle regole che governano il sindacato di costituzionalità.

La Cassazione è perfettamente consapevole dell’obiettivo politico del suo intervento come dei dubbi di rilevanza (e cioè di inammissibilità della questione) e parla schietto: “La questione sollevata in via principale è rilevante nel presente giudizio in quanto, qualora fosse accolta, l’applicabilità della norma ‘manipolata’ dal Giudice delle leggi farebbe venir meno il presupposto del *ne bis in idem*” (§ 2.3). Anzi, continua la Cassazione: la Consob in caso di accoglimento della questione costituzionale, dovrebbe adottare le “necessarie determinazioni” (§ 2.3). Quali sarebbero tali “necessarie determinazioni” rispetto ad una sanzione amministrativa la cui legittimità risulta confermata dalla Corte d’appello civile con sentenza passata in giudicato non è dato conoscere nel ragionamento della Corte di Cassazione. Forse la Consob dovrebbe annullare in “autotutela” la sanzione e restituire 5 milioni? Con la Corte dei Conti a vigilare? Difficile crederlo!

Quello che tuttavia sembra dimenticato nel ragionamento della Corte di Cassazione penale è che il Protocollo 7 della Cedu si limita a vietare un doppio processo sullo stesso fatto, non fissa criteri di prevalenza di una norma sostanziale applicabile in un processo rispetto ad altra norma applicabile in altro processo, né la Convenzione interferisce sulle scelte di politica criminale degli Stati aderenti. Se un ‘primo’ processo si è ormai celebrato (irrilevante che sia stato un ‘processo’ amministrativo di ‘colorazione penale’ o un processo penale *stricto sensu*) non lo si può riaprire solo al fine di consentire la celebrazione del ‘secondo’ processo. Quindi: anche se la Corte Costituzionale propendesse per l’incostituzionalità del ‘doppio binario’ e ritenesse additivamente di sostituire il ‘doppio binario’ con un principio di specialità a favore della norma penale, ciò non potrebbe avere alcuna conseguenza sul processo penale *a quo*, perché la Corte Costituzionale non potrebbe in alcun modo annullare la sanzione amministrativa Consob oramai ‘passata in giudicato’.

A tale riguardo conviene ricordare che le recenti sentenze costituzionali e di legittimità che hanno ritenuto superabile il “giudicato” lo hanno fatto, non certo in generale, bensì in ossequio al diritto alla libertà personale da reputarsi prevalente rispetto all’interesse alla certezza e alla stabilità delle decisioni (C. Cost. 210/2013 Cass. Ssuu penali 24.10.2013 n. 18821 depositata il 7.5.2014; Cass. Ssuu penali 29.5.2014 n. 42858 dep. 14.10.2014). Il “giudicato” su una sanzione pecuniaria allo stato della giurisprudenza è tuttora intangibile e non si vede ragione per cui dovrebbe fare eccezione una sanzione Consob (il cui ‘giudicato’ è peraltro governato dal diritto civile e



processualciviltico vista la competenza della Corte d'appello civile).

Escluso che possano darsi non meglio precisate “necessarie determinazioni” della Consob, occorre ribadire che, ai fini del *ne bis in idem*, per il giudice adito per secondo il primo processo è un ‘fatto’ di cui non può che prendere atto, senza poter sindacare né l’esito né la correttezza della norma applicata.

E, considerato che il secondo processo non può celebrarsi, è del tutto ultroneo evidenziare come elemento di rilevanza della questione costituzionale la circostanza che la sanzione amministrativa ha un effetto sulla determinazione della multa da parte del giudice penale ai sensi dell’art. 187 *terdecies* del Tuf (come fa l’ordinanza ancora al § 2.3); il *ne bis in idem* osta *sic et simpliciter* a che abbia luogo un processo in cui l’art. 187 *terdecies* potrebbe trovare applicazione. Non ci può essere multa disposta dal giudice penale perché non ci può essere processo penale. Punto.

