Sentenza del 30/10/2018 n. 27564 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Intitolazione:
Sanzioni amministrative - Applicazione - In genere reato di cui all'art. 185 del d.lgs. n. 58 del 1998 e illecito formalmente amministrativo di cui all'art. 187 ter dello stesso d.lgs. - Divieto del 'bis in idem' di cui all'art. 50 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea - Esclusione - Condizioni.

Sanzioni amministrative - Applicazione - Ordinanza - Procedimento - Istruttorie procedimento di irrogazione previsto dall'art. 187 septies del d.lgs. n. 58 del 1998 - Tutela del diritto di difesa dell'interessato - Contestazione dell'addebito e valutazione delle eventuali controdeduzioni - Sufficienza - Omessa audizione dell'interessato dinanzi alla consob e omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative - Violazione del principio del contraddittorio - Esclusione - Fondamento.

Massima:

Il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative previsto dall'art. 187 septies del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato. Pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando, d'altronde, applicazione, in tale fase, i princìpi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale.

Il principio del "ne bis in idem" di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non impedisce che a un soggetto, già penalmente condannato con sentenza irrevocabile per il reato di cui all'art. 185 del d.lgs. n. 58 del 1998, sia successivamente irrogata la sanzione di natura penale, benché formalmente amministrativa, di cui all'art. 187 ter del citato d.lgs., purché siano garantiti: 1) il rispetto del principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3, della richiamata Carta, secondo cui le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso; 2) la prevedibilità di tale doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise; 3) il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere, per il soggetto interessato da tale cumulo, sia limitato allo stretto necessario.

CED, Cassazione, 2018

Testo:

In data 9 settembre 2007, la Consob irrogava, per violazione dell'art. 187 ter TUF, una sanzione amministrativa a R.S. e alle società Gxxxxx Rxxx Exxx SA e Mxxxx Ixxxxx SA) pari ad Euro 10.200.000,00, per l'anomalo andamento dei titoli RCS M. s.p.a., riconducibile a condotte manipolative poste in essere da R.S. nell'ambito di una strategia tesa a richiamare l'attenzione del pubblico sui titoli in questione e, per tale via, a sostenerne le quotazioni per il perseguimento di finalità personali, sia attraverso operazioni di mercato sia attraverso informazioni diffuse al pubblico, alimentando aspettative di scalata di RCS e influendo sulla formazione dei prezzi del titolo, compiendo direttamente o per interposta persona una serie di atti volti a celare alla Consob fatti e circostanze relativi alla attività posta in essere sul titolo RCS. Con sentenza n.4297/08, in data 23.10.2008, la Corte di Appello di Roma, in parziale accoglimento delle opposizioni riunite proposte da R.S. e dalle predette società, avverso il provvedimento sanzionatorio della Consob, determinava in 5 milioni di Euro la sanzione irrogata a R.S. e alle società indicate quali coobbligate in solido, confermando, nel resto, la delibera impugnata con riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate alla Mxxxx International s.a. e Gxxxxx Real Estate (Euro 103.291,00 per ciascuna società).

R.S., Mxxxx Ixxxxx s.a. e Gxxxxx Rxxx Exxx proponevano ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione affidato a 12 motivi. La Consob si è costituita con controricorso formulando anche ricorso incidentale condizionato chiedendo la cassazione della sentenza nella parte in cui ha esaminato e deciso la questione della violazione del principio del contraddittorio, eccedente il thema decidendum del giudizio.

Parallelamente, nei confronti del R. veniva emanata, in data 10 dicembre 2008 dal Tribunale di Roma, sentenza di patteggiamento per diversi reati in continuazione - tra cui quello previsto dall'art. 185 TUF, inerente ai medesimi fatti per i quali gli era stata irrogata la predetta sanzione amministrativa - con cui veniva condannato complessivamente alla pena di 4 anni e 6 mesi di reclusione, ridotta a 3 anni (in virtù del rito ex art. 444 c.p.p.) e poi estinta per indulto ex L. n. 241 del 2006.

Contestualmente venivano irrogate anche le seguenti pene accessorie: a) interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per la durata di anni tre; b) incapacità di contrattare con la P.A. per anni 3, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio, c) interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria per anni 3; d) interdizione perpetua dall'ufficio di componente di commissione tributaria; e) pubblicazione della sentenza su due quotidiani di rilevanza nazionale; f) interdizione dai pubblici uffici per anni 3.

Il Tribunale di Roma irrogava anche nei confronti della società Mxxxx Rxxx Exxx s.p.a. Mxxx International S.A. e Gxxxx Rxxx Exxx S.A. le sanzioni amministrative, rispettivamente di Euro 103.200,00, Euro 250.000 ed Euro 250.000.

Con ordinanza interlocutoria n. 950/2015 in data 21 gennaio 2015 questa Corte sollevava questione di legittimità costituzionale dichiarando rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187 ter, punto 1, alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce l'applicazione dei 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 penale di Roma n. 24796/08 del 10.12.2008, passata in giudicato.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 102 del 2016, in data 12 maggio 2016, dichiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale rilevando che la questione era stata formulata in maniera dubitativa e perplessa, osservando come la Corte di Cassazione avrebbe dovuto "sciogliere il nodo" dei rapporti tra concetto di ne bis idem desumibile dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla Corte EDU, e concetto di ne bis in idem nel market abuse, come desumibile dal sistema UE e verificare se quest'ultima figura, come disciplinata dalla normativa UE fosse direttamente applicabile nel sistema interno di uno Stato Membro (nella specie, l'Italia).

Veniva, quindi, disposto da questa Corte rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia UE affinchè questa valutasse "se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte EDU e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile; se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte EDU e della normativa nazionale".

La Corte di Giustizia, con sentenza in data 20 marzo 2018 affermava i seguenti principi: 1) L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

2) Il principio del ne bis in idem garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale.

