

di **Ruggero Rudoni** – *Cultore della materia in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano*

La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il *ne bis in idem* convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*

ABSTRACT: This paper analyzes the recent judgment No. 102 of 2016 of the Italian Constitutional Court about Italy's penalty system concerning market abuses, which combines criminal and administrative proceedings. In the first half of this paper I will briefly illustrate the contrast between Italy's domestic rules and the "ne bis in idem" principle as enshrined in article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, in the light of the judgment "Grande Stevens and others v. Italy" of the European Court of Human Rights. In the second half I will examine the reasons why the questions of constitutionality have been declared inadmissible by the Italian Constitutional Court. All through this essay I will focus on the role of both the Constitutional Court and the judges of ordinary courts in the protection and implementation of fundamental rights in order to prevent new breaches of the "ne bis in idem" principle, given the inactivity of the Italian legislator.

SOMMARIO: 1. Premessa: la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* all'origine delle questioni di costituzionalità. – 2. I profili di attrito tra la vigente disciplina sanzionatoria del *market abuse* e la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *ne bis in idem*. – 3. Le questioni sollevate dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione. L'irrelevanza della questione formulata in via principale e comunque il carattere costituzionalmente non obbligato dell'intervento manipolativo richiesto. – 4. Segue. La natura perplessa della questione sollevata in via subordinata e le ricadute sul piano sistematico derivanti dalla manipolazione dell'art. 649 c.p.p. – 5. La questione sollevata dalla sezione tributaria civile: la perplessità della motivazione e l'oscurità del *petitum*. – 6. L'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi discendenti dalla giurisprudenza della Corte EDU: un intervento possibile per la Corte costituzionale?

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

1. Premessa: la sentenza Grande Stevens e altri c. Italia all'origine delle questioni di costituzionalità

Con la sentenza n. 102 del 2016¹ la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità² delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla disciplina procedimentale e sanzionatoria in materia di abusi di mercato prevista dal d.lgs. 28 febbraio 1998, n. 58 (*Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria* – d'ora in poi anche T.U.F.), nella versione successiva alle modifiche operate con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (*Legge comunitaria 2004*).

Le questioni formulate dai giudici *a quibus*, la quinta sezione penale e la sezione tributaria civile della Corte di cassazione, riguardavano gli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del citato d.lgs., che descrivono le fattispecie di illecito amministrativo di “abuso di informazioni privilegiate” e di “manipolazione del mercato”, e l'art. 649 c.p.p., che sancisce il “divieto di secondo giudizio” in ambito penale nel nostro ordinamento. Tali disposizioni, secondo i giudici rimettenti, presentavano dubbi di costituzionalità per violazione – sulla base dello schema inaugurato dalle sentenze “gemelle” del 2007 (sentenze nn. 348 e 349)³ – dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla CEDU⁴ – che reca il diritto al *ne bis in idem* nel sistema convenzionale –, come applicato ed interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵.

¹ Corte cost., sent. n. 102 del 2016, Pres. Grossi, Red. Cartabia e Lattanzi.

² Come anticipato dal comunicato stampa pubblicato in data 8 marzo 2016 sul sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

³ Corte cost., sent. nn. 348-349 del 2007: le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei Protocolli ad essa annessi, così come interpretate ed applicate nella giurisprudenza della Corte EDU, integrano in veste di norme interposte il parametro costituzionale costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., che impone al legislatore nazionale e regionale il rispetto dei “vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”. Con la sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale ha specificato come soltanto gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo che rappresentino un “diritto consolidato” siano rilevanti ai fini dello scrutinio di costituzionalità. Per un'analisi in senso critico della sentenza n. 49 del 2015, si v. *ex multis* V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117, obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio Costituzionale*, maggio 2015.

⁴ Art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU “Diritto di non essere giudicato o punito due volte: 1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione”.

⁵ Anche nell'ambito di un procedimento penale avente ad oggetto il reato di omesso versamento dell'IVA (art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000) veniva sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU. In questo caso la Corte costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo* – il Tribunale di Bologna – per una nuova valutazione circa la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, alla luce delle modifiche intervenute con la recente riforma dei reati tributari

Come noto, infatti, con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 marzo 2014⁶, il Giudice di Strasburgo ha accertato la violazione da parte dell'Italia della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale⁷ in un caso in cui i ricorrenti, resisi autori di condotte manipolative del mercato finanziario e per tale ragione già sanzionati in via definitiva sul piano amministrativo, venivano sottoposti anche ad un diverso ed autonomo processo penale avente ad oggetto le medesime condotte⁸.

In coerenza con la propria ricorrente giurisprudenza⁹, la Corte EDU ha dapprima ricondotto le sanzioni di carattere amministrativo e il relativo procedimento di applicazione alla nozione di “materia penale” rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, sulla scorta dei celebri *Engel criteria*¹⁰; ha, poi, verificato come i due procedimenti, in tal senso *sostanzialmente*

(d.lgs. n. 158 del 2015): Corte cost., ord. n. 112 del 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2016. Per un approfondimento sul rapporto tra la disciplina sanzionatoria in materia di omesso versamento dell'IVA e di ritenute certificate e la giurisprudenza della Corte EDU relativa al divieto di *bis in idem* si v. A. PODDIGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, IV, 104 ss.; M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2005. Sul punto è stato effettuato anche rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: Trib. Bergamo, ord. del 16 settembre 2015, giud. Bertoja, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015.

⁶ Corte Edu, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, 4 marzo 2014, con la nota di A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

⁷ Con la sentenza *Grande Stevens* la Corte EDU ha dichiarato anche la violazione dell'art 6, par. 1, CEDU nell'ambito del procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative: era, infatti, mancata una “pubblica udienza” tanto nella prima fase dinanzi alla CONSOB quanto nella successiva fase davanti alla Corte d'appello in sede di opposizione. In questo scritto, tuttavia, non ci si occuperà di tale violazione.