Altri dubbi di ammissibilità, almeno per come è sviluppato il ragionamento del giudice *a quo*, riguardano pure la composizione normativa che la Corte di Cassazione vorrebbe realizzare sostituendo al doppio binario (o cumulo che lo si voglia chiamare) un principio di specialità per cui ogni volta che il comportamento sia previsto dalla norma penale deve applicarsi questa (restando così la sanzione amministrativa confinata a casi residuali).

Il legislatore del 2005 ha dichiaratamente optato per il doppio binario. Nel mentre la Commissione Giustizia 2a del Senato (resoconto sommario n. 421 del 25 gennaio 2005) aveva messo in rilievo come il cumulo materiale di sanzione amministrativa e sanzione penale fosse in contrasto con il principio di specialità previsto dall’art. 9 della L. 689/1981 e non in linea con indicazioni comunitarie in tema di gradazione della sanzione in relazione alla gravità del fatto, in sede di discussione in aula (seduta 736 del 10 febbraio 2005) i rilievi della Commissione vennero ‘superati’ in virtù della ‘autonomia’ dei procedimenti. Ciò detto il principio di specialità in ossequio al quale la Corte di Cassazione si prodiga per auspicare una razionalità della risposta punitiva non trova la sua sede nella Costituzione ma in una legge ordinaria, ancorché con pretese di disciplina generale, quale è la c.d. legge di depenalizzazione (appunto la L. 689/1981).

Il parametro costituzionale invocato dalla V sezione (art. 117 della Cost.) appare dunque poco pertinente al ragionamento del giudice remittente. Come si è detto, la Cedu non si occupa della risposta punitiva ma solo di evitare doppi processi. Tanto la giurisprudenza Cedu è attenta esclusivamente al profilo del doppio processo che esclude la violazione dell’art. 4 del Protocollo 7 se un giudizio di impugnazione relativo alla ‘prima’ decisione è ancora in corso oppure se pende il termine per impugnare e viene nel frattempo iniziata una ‘seconda’ procedura (Nykanen c. Finlandia §§ 44-45). Fino a che una prima decisione non passa in giudicato non scatta la tutela convenzionale.

Non vi è dunque alcun motivo per ritenere che la pronuncia additiva – anzi “manipolativa” come dichiarato dalla Corte di Cassazione – renda il diritto italiano più conforme alla Convenzione di quanto sia quello attuale. Nulla nella sentenza *Grande Stevens* può leggersi a favore della risposta penale propugnata dalla Cassazione. Anzi a ben vedere il doppio binario può tranquillamente esistere alla luce del Protocollo n. 7, ma se un processo finisce prima, l’altro si deve fermare.



Qualora il giudice penale si dimostrasse più rapido della Consob e del giudice civile (come la seconda ordinanza dimostra sia possibile) la Convenzione verrebbe comunque rispettata interrompendo il procedimento amministrativo a prescindere dall'assenza del principio di specialità nell'art. 187 *bis* del Tuf. Certo, come osserva la stessa Cassazione (§ 5.2), il sistema si presta a disparità di trattamento a seconda della randomica rapidità dei procedimenti in concreto; ma si tratta di problema che con l'art. 117 della Cost. e con la Cedu non ha nulla a che vedere.

Né con l'art. 117 della Cost. si risolvono questioni di adeguamento dell'ordinamento italiano all'ordinamento dell'Unione Europea (tema semmai governato dall'art. 11 della Cost.), questione peraltro contraddittoria nello stesso ragionamento della Corte visto che la vicenda esaminata nel giudizio *a quo* si è svolta nel vigore della precedente direttiva del 2003, direttiva che la stessa Corte riconosce non occuparsi di questioni penali (non sembra inutile qui ricordare che solo nel 2009 è entrato in vigore l'art. 83 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, Tfu, introducendo la possibilità di adottare normativa comunitarie anche in materia penale). In ogni caso non c'è ragione per cui debba il giudice italiano preoccuparsi di recepire anzitempo una direttiva comunitaria che dà tempo agli Stati per il recepimento fino al 2016.