Nel giudizio di rinvio davanti alla Corte di Cassazione le parti presentavano memorie, il PG ha concluso chiedendo l'accoglimento per p.q.r. del ricorso del R. e il rigetto degli altri ricorsi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Vanno preliminarmente esaminati i motivi di ricorso proposti da R.S., Mxxxx Ixxxxx s.a. e Gxxxx Rxx Exxxx che sono i seguenti:

1) violazione o falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 9, in relazione all'art. 187 ter, e art. 187 quinquesdecies T.U.F. e omessa motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando l'erronea applicazione del principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9, trattandosi di valutare i medesimi fatti apprezzati una volta come manipolazione del mercato e altra come ostacolo all'attività di vigilanza;

2) violazione o falsa applicazione dell'art. 187 septies, n. 2 T.U.F., della delibera 15.086 del 21/6/2005 della Consob recante disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative, della L. n. 62 del 2005, artt. 9 e 24, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, non avendo rilevato la Corte Territoriale la violazione del principio della separazione della fase istruttoria e della fase decisoria, non essendo stato, inoltre, rispettate il principio del contraddittorio in quanto le parti non hanno avuto conoscenza, prima della conclusione della fase istruttoria, delle acquisizioni del documento rilasciato da Deutch Bank London, nè hanno avuto possibilità di esporre le proprie difese con riferimento alla relazione svolta dall'ufficio sanzioni amministrative contenente la proposta quantitativa della irroganda sanzione;

3) violazione o falsa applicazione dell'artt. 187 quinquies e 195 T.U.F., della L. n. 689 del 1981, art. 6, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando come la società Gxxxx Rxxx Exxx, amministrata da un amministratore, anche di fatto, non è responsabile in solido con l'autore delle violazioni di cui all'art. 187 ter T.U.F. del pagamento delle sanzioni irrogate per tali violazioni;

4) violazione o falsa applicazione dell'art. 187 ter, u.c. T.U.F., L. n. 689 del 1981, art. 3, della delibera 15.233 del 29/11/2005 della Consob, della L. n. 62 del 2005, artt. 9 e 24, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, osservando come l'art. 187 ter T.U.F. detta solo formule astratte di illecito e non consente una sufficiente conoscenza della portata precettiva punitiva della norma in tema di manipolazione di mercato mentre solo il successivo regolamento Consob, successivo ai fatti ascritti al R., ha carattere di individuazione delle fattispecie comportamentali di manipolazioni di mercato;

5) violazione o falsa applicazione dell'art. 187 ter, comma 3, lett. c) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, rilevando l'erronea applicazione della normativa citata che fa riferimento ad una categoria di manipolazione operativa residuale nella quale possono trovare trovare applicazione anche il collegamento delle attività di compravendita di titoli che adottano in concreto artifizi, inganni o espedienti che non siano di natura informativa, avendo la Corte Territoriale trascurato che le variazioni intervenute sul titolo RCS fossero ascrivibili alle ingenti acquisizioni operate sul titolo da parte del R.;

6) violazione o falsa applicazione e difetto di motivazione dell'art. 187 ter, comma 3, lett. c), della L. n. 689 del 1981, art. 1, vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando come le operazioni di acquisto e vendita di titoli nella medesima seduta non costituiscono di per sè una manipolazione di mercato;

7) violazione o falsa applicazione dell'art. 187 ter, comma 3, lett. c), T.U.F. della L. n. 689 del 1981, art. 1, vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, osservando come nella operatività borsistica l'utilizzo di più operatori può assumere rilevanza indiziaria o prova di manipolazione del mercato solo se viene accertato che tale espediente ha prodotto o avrebbe potuto produrre un'alterazione del mercato che altrimenti non si sarebbe verificata se gli ordini fossero stati impartiti da un solo intermediario; inoltre osservava che la concentrazione degli ordini nelle fasi di chiusura delle sedute borsistiche può assurgere a manipolazione del mercato ove vengano accertati gli inganni nei quali sono caduti gli altri investitori e che le variazioni dei prezzi non siano state dovute ad altre circostanze estranee alla modalità operative sanzionate dal T.U.F.;

8) violazione o falsa applicazione e difetto di motivazione dell'art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, osservando come la normativa citata sanzione la diffusione con qualsiasi mezzo, compreso Internet, di notizie false o fuorvianti in merito gli strumenti finanziari restando estranee, alla previsione del legislatore, i comportamenti di diffusione di notizie false o fuorvianti inerenti alla qualità, capacità del soggetto operante sul mercato e la capacità fuorviante delle notizie riguardanti gli obiettivi, le strategie, le potenzialità finanziarie ed economiche dello stesso operatore,

9)vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187 ter, commi 1 e 3, lett,. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, osservando come non costituisce manipolazione di mercato l'insieme di comportamenti che singolarmente o complessivamente esaminati non abbiano l'evidente determinazione di manipolare il mercato o comunque non abbiano in alcun modo alterato l'andamento dello strumento finanziario e del mercato in presenza di massicci acquisti di titoli che hanno concorso al rialzo della quotazione del titolo oggetto di scalata;

10) vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, in quanto la notizia falsa e fuorviante deve intendersi, ai sensi della normativa citata, come notizia oggettivamente falsa e fuorviante e non le notizie che derivano dalla legittima ricostruzione dei fatti operata da colui che diffonde la notizia;

11) vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, rilevando come non possano ritenersi false e fuorvianti, ai sensi della normativa citata, quelle notizie rivelatesi vere da fatti successivamente avvenuti, mentre la notizia può definirsi fuorviante quando rappresenti un quadro complessivo sostanzialmente distorto e che riporta al mercato una notizia che nella sua finalità effettiva sia fuorviante rispetto alle effettive finalità del soggetto che le diffonde;

12) vizio di motivazione in relazione all'applicazione della sanzione per la contestata manipolazione informativa di cui all'art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., e all'applicazione dell'aggravante di cui all'ultimo comma art. cit., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, rilevando come la sanzione prevista debba essere applicata rapportata alle conseguenze effettive dell'attività manipolativa, ovvero alla gravità del pericolo corso dal mercato, rapportando tale

pericolo a dati oggettivi di riscontro e non a semplici dichiarazioni di gravità o di intensità ed è onere della Consob individuare gli effetti distorsivi subiti dal mercato, il pericolo nel quale è incorso e le effettive conseguenze dell'attività manipolativa.

2.1 motivi di ricorso n. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, coi quali si deduce violazione di legge ex art. 360 c.p.c., n. 3, sono da ritenersi, prima di ogni possibile valutazione in ordine al merito delle censure, inammissibili per inadeguatezza dei relativi quesiti di diritto, in base alla normativa applicabile ratione temporis.

L'onere della formulazione del "quesito di diritto" a conclusione di ciascun motivo del ricorso per cassazione con il quale si denuncino i vizi di violazione di legge di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1 - 4, nonchè l'analogo onere di formulazione del "momento di sintesi" a conclusione del motivo di ricorso con il quale si denunciano vizi motivazionali della sentenza impugnata ex art. 360 comma 1 n. 5) c.p.c. ("chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione"), sono prescritti a pena di inammissibilità dall'art. 366 bis c.p.c., norma che è stata introdotta dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 6, e che trova applicazione ai ricorsi proposti avverso sentenze e provvedimenti pubblicati a decorrere dal 2.3.2006 data di entrata in vigore dello stesso decreto e fino al 4.7.2009, data dalla quale opera la successiva abrogazione disposta dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 47, comma 1, lett. d)).