⁸ Nella specie si trattava di una comunicazione al pubblico contenente informazioni non veritiere: per una ricostruzione dettagliata della vicenda si rinvia a F. MODUGNO, G. SASSAROLI, T. TRINCHERA, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2013.

⁹ La sentenza *Grande Stevens* non presentava, infatti, profili problematici tali da far ritenere necessario un rinvio alla Grande Camera, si cfr. anche F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

¹⁰ Il testo dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU afferma che la garanzia del *ne bis in idem* può trovare applicazione soltanto in relazione a procedimenti “penali”. A questo riguardo la Corte EDU con una giurisprudenza ormai ricorrente ha individuato a partire dal *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi* (Corte Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5354/72, 5370/72, 8 giugno 1976) tre criteri fondamentali per definire i confini della “materia penale”: 1) la qualificazione fornita dagli ordinamenti nazionali, che rappresenta soltanto il punto di partenza e che è dirimente soltanto laddove consenta l'applicazione delle garanzie convenzionali penalistiche; 2) la natura dell'illecito; 3) la natura e la gravità della sanzione. Il secondo e il terzo criterio – criteri sostanzialistici – sono di regola da considerarsi alternativi e non cumulativi (Corte Edu, *Lutz c. Germania*, ric. n. 9912/82, 25 agosto 1987), anche se ciò non ha impedito alla Corte di adottare un approccio cumulativo laddove un'analisi separata dei criteri stessi non

penali, riguardassero i medesimi fatti materiali¹¹; infine, una volta constatata, da un lato, la “definitività” della sentenza conclusiva del procedimento amministrativo sanzionatorio¹² e, dall’altro, la perdurante pendenza del processo penale, ha ritenuto accertata la violazione della garanzia di cui all’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU. Nella prospettiva convenzionale, infatti, la conclusione con sentenza “definitiva” del primo procedimento, quello amministrativo secondo le categorie formali di diritto interno, avrebbe dovuto imporre la chiusura – immediata e senza conseguenze pregiudizievoli per l’imputato – del corrispondente processo penale¹³.

consentisse di concludere per la sussistenza di un’“accusa in materia penale” (Corte Edu, [GC], *Jussila c. Svezia*, ric. n. 73053/01, 23 novembre 2006). Sono stati ritenuti “sostanzialmente penali” illeciti amministrativi (si v. ad esempio Corte Edu, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, ric. n. 8544/79, 21 febbraio 1984), illeciti tributari (recentemente, Corte Edu, *Nykanen c. Finlandia*, ric. n. 11828/11, 20 maggio 2014) e illeciti disciplinari (Corte Edu, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77, 7878/77, 28 giugno 1984). Per un approfondimento del tema si rinvia a V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 34 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, 31 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: contributo alla determinazione dell’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione*, Padova, CEDAM, 2001, 125 ss. Nella sentenza *Grande Stevens* (si cfr. par. 94-101) la Corte EDU ha riconosciuto natura “penale” all’illecito amministrativo di “manipolazione del mercato”, da un lato, per la natura dell’illecito (la tutela degli interessi degli investitori e dell’efficacia, della trasparenza e dello sviluppo dei mercati borsistici rappresenta un bene giuridico di solito protetto dal diritto penale) e, dall’altro, per la gravità delle sanzioni (il cui massimo edittale, di per sé particolarmente elevato, può essere aumentato “fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito” ai sensi dell’art. 187-ter, comma 5, T.U.F.) e per la loro natura (sono previste sanzioni sia di carattere pecuniario sia di carattere interdittivo).

¹¹ A partire dalla sentenza *Zolotukhin c. Russia* (Corte EDU, [GC], *Zolotukhin c. Russia*, ric. n. 14939/03, 10 febbraio 2009) la nozione di *idem* è intesa dalla Corte EDU come *idem factum*: il divieto di *bis in idem* trova operatività ogni qual volta due procedimenti “sostanzialmente” penali abbiano ad oggetto “*facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space*” (si cfr. par. 84).

¹² Ai fini convenzionali sono da ritenersi “definitive” le sentenze avverso le quali non sono più esperibili mezzi ordinari di impugnazione, secondo le regole di diritto interno.

¹³ Nel caso riguardante i ricorrenti la Corte di cassazione con sentenza del 17-12-2013 (dep. 14-4-2014), n. 19915 – anteriore alla pubblicazione della sentenza *Grande Stevens*, ma le cui motivazioni sono state depositate successivamente – ha dichiarato estinto per prescrizione il reato di manipolazione del mercato di cui all’art. 185 T.U.F. e per tale via (indiretta) ha risolto anche le problematiche di *bis in idem*. In dottrina si è, però, evidenziato come, in realtà, la sentenza di proscioglimento per prescrizione non sia del tutto priva di effetti pregiudizievoli per l’imputato e, in quanto tale, non assicuri il soddisfacimento di una delle due condizioni poste dalla Corte EDU (la chiusura del processo penale senza effetti pregiudizievoli). In tal senso si v. G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2014, reperibile sul sito www.rivistaaic.it, 6; B. LAVARINI, *Corte Europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, riv. n. 12/2014, 85.

2. I profili di attrito tra la vigente disciplina sanzionatoria del market abuse e la giurisprudenza della Corte EDU in materia di ne bis in idem

La violazione accertata dalla Corte EDU trae origine, più che da peculiari circostanze del caso di specie, dalla disciplina vigente relativa alla repressione degli abusi di mercato che, a seguito delle modifiche apportate nel 2005 in attuazione della direttiva 6/2003/CE (*Market Abuse Directive* – d’ora in poi anche MAD)¹⁴, rende possibile, e anzi fisiologico, un cumulo di procedimenti e di sanzioni, penali ed amministrativi¹⁵.

