

Osservatorio sulla Corte costituzionale

Abusi di mercato

La decisione

Abusi di mercato - CONSOB - Procedimento amministrativo sanzionatorio - Procedimento penale - Concorso di sanzioni - Ne bis in idem - Questione di legittimità costituzionale - Inammissibilità (Cost. art. 117; C.e.d.u., Prot. 7, art. 4; D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, artt. 187-bis, co. 1, 187-ter, comma 1; C.p.p., art. 649).

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, co. 1, 187-ter, co. 1, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e dell'art. 649 del codice di procedura penale, per violazione dell'art. 117, primo co., della Costituzione, sollevate in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

CORTE COSTITUZIONALE, 12 maggio 2016 (c.c. 8 marzo 2016), n. 102 - GROSSI, *Presidente* - LATTANZI, CARTABIA, *Redattori*.

Ne bis in idem: il dialogo interrotto.

Si preannuncia lunga attesa per sciogliere il nodo del doppio binario sanzionatorio penale e amministrativo in materia di abusi di mercato. La Corte costituzionale si è pronunciata sulle due ordinanze di rimessione¹, dichiarando tutte le questioni inammissibili.

L'esito, preannunciato da alcuni commentatori², non stupisce. La questione sollevata dalla Sezione Civile Tributaria della Cassazione è stata formulata in maniera perplessa ed incerto ne era il *petitum*, circostanza che ha reso "doppiamente" inammissibile il giudizio di legittimità costituzionale. Le due ulteriori questioni precedentemente sollevate dalla Quinta Sezione Penale della Cassazione sono state dichiarate ugualmente inammissibili. La prima questione sollevata dal giudice penale, concernente l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-bis TUIF, era irrilevante nel caso di specie. Si chiedeva infatti la declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma applicata in un procedimento esaurito (quello sanzionatorio amministrativo precedente), e non,

¹ Cass., Sez. V, Ord. 10 novembre 2014, Chiarion Casoni, con nota di FEDERICO, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte costituzionale*, in questa *Rivista* online; Id., Sez. V, Ord. 6 novembre 2014, Garlsson Real Estate, in www.penalecontemporaneo.it.

² FEDERICO, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: la parola alla Corte costituzionale*, cit.; SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it; VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, *ivi*.

viceversa, di quella penale applicata nel processo *a quo*. La rilevanza della questione sollevata nel procedimento *a quo* è un caposaldo della struttura del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, cui non si può rinunciare, anche di fronte all'inadeguatezza sistemica dell'ordinamento rispetto alla violazione dei principi di matrice europea. Viceversa, la questione di legittimità costituzionale della norma che sanziona in via amministrativa la manipolazione di mercato (art. 187^{ter} TUIF), pur rilevante, perché sollevata dal giudice procedente in un diverso giudizio concernente la riscossione delle sanzioni amministrative, è stata proposta in formula dubitativa e con un *petitum* incerto. Il rimettente stesso infatti dubitava che la declaratoria d'illegittimità costituzionale avesse un effetto compatibile con i principi di legalità e determinatezza della sanzione penale, da un lato, e di effettività dell'azione repressiva, dall'altro. È inammissibile, infine, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevata in subordine dalla quinta Sezione penale, perché la sua applicazione, estesa indifferentemente ai procedimenti penali in senso stretto e sanzionatori amministrativi, lascerebbe sostanzialmente al caso l'opzione tra estinzione per *ne bis in idem* del procedimento sanzionatorio amministrativo ed estinzione per *ne bis in idem* di quello penale. Secondo la Corte, questo meccanismo si rivelerebbe incapace di costituire un rimedio alla carenza strutturale del sistema, perché non conforme al principio eurounitario di proporzionalità ed efficacia delle sanzioni.

2. Nonostante la freddezza delle conclusioni di palazzo della Consulta, il problema permane. L'incompatibilità convenzionale del cumulo, nella normativa italiana, di procedimenti punitivi sanzionatori amministrativi e penali in materia di *market abuse* è stata accertata dalla Corte e.d.u. all'esito della pronuncia *Grande Stevens c. Italia*³. La giurisprudenza europea è consolidata⁴. La base del ragionamento discende da un precedente di *Grande Chambre, Zolothukin c. Russia*, cui si sono conformate numerose pronunce successive⁵. Non c'è dubbio che la violazione nell'ordinamento italiano sia sistematica. Il *bis in*

³ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *questa Rivista* online.

⁴ Secondo un recente insegnamento della Corte costituzionale, «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» Cfr. Corte cost., n. 49 del 2015, in *questa Rivista* online.