Detto della palese irrilevanza (giuridica ma non politica) della questione principale, dubbi non minori riguardano la rilevanza della seconda questione (c.d. 'subordinata').

Per insegnamento consolidato della Corte Costituzionale sin dalle sentenze 348 e 349 del 2007 che hanno sancito la sindacabilità *ex art.* 117 della Cost. di norme interne contrarie alla Cedu prima di sollevare la questione di costituzionalità "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme." (C. Cost. 349/2007) e "avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica" (C. Cost. 311/2009). La Corte Costituzionale ha parlato di "obbligo che ... incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali" (C. Cost. 317/2009).

Dal canto loro le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione (Cass. Ssuu penali 28.6.2005 n. 34655), ancora prima delle pronunce costituzionali gemelle del 2007, avevano applicato estensivamente il *ne bis in idem* ritenendo che "al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta di legge (art. 25, comma 2, della Cost.), la mancanza di una esplicita disposizione non può fare considerare esaurito il compito dell'interprete, il quale, prima di optare per una conclusione di '*non liquet*' o di negare l'esistenza d una norma, ha il dovere di sperimentare tutti gli altri strumenti ermeneutici dei quali dispone, verificando, in particolare, la praticabilità della via additata dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale". L'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva dell'art. 649 del c.p.p. in quel *leading case* della Cassazione dipende dal ruolo di principio generale del *ne bis in idem* che ha nell'art. 649 c.p.p. un "punto di emersione" che rende detto articolo suscettibile di applicazione anche a casi simili.

Seguendo l'insegnamento delle Sezioni Unite, Cass. 20.11.2008 n. 1285 ha esteso l'applicabilità dell'art. 669. c.p.p. a provvedimenti emessi in esito a procedure esecutive di applicazione



dell'indulto. Ribadiva la Corte che “il principio del *ne bis in idem* permea l'intero ordinamento giuridico e fonda il preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va, pertanto, attribuito il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica”. Pertanto: “Anche se l'art. 669 c.p.p. detta una disciplina dettagliata solo riguardo ai conflitti concernenti le sentenze e i decreti di condanna, esso è applicabile in via analogica con riferimento alle ordinanze del giudice dell'esecuzione, ogniqualvolta esso rappresenti l'unico strumento possibile per eliminare uno dei due provvedimenti emessi per lo stesso fatto contro la stessa persona”.

Nell'ordinanza in commento la quinta sezione penale, pur ricordando (§ 5.2) che l'art. 649 c.p.p. risponde anche – bontà sua – a un “diritto civile e politico dell'individuo, sicché il divieto deve ritenersi sancito anche a tutela dell'interesse della persona, già prosciolta o condannata, a non essere nuovamente perseguita” (citando testualmente Cass. 34655 del 2005), poi aggiunge che ciò varrebbe solo “all'interno del quadro normativo delineato dal codice di rito [penale]”. In altri (invero tautologici) termini, l'art. 649 c.p.p. applicato al rapporto tra procedimenti instaurati dal Pm, da un lato, e dalla Consob, dall'altro, presenterebbe “un'incongruenza sistematica” in quanto non funzionale a porre rimedio ad una “distorsione dell'attività giurisdizionale”.

Francamente che di fronte a risposte punitive dell'ordinamento giuridico nel suo insieme declinabili in termini diversi in punto di autorità competente a fornire detta risposta punitiva, e purtuttavia necessariamente entrambe rispondenti ai vincoli della Cedu, debba sussistere una sorta di tutela dell'“ordinamento giurisdizionale” separato da un più generale “ordinamento giuridico” (la locuzione è virgolettata in quanto usata nelle sentenze penali del 2005 e 2008 da ultimo citate) è argomento assai labile (e forse anche un po' corporativo e frutto di una sorta di diffidenza nei confronti dell'autorità amministrativa). Che detta chiusura in sé stesso dell'“ordinamento [non giuridico ma] giurisdizionale” debba poi prevalere su diritti dell'uomo costituzionalmente e convenzionalmente ben più importanti è ancor meno convincente.