Il concorso¹⁶ tra gli originari delitti di “manipolazione del mercato” e di “abuso di informazioni privilegiate” (rispettivamente artt. 184 e 185 del T.U.F.) e le nuove ipotesi di illecito amministrativo (artt. 187-*bis* e 187-*ter* T.U.F.) – dall’identico *nomen iuris* e dal contenuto sovrapponibile¹⁷ – comporta, infatti, l’instaurazione di due diversi procedimenti – l’uno propriamente penale, dinanzi all’autorità giudiziaria, e l’altro “sostanzialmente” penale, condotto dalla CONSOB¹⁸ – tra loro paralleli ed autonomi. In definitiva, una medesima condotta materiale di abuso del mercato è sanzionata, anche piuttosto aspramente, tanto sul piano penale¹⁹ quanto su quello amministrativo²⁰.

¹⁴ Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato) del 8 gennaio 2003, pubblicata in G.U.U.E., 12 aprile 2003, L 96. L’art. 14 della direttiva obbligava gli Stati membri a garantire, anzitutto, che fossero adottate misure e sanzioni amministrative – efficaci, proporzionate e dissuasive – nei confronti degli autori degli illeciti di manipolazione del mercato o di c.d. *insider trading*; ai medesimi Stati membri veniva, poi, accordata la *facoltà* di prevedere anche sanzioni di carattere penale, accanto a dette sanzioni amministrative.

¹⁵ Per un’approfondita descrizione della disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato si rinvia a F. D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 101 ss.

¹⁶ In questo senso, L. D. CERQUA, voce *Reati di aggrigotaggio*, in *Dig. disc .pen.*, Agg. t. II, Torino, 2008, 903; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2006, 709; L. TERZI, *Rilievi critici in tema di manipolazione del mercato*, in *Riv. pen.*, 2008, 1107.

¹⁷ Sul punto si v. A. ROSSI VANNINI, *Market abuse e insider trading: l’apparato sanzionatorio*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n. 1, 2006, pag. 89; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, cit., 729; C. SANTORIELLO, *Il reato di manipolazione del mercato*, in C. Santoriello (cur.), *La disciplina penale dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2008, 794. Gli unici elementi che distinguono le due fattispecie sono stati individuati nel fatto che (i) la fattispecie di illecito amministrativo ricomprende anche condotte colpose (di difficile configurazione); (ii) la fattispecie di illecito amministrativo è fattispecie di pericolo astratto, mentre la fattispecie di reato è di pericolo concreto.

¹⁸ Ai sensi dell’art. 187-*septies* T.U.F. le sanzioni amministrative sono applicate all’esito di un procedimento amministrativo sanzionatorio che si svolge nella prima fase dinanzi alla CONSOB. Avverso il provvedimento dell’Autorità può poi essere proposta opposizione, la quale determina l’instaurazione di una fase giurisdizionale davanti alla Corte d’appello. È, infine, ammesso ricorso per cassazione.

¹⁹ Le due fattispecie di reato – di *insider trading* ex art. 184 del T.U.F. e di manipolazione di mercato ex art. 185 del TUF – presentano la medesima cornice edittale per quanto concerne sia la pena detentiva (reclusione da due a dodici anni) sia la pena pecuniaria (multa da euro ventimila a euro tre milioni). Detta normativa è il risultato del “ritocco generalizzato” delle sanzioni previste nel T.U.F. effettuato con l’art. 39, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*). Inoltre, per entrambe le fattispecie di reato è prevista – rispettivamente, all’art. 184, comma 3, del T.U.F. e all’art. 185, comma 2, del T.U.F. – una

Al fine di ricomporre le evidenti frizioni tra l'ordinamento interno e il divieto di *bis in idem*, come ampiamente inteso nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, i giudici rimettenti richiedevano, dunque, alla Corte costituzionale un intervento di tipo manipolativo sulle citate disposizioni, tale da precludere la continuazione di un secondo giudizio "penale" dopo che il primo fosse giunto già a definitiva conclusione.

Con il presente scritto non si intende ritornare *funditus* sul tema, già ampiamente ed autorevolmente trattato in dottrina²¹, delle ricadute sull'ordinamento interno della sentenza *Grande*

circostanza aggravante che consente al giudice di "aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo". In questo modo la cornice edittale della pena pecuniaria raggiunge dimensioni abnormi, impedendo al destinatario della norma penale la previsione delle conseguenze sanzionatorie con un minimo di certezza (in questo senso C. F. GROSSO, *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 534). L'apparato sanzionatorio penale è completato, infine, dagli artt. 186 e 187 del T.U.F. che prevedono una disciplina comune per le due fattispecie di reato anche in relazione alle pene accessorie e alla confisca. Alle pene principali si aggiungono, quindi, l'interdizione dai pubblici uffici ex art. 28 c.p., l'interdizione da una professione o da un'arte ex art. 30 c.p., l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi di persone giuridiche e delle imprese ex art. 32-bis c.p., l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ex art. 32-ter c.p.; si tratta di pene accessorie "applicabili per una durata non inferiore ai sei mesi e non superiore ai due anni". Si prevede, inoltre, anche la pubblicazione della sentenza su almeno due quotidiani, di cui uno economico, a diffusione nazionale. La particolare ampiezza ed afflittività delle pene accessorie paiono avere come obiettivo la totale emarginazione lavorativa del reo (si cfr. S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 11).

