

DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E *NE BIS IDEM*: VERSO UNA DIRETTA APPLICAZIONE DELL'ART. 50 DELLA CARTA?*

A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014,
Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.

Francesco Viganò

ABSTRACT

Una recente sentenza della Corte EDU, ormai divenuta irrevocabile, giudica incompatibile con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, il sistema di 'doppio binario' tra sanzione amministrativa e sanzione penale (e tra i relativi procedimenti applicativi) in materia di abusi di mercato. Ferma restando la necessità di una profonda revisione di tale sistema da parte del legislatore, il presente contributo si interroga sulle ricadute di tale sentenza nell'ordinamento italiano, al di là dello specifico caso concreto deciso a Strasburgo, prospettando due strade alternative per conformarsi – già *de iure condito* – agli obblighi convenzionali: l'una che chiama in causa la Corte costituzionale, attraverso il meccanismo dell'art. 117, comma 1, Cost.; l'altra che presuppone invece la diretta applicazione, da parte dello stesso giudice ordinario, dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che è norma di rango primario suscettibile di produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, e che sancisce il diritto al *ne bis in idem* nella stessa estensione riconosciuta dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

SOMMARIO

1. I problemi sul tappeto. – 2. Per cominciare, il caso. – 2.1. La procedura innanzi alla CONSOB e i relativi giudizi di opposizione ex art. 187-*septies* t.u.f. – 2.2. Il procedimento penale. – 2.3. Il ricorso a Strasburgo e la sentenza della Corte EDU. – 2.4. In particolare: la ritenuta violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. – 3. Le ripercussioni della sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano: illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.? – 3.1. Alcune premesse. – 3.2. I termini della questione di legittimità costituzionali (e alcuni ipotetici 'controlimiti'). – 3.3. (Segue): la (presunta) illegittimità comunitaria (oggi, 'eurounitaria') della soluzione imposta da Strasburgo come ipotetico 'controlimite'? – 3.3.1. Un primo punto fermo: la necessità che gli obblighi eurounitari siano essi stessi compatibili con i diritti convenzionali. – 3.3.2. Nel merito: sul preteso contrasto tra la direttiva 2003/6/CE e l'art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea. – 3.3.3. Il mutato quadro normativo: il regolamento n. 596/2014 e la direttiva 2014/57/UE. – 3.4. Prima conclusione provvisoria. – 4. Una strada alternativa: la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta da parte del giudice penale italiano. – 4.1. La disciplina degli abusi di mercato rientra nell'ambito di applicazione della Carta? – 4.2. L'art. 50 della Carta e l'art. 4 Prot. 7 CEDU hanno la medesima estensione? – 4.3. Seconda conclusione. – 4.4. Appendice: i procedimenti penali già conclusi con sentenza passata in giudicato (cenni). – 5. Conclusioni e prospettive (in tema di diritto penale tributario, e di possibili direttrici di riforma).

* Il presente contributo costituisce la relazione da me svolta all'incontro di studio svoltosi il 23 giugno 2014 presso la Suprema Corte di Cassazione su *Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno* (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia).

1.

I problemi sul tappeto.

Con la sentenza *Grande Stevens*, del marzo scorso¹, la Corte EDU assesta l'ennesimo colpo al sistema penale italiano, denunciando come incompatibile con i diritti umani tutelati dalla Convenzione e dai suoi protocolli il sistema di doppio binario, amministrativo e penale, attorno al quale è strutturata nel nostro paese la repressione degli abusi di mercato in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 62/2005 al d.lgs. 58/1998 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: di seguito t.u.f.).

Nessuna sorpresa, verrebbe subito da dire: le innovazioni apportate nel 2005 erano state, dopo tutto, subissate di critiche da parte dalla dottrina, che aveva in effetti colto nel *novum* legislativo molti dei profili ora rimproveratici dalla Corte europea²; senonché le implicazioni delle sentenza – peraltro a tutt'oggi non ancora definitiva – sembrano trascendere, e di molto, la materia degli abusi di mercato, giungendo a porre in discussione la compatibilità con il sistema convenzionale di tutti i settori ordinamentali (quello penale tributario *in primis*) analogamente strutturati attorno a un doppio, e parallelo, binario di tutela, i quali si espongono anch'essi a una delle critiche capitali formulate dalla Corte europea: quella, cioè, di creare le condizioni per una violazione 'sistemica' del diritto individuale al *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Perno della censura è, come vedremo, la qualificazione anche della procedura amministrativa, e delle sanzioni alla cui essa è funzionale, come *sostanzialmente penale*, nonostante il *nomen iuris* adottato dal legislatore nazionale; con conseguente attrazione di tutte le garanzie che il sistema convenzionale prevede per la materia penale, tra cui i principi del processo *penale* equo di cui all'art. 6 CEDU (considerati parimenti violati nel caso di specie) e, appunto, il divieto di un secondo giudizio su fatti già giudicati in via definitiva: divieto, quest'ultimo, che la Corte considera giustamente violato allorché il soggetto, già giudicato in via definitiva in sede (formalmente) 'amministrativa', venga o resti successivamente sottoposto a processo penale per fatti (storici!) che sono sostanzialmente i medesimi.

Nelle pagine seguenti, dopo una breve ricapitolazione dello specifico caso esaminato dalla Corte (*infra*, 2), cercheremo di valutare l'impatto che la sentenza potrebbe provocare nell'ordinamento italiano, in relazione – in particolare – ai *processi penali in corso*, o che saranno prossimamente aperti, per fatti di abuso di mercato, qualora i fatti siano *già stati sanzionati* (o comunque *giudicati*) con provvedimenti ormai definitivi, pronunciati in esito allo speciale procedimento amministrativo avanti alla CONSOB ed eventualmente avanti alla giurisdizione civile in fase di opposizione ai sensi dell'art. 187-*septies* t.u.f.

Al riguardo, posto il generale obbligo a carico della giurisdizione italiana di adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo in modo da evitare ulteriori violazioni dei diritti convenzionali, esploreremo due possibili strade alternative per raggiungere tale obiettivo. La prima, più consolidata nella recente esperienza giuridica italiana, che si sostanzia nella proposizione di una questione di legittimità costituzionale *ex art. 117 co. 1 Cost.* (in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU) dell'art. 649 c.p.p., e cioè della norma che oggi pare ostare a una definizione anticipata di questi processi penali (*infra*, 3); la seconda, meno familiare agli interpreti nostrani, che passa attraverso il riconoscimento dell'effetto diretto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) che, nell'ambito del diritto dell'Unione (o 'eurounitario') fa da *pendant* all'art. 4 Prot. 7 CEDU, enunciando essa pure il principio del *ne bis in idem* (*infra*, 4).

In primo piano sarà dunque, ancora una volta, il grande tema delle tecniche di adeguamento del nostro sistema penale agli obblighi sovranazionali, che sempre più si incuneano anche in una materia tradizionalmente riservata alla potestà legislativa nazionale³, rispetto a una

¹ Già pubblicata in *Dir. pen. cont.*, con nota di [TRIPODI, Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), 9 marzo 2014.

² Cfr., tra i contributi più significativi, ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 930 ss.; FOFFANI, *Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in Palazzo, Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, p. 713 ss.; MIEDICO, *Illecito penale o illecito amministrativo*, in *Le società*, 2007, p. 623 ss.; PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA.Vv., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010, p. 61 ss.; VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704 ss.

³ In generale, sulla tematica, si consenta il rinvio a VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *questa Rivista*, n. 2/2014, p. 167 ss.

questione concreta in cui viene specialmente allo scoperto la fitta trama di interrelazioni esistenti tra il sistema di tutela convenzionale dei diritti e quello, 'interno' all'Unione europea ma congenitamente 'aperto' all'influsso di Strasburgo, della Carta dei diritti fondamentali di Nizza. Una Carta, si noti, il cui particolare *rango giuridico* di *norma di diritto primario dell'Unione*, dotata come tale di *primato* sulle norme nazionali, è in grado di scardinare i sinora consolidati meccanismi di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma internazionale imperniati sul ruolo 'centralizzato' della Corte costituzionale, in favore di un modello di applicazione diretta, e 'diffusa', dei diritti fondamentali da parte del giudice ordinario.

Chiuderemo, infine, con qualche cursoria riflessione su alcune delle molte questioni che restano aperte, e che non possono essere affrontate adeguatamente in questa sede: dalle linee auspicabili di una futura, e ormai ineludibile, riforma del sistema di contrasto agli abusi di mercato, alle possibili ricadute dei principi espressi in *Grande Stevens* sulla materia delicata, e di assai maggiore rilievo prasseologico rispetto a quella degli abusi di mercato, del diritto penale tributario (*infra*, 5).

2.

Per cominciare, il caso.

2.1.

La procedura innanzi alla CONSOB e i relativi giudizi di opposizione ex art. 187-septies t.u.f.

Nel febbraio 2006 la Divisione mercati e consulenza economica della CONSOB contestava a Gianluigi Gabetti – nella sua duplice qualità di presidente della IFIL Investment (poi Exor s.p.a.) e della Giovanni Agnelli s.a.a. –, a Virgilio Marrone, nella sua qualità di procuratore di quest'ultima società, all'Avv. Franzo Grande Stevens e alle società medesime di avere commesso l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e il corrispondente illecito amministrativo dell'ente di cui all'art. 187-quinquies, per avere concorso a vario titolo nella diffusione al mercato, il 23 agosto 2005, di un comunicato stampa asseritamente falso, con il quale le società in questione affermavano di non avere ancora assunto alcuna iniziativa in relazione alla imminente scadenza di un contratto di finanziamento a suo tempo concesso da otto banche alle società, allo scadere del quale – in mancanza di rimborso del prestito – le banche in questione avrebbero compensato il loro credito sottoscrivendo un aumento di capitale di FIAT, acquisendo così il 28% del capitale sociale (con correlativa riduzione della partecipazione di IFIL a FIAT, che si sarebbe ridotta dal 30 al 22% circa). La Divisione della CONSOB contestava in particolare alle predette persone fisiche e giuridiche che, alla data del comunicato, fossero già in stato avanzato le trattative relative alla sottoscrizione, da parte di IFIL, di un contratto di *equity swap* con una banca d'affari inglese, che avrebbe consentito a IFIL, alla scadenza del contratto di finanziamento con le otto banche italiane, di sottoscrivere essa stessa un aumento di capitale, in modo da mantenere la propria quota del 30% di partecipazione a FIAT – cosa poi puntualmente avvenuta.