Nella fattispecie la sentenza della Corte d'Appello risulta depositata nel gennaio 2009, nell'arco temporale di vigenza dell'obbligo di formulazione del quesito di diritto.

2.1 I quesiti di diritto risultano così formulati:

primo motivo: "se alle violazioni delle norme di cui agli articoli degli artt. 187 ter e 187 quinquiesdecies T.U.F., qualora fatti apprezzati come concorrenti a determinare la manipolazione del mercato, sia applicabile il principio di specialità di cui all'articolo nove della L. n. 689 del 1981";

terzo motivo:" enunciare il principio di diritto e quindi affermare che la società amministrata da un amministratore, anche di fatto, non è responsabile in solido con l'autore delle violazioni di cui all'art. 187 ter T.U.F., nel pagamento delle sanzioni irrogate per tali violazioni";

quarto motivo." enunciare il principio di diritto e quindi affermare che il regolamento Consob n. 11.233 del 29 novembre 2005 ha carattere di individuazione delle fattispecie comportamentali di manipolazione di mercato e in assenza di detto regolamento, manca nell'operatore la coscienza e la volontarietà della violazione, prevista come elemento soggettivo minimo richiesto dall'articolo tre della legge 689/1981;l'art. 187 ter T.U.F. detta formule astratte di illecito che non ingenerano nel cittadino la sufficiente coscienza della portata precettiva e punitiva della norma in tema di manipolazione di mercato";

quinto motivo:" enunciare il principio di diritto e quindi affermare che la norma di cui all'art. 187 ter, comma 3, lett. c) T.U.F. indica una categoria di manipolazione operativa residuale, nella quale

possono trovare collocamento quelle attività di compravendita di titoli che adottano in concreto artifizi, inganni o espedienti che non siano di natura informativa e tanto meno che la loro potenzialità di illegittimità e l'efficacia distorsiva del mercato derivi da una lettura combinata dell'art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F.";

sesto motivo:" enunciare il principio di diritto e quindi affermare che l'operatività di acquisto e vendita di titoli nella medesima seduta non costituisce di per sè una manipolazione di mercato e per individuarsi un comportamento manipolativo si deve fare riferimento alla previsione di cui all'art. 187 ter T.U.F. senza possibilità di configurare una nuova ipotesi di manipolazione derivante dalla lettura combinata dell'art. 187 ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F.. La configurazione di una violazione che sia individuata facendo ricorso lettura combinata di più norme costituisce violazione dell'articolo uno L. n. 689 del 1981";

settimo motivo." enunciare il principio di diritto e quindi affermare che nella operatività borsistica l'utilizzo di più operatori può assumere rilevanza indiziaria o prova di manipolazione del mercato solo se viene accertato che tale espediente ha prodotto, o anche solo potenzialmente avrebbe potuto produrre, un'alterazione del mercato che altrimenti non si sarebbe verificata se gli ordini fossero stati impartiti da un solo intermediario; e che, anche la concentrazione degli ordini nelle fasi di chiusura delle sedute borsistiche, può assurgere a manipolazione del mercato ove vengono accertati gli inganni nei quali sono caduti gli investitori e che le variazioni dei prezzi non siano state dovuta a circostanze estranee alle modalità operative sanzionate dal TUF"; ottavo motivo: "enunciare il principio di diritto e quindi affermare che l'art. 187 ter, comma 1, T.U.F. sanziona la diffusione con qualsiasi mezzo, compreso Internet, di notizie false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari restando estranei alla previsione del legislatore i comportamenti di diffusione di notizie false o fuorvianti inerenti alla qualità, capacità del soggetto operante sul mercato, restando parimenti estranei alla stessa previsione la falsità o la capacità fuorviante delle notizie riguardanti gli obiettivi, le strategie, le potenzialità finanziarie ed economiche dello stesso operatore".

Nei suddetti termini, i quesiti in esame non risultano idonei ad adempiere alla propria funzione, che è quella di far comprendere alla Corte di legittimità, dalla lettura del solo quesito, inteso come sintesi logico-giuridica della questione, quale sia l'errore di diritto asseritamente compiuto dal giudice di merito e quale, secondo la prospettazione del ricorrente, la regola da applicare: i quesiti in esame sono infatti astratti, privi di ogni riferimento alla fattispecie sub iudice, mancanti delle informazioni necessarie a consentire a questa Corte una risposta ai medesimi utile ai fini della definizione della controversia ed inidonei persino ad evidenziare la rilevanza della risposta richiesta ai fini della decisione suddetta (v. sui suddetti punti, ex multis, Cass. n. 7197 del 2009 e n. 8463 del 2009, nonchè SU n. 7257 del 2007 e SU n. 7433 del 2009).

2.2 Con riferimento alle censure di vizio di motivazione, dedotte unitariamente ai vizi di violazione di legge, nei motivi 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, manca il relativo momento di sintesi, con conseguente inammissibilità delle relative censure, in disparte l'inammissibiltà dei motivi che deducono insieme "difetto e contraddittorietà della motivazione e violazione di legge".

3. I motivi 9, 10 e 11 sono inammissibili in quanto viene erroneamente prospettata quale vizio di motivazione una violazione di legge, con enunciazione dei relativi principi di diritto; si riportano,

per chiarezza, i relativi momenti di sintesi: nono motivo: "enunciare il principio di diritto e quindi affermare che elementi costituenti un'ipotesi di comportamento plurimo e complesso finalizzato alla manipolazione di mercato devono essere tutti inequivocabilmente finalizzati, anche nella determinazione dell'agente, alla manipolazione informativa o operativa, anche se ciascuno di essi, da solo, possa non costituire manipolazione di mercato; pertanto non costituisce comportamento manipolativo di mercato quell'insieme di comportamenti che singolarmente esaminati o anche nel loro insieme, non abbiano evidenti determinazione di manipolare il mercato e comunque non abbiano in alcun modo alterato l'andamento dello strumento finanziario e del mercato in presenza di massicci acquisti di titoli che hanno concorso al rialzo della quotazione del titolo oggetto di scalata"; decimo motivo: "enunciare il principio di diritto e quindi affermare che, poichè nella prassi bancaria i documenti rilasciati dalle banche e inerenti le aperture di credito non costituiscono, quasi mai, un'obbligazione della banca all'erogazione della somma concordata, ma una dichiarazione di disponibilità ad affidare il cliente fino al limite indicato, la lettera della Deutsche Bank AG London creava in R. l'aspettativa che, in ipotesi di utilizzo delle linee di credito concessa, avrebbe ricevuto l'erogazione fino al limite indicato di circa 1 miliardo di Euro. La notizia falsa e fuorviante cui fa riferimento l'art. 187 ter T.U.F. deve intendersi come notizia oggettivamente falsa o fuorviante e non quella notizia che deriva dalla legittima ricostruzione dei fatti operata da colui che diffonde la notizia"; undicesimo motivo:" enunciare il principio di diritto affermando che la norma di cui all'art. 187 ter T.U.F., là dove parla di notizie false fuorvianti deve intendersi come notizie sostanzialmente false, non potendo essere tra di loro ricomprese quelle notizie rivelatesi vere da fatti successivamente avvenuti, mentre la notizia può definirsi fuorviante quando rappresenti un quadro complessivo sostanzialmente distorto e che riporti al mercato una notizia che nella sua finalità effettiva sia fuorviante rispetto alle effettive finalità del soggetto che le diffonde".