²⁰ Anche l'apparato sanzionatorio amministrativo, relativo agli illeciti amministrativi di *insider trading* ex art. 187-bis T.U.F. e di manipolazione del mercato ex art. 187-ter T.U.F., si caratterizza per una particolare severità: le originarie cornici edittali delle sanzioni amministrative pecuniarie sono state quintuplicate per effetto dell'art. 39, comma 3, della legge n. 262 del 2005. Di conseguenza, gli illeciti amministrativi sono oggi sanzionabili con una somma che va da euro centomila a, rispettivamente, euro quindici milioni – nel caso di abuso di informazioni privilegiate – ed a euro venticinque milioni – nel caso di manipolazione di mercato –. È possibile, inoltre, per il giudice aumentare la sanzione pecuniaria "fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito" alle stesse condizioni previste dalla circostanza aggravante di cui agli artt. 184, comma 3, T.U.F. e 185, comma 2, T.U.F. (si v. nota precedente). Appare *ictu oculi* il parallelismo tra i due "binari" sanzionatori (si cfr. F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, cit., 157), confermato anche dalla previsione di sanzioni amministrative accessorie (che comportano, ad esempio, l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate appartenenti al medesimo gruppo di società: si v. art. 187-quater del T.U.F.) e di un'ipotesi di confisca amministrativa di valore, di natura obbligatoria, "del prodotto o del profitto dell'illecito o dei beni utilizzati per commetterlo" (si v. art. 187-sexies del T.U.F.).

²¹ In relazione alle ricadute sull'ordinamento interno della sentenza *Grande Stevens*, senza pretesa di completezza, si v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 febbraio 2016; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, riv. n. 3-4/2014, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, 219 ss.; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2015, reperibile sul sito www.rivistaaic.it; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio": prime riflessioni sugli effetti*

Stevens. Lo scopo è, invece, quello di appurare se, al fine di evitare nuove violazioni del divieto di *bis in idem* convenzionale, l'intervento richiesto dai giudici *a quibus* alla Corte costituzionale fosse una soluzione praticabile e, al tempo stesso, soddisfacente. Ci si propone, dunque, di analizzare le affermazioni contenute nella sentenza qui in commento per verificare se, anche alla luce della particolare formulazione delle questioni di legittimità costituzionale, fosse possibile per la Corte scegliere percorsi argomentativi e decisorî diversi e più rigorosi rispetto a quelli seguiti.

3. Le questioni sollevate dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione. L'irrilevanza della questione formulata in via principale e comunque il carattere costituzionalmente non obbligato dell'intervento manipolativo richiesto

La quinta sezione penale della Corte di cassazione con ordinanza del 15 gennaio 2015 (r.g. n. 38 del 2015)²² sollevava, in via principale, questione di legittimità costituzionale, per violazione, come si è detto, dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, dell'art. 187-bis, comma 1, del T.U.F. nella parte in cui prevedeva “*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*”, anziché “*salvo che il fatto costituisca reato*”.

Come era ampiamente prevedibile²³, la questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale per difetto di rilevanza. I dubbi di legittimità costituzionale venivano, infatti, sollevati nell'ambito di un giudizio penale instaurato per l'accertamento del delitto di abuso di informazioni privilegiate, mentre la disposizione censurata (che prevede invece il corrispondente illecito

della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano, in *Diritto penale contemporaneo*, riv. n. 3-4/2014, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, 201 ss.; E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale e la giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8/2015, 2910B ss.; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2014, 855 ss.; S. G. GUZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, n. 5/2015, 597 ss.; B. LAVARINI, *Corte Europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, cit., 82 ss.; G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cassazione penale*, fasc. 9, 2014, 3099 ss. Con riferimento più specifico al “doppio binario” sanzionatorio in ambito tributario: M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, cit.; G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione*, in *Rivista di diritto tributario*, fasc. 5, 2014, pagg. 74 ss. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2014; A. Poddighe, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, cit., 104 ss.

²² Cass. Pen., Sez. V, ord. 10-11-2014 (dep. 15-1-2015), n. 1782, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

²³ In questo senso, G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 10; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014.

amministrativo) già aveva ricevuto applicazione nel precedente procedimento amministrativo, conclusosi con sentenza divenuta definitiva: detta questione di costituzionalità, pertanto, aveva ad oggetto una norma estranea al giudizio penale *a quo*²⁴.

La declaratoria d'incostituzionalità richiesta – cui sarebbe seguito, secondo il giudice rimettente, il venir meno delle sanzioni amministrative già irrogate²⁵ – neppure sarebbe valsa, peraltro, ad evitare una violazione nel caso di specie del diritto al *ne bis in idem*, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU: il pendente giudizio penale avrebbe comunque seguito il suo corso, determinando, e non già evitando, la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU a livello processuale²⁶.

Inoltre, l'accoglimento della questione avrebbe comportato una radicale trasformazione dei rapporti fra tutela penale e tutela amministrativa, non più concorrenti, bensì alternative: l'illecito amministrativo avrebbe assunto, infatti, carattere sussidiario, venendo in rilievo nei soli casi (marginali) lasciati scoperti dal corrispondente illecito penale²⁷. Se è vero che in tale prospettiva, venendo meno il concorso tra illecito penale e illecito amministrativo, si sarebbero eliminati i profili di attrito tra ordinamento interno e giurisprudenza della Corte EDU (ad una condotta di abuso del mercato sarebbe corrisposto un solo procedimento ed un solo apparato sanzionatorio), tuttavia, la descritta questione di legittimità costituzionale mirava, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza, a raggiungere un obiettivo eccessivo rispetto a quanto richiesto dalla giurisprudenza ricorrente (*rectius* “consolidata” nel senso di cui alla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale) del Giudice di Strasburgo.

²⁴ Si v. punto 6.1 del “*Considerato in diritto*”.