In esito al procedimento di cui all'art. 187-septies t.u.f., la CONSOB irroga nel **febbraio 2007** pesanti sanzioni pecuniarie amministrative alle persone fisiche e agli enti (5.000.000 di euro a Gabetti, 3.000.000 di euro a Grande Stevens, 500.000 euro a Marrone, 4.500.000 di euro a Ifil e 3.000.000 di euro a Giovanni Agnelli s.a.s.), oltre a sanzioni interdittive nei confronti delle persone fisiche.

Avverso tale provvedimento tutti gli interessati propongono opposizione ai sensi dell'art. 187-septies t.u.f. avanti alla Corte d'appello di Torino, la quale – nel **gennaio 2008** – riduce significativamente talune sanzioni irrogate dalla CONSOB alle persone fisiche (rideterminandole in 600.000 per Giovanni Agnelli s.a.s., 1.000.000 per IFIL e 1.200.000 per Gabetti), nonché la durata della sanzione interdittiva per lo stesso Gabetti, rigettando nel resto tutte le altre doglianze dei ricorrenti.

Con sentenza pronunciata nel **giugno 2009** (e depositata il 30 settembre dello stesso anno), la Corte di cassazione rigetta tutti i ricorsi, e le sanzioni irrogate dalla CONSOB (così come modificate dalla Corte d'appello) divengono definitive.

2.2. *Il procedimento penale.*

Nel frattempo, sin dal **novembre 2008** Gabetti, Marrone, Grande Stevens e le due società Giovanni Agnelli e Ifil (divenuta Exor a partire da febbraio 2009) vengono rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino con l'accusa di avere commesso il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f., per avere diffuso il 23 agosto 2005 il comunicato stampa già ritenuto falso dalla CONSOB, creando così un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT.

Subito dopo il deposito della sentenza della Cassazione che rende definitive le sanzioni irrogate dalla CONSOB, il 30 settembre 2009 gli imputati chiedono che sia pronunciata *sentenza di non doversi procedere* in forza del principio *ne bis in idem*; e all'udienza del 7 gennaio 2010 chiedono che venga sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni pertinenti del t.u.g. e dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tali disposizioni consentono la prosecuzione di un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa, per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Con sentenza pronunciata il **21 dicembre 2010**⁴ il Tribunale di Torino rigetta anzitutto l'istanza degli imputati in quanto *manifestamente infondata*. Il Tribunale da un lato sottolinea la diversità tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e il delitto di cui all'art. 185 t.u.f. (l'uno strutturato secondo lo schema del pericolo astratto e punibile anche a mero titolo di colpa, l'altro concepito quale reato di pericolo concreto e punibile solo a titolo di dolo); e dall'altro rileva come la coesistenza di sanzioni penali e amministrative per fatti di manipolazione del mercato sia imposta dal diritto comunitario, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE. Nel merito, tuttavia, il Tribunale assolve gli imputati dai fatti loro ascritti: Marrone per non aver commesso il fatto, e tutti gli altri (persone fisiche e, conseguentemente, gli enti per il cui interesse essi avevano agito) perché non era stato provato che la loro condotta avesse provocato alcuna alterazione significativa dei prezzi degli strumenti finanziari.

Adita *per saltum* dalla pubblica accusa, la Cassazione annulla con sentenza del 2 giugno 2012 la pronuncia del Tribunale torinese con riferimento alle posizioni di Gabetti e Grande Stevens nonché delle due società imputate, affermando in sostanza che – stante la natura di reato di pericolo concreto e non di danno del delitto di manipolazione del mercato – la mancata prova dell'effettiva alterazione del prezzo degli strumenti FIAT non escludesse di per sé la sussistenza del reato, come erroneamente ritenuto dal giudice di merito.

In sede di rinvio, il 28 febbraio 2013 la Corte d'appello torinese condanna le due persone fisiche imputate, ritenendo altamente probabile che, senza le false informazioni contenute nel comunicato stampa diffuso nell'agosto 2005, il prezzo delle azioni FIAT sarebbe calato in maniera assai più significativa. Assolve, invece, le due società imputate *ex d.lgs. 231/2001*. Quanto, infine, all'eccezione delle difese relativa al *ne bis in idem*, la Corte territoriale conferma nella sostanza le valutazioni del Tribunale, ritenendo dunque manifestamente infondata la relativa eccezione di illegittimità costituzionale⁵.

Contro tale sentenza interpongono ricorso i due imputati condannati, reiterando tra l'altro l'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme pertinenti del t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con il principio convenzionale del *ne bis in idem*.

Con sentenza pronunciata il **17 dicembre 2013** (e depositata lo scorso 14 maggio 2014, n. 19915), la Corte di cassazione dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, rigettando ancora una volta l'eccezione di illegittimità costituzionale riproposta dalle difese⁶.

2.3. *Il ricorso a Strasburgo e la sentenza della Corte EDU.*

Durante il processo penale di primo grado – e più precisamente il **27 marzo 2010** – le tre persone fisiche e le due società imputate avevano presentato ricorso innanzi alla Corte europea, lamentando tra l'altro:

⁴ In *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010.

⁵ In *Dir. pen. cont.*, con ampia scheda illustrativa di MODUGNO, SASSAROLI, TRINCHERA, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, 24 settembre 2013, cui si rinvia anche per ult. rif.

⁶ Cass. pen., Sez. I, sent. 17 dicembre 2013, dep. 14 maggio 2014, n. 19915, Pres. Cortese, Rel. Vecchio, Imp. Gabetti e a.

- la violazione di una serie di parametri del ‘processo equo’ di cui all’art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo avanti alla CONSOB e nel successivo giudizio di opposizione avanti alla Corte d’appello torinese;

- la violazione del loro diritto di proprietà, garantito dall’art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell’irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da parte della CONSOB, così come modificate dalla Corte d’appello e rese irrevocabili dalla sentenza del giugno 2009 della Cassazione;

- la violazione del diritto a non subire un secondo processo per il medesimo reato, garantito dall’art. 4 Prot. 7 CEDU, in relazione al rifiuto del Tribunale di Torino di pronunciare immediatamente sentenza di non doversi procedere una volta divenuta irrevocabile la decisione relativa all’infrazione delle sanzioni amministrative per l’illecito di cui all’art. 187-ter t.u.f.

Con sentenza pronunciata il 4 marzo 2014, la seconda sezione della Corte EDU dichiara:

- all’unanimità, che vi è stata violazione dell’art. 6 CEDU nei confronti di tutti i ricorrenti, peraltro non già sotto la totalità dei profili da questi ultimi sollevati, bensì sotto il limitato profilo del difetto di pubblicità del procedimento di opposizione all’irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB svoltosi avanti alla Corte d’appello di Torino;

- a maggioranza (per sei voti contro uno), che non vi è stata violazione dell’art. 6 § 3 CEDU nei confronti di Grande Stevens, il quale aveva lamentato una illegittima *mutatio libelli* da parte della Corte di appello torinese in sede di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB;

- ancora a maggioranza (questa volta per cinque voti contro due), che non vi è stata violazione dell’art. 1 Prot. 1 CEDU in relazione all’infrazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB, così come rideterminate dalla Corte d’appello;

- di nuovo all’unanimità, che vi è stata violazione dell’art. 4 Prot. 7 CEDU, in relazione al rifiuto del Tribunale di Torino e poi delle istanze successive di giudizio di por fine al procedimento penale contro i ricorrenti, una volta divenuto definitivo – in seguito alla pronuncia della Cassazione del giugno 2009 – il provvedimento di accertamento dell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato e di irrogazione delle relative sanzioni.

Sulla base delle ultime informazioni ricevute dal governo nel giugno 2013, che attestavano che il procedimento penale era in quella data ancora pendente di fronte alla Corte di cassazione, la Corte EDU ingiunge quindi allo Stato italiano – in via di misura c.d. individuale mirante alla *restitutio in integrum* – di assicurare nel più breve tempo possibile la chiusura dei procedimenti penali eventualmente ancora in corso nei confronti dei ricorrenti; e liquida, infine, una somma – per il vero comparativamente modesta rispetto alle richieste – a titolo di risarcimento dei danni morali e delle spese sostenute dai ricorrenti.

Le due opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque pongono anzitutto in rilievo che l’importanza di questo caso supera largamente i confini dell’ordinamento giuridico italiano, dal momento che vari altri ordinamenti giuridici europei conoscono modelli di ‘doppio binario’ di sanzioni penali e amministrativo-penali per fatti sostanzialmente identici. A loro avviso, il cuore della violazione dell’art. 6 CEDU non risiede soltanto – come ritenuto dalla maggioranza – nel difetto di pubblicità del procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB, bensì nel carattere radicalmente ‘iniquo’ del procedimento amministrativo, che non prevede alcun esame in contraddittorio delle prove testimoniali di fronte a un organo giudicante imparziale; carattere iniquo al quale la successiva fase giurisdizionale non aveva potuto porre rimedio. E l’iniquità complessiva del procedimento non può che riflettersi, a loro avviso, sull’illegittimità delle sanzioni pecuniarie irrogate, che rappresentano così – contrariamente all’opinione della maggioranza – una illegittima interferenza con il diritto al rispetto della proprietà di cui all’art. 1 Prot. 1 CEDU. Di qui la conclusione: la Corte ha reso giustizia ai ricorrenti soltanto a metà, limitandosi ad accertare la violazione e ad accordar loro un modesto indennizzo, mentre avrebbe dovuto – a fronte di violazioni così importanti dei diritti processuali e sostanziali dei ricorrenti – ordinare un nuovo procedimento, da celebrarsi in conformità agli standard di cui all’art. 6 CEDU, per l’accertamento dell’illecito amministrativo e per l’eventuale nuova irrogazione delle relative sanzioni.

2.4.

In particolare: la ritenuta violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Focalizzando ora l'attenzione sui profili attinenti al *ne bis in idem*, oggetto specifico di questo contributo, conviene anzitutto ripercorrere brevemente il percorso argomentativo della Corte europea, prima di interrogarsi sul tema cruciale dell'impatto della sentenza nel nostro ordinamento, al di là dei confini dello specifico caso esaminato.

La Corte ricorda anzitutto (§ 220) come la garanzia consacrata nell'art. 4 Prot. 7 CEDU tuteli l'individuo non già contro la possibilità di essere *sanzionato due volte* per lo stesso reato, ma ancor prima di essere *sottoposto una seconda volta a processo* per un reato per il quale è stato già *giudicato*, non importa se con esito assolutorio o di condanna.

