

Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem, di Marco Scoletta

Cass., sez. V pen., notizia di decisione n. 27/2014, ord. 10 novembre 2011, Pres. Vessichelli, Rel. Caputo, Imp. Chiarion.

1. La V Sezione della Corte di Cassazione ha diffuso la notizia di un'ordinanza che ha sollevato **questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative che prevedono la duplicazione punitiva, penale e amministrativa, in materia di market abuse**. A seguito della definitività della sentenza *Grande Stevens* della Corte europea dei diritti dell'uomo - che, come noto ha inequivocabilmente dichiarato il contrasto tra il doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 della Cedu (cfr. Viganò, *Ne bis in idem: la sentenza è ora definitiva*, in questa *Rivista*, 8 luglio 2014) - si trattava di un esito largamente prevedibile nella prospettiva del necessario adeguamento ordinamentale ai vincoli convenzionali. Tale passaggio sarebbe stato evitabile solo per effetto di un tempestivo intervento legislativo ricettivo delle statuizioni della Corte di Strasburgo, oppure qualora si fosse aderito alla tesi, proposta da Francesco Viganò sulle colonne di questa *Rivista* (*Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, 30 giugno 2014), della diretta applicazione da parte del giudice ordinario dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: prospettiva, quest'ultima, che renderebbe superflua - ed anzi inammissibile - la chiamata in causa della Corte costituzionale.

Sulla nostra *Rivista* il dibattito sulla portata e sulle ricadute interne della sentenza *Grande Stevens* è stato da subito molto intenso e ricco di spunti e suggestioni (i numerosi contributi pubblicati sono indicati nella colonna a fianco a destra); e anche questa ordinanza di rimessione offrirà certamente l'abbrivio per nuovi approfondimenti sul tema, soprattutto quando le motivazioni saranno depositate. Già sulla base della comunicazione diffusa, che reca la precisa formulazione delle questioni di legittimità, è possibile svolgere alcune sintetiche osservazioni.

2. In primo luogo, occorre evidenziare come il **giudizio penale a quo** abbia ad oggetto non già - cioè nel caso oggetto della sentenza *Grande Stevens* - fatti di manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f.*, ulteriormente sanzionati dall'art. 187-ter t.u.f., bensì fatti di **abuso di informazioni privilegiate (insider trading) ex art. 184 t.u.f.**, che parimenti trovano un **raddoppio sanzionatorio**, sul piano **amministrativo**, nella disposizione dell'**art. 187-bis t.u.f.** Questa differenza rispetto all'ipotesi sulla quale si è specificamente pronunciata la Corte europea non dovrebbe tuttavia avere ricadute problematiche quanto al pacifico riconoscimento della violazione del principio di *ne bis in idem* ivi enunciato: anche in questo caso, infatti, si tratta di una **duplicazione punitiva di fatti tipici strutturalmente del tutto sovrapponibili**, rispetto ai quali non appare revocabile in dubbio il requisito della **"identità" del fatto**, che invece risulta incerto in relazione ad altre ipotesi rispetto alle quali è stata in ipotesi prospettata - soprattutto in materia tributaria - la medesima violazione del *ne bis in idem*.

3. Quanto alla eccezione di legittimità costituzionale, sono state sollevate in realtà **due autonome questioni** - una in via principale, l'altra in via sussidiaria - aventi ad oggetto due **diverse disposizioni di legge**, entrambe però sulla base del medesimo **parametro di legittimità**: l'**art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU**, la norma convenzionale cioè che sancisce il diritto al *ne bis in idem*: *"Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato"*.

4. La norma di legge interna oggetto di censura nella **questione principale** è l'**art. 187-bis t.u.f.**, e cioè la fattispecie sanzionatoria amministrativa, **nella parte in cui prevede “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”** (consentendo così il cumulo tra sanzione penale ed amministrativa) anziché **“Salvo che il fatto costituisca reato”**. La Cassazione, in sostanza, chiede una **pronuncia manipolativa c.d. “sostitutiva”**, che si concretizzerebbe in un intervento **in parte demolitorio** di una porzione della disposizione oggetto di sindacato e **in parte additivo** di un nuovo frammento normativo. L'obiettivo perseguito, chiaramente, è quello di riportare a coerenza il sistema sanzionatorio in materia di *insider trading*, in modo che l'illecito penale ceda il passo a quello amministrativo tutte le volte in cui il fatto concreto sia sussumibile nella fattispecie delittuosa di cui all'art. 184 t.u.f.

Ove la questione venisse accolta in questi termini, peraltro, il risultato sarebbe quello della completa e generalizzata **inapplicabilità della fattispecie sanzionatoria amministrativa ai fatti di insider trading primario**, data la perfetta sovrapponibilità - che esclude alla radice un rapporto di sussidiarietà - tra le sottofattispecie amministrative dell'art. 187-bis t.u.f. (che puniscono *insider* primari) e le condotte penalmente tipiche ai sensi dell'art. 184 t.u.f. (e ciò a differenza di quanto accade nelle ipotesi di manipolazione del mercato, rispetto alle quali la fattispecie amministrativa può trovare effettivamente applicazione in via sussidiaria qualora, in concreto, la condotta materiale non sia connotata da una concreta idoneità alterativa rispetto alla fissazione dei prezzi degli strumenti finanziari). L'area tipica dell'illecito amministrativo finirebbe così per risultare circoscritta alle condotte di **insider trading secondario**, penalmente non sanzionate.