²⁵ Si cfr. Cass. Pen., Sez. V, cit., paragrafo 2.3 del “*Considerato in diritto*”. Secondo il giudice rimettente, sarebbe stata percorribile un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (ai sensi del quale “*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”). Riconoscendo natura sostanzialmente penale alle sanzioni amministrative, la sentenza conclusiva del procedimento amministrativo sanzionatorio sarebbe stata da considerarsi alla stregua di “*sentenza irrevocabile di condanna*”. Ne sarebbe derivata la cessazione degli effetti di tale sentenza, con il travolgimento delle sanzioni amministrative già applicate: di conseguenza il meccanismo di cui all'art. 187-terdecies del T.U.F (“*Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo [...] una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria [...] è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa*”) non avrebbe più trovato operatività, rendendo possibile l'esazione *in toto* della multa.

²⁶ La Corte costituzionale ha, infatti, giustamente rilevato che “*l'eventuale accoglimento della questione [...] non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del ne bis in idem, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale [...], benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e benché, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura “sostanzialmente” penale, secondo l'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*” (Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., punto 6.1 del “*Considerato in diritto*”).

²⁷ Profilo evidenziato già da G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale»*, giusto processo e *ne bis in idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse, cit.

Il divieto di *bis in idem* ex art. 4 Protocollo n. 7 CEDU non comporta, in realtà, che, rispetto ad un medesimo fatto materiale, possa essere instaurato un *unico* procedimento “sostanzialmente” penale. La punizione di “fatti identici” con sanzioni di vario tipo, al contrario, può avvenire anche attraverso la celebrazione di distinti giudizi, sia tra loro coordinati – in cui, per esempio, l’accertamento dei fatti è compiuto solo in sede penale, mentre le diverse sanzioni sono applicate da autorità differenti²⁸ – sia autonomi e, per così dire, paralleli, alla condizione però che non si prosegua nella celebrazione di uno di essi quando è divenuta definitiva la sentenza relativa all’altro.

La Corte costituzionale, dunque, pur ammettendo che la garanzia del *ne bis in idem* potrebbe comportare “una frustrazione del sistema del doppio binario”, ha affermato che è compito del legislatore “stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l’ordinamento nazionale e la CEDU”.

Pertanto, se anche la questione di costituzionalità, così come formulata dal giudice *a quo*, fosse stata proposta nell’ambito della “corretta” sede processuale²⁹, in modo tale da consentire il superamento dei problemi di rilevanza, la Corte costituzionale ne avrebbe comunque probabilmente dichiarato l’inammissibilità (per discrezionalità del legislatore)³⁰, in quanto l’intervento manipolativo richiesto non sarebbe stato “a rime obbligate”³¹.

²⁸ Si cfr. ad esempio il caso *Nilsson c. Svezia* – C. Edu (dec.), *Nilsson c. Svezia*, ric. n. 73661/01, 13 dicembre 2005 –, in cui la Corte EDU ha affermato che, nonostante l’applicazione di differenti tipologie di sanzioni “penali” (nel caso di specie, si trattava di pena detentiva con sospensione condizionale e di ritiro della patente di guida) da parte di autorità differenti nell’ambito di diversi procedimenti aventi ad oggetto il medesimo fatto materiale (guida in stato di ebbrezza), non era da ritenersi accertata la violazione del divieto di *bis in idem* di cui all’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, in quanto tra i due procedimenti sanzionatori vi era una “sufficiente connessione nella sostanza e nel tempo” (“*sufficiently close connection in substance and in time*”). Tale “connessione nella sostanza e nel tempo” derivava dal fatto che nel procedimento amministrativo non era stato effettuato un nuovo ed autonomo accertamento dei fatti, ma si era proceduto esclusivamente ad applicare la sanzione amministrativa (penale ai fini convenzionali) prevista dall’ordinamento svedese (ritiro della patente di guida) in conseguenza della condanna intervenuta in sede penale.

²⁹ La questione sarebbe stata rilevante se sollevata nell’ambito del procedimento per l’applicazione delle sanzioni amministrative, dopo la chiusura con sentenza definitiva del giudizio penale.

³⁰ In senso contrario, E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale e la giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, cit., 2930, ritiene che l’intervento di tipo sostitutivo sul disposto letterale dell’art. 187-ter T.U.F. sarebbe avvenuto a “rime obbligate”.

³¹ L’espressione, che esprime i confini di un intervento manipolativo da parte della Corte costituzionale, è di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, 402. Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale “alla questione che invochi una pronuncia manipolativa non costituzionalmente obbligata in materia riservata alle scelte del legislatore, consegue necessariamente l’inammissibilità” (così, di recente, Corte cost., sent. n. 248 del 2014; nello stesso senso, *ex multis*, sentenza n. 87 del 2013 e ordinanze nn. 176 e 156 del 2013).

4. Segue. La natura perplessa della questione sollevata in via subordinata e le ricadute sul piano sistematico derivanti dalla manipolazione dell'art. 649 c.p.p.

La quinta sezione penale della Corte di cassazione sollevava, poi, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. *“nella parte in cui non prevede[va] 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”*.

Il “divieto di secondo giudizio”, così ampiamente inteso, avrebbe scongiurato nuove violazioni del *ne bis in idem* convenzionale, tanto nel giudizio *a quo* quanto negli altri casi ad esso analoghi: il giudicato di natura amministrativa, “penale” ai fini convenzionali, avrebbe imposto all'autorità giudiziaria la pronuncia di una sentenza di proscioglimento ai sensi degli articoli 529 e 649 c.p.p., e, viceversa, il giudicato penale avrebbe precluso la continuazione del procedimento amministrativo sanzionatorio (o della successiva fase giurisdizionale in sede di opposizione).

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile in ragione del *“carattere perplessa della motivazione sulla non manifesta infondatezza”*: la questione sollevata in via subordinata rappresentava, infatti, *“una incongrua soluzione di ripiego”*, visto che era *“lo stesso giudice rimettente a postulare, a torto o a ragione, che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU [avrebbe dovuto] avvenire prioritariamente attraverso una strada che egli non [poteva] percorrere per difetto di rilevanza”*³².