Una garanzia identica, saremmo tentati immediatamente di chiosare, a quella riconosciuta nell'ordinamento italiano dall'art. 649 c.p.p., che è significativamente rubricato "divieto di secondo giudizio" e che dispone l'immediata pronuncia di una sentenza di proscioglimento, in ogni stato e grado del giudizio, ogniqualvolta il giudice penale abbia contezza della sussistenza di un provvedimento irrevocabile di condanna o di proscioglimento per il "medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze".

Con due importanti differenze, però, che è bene che il lettore italiano tenga presenti *in limine*. Nell'ordinamento italiano, il *ne bis in idem* ha certamente lo *status* di principio sotteso alla legislazione ordinaria, ma non ha di per sé rango costituzionale; mentre nell'ordinamento convenzionale, del quale lo Stato italiano è parte, esso ha natura di *diritto fondamentale* dell'individuo – e di diritto fondamentale dal rango particolarmente elevato, dal momento che nessuna deroga a tale diritto è consentita, nemmeno in tempo di guerra o in situazioni di emergenza (art. 4 § 3 Prot. 7).

Seconda cruciale differenza: il *ne bis in idem* convenzionale non presuppone la formale qualificazione come "penale", da parte dell'ordinamento nazionale, del provvedimento definitivo che chiude il primo procedimento sul medesimo fatto, né la formale qualificazione come "reato" dell'illecito che ne è stato l'oggetto. Come è noto anche a chi abbia non più che un'infarinatura della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte adotta a partire dalla sentenza *Engel* – uno dei grandi *leading cases* di quella giurisprudenza – un criterio di qualificazione 'autonomo' e 'sostanziale' di ciò che deve considerarsi, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, come *matière pénale*: e dunque di ciò che si deve considerare come 'reato' (*infraction* nel testo francese e *offence* in quello inglese), di ciò che si deve considerare come 'procedimento' o 'condanna penale', e di ciò che si deve considerare come 'pena'. La Corte valuta dunque *essa stessa*, sulla base appunto dei criteri enunciati in *Engel* e sviluppati dalla giurisprudenza successiva, che cosa sia la *matière pénale* alla quale applicare l'insieme delle garanzie previste, appunto, per il diritto e il processo penale: garanzie del 'processo penale equo' (*volet pénal* dell'art. 6), *nul-lum crimen* e corollari (art. 7), diritto al doppio grado di giurisdizione, diritto alla riparazione dell'errore giudiziario e – appunto – *ne bis in idem* (artt. 2, 3 e 4 Prot. 7). Rammentavamo di recente tutto ciò discutendo delle ricadute della sentenza *Varvara* in materia di applicazione della confisca urbanistica: considerata sanzione amministrativa dalla costante giurisprudenza della nostra Cassazione, giudicata sanzione *penale* dalla Corte EDU ai fini – tra l'altro – della presunzione di innocenza posta dall'art. 6 § 2 e del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 7 CEDU⁷.

Proprio a tale proposito, un importante problema che si poneva alla Corte, nel caso *Grande Stevens*, era però rappresentato dalla *riserva* apposta dall'Italia all'atto della ratifica del Prot. 7, avvenuta nel 1991: "La République italienne déclare que les articles de 2 à 4 du protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne". Un evidente tentativo, da parte del nostro governo, di sottrarsi alle conseguenze della dottrina *Engel*, e di vincolare la Corte europea alla qualificazione formale degli illeciti, delle procedure e delle decisioni secondo l'ordinamento nazionale.

Come pronosticato da attenta dottrina anche sulla base di precedenti concernenti altri Stati⁸, peraltro, la Corte ha ritenuto *invalida* tale riserva ai sensi dell'art. 57 CEDU, che consente agli Stati di formulare riserve su una specifica disposizione della Convenzione o dei suoi

⁷ VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2014.

⁸ ALLEGREZZA, *Art. 4 Prot. 7*, in Bartole, Conforti, Zagrebelski, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 897 s.

protocolli nella misura in cui *una legge in vigore sul loro territorio al momento della ratifica* non sia conforme a tale disposizione, escludendo peraltro la validità di *riserve di carattere generale*: come, per l'appunto, quella formulata dal governo italiano, che non indicava alcuna specifica disposizione dell'ordinamento giuridico interno da escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. 7.

La Corte non ha dubbi, allora, nel qualificare le sanzioni (pecuniarie e interdittive) comminate per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter t.u.f. come sanzioni *sostanzialmente penali*, e conseguentemente nel qualificare come afferente alla *matière pénale* il complessivo procedimento funzionale all'accertamento dell'illecito e alla loro irrogazione; e ciò ai fini sia dell'applicazione al procedimento medesimo delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, sia – per quanto in questa sede rileva – ai fini della garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7. Dei tre criteri originari enunciati in *Engel* (qualificazione giuridica della sanzione nell'ordinamento nazionale, natura dell'illecito e natura e grado di severità della sanzione), la Corte valorizza in particolare il terzo criterio (§ 97-99), alla luce non solo dell'obiettiva gravità delle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive in concreto irrogate, ma anche e soprattutto di quelle *astrattamente comminate* dal t.u.f., che prevede (nel testo oggi vigente) un importo massimo di 25.000.000 di euro, elevabili però sino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto o il profitto conseguito dall'illecito, allorché esse appaiano inadeguate anche se applicate nel massimo (art. 187-ter co. 1 e 5 t.u.f.); e che prevede altresì pesanti sanzioni interdittive a carico delle persone fisiche (art. 187-*quater*) e alla confisca anche per equivalente del prodotto o del profitto dell'illecito (art. 187-*sexies*). Simili parossistici livelli sanzionatori evidenziano secondo la Corte la natura schiettamente *repressivo-punitiva* dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente funzione *dissuasiva* che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale (§ 96).

La Corte richiama, del resto, una serie ormai nutrita di precedenti con i quali ha ritenuto afferenti alla materia penale le sanzioni (e i relativi procedimenti applicativi) disposte da autorità amministrative francesi in materia di concorrenza, banca, mercati finanziari, controllo sulla trasparenza dei bilanci; e richiama, altresì, la sentenza *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, con la quale aveva pure riconosciuto la natura 'penale' dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sulla base di argomenti identici a quelli ora utilizzati (§ 100).

Se, dunque, il procedimento amministrativo avanti alla CONSOB – e i successivi procedimenti giurisdizionali avanti alla Corte d'appello e alla Cassazione di opposizione al provvedimento della CONSOB – avevano natura sostanzialmente penale; e se, come era incontestato in punto di fatto, tali procedimenti si erano ormai conclusi con un provvedimento definitivo, non suscettibile di impugnazioni ordinarie (la sentenza della Cassazione del giugno 2009); restava soltanto da verificare, ai fini dell'accertamento della lamentata violazione dell'art. 4 Prot. 7, se il procedimento penale, pendente avanti al Tribunale di Torino alla data della pronuncia definitiva della Cassazione sul procedimento di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB, avesse ad oggetto il *medesimo fatto* già giudicato nel primo procedimento.

La Corte richiama qui l'evoluzione della propria giurisprudenza sull'interpretazione del concetto di “reato per il quale [il soggetto] è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva”⁹; giurisprudenza culminata nel caso *Zolotoukhine c. Russia*, del 2009, nel quale la Grande Camera – risolvendo i precedenti dubbi interpretativi – affermò con nettezza che l'espressione ‘reato’ utilizzata nel testo della norma deve intendersi come equivalente, a tutti gli effetti, a *fatto storico*, sì da attribuire la massima estensione possibile alla garanzia convenzionale. Ciò che conta ai fini della garanzia del *ne bis in idem* è, insomma, che il secondo procedimento abbia ad oggetto *fatti che sono nella sostanza i medesimi* che hanno costituito l'oggetto del primo procedimento, già conclusosi con un provvedimento definitivo.

Ed allora, sulla base di un tale criterio – costantemente adottato dalla Corte dal 2009 in poi –, nessun dubbio poteva sussistere sull'affermazione che i ricorrenti fossero processati in sede penale esattamente per il *medesimo fatto storico* – le *falsità contenute nel comunicato stampa diffuso il 23 agosto 2005* – per il quale erano già stati giudicati e sanzionati dalla CONSOB, con provvedimento divenuto definitivo nel giugno 2009 in seguito al rigetto, da parte della Corte

⁹ Per una puntuale ricostruzione di questa giurisprudenza, cfr. ancora ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 900 ss.

di cassazione, del ricorso avverso la sentenza della Corte di appello di Torino pronunciata in sede di opposizione contro l'originario provvedimento della CONSOB (§ 227); a nulla rilevando, in proposito, l'obiezione del governo italiano secondo cui gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 185 e dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter sarebbero diversi.

Nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque si osserva ad ogni buon conto che – anche ove la nozione di 'medesimo reato' fosse ricavabile da un mero raffronto tra le norme in gioco – non residuerebbe alcun dubbio sulla *sovrapponibilità almeno parziale delle fattispecie disegnate*, rispettivamente, dagli artt. 185 e 187-ter t.u.f. È vero infatti – come sottolineato dal governo, in adesione all'orientamento dottrinale unanime e dallo stesso insegnamento della S.C. italiana – che l'illecito penale si caratterizza, rispetto a quello amministrativo, per la necessaria dimensione di pericolo concreto (*sub specie* di pericolo di alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari) e per la necessaria presenza del dolo; ma tali elementi, come esattamente rilevano i giudici di minoranza, non sono altro che *elementi specializzanti* rispetto alla fattispecie *generale* di manipolazione del mercato prevista dall'art. 187-ter t.u.f.