In ogni caso, la questione di legittimità in esame sembra porre - quanto meno *prima facie* - **seri problemi di ammissibilità sotto il profilo della rilevanza**. Invero, si deve logicamente supporre che il giudizio *a quo* abbia ad oggetto un fatto di *insider trading* già sanzionato in sede amministrativa e rispetto al quale sia ancora pendente il processo per l'accertamento della responsabilità penale ai sensi dell'art. 184 t.u.f.; sicché non si comprende come possa incidere su tale giudizio penale l'eventuale rimodulazione della norma - l'art. 185-bis t.u.f. - che configura l'illecito amministrativo. L'art. 185-bis t.u.f., infatti, è stato già applicato una volta per tutte nel procedimento amministrativo, e resta pertanto **estraneo al giudizio penale**, nel quale invece l'imputato rischia di dover rispondere - in violazione del *ne bis in idem* convenzionale - soltanto ai sensi dell'art. 184 t.u.f., che resterebbe però immodificato dall'intervento sollecitato ora alla Corte costituzionale. Occorrerà allora verificare se e come la motivazione della Corte di Cassazione riuscirà a superare questa *impasse*, visto che nella notizia di decisione si fa specifico riferimento anche alla ritenuta rilevanza di entrambe le eccezioni di legittimità costituzionale.

5. Più convincente, viceversa, la **questione sollevata in via subordinata**, peraltro già prospettata in dottrina in termini pressoché sovrapponibili (cfr. da Viganò, *Doppio binario sanzionatorio*, cit., 11 ss.): oggetto della censura è qui l'**art. 649 c.p.p.**, **“nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi Protocolli”**. Dall'accoglimento della questione, con una pronuncia additiva del testo dell'art. 649 c.p.p., dovrebbe risultare una situazione normativa pienamente conforme alla garanzia del *ne bis in idem* di matrice convenzionale, i cui effetti avrebbero **ricadute immediate anche nel giudizio a quo**. Ai sensi del comma 2 dell'art. 649 c.p.p., infatti, se a seguito del passaggio in giudicato di una sentenza (di condanna o di proscioglimento) è ancora pendente un procedimento per il medesimo fatto illecito, **“il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”**. Ebbene, un'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale attribuirebbe evidentemente rilevanza - ai sensi della norma in esame - anche alla pronuncia irrevocabile che conclude un procedimento sanzionatorio amministrativo; con la conseguenza, nel giudizio *a quo*, che la decisione che (presumibilmente) ha concluso in via definitiva il procedimento

sanzionatorio amministrativo per abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187-bis t.u.f.* determinerebbe un obbligo di proscioglimento nel processo penale *ex art. 649 comma 2 c.p.p.*

Gli effetti pratici di questa soluzione sarebbero esattamente opposti a quelli derivanti dall'accoglimento della questione sollevata in via principale: nel primo caso, come illustrato, la fattispecie penale assorbirebbe completamente - in relazione ai fatti di *insider trading* primario - la fattispecie amministrativa (ed è comprensibile che questa rappresenti le "prima scelta" della giurisprudenza penale, altrimenti sostanzialmente esautorata dalla funzione repressiva degli abusi di mercato); nel secondo caso, viceversa, **sarebbero le sanzioni penali ad essere messe all'angolo**, in ragione della tendenziale maggiore rapidità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori amministrativi, la cui conclusione produrrebbe inevitabilmente l'effetto di neutralizzare i giudizi penali in corso per i medesimi fatti.

Sulla fondatezza della questione rispetto al parametro interposto sembra difficile avanzare dubbi. Piuttosto, la Corte costituzionale dovrà verosimilmente porsi una serie di **problemi di coordinamento sistematico del "nuovo" art. 649 c.p.p. rispetto alle norme del t.u.f. (artt. 187-decies ss.) relative, parimenti, ai rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo**, che muovono proprio dal presupposto del doppio binario processuale e punitivo (si pensi, in particolare, all'art. 187-*duodecies*, secondo cui "*Il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'articolo 187-septies non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione*"). Anche per evitare, in futuro, possibili confusioni applicative o antinomie tra norme di legge è allora opportuno che la Corte, nel valutare l'accoglimento della questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., prenda in considerazione anche tali norme di coordinamento e valuti l'opportunità di **eventuali dichiarazioni di illegittimità consequenziale**.



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

QUINTA SEZIONE PENALE

Notizia di decisione n. 27/2014

U.P.: 16/10 - 10/11/2014
Pres.: Vessichelli
Rel.: Caputo
P.M.: Mazzotta/Gaeta
Ricorso R.G.: 49905/2013
Imputato: Chiarion Casoni

ord n. 3333/14

Questione esaminata: se siano non manifestamente infondate:

a) in via principale: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 187-bis, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisca reato»;

b) in via subordinata: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 649 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli.

Soluzione adottata: affermativa (La Corte ha altresì ritenuto la rilevanza, nel caso di specie, delle questioni).

Riferimenti normativi: art. 117 Cost.; art. 4, 4 Prot. n. 7 alla Cedu; artt. 184, 187-bis d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 649 cod. Proc. Pen..

Il Presidente

Visto

Il Presidente titolare

Corte Suprema di Cassazione

Sez. V[^] Penale

Depositata in Cancelleria

Roma, li 11 NOV 2014



Il Funzionario Giudiziario
Carmela Lanzuse