Dalla scarsa motivazione pare potersi evincere che la perplessità della motivazione sulla non manifesta infondatezza discenda, secondo il Giudice delle leggi, dalla graduazione operata dal giudice *a quo* tra le due questioni di legittimità costituzionale. Il che, tuttavia, non sembra coerente con la consolidata giurisprudenza costituzionale, la quale ritiene, al contrario, ammissibile la proposizione di questioni di legittimità costituzionale in via subordinata³³. La poca chiarezza del passaggio motivazionale sembra più che altro evidenziare l'intento della Corte costituzionale di non occuparsi delle complesse problematiche connesse alla presente questione³⁴. Non sarebbero, peraltro, mancati argomenti diversi e più convincenti per dichiarare l'inammissibilità della questione, in ragione, ancora una volta, del carattere costituzionalmente non obbligato dell'intervento manipolativo richiesto (per gli stessi motivi già indicati nel precedente paragrafo).

Inoltre, l'accoglimento della questione di costituzionalità sembrava in ogni caso precluso dalle ricadute sull'ordinamento interno che ne sarebbero derivate. È di tutta evidenza, infatti, sotto quest'ultimo aspetto, che la risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, da applicare nei confronti dell'autore di una condotta di *market abuse* sarebbe stata determinata da un fatto casuale,

³² Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., punto 6.2 del *“Considerato in diritto”*.

³³ Si v. *ex multis* Corte cost. sent. n. 281 del 2013; Corte cost., ord. n. 21 del 2008; Corte cost., ord. n. 449 del 2007.

³⁴ Come notato da F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

come la celerità del procedimento, o, peggio ancora, da una scelta dello stesso autore dell'illecito, che – avvalendosi o meno di alcuni istituti processuali – avrebbe potuto decidere quale procedimento far concludere con un provvedimento definitivo e, in via indiretta, quale trattamento sanzionatorio vedersi applicato. Ne sarebbe scaturito un sistema, da un lato, irragionevole, in considerazione delle evidenti disparità di trattamento, e, dall'altro, inefficiente, visto lo spreco di risorse economiche (ed umane) generato dalla circostanza che uno soltanto dei due procedimenti *lato sensu* penali, pur *ab origine* avviati, avrebbe potuto raggiungere i crismi del giudicato. A questo riguardo lo stesso giudice rimettente, del resto, sottolineava come il riformato art. 649 c.p.p. avrebbe assunto una funzione diversa da quella che il codice di rito attualmente gli assegna, passando da “rimedio ad una «distorsione dell'attività giurisdizionale»”³⁵ a “sbocco necessario dell'ineludibile instaurazione, per il medesimo fatto di abuso di informazioni privilegiate, del procedimento penale del P.M. e del procedimento amministrativo da parte della CONSOB”³⁶.

La disposizione censurata, nel testo risultante dall'accoglimento della questione, avrebbe posto, così, sullo stesso piano l'accertamento compiuto dal giudice penale – “giudice del fatto” per eccellenza tanto che il codice di procedura attribuisce al giudicato penale efficacia “esterna” nei giudizi civili e amministrativi nonché nei procedimenti disciplinari (si cfr. artt. da 651 a 654 c.p.p.) – e quello compiuto in sede amministrativa, ritenendoli “fungibili”, nonostante le differenti garanzie che caratterizzano il giudizio penale e il procedimento amministrativo sanzionatorio (sicuramente privo, quanto meno nella prima fase dinanzi alla CONSOB, di alcune garanzie proprie del giusto processo di cui agli articoli 111 Cost. e 6 CEDU³⁷).

Infine, l'art. 649 c.p.p., nella versione “estesa” di cui si è detto, avrebbe operato – ed è questo l'aspetto più preoccupante dal punto di vista sistematico – non soltanto nel limitato settore degli abusi di mercato, bensì nei più disparati ambiti dell'ordinamento interno, nei quali un medesimo fatto materiale fosse oggetto di distinti procedimenti sanzionatori da considerarsi “sostanzialmente” penali ai fini convenzionali. Di tal che, l'applicazione di sanzioni di natura non formalmente penale (amministrative, disciplinari o tributarie che fossero, secondo la qualificazione nazionale) avrebbe potuto evitare all'autore della condotta illecita le ben più gravi conseguenze previste dall'apparato sanzionatorio penale³⁸.

³⁵ La quinta sezione penale sottolineava, infatti, come la duplicazione di procedimenti penali per il medesimo fatto rappresentasse, “oltre che una lesione della sfera giuridica dell'interessato”, anche “un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale”.

³⁶ Corte cass., Sez. V, cit., paragrafo 5.2 del “Considerato in diritto”.

³⁷ Si cfr. la stessa sentenza *Grande Stevens*, parr. 106-161. A tal riguardo sono di recente intervenuti tanto il legislatore con l'art. 5 del d.lgs. 12 maggio, n. 72 – che ha modificato l'art. 187-septies del T.U.F. – in attuazione della direttiva 2013/36/UE quanto la CONSOB, la quale con le successive delibere n. 19158 del 29 maggio 2015 e n. 19521 del 24 febbraio 2016 ha apportato modifiche al proprio *Regolamento generale sui procedimenti sanzionatori*, adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013.