Per inciso: i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque hanno qui ragioni da vendere. La diversa tecnica normativa utilizzata dal legislatore – in particolare l'uso delle *clausole sintetiche* "operazioni simulate" e "altri artifici" nell'art. 185 e, invece, di una tecnica di *enumerazione casistica* delle operazioni suscettibili di essere abbracciate dall'art. 187-ter – non rende immediatamente evidente tale rapporto di specialità, che tuttavia si coglie non appena si consideri che *tutti i casi pensabili* di manipolazione del mercato *ex art. 185 non possono non costituire*, al tempo stesso, anche *illeciti amministrativi* ai sensi dell'art. 187-ter. Graficamente, quest'ultima norma abbraccia pertanto un *insieme* di casi, nell'ambito del quale è enucleabile un *sottoinsieme* che comprende i casi (riferibili a condotte *dolose e concretamente pericolose*) riconducibili, *anche*, al paradigma delittuoso di cui all'art. 185. Il che costituisce la migliore, e definitiva, riprova di un rapporto di specialità tra le norme, e – ciò che più conta ai nostri fini – della circostanza che, rispetto al sottoinsieme di casi abbracciato sia dall'art. 185 sia dall'art. 187-ter, la sovrapposizione tra il procedimento (formalmente) amministrativo e quello penale, e tra le sanzioni irrogate nei due procedimenti, costituirà non un'evenienza occasionale ma la *regola*.

Con conseguente natura *sistemica* della violazione accertata dalla Corte, stante l'attuale quadro normativo (§ 27-28 dell'opinione parzialmente dissenziente).

3. Le ripercussioni della sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano: illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.?

3.1. Alcune premesse.

Voltiamo pagina, e chiediamoci a questo punto quali effetti la sentenza *Grande Stevens* sia suscettibile di produrre nell'ordinamento italiano.

Il problema non si pone tanto in relazione allo *specifico caso* oggetto della pronuncia, giacché la dichiarazione da parte della Cassazione della *prescrizione* del reato – con la sentenza a suo tempo menzionata, pronunciata nel dicembre 2013 e depositata nel maggio scorso – sdrammatizza in larga misura il problema. Secondo la valutazione della maggioranza Corte EDU, il vizio riscontrato nella procedura di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB non inficia di per sé la legittimità delle sanzioni amministrative, che dovrebbero dunque ritenersi ormai irrevocabili; mentre, per ciò che concerne il *ne bis in idem*, con la sentenza dichiarativa della prescrizione lo Stato italiano ha comunque posto fine al processo penale, ottemperando così indirettamente alla misura individuale imposta dalla Corte¹⁰.

Il problema riguarderà, semmai, tutti i *casi identici a quello deciso dalla Corte*, nei quali sia in corso un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati dalla CONSOB, con provvedi-

¹⁰ Per ulteriori rilievi sul punto, cfr. peraltro FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, relazione all'incontro di studio organizzato dall'ABI sulla sentenza *Grande Stevens*, in corso di pubblicazione su *Rivista delle società*, § 6.

mento ormai definitivo, o viceversa.

Al riguardo, occorre qui preliminarmente ribadire quanto ormai le nostre supreme giurisdizioni (Sezioni Unite della Cassazione e Corte costituzionale) hanno all'unisono riconosciuto, in occasione della nota vicenda concernente i 'fratelli minori di Scoppola'¹¹: e cioè che gli obblighi discendenti dalle sentenze della Corte hanno una portata che *trascende lo specifico caso concreto deciso*, vincolando lo Stato – e i suoi organi giurisdizionali, che sono i 'primi giudici' della Convenzione nell'ordinamento interno – *ad assicurare la medesima tutela a tutti coloro che si trovano in una situazione identica*.

Una seconda premessa è poi necessaria: una questione di *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 Prot. 7, così come interpretato in *Grande Stevens*, in tanto si pone in quanto si sia in presenza di un *provvedimento definitivo* (della CONSOB o del giudice penale), e dunque non più soggetto a mezzi di impugnazioni ordinari. Ineccepibile si presenta pertanto, sotto questo specifico profilo, una recente ordinanza di un GIP del Tribunale di Milano, alla quale la questione era stata sottoposta da imputati per il delitto di manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f., in pendenza del giudizio in Cassazione* contro la sentenza della Corte d'appello che, a sua volta, aveva rigettato l'opposizione contro la delibera CONSOB di irrogazione delle sanzioni per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter t.u.f.¹². Anche se, naturalmente, resta il disagio di negare ogni rilievo alla contemporanea pendenza di due procedimenti paralleli, con la prospettiva di dover comunque arrestare quello che si trovi nella fase più arretrata (nel caso di specie, quello penale) non appena si chiuda definitivamente il primo procedimento.

Che fare, però, in una situazione identica a quella esaminata in *Grande Stevens*?

3.2.

I termini della questione di legittimità costituzionale (e alcuni ipotetici 'controlimiti')

L'indicazione che proviene da Strasburgo, dicevo, è univoca: una volta chiuso con provvedimento definitivo il primo procedimento di natura 'sostanzialmente' penale (comunque qualificato dall'ordinamento nazionale), la *pendenza di un secondo processo* avente ad oggetto gli stessi fatti è *lesivo del diritto fondamentale al ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, ratificato dal nostro Paese in forza della l. 9 aprile 1990, n. 98. E se la perdurante pendenza del processo è convenzionalmente illegittima, allora – come la Corte ha specificamente ordinato al nostro paese nella sentenza *Grande Stevens* – *occorrerà in questi casi trovare il modo di por fine immediatamente al processo*.

Il problema è che nessuna norma processuale consente, nel nostro ordinamento processuale, la definizione anticipata del processo penale, in questa specifica ipotesi: non, in particolare, l'art. 649 c.p.p., che prevede per il giudice l'obbligo di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere soltanto nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o condannato con "sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili": e dunque – secondo quanto comunemente si riconosce – in presenza di un provvedimento irrevocabile pronunciato dal giudice *penale* italiano. Specifiche norme di diritto internazionali ratificate dal nostro paese, tra le quali spicca per importanza l'art. 54 della Convenzione di Schengen, estendono l'effetto preclusivo di un nuovo giudizio a provvedimenti definitivi di giudici penali stranieri; ma nessuna norma prevede espressamente l'ipotesi, che qui rileva, di un provvedimento, afferente alla *matière pénale* secondo i criteri *Engel*, ma formalmente qualificato come amministrativo ai sensi del sistema normativo italiano.

Laddove si dovesse ritenere impraticabile la strada di un'*interpretazione convenzionalmente conforme* dell'art. 649 c.p.p. tale da estendere la sua portata anche all'ipotesi qui in esame – strada, peraltro, per nulla stravagante¹³, stante la portata di *principio generale* del *ne bis in idem*, che certamente autorizza anche interpretazioni interpretative di natura *analogica*, come quella

¹¹ Su cui cfr., da ultimo, VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *questa Rivista*, n. 1/2014, p. 250 ss, e *ivi* per ogni ult. rif.

¹² GIP Trib. Milano, ord. 5 giugno 2014, giud. Di Censo.

¹³ Per una significativa apertura in questo senso, cfr. anche FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 7.

già effettuata dalle Sezioni Unite nella sentenza *Donati*¹⁴ –, resterebbe però possibile¹⁵ la strada della proposizione di una *questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.* per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU così come interpretato in *Grande Stevens*, nella parte in cui la disposizione impugnata non prevede che il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere anche nell'ipotesi in cui l'imputato sia già stato giudicato per il medesimo fatto, con provvedimento ormai irrevocabile, in un procedimento che – seppur formalmente qualificato come amministrativo dal diritto italiano – debba ritenersi di natura penale ai sensi della Convenzione europea e dei suoi protocolli.

Difficile negare la *fondatezza* di una simile questione, a fronte dell'inequivoca indicazione proveniente da Strasburgo¹⁶: che bolla, per l'appunto, come *illegittima* la perdurante pendenza del processo dopo che la prima decisione sia divenuta definitiva. A meno che, naturalmente, la Corte costituzionale non riesca a individuare un qualche 'controlimite' in grado di opporsi alla vincolatività del *dictum* della Corte per l'ordinamento italiano, dimostrando in particolare la *contrarietà a qualche principio della Costituzione italiana* della soluzione proveniente da Strasburgo, secondo la nota riserva affermata già nelle sentenze 'gemelle' 348 e 349 del 2007.

Tuttavia, anche a voler interpretare in maniera molto estesa i 'controlimiti' opponibili alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel diritto italiano – magari con l'aiuto della dottrina della "massima espansione delle garanzie" messa a punto a partire dalle sentenze 311 e 317 del 2009, e della connessa idea del dovere di rispettare la "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo, restando però libera la Corte costituzionale di valutare come i principi ivi enunciati si inseriscano nel sistema giuridico italiano "in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro"¹⁷ –, proprio non si vede per quali cogenti ragioni la Corte costituzionale dovrebbe opporsi alle istanze di tutela del diritto al *ne bis idem* di cui si fa portatrice la Corte europea.

Certamente *non* costituirebbero valide ragioni le contrapposte istanze di tutela degli interessi tutelati dalle norme in materia di abusi di mercato¹⁸: interessi ai quali deve certamente essere riconosciuta una copertura costituzionale (basti pensare al rilievo che assume il 'rispar-

¹⁴ Che, come è noto, ha esteso il principio del *ne bis in idem* ben oltre i confini dell'art. 649 c.p.p. (che presuppone l'esistenza di una sentenza o di un decreto penale di condanna divenuti ormai *definitivi*), stabilendo che non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente *pendente* (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità (Cass., sez. un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655). In quella occasione, il supremo collegio ha sottolineato 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 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 di 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, a norma del quale 'se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato'". Conseguentemente, la Corte ha enucleato il principio di diritto surriferito "non attraverso l'applicazione diretta della predetta disposizione [l'art. 649 c.p.p.], la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, su un *principio che la trascende* ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'art. 649 ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale". Un simile percorso argomentativo ben potrebbe essere sperimentato rispetto alla questione ora all'esame, che pone un problema di adeguamento dell'ordinamento processuale nazionale al *sistema integrato* dalle fonti sovranazionali vincolanti per l'Italia, tra le quali si iscrive il Prot. 7 così come interpretato dalla Corte di Strasburgo: adeguamento che ha tra i suoi essenziali strumenti proprio l'*interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, che costituisce un preciso obbligo per il giudice nazionale, *préalable* alla stessa proposizione di una questione di legittimità costituzionale delle norme di legge *prima facie* incompatibili con le norme sovranazionali (ampiamente in tema di interpretazione conforme cfr., volendo, VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617 ss. nonché, sui rapporti tra interpretazione conforme e questione incidentale di legittimità costituzionale, Id., *L'adeguamento del sistema penale italiano*, cit.).

¹⁵ Ed anzi *doverosa*, a fronte dell'obbligo di "rispettare" i diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano (art. 1 CEDU) nell'estensione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo (art. 32 CEDU): salvo che, naturalmente, non si ritenga – secondo quanto sostenuto più innanzi nel testo (*infra*, 4) – che allo stesso risultato si possa e si debba pervenire attraverso la strada della diretta applicazione della Carta.