Tutti i predetti motivi avrebbero dovuto, quindi, essere rappresentate sotto il profilo della violazione di legge, ex art. 360 c.p.c., n. 3, e non sotto quello del difetto di motivazione (art. 360 c.p.c., n. 5) risolvendosi nella censura di mancata applicazione della normativa di riferimento, di cui il lamentato vizio logico ne è solo una componente. Infatti, mentre il vizio di falsa applicazione della legge si risolve in un giudizio sul fatto contemplato dalle norme di diritto positivo applicabili al caso specifico (con la correlata necessità che la sua denunzia debba avvenire mediante l'indicazione precisa dei punti della sentenza impugnata, che si assumono in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse, fornita dalla giurisprudenza di legittimità e/o dalla dottrina prevalente), il vizio relativo all'incongruità della motivazione comporta un giudizio sulla ricostruzione del fatto giuridicamente rilevante e sussiste solo qualora il percorso argomentativo adottato nella sentenza di merito presenti lacune ed incoerenze tali da impedire l'individuazione del criterio logico posto a fondamento della decisione. (cfr Sez. 3, Sentenza n. 10295 del 07/05/2007).

Sul punto si ricorda anche che "In tema di ricorso per. cassazione, il vizio di violazione di legge consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una norma di legge e quindi implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma di legge e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile,

in sede di legittimità, sotto l'aspetto del vizio di motivazione: il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi violazione di legge in senso proprio a causa dell'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta - è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (cfr. ex multis, Cass. n. 24054 del 2017; Cass. n. 16698 del 2010; Cass. n. 7394 del 2010; Cass. n. 13066 del 2007).

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno, inoltre, anche precisato (Cass. n. 28054 del 2008), con riferimento alla pregressa formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, che il vizio di motivazione, denunciabile come motivo di ricorso per cassazione ex art. 360 c.p.c., n. 5, applicabile ratione temporis, può concernere esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia, non anche l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche.

4. Tutti i predetti motivi sono comunque inammissibili o infondati anche sotto ulteriori aspetti.

Il primo motivo è inammissibile anche per difetto di autosufficienza non essendo stata prodotta o trascritto nelle sue parti essenziali il contenuto del giudizio di opposizione pendente davanti alla Corte di Appello di Roma (R:G. n. 58145/07) da cui poter valutare la censura della violazione del "ne bis in idem", da parte della Consob, del principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9, sotto il profilo dei medesimi fatti apprezzati sia come manipolazione del mercato sia come ostacolo all'attività di vigilanza.

Occorre, infatti, soddisfare il principio dell'autosufficienza mediante la specificazione da parte del ricorrente - se necessario, attraverso la trascrizione integrale dei documenti - della risultanza che egli assume decisiva e non valutata o insufficientemente valutata dal giudice, perchè solo tale specificazione consente al giudice di legittimità - cui è precluso, salva la denuncia di "error in procedendo", l'esame diretto dei fatti di causa - di deliberare la decisività della risultanza non valutata (cfr Cass. n. 22726 del 2011; Cass. n. 14784 del 2015; Cass. n. 21686 del 2010; Cass. n. 303 del 2010).

E' inidoneo allo scopo il ricorso con cui, nel denunciare l'omessa valutazione da parte del giudice di merito di una circostanza decisiva, ci si limiti a rinviare alla prospettazione fatta negli atti di causa. (Cass., sez. 1, 24/03/2006, n. 6679) Non è possibile, quindi, sottoporre a valutazione critica e va quindi, confermata l'affermazione dei giudici di merito che hanno rilevato come le condotte del R. fossero autonome "logicamente, cronologicamente e per oggetto", escludendo l'applicazione del principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9.

Inoltre non vengono neanche evidenziate le condotte di procurato ritardo alla vigilanza della Consob (art. 187 quinquiesdecies T.U.F.) che sarebbero assorbenti dell'illecita manipolazione del mercato (art. 187 ter, comma 3, lett. c) T.U.F.).

Trattandosi di commi differenti dello stesso articolo, il legislatore, sotto il profilo del diritto nazionale, ha ritenuto condotte non sovrapponibili quelle contemplate da tale ultima norma ("operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifizi o ogni altro tipo di inganno o di espediente"), e l'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.(mancata ottemperanza "nei termini" alle

richieste della Consob o ritardo nell'esercizio delle sue funzioni) ed avendo, inoltre, in concreto anche la Corte Territoriale espresso un giudizio di autonomia tra le due condotte fondato su un accertamento di fatto.

5. Anche il secondo motivo va disatteso.

I ricorrenti si limitano a prospettare la violazione formale del principio della separazione della fase istruttoria e della fase decisoria nel procedimento svolto dalla Consob. A seguito dell'entrata in vigore della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21 octies, comma 2, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, che si svolge innanzi alla Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto.

Tale disposizione, introdotta dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 14, ha carattere processuale, ed è pertanto applicabile con effetto retroattivo anche ai giudizi di opposizione in corso, ancorchè promossi in epoca successiva alla sua emanazione (Cass. Sez. U, Sentenza n. 20929 del 30/09/2009; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 13433 del 30/06/2016).

Lamentano anche i ricorrenti la violazione del contraddittorio in quanto le parti non avrebbero avuto conoscenza prima della conclusione della fase istruttoria delle acquisizioni del documento rilasciato da Deutch Bank London, nè la possibilità di esporre le proprie difese con riferimento alla relazione svolta dall'ufficio sanzioni amministrative contenente la proposta quantitativa della irroganda sanzione, senza tuttavia prospettare alcun concreto pregiudizio.

Tale ultima censura difetta anche di autosufficienza non essendovi prova della deduzione nel giudizio davanti alla Corte di Appello.

Qualora una determinata questione giuridica - che implichi accertamenti di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga la suddetta questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa. (Cass. Sez. 1 - Sentenza n. 16347 del 21/06/2018, Cass. Sez. 5, 22/01/2013 n. 1435, Cass. Sez. 3 - Ordinanza n. 27568 del 21/11/2017).