Chi scrive non vede davvero – sulla scorta della giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale e della stessa Corte di Cassazione – per quale motivo non si possa in via analogica assimilare a una sentenza la delibera Consob che commina una sanzione amministrativa sì, ma di natura penale ai sensi della Cedu. L'interpretazione analogica è preclusa solo dall'esistenza di un'espressa disposizione contraria (come si legge in Corte Cost. 93 del 2010), non dal silenzio cui l'analogia intende porre rimedio. La via interpretativa appare lo strumento più adeguato per consentire il rispetto del dettato convenzionale nell'ordinamento interno senza disturbare la Corte Costituzionale.

L'ordinanza della sezione tributaria riguarda l'art. 187 *ter*, punto 1, del Tuf “nella parte in cui, prevedendo la comminatoria congiunta della sanzione penale ... e della sanzione amministrativa ... [viola] i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”.

Qui la pertinenza della questione è indubbia: oggetto di applicazione nel processo è proprio la



disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita.

L'inammissibilità non è tuttavia solo per questo scongiurata.

Vale in primo luogo notare che la sezione tributaria, pur avendo ricordato l'obbligo per il giudice *a quo* di ricercare una interpretazione conforme ai principi convenzionali, omette qualsiasi indagine in tal senso, dando insomma per scontato che l'unica soluzione sia la dichiarazione di incostituzionalità.

Come già sopra osservato il doppio binario può tranquillamente esistere alla luce del Protocollo n. 7, purché, se un processo finisce prima, l'altro si fermi. Commentando sopra l'ordinanza della quinta sezione penale si è osservato che la sostituzione dell'*incipit* dell'art. 187 *bis* (o per l'art. 187 *ter* che è identico) è neutrale rispetto alla sentenza *Grande Stevens*; ora si può aggiungere che forse anche la soppressione *tout court* di detto *incipit* potrebbe non essere necessaria per rispettare la Cedu. Allorché la Consob è chiamata ad applicare una determinata norma lo deve fare nel rispetto di un contesto di regole che governano il suo agire come autorità procedente, regole generali talora nemmeno oggetto di esplicita individuazione. Per esempio nessuno dubita che una seconda sanzione amministrativa mai potrebbe essere comminata per il medesimo fatto. Esiste cioè un principio generale di *ne bis in idem* anche in assenza, nel procedimento amministrativo, di disposizione simile all'art. 649 c.p.p. (tanto è vero che la giurisprudenza in materia di sanzioni amministrative Consob – cfr. ad esempio Cass. 7062/2014 – si è spesso cimentata nel distinguere le disposizioni sanzionatorie a seconda degli interessi tutelati per rigettare eccezioni di *ne bis in idem* che se non avessero avuto quale presupposto l'esistenza del principio sarebbero state rigettate *in limine*). Annullare la sanzione Consob pronunciata in violazione di tali principi non costituisce “disapplicazione” della norma sanzionatoria. Se non è “disapplicazione” l'annullamento, poniamo, per violazione dei termini per la contestazione o per violazione dei principi del contraddittorio, perché ritenere “disapplicazione” l'annullamento di sanzione per abuso di mercato non ancora passata in giudicato per effetto del giudicato formatosi sullo stesso fatto in sede penale dell'art. 187 *ter* del Tuf?

Basterebbe forse un minimo sforzo sui principi generali dell'atto amministrativo per individuare una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 187 *ter* del Tuf.

Comunque, ammesso che l'incidente di costituzionalità rappresenti l'unica soluzione per rimuovere la formula “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” e dunque consentire al giudice *a quo* di tener conto del giudicato penale, il quesito è posto in maniera davvero bizzarra.