¹⁶ In questo senso anche, in dottrina, FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 7.

¹⁷ C. cost. 264/2012. Per un'ampia analisi critica dei criteri cui si fa riferimento nel testo si consenta, ancora, il rinvio a VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014.

¹⁸ Secondo il modello argomentativo sperimentato dalla terza sezione penale della Cassazione nell'ordinanza relativa alla confisca di terreni abusivamente lottizzati (cfr. Cass., sez. III pen., ord. n. 20636, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, 9 giugno 2014), nella quale parimenti il giudice *a quo* suggerisce alla Consulta di opporre un *fin de non recevoir* alle istanze di tutela di diritti fondamentali inerenti in senso lato al 'giusto processo' in nome dell'effettività della tutela di una serie di controinteressi costituzionalmente rilevanti, protetti dalla norma penale.

mio' ai sensi dell'art. 47 Cost.), ma che non si vede perché debbano essere tutelati con modalità lesive del diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a due o più procedimenti per uno stesso fatto, in ipotesi offensivo di quell'interesse. Un processo, esso stesso rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, basta e avanza per proteggere gli interessi in gioco, così come basta e avanza per tutti gli interessi più rilevanti che l'ordinamento conosca – a cominciare dalla vita umana¹⁹.

Nemmeno potrebbe costituire un possibile 'controlimite' il principio dell'*obbligatorietà dell'azione penale* ex art. 112 Cost., talvolta invocato nelle discussioni suscitate dalla sentenza *Grande Stevens*. L'azione penale è, certo, obbligatoria nell'ordinamento italiano, in forza dell'esplicito (e a mio avviso sacrosanto) imperativo costituzionale; ma lo è *fintanto che la potestà punitiva non sia già stata esercitata, e non si sia consumata in altro procedimento*, come riconosce del resto l'art. 649 c.p.p. Nelle situazioni che qui ci occupano, l'idea di fondo – che discende dalla qualificazione come 'sostanzialmente penale' del procedimento amministrativo avanti alla CONSOB – è che la potestà punitiva statale *sia stata già esercitata*, sia pure da parte di un'istituzione diversa (ma sotto molti profili non meno temibile!) rispetto a quelle alle quale lo *ius puniendi* è normalmente affidato nell'ordinamento italiano. Un po' come accade, *mutatis mutandis*, rispetto al *ne bis in idem* internazionale, dove parimenti la potestà punitiva italiana deve cedere a fronte dell'avvenuto esercizio della potestà punitiva da parte di altro Stato in relazione ai medesimi fatti.

D'altra parte, e mi si perdoni la banalità dell'osservazione, l'obbligatorietà dell'azione penale presuppone pur sempre la *legittimità* dell'azione penale stessa²⁰; mentre nelle ipotesi che qui ci occupano il suo esercizio sarebbe *illegittimo*, in quanto lesivo di un diritto fondamentale dell'individuo che l'Italia si è obbligata, nelle due sedi europee, a rispettare. Nessun *vulnus* al principio costituzionale di cui all'art. 112 Cost. nemmeno sotto questo profilo, dunque: esattamente come nessun *vulnus* all'obbligatorietà dell'azione penale sussiste in tutte le più diverse situazioni in cui l'esercizio dell'azione medesima risulta impossibile per effetto di prescrizione del reato, amnistia, indulto, immunità interna o internazionale, etc. – situazioni le quali rendono anch'esse *illegittima* un'eventuale azione penale per fatti che, pure, costituirebbero reato in assenza della situazione medesima.

3.3.

(Segue): la (presunta) illegittimità comunitaria (oggi, 'eurounitaria') della soluzione imposta da Strasburgo come ipotetico 'controlimite'?

Una delle obiezioni sollevata avanti alla Corte dal governo italiano – che immaginiamo sia stata riproposta nella richiesta di rinvio alla Grande Camera del caso già presentata dal nostro governo – è che il sistema a doppio binario amministrativo e penale, strutturato attorno a due procedimenti paralleli e indipendenti, sfocianti in sanzioni altrettanto indipendenti e suscettibili pertanto di cumularsi in capo agli stessi individui ed enti, sarebbe stato *imposto dal diritto comunitario*, e segnatamente dalla direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato.

Una simile obiezione potrebbe essere riproposta dalla difesa erariale anche in un ipotetico giudizio avanti alla Corte costituzionale, in chiave questa volta di 'controlimite' rispetto agli obblighi di adeguamento imposti da Strasburgo: l'obbligo di rispettare il diritto comunitario (e, ora dell'Unione europea) dovrebbe – questo l'ipotetico argomento – essere considerato *prevalente* rispetto agli obblighi di adeguamento alla Convenzione e ai suoi protocolli, in quanto soltanto nei confronti dell'Unione europea lo Stato italiano ha accettato una vera e propria *limitazione della propria sovranità* ai sensi dell'art. 11 Cost., sempre negata invece dalla Corte

¹⁹ Né potrebbe invocarsi quale ipotetico 'controlimite' un principio di *legalità formale* discendente, in materia sostanziale, dall'art. 25 co. 2 Cost. e, in materia processuale, dall'art. 111 co. 1 Cost., assumendosi che solo la *legge statale* potrebbe stabilire che cosa costituisca 'pena', 'sentenza penale' e 'processo penale'. Se accolto dalla Corte costituzionale, un simile argomento getterebbe alle ortiche cinquant'anni di giurisprudenza convenzionale, la cui costante – e comprensibile – preoccupazione è stata quella di evitare che gli Stati, attraverso il 'classico' espediente dell'*Etikettenschwindel*, si sottraggano alle garanzie convenzionali in materia di diritto e processo penale semplicemente qualificando come 'amministrative' sanzioni che abbiano tutta la sostanza (e la carica lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo) di una vera e propria pena. La riserva di legge in materia sostanziale e processuale è una *garanzia* per l'individuo contro il rischio di arbitri del potere esecutivo e giudiziario; e sarebbe assurdo venisse trasformata in un argomento per *limitare* la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

²⁰ Per un espresso riferimento al "vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà ex art. 112 Cost." cfr. anche la già citata Cass. sez. un. pen., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, § 5.1.

costituzionale rispetto al ‘diritto di Strasburgo’. Si profilerebbe così un sinora inedito scenario, in cui l’art. 11 verrebbe invocato come ‘controlimite’ rispetto al dovere di rispettare gli ‘obblighi internazionali’ di cui all’art. 117 co. 1 Cost.

3.3.1. *Un primo punto fermo: la necessità che gli obblighi eurounitari siano essi stessi compatibili con i diritti convenzionali.*

Al riguardo, e prima di immaginare scenari fantascientifici che tanto appassionerebbero i cultori di questa materia, conviene però fare chiarezza su un primo punto fondamentale, apparentemente dimenticato tanto dal governo italiano quanto dai giudici che – da ultima la Cassazione nella sentenza che ha chiuso il caso Gabetti-Grande Stevens – sembrano dare per scontata la possibilità di un contrasto tra obblighi eurounitari e obblighi convenzionali.

Anzitutto, dal punto di vista della Corte EDU, l’eccezione sollevata dal governo italiano (“se abbiamo violato il diritto convenzionale, lo abbiamo fatto perché ce lo ha imposto l’Unione”) è del tutto *irricevibile*. La sentenza *Grande Stevens* ha buon gioco nel rilevare, sul punto, che il compito della Corte è quello di interpretare non già il diritto comunitario, bensì la Convenzione e i suoi protocolli (§ 229): precisazione ovvia, che sottende l’altrettanto ovvia considerazione – non esplicitata probabilmente soltanto per ragioni di *political correctness* – che *gli Stati parte della Convenzione restano vincolati al rispetto degli obblighi che dalla stessa discendono anche quando danno attuazione al diritto comunitario*, secondo i principi statuiti nella notissima sentenza *Bosphorus c. Irlanda*.

Ma anche dal punto di vista del diritto UE – ed è ciò che conta nel nostro contesto –, è pacifico che *tutti gli atti normativi dell’Unione devono essi stessi rispettare i diritti della Convenzione e dei suoi protocolli*, dal momento che tali diritti costituiscono *principi generali del diritto UE* (art. 6 TUE) e costituiscono al tempo stesso il *contenuto minimo dei corrispondenti diritti della Carta* (art. 52 § 3 CDFUE).

Non solo: il rispetto dei diritti convenzionali è *condizione di validità degli atti dell’Unione*, tanto che tali atti potranno essere *annullati* dalla Corte di giustizia (come è accaduto recentissimamente alla direttiva sulla c.d. *data retention*) proprio in ragione del loro contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli (nonché della stessa Carta, che di quei diritti ripete il contenuto minimo).

Laddove, dunque, la direttiva 2003/6/CE avesse *davvero* imposto allo Stato italiano un risultato *in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione* (e segnatamente dall’art. 4 del suo Prot. 7), la direttiva – lungi dal risultare vincolante per lo Stato italiano – sarebbe stata *invalida*, e qualsiasi giudice italiano avrebbe potuto formulare un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell’art. 267 comma 1 lett. b) TFUE avente ad oggetto, appunto, il contrasto tra la direttiva e il principio del *ne bis in idem*.

Di talché nessun ‘controlimite’ ex art. 11 Cost. potrebbe mai essere opposto, per questa via, all’obbligo di conformità della legislazione interna agli obblighi convenzionali, fondato sull’art. 117 co. 1 Cost.

3.3.2. *Nel merito: sul preteso contrasto tra la direttiva 2003/6/CE e l’art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato dalla Corte europea.*

Ad ogni buon conto, l’assunto secondo cui la direttiva 2003/6/CE (oggi abrogata, come tra un attimo diremo) imponesse un *obbligo* di prevedere un sistema sanzionatorio di doppio binario, in termini contrastanti rispetto a quanto previsto dall’art. 4 Prot. 7 CEDU come interpretato in *Grande Stevens*, è anche nel merito errato.

L’art. 14 della direttiva in questione prevedeva: “*Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali*, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti

a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive”.

La norma fissava dunque un obbligo a carico degli Stati membri di prevedere *in ogni caso* un sistema di sanzioni *amministrative* effettive proporzionate e dissuasive irrogabili dall'autorità centrale individuata ai sensi della direttiva per i fatti di abuso del mercato, lasciando però *liberi* gli Stati di sanzionare *anche* penalmente i responsabili: eventualità della quale peraltro la direttiva – che, in epoca pre-Lisbona, non aveva ad oggetto l'armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri – *non* si occupava affatto.