L'inammissibilità del motivo di ricorso appare di ovvia evidenza in ragione della novità del tema di indagine e di decisione, in quanto, nel giudizio di cassazione, i motivi del ricorso devono investire, a pena d'inammissibilità, le sole questioni già comprese nel tema decisionale del giudizio di merito, non essendo prospettabili per la prima volta in sede di legittimità questioni nuove o nuovi temi di contestazione non trattati nella fase di merito, tranne che non si tratti di questioni rilevabili d'ufficio.

La Corte di appello ha, comunque, rilevato che il provvedimento è sufficientemente motivato ed aveva consentito ai ricorrenti l'esercizio del diritto di difesa.

I ricorrenti, inoltre, avrebbero potuto richiedere, una volta concluso il procedimento sanzionatorio a loro carico, l'accesso agli atti o richiedere, nel giudizio di merito, l'esibizione dei documenti asseritamente non conosciuti, peraltro prodotti spontaneamente dalla Consob.

Il procedimento sanzionatorio disciplinato dalla delibera Consob n. 15.186 è stato ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Corte pienamente idoneo ad assicurare l'invocato contraddittorio in quanto il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 septies, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando d'altronde applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8210 del 22/04/2016, Cass., S.U., 30.9.2009, n. 20935, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 18683 del 04/09/2014).

Nè sussistono profili di illegittimità dell'art. 187 ter T.U.F. per violazione del principio di stretta legalità (art. 25 Cost.), afferente, peraltro alla materia penale e non all'illecito amministrativo, in quanto, come rilevato dalla Corte Territoriale, le nozioni di "artifizi e ogni altro tipo di inganno e espediente", utilizzate nell'articolo citato, rimandano alla descrizione del reato di truffa disciplinato dall'art. 640 c.p., non potendo la norma predeterminare astrattamente le tipologie di condotte utilizzate ai fini di manipolare il mercato.

6. Anche il terzo motivo va disatteso.

Ai fini della responsabilità solidale della società Gxxxx Rxxx Exxx trova applicazione la generale disciplina di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 3, disciplinante una responsabilità "per fatto altrui", mentre l'art. 187 septis T.U.F. disciplina la responsabilità "per fatto proprio" della società, senza alcuna deroga al principio generale della responsabilità solidale.

Trattasi di responsabilità diverse ma concorrenti, non potendo ritenersi sussistente un rapporto di specialità o assorbimento tra le predette norme (cfr Cass., S.U., 30.9.2009, n. 20936).

7. Il quarto motivo è infondato.

L'art. 187 ter T.U.F. deve ritenersi in vigore fin dal 12 maggio 2005, trattandosi di "norma autosufficiente", immediatamente precettiva, che descrive la fattispecie sanzionatoria relativa alla manipolazione del mercato, con una chiara descrizione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, limitandosi la normativa secondaria a indicare i criteri per individuare le condotte manipolativi del mercato ma senza modificare la normativa primaria, come espressamente desumibile dagli artt. 62 e 64 del regolamento Consob n. 11.768/98 (come modificato dalla delibera n. 11.233 del 29/11/2005) che specificano che gli elementi e le circostanze ivi elencati hanno valore meramente esemplificativo e non configurano fattispecie autonome o ulteriori di

illecito, trattandosi di circostanze che non operano sul piano dell'integrazione del precetto ma solo su quello probatorio. Il R., in base alla valutazione del giudice di appello che ha rigettato il motivo di impugnazione, era un "operatore finanziario particolarmente qualificato" in grado di comprendere l'antigiuridicità delle proprie condotte.

8. Il quinto motivo di ricorso oltre a trascurare di indicare quale sia l'effetto favorevole per il ricorrente in caso di accoglimento, (quindi la decisività del motivo), non soddisfa il criterio dell'autosufficienza non avendo specificato se e quando la questione (violazione derivante dal combinato disposto dell'art. 187 ter, comma 1 e 3, lett. c) T.U.F.) era stata sollevata nel giudizio di merito.

Altro profilo d'inammissibilità è rappresentato dall'essere fondata la censura su argomentazioni che non hanno attinenza alla questione di diritto formulata, in cui, tra l'altro, si sollecita, inammissibilmente, una nuova valutazione dei fatti operata dalla Corte di Appello che si è limitata a rilevare la insussistenza di alcuno errore scusabile nella condotta del R., non presentando la normativa connotati di equivocità tali da renderne oscura la comprensione da parte di un operatore finanziario qualificato.

Le manipolazioni del mercato, disciplinate dagli artt. 185 e 187 ter, del Testo Unico della Finanza consistono in condotte poste in essere sul mercato degli strumenti finanziari e consistenti nell'approfittare di informazioni confidenziali, nel falsare il meccanismo di determinazione dei prezzi o nel divulgare sul mercato informazioni false o ingannevoli o nel realizzare altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari.

Il R. è stato sanzionato per la condotta manipolativa nell'ambito della vicenda RCS desunta dalle modalità e tempistica delle operazioni compiute e dalle false dichiarazioni, fuorvianti per il mercato, integranti gli "artifici" previste dell'art. 187 ter, comma 3, lett. c) T.U.F., essendo saliti i prezzi del titolo RCS più di quanto sarebbe avvenuto per effetto del normale operare del meccanismo della domanda e dell'offerta, così come rilevato dalla Corte di appello.

9.1 motivi 6, 7, 9, 10 e 11, afferenti all'illecito sanzionato, sono inammissibili perchè tendenti a ottenere un riesame nel merito della controversia, risolvendosi in realtà in una rivisitazione dei fatti accertati dalla Corte territoriale.

Con i predetti motivi i ricorrenti, difatti, lungi dal prospettare a questa Corte un vizio della sentenza rilevante sotto il profilo di cui all'art. 360 c.p.c., nn. 3 o 5, invocano una diversa lettura delle risultanze procedimentali così come accertare e ricostruite dalla CTR, muovendo all'impugnata sentenza censure del tutto inaccoglibili, perchè la valutazione delle risultanze probatorie, al pari della scelta di quelle fra esse - ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, postula un apprezzamento di fatto riservato in via esclusiva al giudice di merito il quale, nel porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, nel privilegiare una ricostruzione circostanziale a scapito di altre (pur astrattamente possibili e logicamente non impredicabili), non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere peraltro tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risultanza processuale ovvero a confutare qualsiasi deduzione difensiva (cfr Cass. S. U. n. 24148 del 2013).