La sezione tributaria rimette alla Consulta “anche” la valutazione della effettiva afflittività della sanzione penale nel caso di specie (tenue secondo la sezione visti l'estinzione della pena per indulto e i benefici della continuazione). Dimentica completamente la sezione tributaria:

(a) che l'art. 4 del Protocollo 7 stabilisce un diritto a non essere ‘processato’; l'esito di condanna o assoluzione è irrilevante (*Zolotukhin* §§ 83 e 96-98); operando il *ne bis in idem* anche in caso di assoluzione esso non ha nulla a che vedere con la misurazione dell'afflittività della pena (eventualmente) comminata nel primo processo;



- (b) che alla luce dei “criteri Engel” se l’ordinamento nazionale dichiara penale una certa violazione, non occorre alcun sindacato sull’afflittività in concreto, e quindi è superfluo interrogarsi nel caso di specie sulla sanzione patteggiata;
- (c) che la Corte Costituzionale non effettua valutazioni concrete sulla pena applicata nel caso di specie ma giudica la norma nella sua configurazione generale e astratta;
- (d) che, anche volendo esperire un “sindacato di afflittività”, la Corte Costituzionale non potrebbe mai sostituire le sue valutazioni a quelle dei giudici di Strasburgo.

Di dubbia comprensibilità è poi il passaggio su un, così definito, “*ne bis in idem* attenuato” che si realizzerebbe applicando un principio di progressione tra le due fattispecie, quella penale e quella amministrativa. La progressione si realizza quando agli elementi costitutivi di una fattispecie base si aggiungono altri elementi idonei a configurare una diversa fattispecie (il caso dell’omesso versamento di imposte da parte del sostituto è il caso più studiato nella recente giurisprudenza di legittimità). Nel caso degli abusi di mercato le fattispecie astratte sono però identiche, manca un *quid pluris* nella fattispecie penale. Né ha alcun rilievo su tale preteso “*ne bis in idem* attenuato” la disciplina della quantificazione della multa ai sensi dell’art. 187 *terdecies* che rappresenta al più un coordinamento della sanzione sul versante pecuniario ma nulla potrebbe mai avere a che vedere con il *ne bis in idem* che riguarda il doppio processo.

Detto di alcune criticità delle recenti ordinanze, merita tuttavia segnalare che in esse si trovano anche alcuni punti fermi che fanno giustizia di talune resistenze a dare attuazione in Italia alla sentenza *Grande Stevens*.

Smentendo espressamente la difesa della Consob, la quinta sezione penale ha chiaramente detto che né l’art. 25 della Cost. sul principio di legalità né l’art. 112 della Cost. sull’obbligatorietà dell’azione penale ostano al recepimento dei principi Cedu considerato che proprio la Corte Costituzionale (sent. 196 del 2010) ha invocato l’art. 25 della Cost. quale fonte di una disciplina unitaria delle misure di carattere afflittivo-punitivo. Del resto una applicazione *in malam partem* del principio di legalità – pacificamente dettato a tutela dell’imputato – sarebbe davvero paradossale.

Importante anche il riconoscimento della possibilità di trattare la questione del *ne bis in idem* in Cassazione a prescindere da un suo eventuale rilievo in precedenti gradi di giudizio. Concludendo: le ordinanze toccano un problema caldo. Di fronte alla presa di posizione dei giudici di Strasburgo non si può far finta di nulla come certi commenti a caldo della sentenza *Grande Stevens* (o anche certe ordinanze di giudici per le indagini preliminari) propugnavano. E’ discutibile però che debba necessariamente essere la Corte Costituzionale a “togliere le castagne dal fuoco” al giudice penale laddove in procedura esiste una disposizione come l’art. 649 c.p.p. agevolmente suscettibile di interpretazione analogica. Forse meno agevole è la soluzione della situazione inversa laddove il giudice civile dell’opposizione non dispone di norma analoga all’art. 649 c.p.p., ancorché i principi generali dell’agire amministrativo potrebbero consentire letture convenzionalmente conformi delle sanzioni amministrative *market abuse*.