Contrariamente a quanto sostenuto dal governo italiano di fronte alla Corte EDU, dunque, *la direttiva non vincolava gli Stati membri ad adottare sanzioni penali nei confronti degli autori di fatti di abuso del mercato*; ed anzi, che una soluzione di doppio binario potesse risultare problematica proprio rispetto al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, non era sfuggito a taluni attenti e qualificati attori del diritto dell'Unione²¹.

3.3.3. *Il mutato quadro normativo: il regolamento n. 596/2014 e la direttiva 2014/57/UE.*

La situazione è, comunque, oggi del tutto mutata, in seguito alla recentissima pubblicazione del regolamento UE n. 596/2014 relativo agli abusi di mercato, che abroga la direttiva 2003/6/CE, e della contestuale direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato: strumenti entrati entrambi in vigore il 2 luglio 2014.

Rinviando ad altra sede più appropriata l'esame dettagliato di queste rilevanti novità normative (la direttiva è, tra l'altro, il primo strumento post-Lisbona ad avere oggetto l'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri in una materia di cui al paragrafo 2 dell'art. 83 TFUE), basti qui rilevare che il diritto dell'Unione fornisce, oggi, agli Stati membri *indicazioni in certo senso rovesciate* rispetto a quelli risultanti dalla vecchia direttiva 2003/6/CE: *obbligo* di adottare sanzioni *penali*, e mera *facoltà* di prevedere sanzioni *amministrative*.

La nuova direttiva vincola infatti all'adozione, *in ogni caso*, di sanzioni penali per i *fatti più gravi* di abusi di mercato *commessi con dolo* e definiti dagli articoli 3-6 della direttiva medesima; mentre il coevo regolamento prevede, all'art. 30, che gli Stati membri conferiscano alle autorità centrali competenti il potere di adottare *sanzioni amministrative* per i fatti di abuso di mercato analiticamente descritti nel regolamento, precisando peraltro (§ 1 secondo comma) che “gli Stati membri *possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni [ivi descritte] sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale, entro il 3 luglio 2016*”, e cioè entro il termine biennale di trasposizione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri.

Il considerando n. 72 del regolamento chiarisce, in proposito, che “anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri *non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative* riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, *gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente*”²². Coerentemente, il parallelo considerando n. 22 della direttiva stabilisce che “gli obblighi previsti dalla presente direttiva di prevedere pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per

²¹ Cfr., in particolare, l'opinione dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Spectrum* (C-45/08), 10 settembre 2009, § 103: “La questione se in un procedimento penale svolto successivamente si debba tenere conto di una sanzione amministrativa precedentemente imposta non riguarda probabilmente solo la proporzionalità della sanzione, ma anche il divieto *ne bis in idem* [...]. Tuttavia, tale questione si porrebbe solo in un successivo procedimento penale, in seguito al procedimento amministrativo” (nel caso concreto all'esame della Corte, il rinvio pregiudiziale – avente ad oggetto, tra l'altro, l'entità delle sanzioni irrogabili in un caso di abuso di informazioni privilegiate – era stato disposto dall'autorità amministrativa, e il procedimento penale era prefigurato come mera eventualità futura).

²² In tal caso, il considerando in questione si preoccupa semplicemente – e comprensibilmente – di precisare che “tuttavia, il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le autorità giudiziarie competenti siano state adite per le violazioni in causa”.

le violazioni previste nel regolamento UE n. 596/2014, *salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento UE n. 596/2013, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale*”.

L'impressione – inutile nascondere – è che il legislatore dell'Unione abbia per lungo tempo, anche nella fase di preparazione degli strumenti normativi che stanno ora per entrare in vigore, sottovalutato i profili di frizione con il *ne bis in idem* cui si sarebbe esposto un meccanismo chiaramente strutturato attorno a un doppio binario procedurale e sanzionatorio, plasticamente espresso dalla scelta di disciplinare in due distinti e paralleli strumenti normativi (il regolamento e la direttiva) ciascuno dei due binari; e che poi lo stesso legislatore europeo, di fronte ai venti di guerra provenienti da Strasburgo – la sentenza *Grande Stevens*, pubblicata all'inizio di marzo a direttiva e regolamento ormai approvati, era in effetti un epilogo largamente previsto anche nei mesi precedenti – abbia tentato di porre rimedio, riconoscendo agli Stati la possibilità... di non applicare affatto l'articolato sistema di sanzioni amministrative pure dettagliatamente disciplinate nel regolamento n. 596.

Non è difficile, del resto, immaginare che gli organi politici dell'Unione avrebbero preferito il mantenimento di un sistema a doppio binario rispetto agli stessi fatti di abuso di mercato. Tale sistema avrebbe coniugato i vantaggi – dal punto di vista repressivo – di entrambe le sanzioni, amministrative e penali: immediatezza dell'irrogazione, in esito a un procedimento assai poco formalizzato (e garantito), per quanto concerne le prime; e solenne effetto stigmatizzante, con annesso *surplus* di deterrenza legato alla pena detentiva, per le seconde. Ma, si sa, con i diritti fondamentali bisogna prima o poi fare i conti: e ciò vale tanto per il legislatore italiano, quanto per quello europeo.

Ed allora, tanto la nuova direttiva quanto il nuovo regolamento scelgono una via per così 'agnostica' (o pilatesca?), rimpallando semplicemente agli Stati membri la responsabilità di decidere se e come articolare un regime di doppio binario – fermo in ogni caso l'obbligo di prevedere sanzioni penali – in modo da non violare il principio del *ne bis in idem*: ad esempio, rinunciando del tutto alla sanzione amministrativa, ovvero prevedendo campi di applicazione distinti per l'illecito penale e quello amministrativo. Ed anzi la direttiva, pur non fornendo essa stessa soluzioni, mette esplicitamente in guardia gli Stati sull'esigenza di rispetto del *ne bis in idem* mediante il proprio considerando n. 23, ove si afferma che “nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, 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*”.

Oggi come ieri, dunque, il diritto eurounitario *non impone alcuna soluzione contrastante con il diritto convenzionale al ne bis in idem*: proprio all'opposto, raccomanda agli Stati il rispetto di tale principio, che è anche – per le considerazioni poc'anzi svolte – *principio dello stesso diritto dell'Unione*.

3.4.

Prima conclusione provvisoria.

Possiamo quindi tirare le prime somme del percorso sin qui compiuto, e concludere serenamente per la piena *fondatezza* della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. poc'anzi prospettata, essendosi rivelati inconsistenti tutti i possibili 'controlimiti' all'obbligo di conformazione del nostro ordinamento ai vincoli derivanti dal diritto internazionale (e dall'art. 4 Prot. 7 CEDU in particolare) fondato sull'art. 117 co. 1 Cost.

4.

Una strada alternativa: la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta da parte del giudice penale italiano.

Ciò posto, credo però che ci si debba chiedere se tale questione di legittimità costituzionale sia proprio necessaria al fine di assicurare l'adeguamento del diritto processuale italiano al principio ora statuito a Strasburgo.

Come già anticipato, il diritto fondamentale al *ne bis in idem* è oggi enunciato a chiare lettere – oltre che dall'art. 4 Prot. 7 CEDU – anche dall'art. 50 CDFUE, che è *norma di diritto*

primario dell'Unione (art. 6 § 3 TUE) e che è pertanto idonea a produrre *effetto diretto* negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di *primazia* rispetto ad eventuali norme nazionali contrastanti.

Ciò deve indurre l'interprete ad esplorare anche una seconda possibile strada per adeguare il vigente diritto processuale all'obbligo sovranazionale ora esplicitato in *Grande Stevens*: quella, cioè, di consentire al giudice penale di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere *direttamente sulla base dell'art. 50 CDFUE*, senza alcun previo coinvolgimento della Corte costituzionale.

4.1.

La disciplina degli abusi di mercato rientra nell'ambito di applicazione della Carta?

Come è noto, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta sono vincolanti per le istituzioni dell'Unione e per gli stessi Stati membri *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione* (e per gli Stati membri, in particolare, allorché *attuino* il diritto dell'Unione) ai sensi dell'art. 51 CDFUE; mentre non possono essere invocati al di fuori di tale ambito.

Ebbene, la materia degli abusi di mercato *rientra indubitabilmente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, come dimostra la direttiva 2003/6/CE e, oggi, la coppia rappresentata dalla direttiva 2014/57/UE (che disciplina precisamente l'uso del *diritto penale* da parte degli Stati membri per contrastare tali fenomeni criminosi) e dal regolamento n. 596/2014. Conseguentemente, in questa materia trovano piena applicazione anche nell'ordinamento interno i diritti riconosciuti dalla CDFUE: con tutte le conseguenze che derivano dal rango di normativa di diritto primario della stessa CDFUE, tra le quali – appunto – il suo effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri.

Il punto che precede – di per sé non problematico – è stato affermato a chiare lettere dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Akeberg Fransson*²³, ove proprio con riferimento al diritto di cui all'art. 50 CDFUE si legge (§ 45): “*per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*”.

Identico principio si ricava, sia pure *a contrariis*, da quanto statuito dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2011²⁴. In quella occasione, come si rammenterà, la Corte aveva escluso che il giudice ordinario italiano potesse dare diretta applicazione alle norme della Convenzione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; e, rilevato come l'art. 52 § 3 CDFUE attribuisca ai diritti riconosciuti dalla Carta quanto meno il contenuto delle corrispondenti disposizioni della CEDU, in tal modo ‘importando’ all'interno della Carta l'intero *acquis* di Strasburgo in materia di diritti fondamentali, aveva correttamente precisato che la Carta – ai sensi del suo art. 51 – è vincolante per gli Stati membri soltanto allorché essi attuino il diritto dell'Unione, mentre la questione *allora* in discussione – la pubblicità delle udienze di cassazione nel giudizio di prevenzione – ricadeva certamente *al di fuori* dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Sulla base di questo stesso ragionamento, è però evidente che la conclusione è destinata a mutare laddove – come nel caso *ora* in discussione – si versi *all'interno dell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione*: qui vigeranno appieno i principi consolidati tanto presso la giurisprudenza della Corte di giustizia quanto presso la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo i quali al diritto *primario* dell'Unione (comprensivo della Carta!) deve essere assicurata piena efficacia da parte dei giudici degli Stati membri, attraverso la sua *diretta applicazione* (e contestuale applicazione della normativa interna eventualmente contrastante), essendo addirittura *vietato* dal diritto dell'Unione subordinare tale

²³ In questa Rivista, con nota di VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, n. 3/2013, p. 294 ss.