E' principio di diritto ormai consolidato quello per cui l'art. 360 c.p.c. , n. 5, del codice di rito non conferisce in alcun modo e sotto nessun aspetto alla Corte di Cassazione il potere di riesaminare il merito della causa, consentendo ad essa, di converso, il solo controllo - sotto il profilo logico-formale e della conformità a diritto, nella specie del tutto predicabili - delle valutazioni compiute dal giudice d'appello, al quale soltanto, va ripetuto, spetta l'individuazione delle fonti del proprio convincimento valutando le prove (e la relativa significazione), controllandone la logica attendibilità e la giuridica concludenza, scegliendo, fra esse, quelle funzionali alla dimostrazione dei fatti in discussione (salvo i casi di prove cd. legali, tassativamente previste dal sottosistema ordinamentale civile e/o tributario).

Il ricorrente, nella specie, pur denunciando, apparentemente, una deficiente motivazione della sentenza impugnata, inammissibilmente (perchè in contrasto con gli stessi limiti morfologici e funzionali del giudizio di legittimità) sollecita a questa Corte una nuova valutazione di risultanze procedimentali, in punto di fatto e di diritto (nonostante quelle stesse risultanze appaiano ormai cristallizzate quoad effectum) sì come emerse nel corso dei precedenti gradi del procedimento, così mostrando di anelare ad una surrettizia trasformazione del giudizio di legittimità in un nuovo, non consentito, terzo grado di merito, nel quale ridiscutere analiticamente tanto il contenuto, ormai cristallizzato, di fatti storici e vicende processuali, quanto l'attendibilità maggiore o minore di questa o di quella ricostruzione circostanziale, quanto ancora le opzioni espresse dal giudice di appello - non condivise e per ciò solo censurate al fine di ottenerne la sostituzione con altre più consone ai propri desiderata -, quasi che nuove istanze di fungibilità nella ricostruzione dei fatti di causa fossero ancora legittimamente proponibili dinanzi al giudice di legittimità.

9.1 In relazione al sesto motivo, la condotta di vendita e acquisto di titoli da parte di un operatore finanziario deve ritenersi lecita a meno che, come nel caso di specie, in forza degli elementi evidenziati dalla Corte Territoriale, non abbiano come effetto la "volontà di esercitare una pressione sugli aderenti al patto, al fine di indurli ad acquistare titoli accumulati dal R. stesso, ovvero favorire l'acquisto dell'intera partecipazione azionaria, da parte di eventuali soggetti terzi, interessati ad assumere il controllo di RCS", esercitando una pressione rialzista, anche mediante dichiarazioni pubbliche, sul corso delle azioni RCS. Trattasi di valutazione di merito, incensurabile in Cassazione, con cui la Corte Territoriale ha desunto il carattere manipolativo delle condotte del R. dalle particolari modalità e dalla tempistica delle operazioni compiute e dalla connessione con specifiche dichiarazioni false o fuorvianti rese al mercato.

10. In relazione al settimo motivo la Corte Territoriale ha rilevato come la delibera della Consob non aveva inteso sanzionare il R. per aver utilizzato intermediari contemporaneamente, osservando che tale condotta aveva contribuito, unitamente agli altri elementi evidenziati, alla manipolazione del mercato; considerava che la condotta del R. era idonea a configurare la manipolazione del mercato di cui alla direttiva 2003/6/CE, in quanto la contemporanea immissione sul mercato di ordini di rilevanti dimensioni costituisce, in forza della valutazione della Corte di merito, una delle modalità utilizzate dal R. per esercitare una pressione rialzista del titolo RCS, con l'effetto di una concreta alterazioni dei prezzi del titolo stesso.

11. Con l'ottavo motivo si denuncia sostanzialmente la mancata sussistenza dell'illecito previsto dall'art. 187 ter, comma 1, T.U.F., fattispecie non contestata al R. e non sanzionata dalla Consob che ha fatto riferimento all'art. 187 ter, comma ter, lett. c) T.U.F..

Tale censura è stata motivatamente disattesa dalla Corte di merito, che ha rilevato come la norma ricomprenda qualsiasi tipo di informazione fuorviante che possa attenere ad uno strumento finanziario.

12. In relazione al nono motivo di ricorso la Corte Territoriale ha rilevato come la falsa comunicazione alla Consob del superamento della soglia partecipativa del 20% in RCS era finalizzata a dare risalto mediatico e sostenere l'andamento del titolo, come desumibile dalla trascrizione delle registrazioni telefoniche, disposta in sede penale, circostanza non oggetto di specifico motivo di censura, effettuata al deliberato scopo di trasmettere un segnale ingannevole al mercato, riconducibile a tutta la condotta manipolativa complessivamente realizzata dal R. con operazioni di tipo informativo e operativo, così come rilevabile dalla motivazione della sentenza impugnata, che ha osservato come "si esplica un'attività di tipo sia materiale che latamente informativo,incidendo, in modo eclatante (o " rumoroso", per dirla con la Consob) e mirato (o " direzionale") su un volume di scambi del titolo, alimentato deliberatamente dal R. medesimo, in termini di accertata artificiosità".

13. Con il decimo motivo viene contestata la motivazione della Corte di Appello che ha ritenuto falsa e manipolativa la dichiarazione (comunicato stampa diffuso da Mxxx International s.a. il 16.6.2005) che il gruppo R. era "affidato" da Deutsche Bank per 1 miliardo di Euro.

La Corte di appello ha rilevato, al riguardo, come gli accertamenti alla fonte richiesti dalla Consob permettevano di accertare la non veridicità di tale dichiarazione, precisando che il documento depositato non rifletteva l'accordo finale stipulato da Deutsche Bank e Mxxx International s.a., ma solo condizioni indicative, emerse nel corso delle trattative fra detti soggetti, osservando come l'ammontare massimo del finanziamento concesso da Deutsche Bank a Mxxxx International s.a. era di Euro 436.124 486, come confermato anche a seguito di successiva rogatoria estera.

14. Con l'11° motivo si contesta la natura manipolativa attribuita dalla Corte d'Appello alla dichiarazione, nel comunicato stampa diffuso il 16/6/2005, che Mxxxx Ixxxxx s.a. disponeva di mezzi propri per circa "500 milioni di Euro cash", e la dichiarazione circa l'inesistenza di beni su azioni RCS, apparse su un articolo pubblicato sul quotidiano la Repubblica in data 26/5/2005.

Al riguardo la Corte Territoriale rileva come gli immobili e le partecipazioni societarie del R. (compresa la quota RCS) non potevano costituire attività di pronto impiego, sicchè l'affermazione della disponibilità di 500 milioni di Euro cash non è stata ritenuta corrispondente all'effettiva situazione patrimoniale del gruppo, come desumibile dal bilancio al 31/12/2004, avendo lo scopo di impressionare e manipolare il mercato.