³⁸ In questo senso, G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 15-17: gli Autori affermano che “non è trascurabile il rischio che – a fronte della scarsa puntualità degli *Engel criteria*, di cui il giudice comune sarebbe chiamato a fare applicazione – il meccanismo

Per di più, il giudice comune nell'assolvere il difficile compito di ricondurre alla nozione convenzionale di "materia penale" ciò che formalmente il legislatore ha qualificato in altro modo, avrebbe dovuto fare applicazione degli *Engel criteria* elaborati dalla Corte EDU, ossia di criteri alquanto generici ed elastici, di certo non idonei a limitarne adeguatamente la discrezionalità. Da questo punto di vista, neppure il ricorso alla casistica e, per certi versi, magmatica giurisprudenza convenzionale sarebbe stato d'aiuto per il giudice comune, considerato che le affermazioni della Corte di Strasburgo, chiamata esclusivamente ad accertare violazioni ai diritti sanciti dal testo della Convenzione e dei suoi Protocolli nei singoli casi concreti, non sempre sono univoche e lineari. L'assegnazione al giudice comune di un compito così gravoso avrebbe determinato il rischio, ancora una volta, di disparità di trattamento prive di ragionevole giustificazione.

In definitiva, l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale su una disposizione così rilevante dal punto di vista sistematico, quale è l'art. 649 c.p.p., avrebbe implicato – in tutti quegli ambiti caratterizzati da un "doppio binario" procedimentale e sanzionatorio e non soltanto, quindi, nel settore degli abusi di mercato – conseguenze irragionevoli, per non dire paradossali, non giustificabili con l'esigenza di assicurare il rispetto del diritto al *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU. Anche in questo caso, dunque, l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale sarebbe andato oltre quanto necessario per adeguare l'ordinamento interno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

5. La questione sollevata dalla sezione tributaria civile: la perplessità della motivazione e l'oscurità del petitum

La Corte costituzionale si è occupata, infine, della questione di legittimità costituzionale proposta dalla sezione tributaria civile della Corte di cassazione con ordinanza del 21 gennaio 2015 (r.g. n. 52 del 2016)³⁹. In questo caso i dubbi di costituzionalità originavano da un giudizio relativo all'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", dopo che il processo penale già si era chiuso con applicazione della pena su richiesta delle parti. Il giudice *a quo* chiedeva se l'art. 187-ter T.U.F. si ponesse in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. *"alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce dell'applicazione del principio del «ne bis in idem» di cui agli artt. 2 e 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in ragione della definitività della sentenza del Tribunale"* conclusiva del processo penale.

«espanso» dell'art. 649 c.p.p. si trasformi in una «mina vagante», pronta a deflagrare nei più disparati e impensabili settori". Sugli effetti paradossali che l'assetto prefigurato comporterebbe in relazione al "doppio binario" procedimentale e sanzionatorio previsto in ambito tributario in tema di omesso versamento dell'IVA e di ritenute certificate, si v. A. PODDIGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, cit., 122.

³⁹ Corte cass., Sez. trib. civ., ord. 6-11-2014 (dep. 21-1-2015), n. 950, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile⁴⁰ anche quest'ultima questione, in quanto *“formulata in maniera dubitativa e perplessa”* tanto da determinare *“l'incertezza e l'oscurità del petitum, giacché il rimettente fini[va] per non chiarire adeguatamente la portata dell'intervento richiesto”*⁴¹.

Con riferimento al *petitum* della questione – a prescindere dal poco comprensibile richiamo dell'art. 2 Protocollo n. 7 CEDU (relativo al diritto al doppio grado di giudizio in materia penale ed inconferente rispetto al principio del *ne bis in idem* convenzionale) quale norma interposta dello scrutinio di costituzionalità – non veniva individuato in modo chiaro ed univoco il tipo di pronuncia richiesta alla Corte costituzionale dal giudice *a quo*, con conseguente impossibilità per il Giudice delle leggi di determinare con precisione i confini dell'intervento invocato.

Se la lettura del dispositivo dell'ordinanza sembrava orientare verso una dichiarazione secca d'incostituzionalità – non vi si indicava in che modo la Corte costituzionale avrebbe dovuto “riscrivere” la disposizione censurata –, alcuni passaggi della non lineare motivazione portavano a ritenere che, in realtà, il rimettente avesse inteso richiedere una sentenza di tipo additivo. Il giudice *a quo*, infatti, affermava che il risultato della propria iniziativa avrebbe potuto essere l'introduzione di un *“doppio binario attenuato”*, con una possibile applicazione del principio della progressione illecita tra la fattispecie di reato e di illecito amministrativo, facendo qui espresso riferimento ad *“una pronuncia additiva”*⁴².

Quanto, invece, al carattere perplesso e dubitativo della motivazione, questo derivava, secondo la Corte costituzionale, dal fatto che *“la Corte rimettente non scioglie[va] i dubbi che essa stessa formula[va] quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi del diritto dell'Unione Europea”*⁴³, dubbi che *“dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata”*.

La Corte Costituzionale sembrerebbe qui suggerire che il giudice *a quo*, al fine di sciogliere tali nodi interpretativi, avrebbe dovuto proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea prima di sollevare questione di legittimità costituzionale. A prima vista, dunque, parrebbe un ritorno alla giurisprudenza costituzionale antecedente all'ordinanza n. 207 del 2013, nella quale il Giudice delle leggi per la prima volta aveva effettuato direttamente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, senza peraltro fornire

⁴⁰ Come anticipato da G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 12; S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, cit., 600.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., punto 6.3 del *“Considerato in diritto”*.

⁴² Corte cass., Sez. trib. civ., cit., paragrafo 3 del *“Considerato in diritto”*. A questo riguardo si cfr. S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, cit., 601.

⁴³ Il giudice rimettente sottolineava come la MAD imponesse l'applicazione di sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive, mentre dall'accoglimento della questione sarebbe discesa l'applicazione delle sole sanzioni penali.

approfondite spiegazioni al riguardo⁴⁴: in questa occasione la Corte, nell'illustrare le ragioni per le quali non le è stato possibile proporre essa stessa rinvio pregiudiziale, avrebbe forse potuto chiarire anche la portata di tale precedente.