²⁴ In *Dir. pen. cont.*, con ampia *nota di LEO*, 12 marzo 2011.

diretta applicazione a una pronuncia ablativa della norma contrastante da parte della Corte costituzionale²⁵.

4.2.

L'art. 50 della Carta e l'art. 4 Prot. 7 CEDU hanno la medesima estensione?

Il problema diviene, a questo punto, soltanto quello di stabilire se l'art. 50 CDFUE – rubricato “*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*” e il cui testo recita “*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*” – abbia il medesimo contenuto dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, e debba comunque essere interpretato in maniera conforme agli insegnamenti della Corte di Strasburgo: in particolare con riferimento alla nozione di “reato” come equivalente a “fatto storico” nonché, ciò che ancora più rileva nel nostro caso, alla lettura ‘autonoma’ di *matière pénale* in quella sede adottata.

Prima facie, il quesito non avrebbe neppure ragion d'essere: il già citato art. 52 § 3 CDFUE dispone infatti che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

Le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*²⁶ (delle quali, ai sensi dell'art. 6 § 1 TUE, occorre “tener conto” nella sua interpretazione) chiariscono la portata della norma predetta nei termini seguenti: “*Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU*”. Almeno due i punti rilevanti ai nostri fini, contenuti in questa sorta di interpretazione autentica dell'art. 52: da un lato, il riferimento alla CEDU comprende *anche i suoi protocolli* (e dunque anche il protocollo 7!); dall'altro, le norme della CEDU e dei relativi protocolli sono assunti come *contenuto minimo* dei corrispondenti diritti della Carta *nell'estensione loro attribuita*, anzitutto, dalla giurisprudenza del ‘loro’ giudice, e cioè *dalla Corte di Strasburgo*.

Il cerchio argomentativo parrebbe, dunque, chiudersi: l'art. 50 CDFUE dovrà essere letto come incorporante *almeno* l'insieme delle garanzie enucleate dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU (incluse quelle dedotte in *Grande Stevens*, se e in quanto – beninteso – la pronuncia divenga definitiva); e come tale dovrà essere direttamente applicato dal giudice ordinario italiano.

Un certo grado di cautela sulla conclusione appena raggiunta, invero, si impone. Che l'art. 50 CDFUE incorpori *tutte* le garanzie dedotte dalla Corte di Strasburgo dall'art. 4 Prot. 7 è stato, infatti, autorevolmente posto in dubbio dall'Avvocato generale Villalón nelle proprie conclusioni nella causa *Fransson*, nelle quali egli ha sottolineato come non tutti gli Stati membri dell'Unione abbiano ratificato il Prot. 7 – non lo hanno fatto, tra l'altro, la Germania, il Belgio, i Paesi Bassi e il Regno Unito –; e come numerosi altri Stati – tra i quali, come si è visto, l'Italia – abbiano formulato all'atto della ratifica riserve con lo scopo di circoscrivere la portata del principio ai casi in cui il soggetto sia stato previamente giudicato in un procedimento qualificato come *penale* anche ai sensi dell'ordinamento interno. Muovendo da tale considerazione, l'Avvocato generale ha sostenuto la necessità di discostarsi dal criterio generale, fissato dall'art. 52 § 3 CDFUE, di ‘equivalenza minima’ tra la tutela offerta dalle norme della Carta e quella offerta dalle corrispondenti norme della CEDU e dei suoi protocolli, in favore di una interpretazione a propria volta ‘autonoma’ dell'art. 50. Più in particolare, tale disposizione non implicherebbe che la previa esistenza di una sanzione definitiva, *considerata*

²⁵ Così già la arcinota sentenza *Simmenthal*, risalente al 1978. Il medesimo principio è stato poi ribadito dalla Grande Sezione in *Küçükdeveci*, sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07.

²⁶ Cito qui il testo aggiornato nel 2007.

come meramente amministrativa dall'ordinamento dello Stato membro, impedisca l'apertura di un procedimento dinanzi alla giurisdizione penale che possa eventualmente concludersi con una condanna, purché – in tal caso – il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale (§§ 81-96).

L'opinione dell'Avvocato generale, tuttavia, non è stata seguita dalla Grande Sezione nella sentenza, già più volte citata, che ha definito il procedimento *Fransson*: sentenza nella quale si invita il giudice nazionale a valutare egli stesso se l'avvenuta imposizione di una sovrattassa per un illecito tributario nel previo procedimento amministrativo abbia o meno natura "penale", alla luce dei noti criteri 'sostanziali' e 'autonomi' risalenti a *Engel* (qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, natura dell'illecito e grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere), che la Corte di giustizia da tempo fa propri. Sia pure in termini non proprio adamantini²⁷, la pronuncia conferma in tal modo – in senso del tutto distorto rispetto alla proposta dell'Avvocato generale – la non decisività della qualificazione come 'sanzione amministrativa' ai sensi del diritto nazionale ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 50 CDFUE.

L'opinione dell'Avvocato generale Villalón è, inoltre, smentita anche dalle "Spiegazioni" all'art. 50, ove testualmente si legge: "per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU". L'inciso conferma così l'avvenuta incorporazione all'interno dell'art. 50 non solo dell'*acquis* dell'art. 54 di Schengen, ma anche dell'*acquis* giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sull'art. 4 Prot. 7, indipendentemente dalla mancata ratifica di tale protocollo da alcuni importanti Stati membri dell'Unione.

Naturalmente, nulla vieterebbe al giudice penale italiano di proporre un *rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, mirante a sollecitare quest'ultima a precisare se l'art. 50 CDFUE si estenda alle situazioni in cui l'imputato in un procedimento penale sia già stato giudicato in via definitiva nel quadro di un procedimento interno formalmente qualificato come amministrativo, ma da considerare quale 'procedimento penale' secondo i criteri *Engel*. Ho però l'impressione che la Corte di giustizia non potrebbe in questa ipotesi che trarre le logiche conseguenze di quanto già detto in *Fransson*: e affermare dunque che, se il giudice del rinvio ritiene che il previo procedimento abbia in effetti natura 'penale' alla luce dei criteri *Engel* (e come potrebbe, ora, il giudice italiano ritenere diversamente, dopo la sentenza *Grande Stevens*?), la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE dovrà trovare diretta applicazione ad opera dello stesso giudice nazionale – senza che questi possa né debba sollecitare una pronuncia ablativa da parte della Corte costituzionale.

4.3.

Seconda conclusione.

Ed allora, mi pare che la seguente conclusione si imponga: il giudice penale ben potrà – ed anzi dovrà – pronunciare immediatamente, *in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE*, una sentenza di *proscioglimento o di non luogo a procedere* strutturalmente identica a quella che il giudice ha già l'obbligo di pronunciare ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Schengen; così come analoga statuizione dovrà adottare l'autorità amministrativa o quella giurisdizionale adita in sede di opposizione nella (invero assai più improbabile) ipotesi in cui si sia già formato il giudicato in sede penale.

4.4.

Appendice: i procedimenti penali già conclusi con sentenza passata in giudicato (cenni).

Un ultimo cenno alla situazione dei condannati in sede penale con sentenza già passata

²⁷ Sulle ambiguità della sentenza in relazione alla definizione dell'ambito applicativo dell'art. 50 CDFUE, cfr. anche, più ampiamente, VOZZA, *I confini applicativi*, cit.

in giudicato, nei confronti dei quali sia stato previamente esperito un procedimento ‘amministrativo’ da parte della CONSOB – con eventuali ‘code’ giurisdizionali avanti alla Corte d’appello e alla Cassazione –, non importa se conclusosi con l’irrogazione di una o più sanzioni ‘amministrative’.

Gli ormai raggiunti limiti di spazio di questo contributo non mi consentono di affrontare, in questa sede, questo complesso problema; valendo qui soltanto la pena di segnalare che il problema della sorte dei giudicati indubbiamente si porrà a fronte se non altro dell’intuitiva considerazione che una pena irrogata in esito a un processo... che non s’aveva da fare, e che era dunque in radice *illegittimo*, non può che essere considerata essa stessa *illegittima*²⁸.

5. Conclusioni e prospettive (in tema di diritto penale tributario, e di possibili direttrici di riforma).

Ma *de hoc satis*, dicevamo. Sicché conviene, per ora, avviarci rapidamente a qualche (provvisoria) conclusione.

Il sistema del doppio binario in materia di sanzioni contro gli abusi di mercato disegnato dal legislatore in sede di trasposizione della direttiva 2003/6/CE è stato radicalmente sconfessato dalla sentenza *Grande Stevens*. Le pesantissime sanzioni ‘amministrative’ previste dal t.u.f. sono state, senza incertezza alcuna, qualificate come autentiche sanzioni *penali*, irrogate in esito a un procedimento che ripete la propria natura sostanzialmente *penale* dalle sanzioni alla cui applicazione è funzionale. Da tale essenziale – e in larga misura scontata – premessa la Corte ha dedotto la conseguenza che allo Stato che abbia già esercitato la propria pretesa sanzionatoria attraverso il procedimento ‘amministrativo’ resterà precluso aprire (e concludere) un processo anche formalmente qualificato come penale sui medesimi fatti, e viceversa; nonché l’ulteriore conseguenza che anche il procedimento finalizzato all’inflizione delle sanzioni ‘amministrative’ dovrà rispettare gli standard essenziali del processo *penale* equo.

Vero è che, su quest’ultimo versante, la maggioranza della Corte è stata cauta, ponendo in ampio rilievo le deficienze del procedimento avanti alla CONSOB, ma ritenendo poi che tali deficienze siano state in larga parte riparate nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione avanti alla corte d’appello; finendo così per ravvisare la sola violazione, in fondo marginale, relativa al difetto di pubblicità dell’udienza avanti alla Corte d’appello torinese. Ma il sistema disegnato oggi dal t.u.f. ne esce comunque a pezzi, anche sotto i colpi delle opinioni parzialmente dissenzienti, che denunciano nel procedimento avanti alla CONSOB una serie nutrita di profili critici: tra gli altri, la confusione delle funzioni inquirenti, requirenti e giudicanti in un unico organo; l’impossibilità per l’incolpato di essere personalmente sentito; l’impossibilità di addurre testimoni a propria difesa, e di controesaminare i testimoni d’accusa²⁹. Profili critici ai quali il procedimento giurisdizionale di opposizione può, all’evidenza, soltanto in parte porre rimedio.