Quanto alla dichiarazione apparsa sul quotidiano La Repubblica, il giudice di appello, pur rilevando che la garanzia rappresentata dei titoli era qualificabile come pegno improprio o rotativo, differente da quello disciplinato dal codice civile, ha tuttavia rilevato come la

dichiarazione del R. era finalizzata a fuorviare il mercato, essendo in contrasto con l'effettiva consistenza patrimoniale dello stesso e con le modalità vincolate dei finanziamenti bancari goduti, tendendo ad offrire al pubblico l'apparenza di una forza finanziaria in realtà inesistente. Trattasi di valutazioni di merito non censurabili in sede di legittimità.

15. Con riferimento all'ultimo motivo la Corte di appello ha rilevato come la Consob abbia correttamente applicata il massimo della pena edittale prevista dall'illecito contestato (art. 187 ter T.U.F.), alla luce della particolare gravità delle infrazioni accertate e dell'assenza di possibili attenuanti, esaminando i criteri valutativi oggettivi e soggettivi confluiti, a fini sanzionatori, nella qualificazione dell'illecito accertato in concreto, esaminando la durata della complessa e articolata attività manipolativa, dolosamente poste in essere dal R. per porre sotto pressione un gruppo editoriale di primaria rilevanza nazionale quale RCS, valutando anche gli effetti distorsivi sul mercato finanziario e sugli interessi dei semplici investitori, non solo istituzionali, del titolo. Quanto all'elemento delle condizioni economiche dell'agente, la Corte ha riferito tali circostanze all'autore materiale ossia al R..

Ancorchè tali censure non siano, in termini generali, proponibili nel giudizio di cassazione afferendo al merito della vicenda, tuttavia vanno esaminate alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, nella sentenza Gxxxxxx, con riferimento al divieto del "ne bis in idem".

Evoluzione del principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e della Corte di Giustizia.

16.1 Vi è stata una evoluzione del principio del divieto del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e della Corte di Giustizia, valutato rigorosamente nelle prime sentenze, senza possibilità di deroghe (cfr CEDU, 3453/12, 42941/12 e 9028/13) e poi affievolito e limitato nella sua portata di principio generale, sia pure subordintamente al verificarsi di determinate condizioni.

In tema di idem factum, Corte EDU, nella sent. del 27/11/2014, causa Lucky Dev contro Svezia, ha fornito l'interpretazione del concetto di "same offence". Sì precisa, altresì, che l'art.4 del Protocollo n. 7 CEDU non vieta la contemporanea apertura e svolgimento di procedimenti paralleli per lo stesso fatto, sanzionando soltanto la mancata interruzione degli altri nel momento in cui uno di essi è divenuto definitivo, ma vieta l'instaurazione di procedimenti consecutivi qualora il primo di essi sia già divenuto definitivo nel momento in cui prende il via il secondo. Tale norma non preclude, invece, lo sviluppa di giudizi paralleli, tra loro concorrenti: in questa situazione non si può, infatti, ritenere che l'imputato venga nuovamente processato "per un reato per il quale era già stato assolto o condannato"; è stata, invece, riscontrata - nella sentenza citata - la violazione del ne bis in idem laddove il secondo procedimento non venga interrotto in seguito alla definitiva conclusione del primo.

La Corte EDU nella pronuncia del 4 marzo 2014 (Causa Grande Stevens ed altri c. Italia), per quanto di interesse nel presente giudizio, ha rilevato che:

a) al fine di stabilire se i fatti su cui si è formato il giudicato sono da considerarsi i medesimi per ì quali si procede in altro giudizio, occorre aver riguardo non al fatto inteso in senso giuridico,

ossia alla fattispecie astratta descritta dagli artt. 187-ter e 185 TUF, ma al fatto in senso storico-naturalistico, ossia alla fattispecie concreta oggetto dei due procedimenti, a prescindere dagli elementi costitutivi rispettivamente previsti dai menzionati articoli (cfr anche Sergey Zolotukin contro Russia del 10 febbraio 2009);

b) il presupposto al quale è collegata l'efficacia preclusiva di un nuovo giudizio sullo stesso fatto storico è costituito dal passaggio in giudicato del provvedimento che definisce uno dei due procedimenti riconducibili alla materia penale;

c) le sanzioni irrogate dalla Consob per la fattispecie di manipolazione del mercato di cui all'art. 187 ter TUF, benchè formalmente qualificate come amministrative dall'ordinamento italiano, debbono essere ricondotte alla "materia penale" agli effetti dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, e ciò in ragione sia della "natura dell'illecito" (ossia della rilevanza dei beni protetti e della funzione anche deterrente della fattispecie in questione) sia della natura e del grado di severità delle sanzioni (pecuniarie ed interdittive) previste dalla legge e concretamente comminate ai ricorrenti.

Sempre nella sentenza Grande Stevens, la Corte rammenta che questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinchè si possa parlare di "accusa in materia penale" è sufficiente che il reato sia di natura "penale" rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della "materia penale". Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una "accusa in materia penale" (Jussila c. Finlandia (GC), n. 73053/01, p.p. 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e Zaicevs c. Lettonia, n. 65022/01, p. 31, CEDU 2007-IX (estratti)".

16.2 L'obbligatorietà delle sanzioni amministrative nel sistema degli illeciti di market abuse era originariamente configgente col sistema del c.d. divieto del ne bis in idem, allorchè venisse preliminarmente irrogata una sanzione penale divenuta definitiva, preclusiva della comminatoria della successiva sanzione amministrativa.

Il principio del "ne bis in idem", sancito dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, vietava, in una prima interpretazione rigorosa, tout court, di sanzionare, in diversi processi, due volte lo stesso illecito, impedendo allo stato membro di comminare una violazione amministrativa di natura penale in presenza di comminatoria di una sanzione penale per gli stessi fatti, o viceversa; la condanna ad una sanzione penale rendeva, quindi, illegittima la successiva sanzione amministrativa di natura penale per gli stessi fatti.

Il diritto dell'Unione Europea in materia di abusi di mercato è stato profondamente innovato attraverso il regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento Europeo, essendo stata abrogata la direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE; oltre a prevedere l'abrogazione della direttiva n. 2003/6/CE con effetto dal 3 luglio 2016, si è stabilito, all'art. 30, comma 1, che gli Stati membri possono decidere di non comminare sanzioni amministrative per abusi che siano già soggetti a sanzioni penali nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016, data entro la quale avrebbe dovuto essere recepita la nuova direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE del Parlamento Europeo

e del Consiglio relativa alla sanzioni penali in caso di abusi di mercato. Quest'ultima direttiva capovolge i rapporti tra sanzioni penali e amministrative per gli abusi di mercato, privilegiando le prime rispetto alle seconde.