⁵ Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 10 febbraio 2009, *Zolothukin c. Russia*, in *www.echr.coe.int*; Id., 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, *ivi*; Id., 20 maggio 2014, *Häkkinen c. Finlandia*, *ivi*; Id., 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*, *ivi*; Id., 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, *ivi*; Id., 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, *ivi*; Id., 10 febbraio 2015 *Kiiveri c. Finlandia*, *ivi*; Id., 23 giugno 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, *ivi*; Id., 30 aprile 2015, *Kapetanios e altri c. Grecia*, *ivi*.

idem tra sanzioni amministrative e penali in materia di *market abuse* è stato voluto dal Legislatore e legittimato dalla giurisprudenza⁶. Tranne rare eccezioni⁷, infatti, l'esperienza giudiziaria prevalente tende al rigore, con variegata pronunce che hanno dribblato il divieto di *ne bis in idem* convenzionale⁸. D'altra parte, nonostante la serietà della questione, la Corte di Strasburgo non ha ancora formalmente accertato una violazione strutturale. Ciò garantisce al Legislatore ed alla Corte costituzionale un certo margine di apprezzamento, prima che la Corte alsaziana decida di adottare il meccanismo della sentenza pilota. Ma il tempo passa e la soluzione ancora non vede la luce. Un maturo dialogo tra "Corti" nell'era della giustizia multilivello imporrebbe di prevenire la violazione con la proposta di soluzioni, ancorché creative, compatibili con la convenzione, anche facendo uso della comparazione a livello europeo⁹. I tentennamenti dei giudici interni, tuttavia, sembrano presagire tempi di attesa troppo lunghi. E l'ineffettività o l'insuccesso dell'esperimento dei rimedi interni apre la strada a nuovi ricorsi a Strasburgo.

3. Pur nella comprensione, per le ragioni formali che lo giustificano, dell'esito del giudizio di legittimità costituzionale, non può condividersene la sostanza. In particolare, un passaggio della sentenza della Consulta, ove è affermato che il *ne bis in idem* tutelato dall'art. 4, prot. 7 c.e.d.u. è soltanto "processuale, e non sostanziale", merita qualche annotazione. Nella sentenza *Grande Stevens*

⁶ FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2011, 66 ss.; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* (a margine della sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU), in www.penalecontemporaneo.it. In giurisprudenza: Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, Favellato, Romano, in *questa rivista* online, con osservazioni a prima lettura di Santoriello; Id., Sez. un., 28 ottobre 2010, Di Lorenzo, in *Mass. Uff.*, n. 248722; Id., Sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano, *ivi*, n.248864. Specificamente in tema di *market abuse*: Id., Sez. VI, 3 maggio 2006, *ivi*, n. 234508.

⁷ Trib. Asti, 7 maggio 2015, con nota di PINI, *In margine ad un'originale soluzione in materia penal-tributaria: tra ne bis in idem processuale e principio di specialità, sullo sfondo della tutela multilivello dei diritti*, in *questa Rivista* online, ove si è optato per una coraggiosa applicazione diretta dei principi convenzionali.

⁸ Anche a seguito del caso *Grande Stevens*, pur riconoscendo il contrasto, la Cassazione ha preferito evitare soluzioni adeguatrici: cfr. Cass., Sez. III, 20 maggio 2015, Aumenta, in *Mass. Uff.*, n. 263407; Id., Sez. III, 11 maggio 2015, Andreatta, in *questa Rivista* online.

⁹ La Corte costituzionale francese sta affrontando i medesimi problemi di quella italiana in tema di doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato e si avvia ad affrontare il problema del doppio binario penale-tributario. Facendo seguito alla sentenza *Grande Stevens*, il *Conseil constitutionnel* ha già pronunciato una declaratoria d'illegittimità costituzionale, facente leva sul principio di necessità delle sanzioni, che la Corte ha ritenuto violato dalle fattispecie in duplo. Il *Conseil*, per altro verso, ha differito gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità per dare tempo al Legislatore di colmare il vuoto generato dall'eliminazione di una delle due fattispecie punitive. Cfr. *Conseil constitutionnel*, 18 marzo 2015, *M. John L. et autres*, in www.conseil-constitutionnel.fr; BABONNEAU, *Le non bis in idem fiscal aux portes du conseil constitutionnel*, in www.dalloz-actualite.fr.