6. *L'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi discendenti dalla giurisprudenza della Corte EDU: un intervento possibile per la Corte costituzionale?*

Alla luce di quanto si è detto, pare potersi concludere che nessuna delle tre questioni di legittimità costituzionale, viste le difficoltà evidenziate, era formulata in modo tale da consentire alla Corte costituzionale di intervenire sulla disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato e conseguentemente di porre rimedio alle frizioni con la giurisprudenza della Corte EDU relativa alla garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU.

Fermo restando che la violazione di tale garanzia discende dalla particolare configurazione del “doppio binario” procedimentale e sanzionatorio previsto dal T.U.F., non esiste una via univoca e costituzionalmente obbligata per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi convenzionali. Si è visto, infatti, come la giurisprudenza europea non imponga la celebrazione di un unico procedimento “sostanzialmente” penale per una medesima condotta illecita, ma, al contrario, consenta anche la celebrazione di diversi procedimenti, purché, una volta divenuta definitiva la sentenza pronunciata nell'ambito di uno di essi, non si proceda oltre nell'altro⁴⁵.

Una soluzione pienamente soddisfacente delle problematiche, ancora irrisolte, aperte dalla sentenza *Grande Stevens* non potrà che provenire da un intervento normativo di riforma del sistema sanzionatorio degli abusi di mercato: il legislatore delegato – chiamato a dare attuazione alla nuova disciplina dell'Unione Europea in materia⁴⁶ secondo i criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 114 del 2015 (*Legge di delegazione europea 2014*)⁴⁷ – dovrà decidere se confermare la logica del

⁴⁴ Corte cost., ord. n. 207 del 2013; per un approfondimento del tema si rinvia a R. ROMBOLI, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2014, reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

⁴⁵ A tal proposito si rinvia a quanto già si è detto *supra* nel par. 3.

⁴⁶ Il legislatore delegato avrebbe dovuto dare attuazione, entro il 3 luglio 2016, alla nuova disciplina europea relativa al *market abuse*, rappresentata dal regolamento UE n. 596/2014 (*Market Abuse Regulation: MAR*) e dalla direttiva 2014/57/UE (*Criminal Sanctions Market Abuse Directive: CSMAD*), che sostituiscono la precedente direttiva 2003/6/CE (*Market Abuse Directive: MAD*). Le indicazioni fornite dal diritto dell'UE al legislatore nazionale sono “parzialmente rovesciate” rispetto a quelle che provenivano dalla MAD, ora abrogata: si prevede l'obbligo per lo Stato membro di adottare sanzioni penali per le condotte più gravi di *market abuse* ed una mera facoltà di aggiungervi sanzioni amministrative, mentre la precedente normativa imponeva l'adozione di sanzioni amministrative e la possibilità di comminare anche sanzioni penali. Per un'analisi approfondita della nuova disciplina dell'UE si v. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurolunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 settembre 2015.

⁴⁷ L'art. 11, comma 1, lett. m), della legge n. 114 del 2015 prevede che il legislatore delegato nel dare attuazione alla direttiva 2014/57/UE debba “evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione

“doppio binario”, evidentemente rivista in modo da evitare attriti con il divieto di *bis in idem* convenzionale, o se, invece, affidare la repressione delle condotte di abuso del mercato, quanto meno delle più gravi, esclusivamente al diritto penale⁴⁸.

In attesa di tale intervento legislativo, qualunque giudice, investito di un giudizio suscettibile di costituire un *bis in idem*, potrebbe sollevare una nuova e diversa questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il “combinato disposto” delle norme, penali ed amministrative, la cui applicazione condurrebbe alla violazione del *bis in idem*⁴⁹. Starebbe poi alla Corte costituzionale indicare il “principio” sulla cui base i giudici, sempre in mancanza ed in attesa dell’intervento del legislatore, potrebbero individuare nel caso concreto soluzioni conformi alla garanzia convenzionale. Solo una pronuncia additiva di principio, in definitiva, consentirebbe alla Corte costituzionale di ricomporre, pur con alcune criticità⁵⁰, gli attriti tra ordinamento interno e giurisprudenza della Corte EDU limitatamente al settore degli abusi di mercato, senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore.

della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate”. Come notato anche da F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 22-25, il secondo ed il terzo criterio indicati dalla legge delega, mirando esclusivamente ad evitare il cumulo di sanzioni penali ed amministrative, non paiono risolvere del tutto le problematiche di *bis in idem* convenzionale: l’inflizione della sola sanzione più grave (secondo criterio) o il computo della sanzione già irrogata in quella da infliggere (terzo criterio) non precluderebbero in ogni caso l’instaurazione o la continuazione di un secondo procedimento sullo stesso fatto, dopo la definitività della sentenza conclusiva del primo. Quanto, invece, al primo criterio (distinzione delle fattispecie), teoricamente idoneo ad evitare tale duplicazione di procedimenti, non è semplice individuare una ragionevole linea di demarcazione tra area del penalmente rilevante e quella del mero illecito amministrativo.

⁴⁸ In tal caso dovrà necessariamente essere rivisto il ruolo della CONSOB cui verrebbe sottratta la potestà sanzionatoria.

⁴⁹ L’oggetto della nuova questione di legittimità costituzionale potrebbe essere rappresentato non soltanto dalle disposizioni che contengono la descrizione della fattispecie di reato o di illecito amministrativo e l’indicazione delle relative sanzioni, ma anche quelle che regolano i rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo sanzionatorio (art. 187-*duodecies* T.U.F.) ed il cumulo di sanzioni (art. 187-*terdecies* T.U.F.).

⁵⁰ Anche in questo caso potrebbe avere *di fatto* prevalenza il procedimento che *casualmente* giunga per primo a conclusione con sentenza definitiva.