Come rilevavo sin dalle battute introduttive, le censure di Strasburgo non giungono inaspettate, né dovrebbero suscitare sorpresa nell’osservatore italiano. Dopo tutto, il sistema a doppio binario disegnato dal legislatore del 2005 era stato oggetto delle critiche unanimi della dottrina penalistica³⁰ nonché della stessa Suprema Corte³¹, che già avevano colto tutti i profili problematici caduti sotto la scure di Strasburgo: che si rivela così, una volta di più, un farmaco prezioso per riparare alle più marchiane ingiustizie del sistema penale italiano.

Spetterà ora al legislatore intervenire, al duplice fine di adeguare il sistema di contrasto agli abusi di mercato alle indicazioni della Corte, e di adempiere gli obblighi ora imposti dalla direttiva 2014/57/UE e dal regolamento n. 596/2014 poc’anzi menzionati; possibilmente anche prima della scadenza del termine di trasposizione da essi fissato (3 luglio 2016).

²⁸ Per una prima analisi di questi profili, cfr. peraltro ancora FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 8.

²⁹ Profili ai quali potrebbe agevolmente aggiungersi l’inesistenza di un diritto al silenzio in capo all’incolpato, il quale rischia anzi di vedersi incriminato per ostacolo alle funzioni di vigilanza ove si rifiuti di collaborare o dica il falso in propria difesa.

³⁰ Cfr. *supra*, nota 2.

³¹ La quale nella sentenza della VI sez. 16 marzo 2006, n. 15199, Labella, aveva osservato che “l’intero intervento sanzionatorio nella materia del cd. *market abuse*, attuato dalla legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi [...] secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi”

Contrariamente all'avviso autorevole espresso dall'Ufficio Massimario della Cassazione³², non ritengo infatti che il dato normativo vigente del t.u.f. sia allo stato suscettibile di alcuna interpretazione conforme in grado di evitare la contemporanea apertura di un procedimento amministrativo e di un processo penale per lo stesso fatto: la clausola "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" con cui si apre l'art. 187-ter mi pare in effetti inequivocabilmente alludere al *cumulo* delle sanzioni amministrativa e penale nell'ipotesi (normale nell'ottica del legislatore) in cui lo stesso fatto integri *sia* gli estremi dell'illecito amministrativo, *sia* quelli del corrispondente delitto. Cumulo, del resto, positivamente disciplinato dal successivo art. 187-terdecies, a tenore del quale "quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 195, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa"³³.

A meno, dunque, di pensare che da oggi in poi la CONSOB si astenga *volontariamente* – nelle more della riforma legislativa – dall'applicare essa stessa sanzioni per gli illeciti amministrativi previsti dal t.u.f., tutti i procedimenti penali relativi a fatti già oggetto di un procedimento sanzionatorio da parte della CONSOB *saranno destinati ad una morte prematura*, legata alla fisiologica maggiore lentezza del processo penale: la sentenza definitiva sulla sanzione 'amministrativa' arriverà invariabilmente per prima, e il giudice penale non potrà far altro che arrestare il processo in ragione del *ne bis in idem*.

Come è stato subito colto da tutti i primi commentatori, d'altra parte, la sentenza *Grande Stevens* è destinata a produrre ripercussioni che trascendono la pur rilevante tematica degli abusi di mercato, e che potrebbero direttamente investire – nell'ordinamento italiano – il settore del *diritto penale tributario*. Un settore anch'esso caratterizzato da un sistema di *doppio binario* di procedimenti amministrativi e penali, che procedono ciascuno per proprio conto e sono reciprocamente impermeabili (art. 20 d.lgs. n. 74/2000): sia pure – in questo caso – con la presenza di meccanismi di coordinamento per quanto concerne l'esazione delle rispettive sanzioni, che evitano quanto meno il cumulo delle sanzioni (art. 21)³⁴.

Come è stato già autorevolmente rilevato, è dubbio che un sistema così congegnato possa essere considerato immune da censure ai sensi dell'art. 4 Prot. 7, soprattutto a fronte della comprovata inefficacia del principio di specialità *ex* art. 19 d.lgs. n. 74/2000 ad evitare il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni per quelli che sarebbero, con ogni verosimiglianza, considerati come "i medesimi fatti" avanti alla Corte di Strasburgo³⁵.

Si pensi al delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento di IVA). Come è noto, la Cassazione non ha qui ravvisato alcun ostacolo contro il cumulo delle sanzioni (e dunque, *a fortiori*, dei relativi procedimenti, tributario e penale) per l'omesso versamento dell'IVA, valorizzando in sostanza il diverso termine di adempimento degli obblighi amministrativamente e penalmente sanzionati³⁶. La circostanza, tuttavia, che il *debito tributario* il cui mancato pagamento si sanziona è in entrambi i casi *esattamente il medesimo* indurrebbe con ogni verosimiglianza la Corte di Strasburgo a riconoscere la violazione dell'art. 4 Prot. 7, a partire dal momento in cui uno dei due procedimenti (tributario o penale, non importa) sia divenuto definitivo: e ciò, ancora una volta, sulla base della qualificazione del procedimento tributario e delle relative sanzioni come sostanzialmente 'penali'. Qualificazione, quest'ultima, che appare pressoché certa, anche alla luce di altra recentissima pronuncia della Corte già segnalata sulle pagine di questa *Rivista*³⁷.

Rispetto proprio al delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, d'altra parte, vale appieno l'argomentazione sviluppata nelle pagine precedenti circa la diretta applicabilità dell'art. 50

³² Corte di cassazione. Ufficio del Ruolo e del Massimario. Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, rel. n. 35/2014, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014, § 6.

³³ Nello stesso senso qui sostenuto, cfr. anche FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 9.

³⁴ Salvo che – beninteso – l'imputato non preferisca pagare spontaneamente il debito tributario (comprensivo delle sanzioni amministrative irrogate) per ottenere a riduzione di pena ed evitare le pene accessorie ai sensi dell'art. 13, in tale ipotesi verificandosi appieno un cumulo delle due sanzioni.

³⁵ FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo*, cit., § 11.

³⁶ Cass., sez. un. pen., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424, Favellato, in *questa Rivista* con nota di Favellato, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, 18 settembre 2013.

³⁷ C. eur. dir. uomo, Quarta Sezione, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, in *Dir. pen. cont.* con nota di DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, 5 giugno 2014.

CDFUE. La materia dell'IVA rientra infatti nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 CDFUE, come ha affermato a chiare lettere – anche in questo caso, contro il parere dell'Avvocato generale Villalón – la Grande Sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Fransson*. Di talché, una volta qualificato il procedimento tributario ormai definitivamente concluso come procedimento nella sostanza 'penale', il giudice italiano dovrebbe anche in questo caso pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE.

Prospettive siffatte dovrebbero rendere evidente l'urgenza di un globale ripensamento, e una conseguente incisiva riforma, di *tutti* i settori dell'ordinamento caratterizzati dalla presenza di un *doppio binario procedurale e sanzionatorio per i medesimi fatti*: una riforma nell'accingersi alla quale, mi auguro, il nostro legislatore vorrà tenere nel debito conto i modelli derivanti da paesi, come la Germania, che da tempo fanno sul serio con la potestà sanzionatoria penale-amministrativa, e assieme con i diritti fondamentali dell'individuo.

Il tutto nella consapevolezza – assai ben espressa dalle conclusioni dell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque nella sentenza *Grande Stevens* – che i problemi sin discussi sollevano un dilemma cruciale per gli Stati europei oggi, e che investe direttamente il ruolo rispettivo del diritto sanzionatorio amministrativo e del diritto penale. Quest'ultimo è il settore dell'ordinamento che possiede il maggiore potenziale lesivo dei diritti fondamentali della persona, e che proprio per questo offre il più elevato livello di *garanzie* all'individuo, anche a costo di una minore prontezza ed efficacia della risposta repressiva. Prontezza ed efficacia che il legislatore contemporaneo affida sempre più alla sanzione amministrativa, che non tocca la libertà personale e che per questo è di solito ritenuta di solito compatibile con un minor livello di garanzie, in particolare sul versante procedimentale. Ebbene, proprio questa logica per così dire 'compensativa' è oggi in crisi: la Corte di Strasburgo evidenzia giustamente l'incidenza a volte imponente delle sanzioni 'amministrative' su diritti fondamentali della persona (ancorché diversi dalla sua libertà personale); e conseguentemente richiede l'adozione di standard di garanzia identici a quelli che caratterizzano la materia penale, finendo così – però – per appesantirne il procedimento applicativo e in definitiva per ridurre i vantaggi, in termini di prontezza ed efficacia repressiva, della sanzione amministrativa, ridotta a una sorta di duplicato *minor* della pena.

"Il est clair" – osservano perspicuamente i due giudici, con riferimento specifico alle scelte dei legislatori europei in materia di repressione degli abusi di mercato, ma con considerazioni che potrebbero essere agevolmente riferite a tutti i settori dell'ordinamento caratterizzati da un sistema repressivo di 'doppio binario' – "que la tentation a été de déléguer à ces 'nouvelles' procédures administratives la répression de conduites qui ne peuvent pas être traitées avec les instruments classiques du droit pénal et de la procédure pénale. Néanmoins, *la pression des marchés ne peut prévaloir sur les obligations internationales de respect des droits de l'homme qui incombent aux États liés par la Convention. On ne peut éluder la nature répressive des infractions et la sévérité de la peine, qui appellent clairement le bénéfice de la protection apportée par les garanties procédurales et matérielles que consacrent les articles 6 et 7 de la Convention*".

Se, in queste condizioni, valga davvero la pena di perseverare sulla via di un doppio binario (ripensato però *ab imis*, in modo da evitare in ogni caso il cumulo di procedimenti e di sanzioni per lo stesso fatto); o se piuttosto – secondo quanto ci consente la stessa Unione europea – convenga tornare *soltanto* al buon vecchio diritto penale, anche nei settori più caratteristici della 'modernità' come la tutela dei mercati finanziari, mi pare sia quesito cruciale, con il quale anche il legislatore italiano non potrà esimersi nell'immediato futuro dal confrontarsi.