c. Italia, invero, la materia è stata affrontata sotto un duplice profilo. Significativa, in questo senso, è l'opinione concorrente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque. La violazione accertata dalla Corte europea è quella della doppia persecuzione (*double pursuit*) per il medesimo fatto, quindi *ne bis in idem* processuale. La condizione perché si realizzi l'illecito internazionale è che un procedimento sia stato definito irrevocabilmente, e che, dall'altro lato, il procedimento parallelo non sia stato immediatamente arrestato, restando assorbita ogni ulteriore questione¹⁰. Tuttavia, la Corte europea ha criticato anche l'eccessivo formalismo con il quale le corti interne hanno fatto applicazione del principio di specialità, che poteva essere usato, secondo il giudice alsaziano, in modo tale da evitare il *bis in idem* sostanziale, dando prevalenza all'illecito di pericolo concreto rispetto a quello di pericolo astratto. Alla luce delle considerazioni che precedono, questa particolare ipotesi di concorso formale eterogeneo è un'anomalia che deve essere sciolta non con la preclusione di *ne bis in idem*, ma con un intervento manipolativo sulla legislazione da parte dello Stato. Come rilevato dal giudice *a quo* e recepito dalla Consulta, è irrazionale un sistema che lasci al caso l'applicazione della sanzione penale ovvero di quella amministrativa per il medesimo fatto, poiché falsa il principio di legalità. L'unica soluzione accettabile consiste nel rimuovere il problema alla fonte. Una legislazione chiara e coerente imporrebbe una graduazione dell'intervento repressivo tale da non lasciare spazio a intersezioni che sfuggano al principio di specialità (in concreto). Lo sdoppiamento dell'intervento repressivo si pone in contrasto con la certezza del diritto, perché rimuove, *ab initio*, la sicurezza del cittadino sulle conseguenze della propria responsabilità, rispetto a condotte legalmente accertate in via definitiva. Anche laddove vi fosse una immediata declaratoria d'improcedibilità dell'azione penale, sarebbe imposto comunque all'imputato (e allo Stato) di sopportare l'avvio della fase procedimentale, mentre l'azione non dovrebbe essere proprio iniziata. La doppia punibilità in concreto è priva di giustificazione sul piano tecnico-giuridico, se non attraverso puri formalismi, ma lo è anche sul piano dei valori fondamentali. La scelta della *double pursuit* è incoerente con la necessaria gradualità dell'intervento repressivo, che è affermata in chiave europea sia dalla Corte di Giustizia che dalla Corte di Strasburgo, attraverso il principio di

¹⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, cit., § 58 e ss.: "Article 4 of Protocol No. 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be tried twice". "Article 4 of Protocol No. 7 applies even where the individual has merely been prosecuted in proceedings that have not resulted in a conviction". "Article 4 of Protocol No. 7 does not, however, preclude that several concurrent sets of proceedings are conducted before that final decision has been issued." "Article 4 of Protocol No. 7 does not provide protection against *lis pendens*". "A violation of this provision would occur, however, if one set of proceedings continued after the date on which the other set of proceedings was concluded with a final decision".

proporzionalità. La normativa va emendata. Un termine imminente concede al Legislatore questa *chance*¹¹. La Corte costituzionale ha preso tempo e ha ridato spazio alla discussione, astenendosi completamente da indicazioni, neanche in forma di *obiter dicta*. Salvo un immediato intervento normativo, tuttavia, la questione tornerà certamente al giudice delle leggi, affinché si prenda carico di rimeditare una soluzione alle aporie della legislazione in materia. Fin quando non ci sarà un intervento riformatore per via legislativa o interpretativa, le situazioni pendenti rimarranno prive di tutela in ambito interno. Al momento, quindi, l'unico strumento esperibile rimane quello del ricorso diretto a Strasburgo¹², poiché, allo stato dell'arte, non esistono ricorsi interni effettivi contro questa violazione. Invero, secondo un'interpretazione adeguatrice¹³, sarebbe possibile l'applicazione diretta della previsione convenzionale, ma l'attuale disapprovazione delle più alte corti nazionali verso questo tipo di soluzione può solo disincentivare le timide aperture del giudice interno, che, suo malgrado, è costretto ad un disagiata compito per districarsi nell'oscuro labirinto delle fonti.

ANTONIO FABERI

¹¹ La Direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014 (direttiva abusi di mercato), il cui termine di recepimento scade il 3 luglio 2016, nell'imporre l'implementazione di sanzioni penali per le condotte più gravi, prevede che "gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*".

¹² Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, in *questa Rivista* online, con nota di FILIPPI, *La Grande Camera della Corte europea dà scacco matto alla Consulta (ovvero quando la Corte europea è più garantista della Consulta)*. Il costante orientamento della Corte europea sostiene che la questione incidentale di legittimità costituzionale non è un mezzo di ricorso interno effettivo, perché azionabile solo *ex officio* e non per iniziativa di parte. Di conseguenza, avverso una decisione in violazione della convenzione che non trovi uno strumento di tutela compatibile con l'ordinamento interno, se non attraverso la previa pronuncia di legittimità costituzionale, il cittadino potrebbe essere legittimato ad adire in via diretta la Corte europea, anche saltando la sequela dei mezzi di impugnazione che sarebbero tutti evidentemente inefficaci, *a fortiori*, di fronte alla stasi della giurisprudenza costituzionale.

¹³ Tale *modus operandi* - deluso dalla più recente interpretazione fornita dalla Corte costituzionale - ha radici profonde: cfr. Cass., Sez. un., 23 novembre 1988, Polo Castro, in *Cass. pen.*, 1989, 1418; Cass. civ., Sez. un., 10 luglio 1991, Conigliaro, in *Giur. Cost.*, 1992, I, 742. Sul tema, ampiamente, GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, O. Mazza, Varraso, Vigoni, *Procedura penale*, III, Torino, 2015, 30; DINACCI, *l'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, I, Torino 2008, 258; FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni (a proposito di Corte cost., sent. n. 80 del 2011)*, in *questa Rivista* online; VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it.