La svolta unionale riduttiva della rigidità del principio del ne bis in idem si ha con la sentenza CEDU, 15.11. 2016, n. 24130/11 A & B v Norvegia; la Corte Europea ha affermato che non vi era alcun motivo per mettere in dubbio le ragioni per cui il legislatore norvegese aveva scelto di regolare la condotta socialmente dannosa di mancato pagamento delle imposte prevedendo un doppio processo integrato (penale/amministrativo), in quanto il fatto che venissero avviati separati procedimenti, con la possibilità di una combinazione di sanzioni diverse, era prevedibile per i ricorrenti, i quali avrebbero dovuto sapere fin dall'inizio che nei loro confronti avrebbe potuto essere esercitata (o che, quantomeno, ve ne era la probabilità), non solo l'azione penale, ma anche l'irrogazione di sanzioni tributarie amministrative.

La Corte ha osservato, al riguardo, che i procedimenti amministrativi e penali si erano svolti parallelamente ed erano tra loro connessi; i fatti accertati in un procedimento erano stati richiamati nell'altro procedimento e, per quanto riguardava la proporzionalità della sanzione inflitta complessivamente, la pena inflitta nel processo penale aveva tenuto conto della sanzione tributaria amministrativa.

La condanna criminale, invece, non solo serve come deterrente ma ha anche uno scopo punitivo nei confronti della stessa "omissione dichiarativa anti-sociale", e presenta l'ulteriore elemento di "frode colpevole".

In primo luogo, la Corte E.D.U. ha ritenuto di non aver alcun motivo di mettere in dubbio le ragioni per cui il legislatore norvegese avesse scelto di disciplinare la condotta socialmente dannosa, consistente nel mancato pagamento delle imposte, attraverso un doppio processo "integrato" (ossia penale/amministrativo), nè ha ritenuto di dover rimettere in discussione i motivi per i quali le autorità norvegesi avevano scelto di trattare separatamente il più grave e socialmente aspetto riprovevole della frode nell'ambito di un procedimento penale, piuttosto che in un ordinario procedimento amministrativo.

La situazione ottimale, in forza dell'orientamento della CEDU, è che i procedimenti penali e amministrativi vengano condotti in parallelo e siano tra loro connessi; i fatti stabiliti nel primo procedimento devono essere tenuti presenti nell'altro procedimento e, per quanto riguarda la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, la condanna inflitta nel processo penale deve tener conto della sanzione tributaria amministrativa irrogata.

La Corte ha concluso - nel caso norvegese cit. - che non vi era alcun elemento da cui desumere che i ricorrenti A & B avessero subito alcun pregiudizio sproporzionato o alcuna ingiustizia; nessuno dei ricorrenti poteva dunque sostenere di essere stato perseguito o condannato nella "materia penale" in un procedimento per un reato per il quale era già stato assolto o condannato, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n 7.

Vi è, invece, violazione del principio "ne bis in idem" se manca una connessione sostanziale tra i due procedimenti che si siano svolti parallelamente senza alcuna sovrapposizione dal punto di

vista temporale e senza che nella modulazione delle relative sanzioni si sia tenuto conto dello svolgimento di altro procedimento e delle eventuali sanzioni inflitte.

Non è, quindi, possibile operare tale bilanciamento nel caso in cui le sanzioni inflitte siano divenute definitive e ciascuna autorità non abbia tenuto conto delle sanzioni irrogate dall'altra autorità e comunque della sottoposizione dell'incolpato ad altro procedimento (penale o amministrativo).

In Italia occorre, invece, coniugare l'obbligatorietà dell'azione penale con il relativo procedimento amministrativo e l'Autorità amministrativa dovrebbe tenere conto della sanzione penale già inflitta, così come della eventuale sanzione amministrativa dovrebbe tener conto (se definitiva) anche il giudice penale. Soccorre, al riguardo, l'intervento del legislatore, nelle more tra la pubblica udienza e la pubblicazione della presente sentenza, per fissare alcuni criteri al riguardo, che ha emanato il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 107 (in G.U. n. 214 del 14-09-2018), entrato in vigore il 29 settembre 2018, con cui ha adeguato la disciplina nazionale in tema di abuso del mercato alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 596/2014, e che sarà oggetto di trattazione sub p.18.

16.3 Il cambio di prospettiva della Corte di Giustizia, rispetto al precedente orientamento della CEDU, è ulteriormente supportato dalla sentenza Gxxxx che, peraltro, conferma alcuni principi basilari espressi dalle precedenti pronunce della CEDU. La Corte Europea richiede - nella sentenza Gxxxxx (i cui principi devono essere applicati, nel caso di specie, dal giudice nazionale) - ai fini della applicazione del divieto del"ne bis in idem" - la valutazione oltre che della sanzione penale inflitta anche della "adeguatezza" ed "afflittività" delle sanzioni irrogate.

Ulteriore questione rilevante è se, ai fini del giudizio di proporzionalità ed adeguatezza delle sanzioni, debba essere considerata la pena in astratto prevista per il reato penale o la pena in concreto comminata. L'orientamento precedente della Corte EDU sembrava optare per la prima ipotesi avendo affermato che il carattere penale di una sanzione è subordinato al grado di gravità della stessa di cui è a priori passibile la persona interessata (cfr Engel ed altre sentenze sopra citate) e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (c.d, pena in concreto inflitta). Tale criterio deve considerarsi ancora efficace con la precisazione che opera con riferimento al primo livello di valutazione, relativo alla individuazione della possibile sussistenza della duplicità di sanzioni, ma non va confuso con il secondo livello operativo fondato sul criterio di "proporzionalità" ed "adeguatezza" delle stesse, la cui valutazione va, invece, operata dal giudice nazionale in concreto, in base alle effettive sanzioni inflitte. La sentenza Gxxxx ha operato - in relazione al secondo livello - il mutamento del precedente orientamento non considerando la pena in astratto, ma "la pena definitiva pronunciata".

Natura penale della sanzione amministrativa inflitta al R.

17.1 In forza dei criteri delineati dalla Corte EDU nella sentenza Engel, affinchè sia operante il principio del ne bis in idem, è necessario che la sanzione comminata nel contesto di un procedimento amministrativo abbia natura "sostanzialmente" penale. I criteri che consentono di qualificare come penale una sanzione sono I seguenti: a) qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; b) natura dell'illecito; c) natura e severità della sanzione (v. Engel e altri c. Paesi

Bassi, 8 giugno 1976, Corte EDU, Jussila c. Finlandia, sent. n. 73053/01, e Zaicevs c. Lettonia, sent. n. 65022/01).

E' penale la sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede e in mancanza, si deve tener conto della natura della violazione o della natura, scopo e gravità della sanzione (sul tema, CEDU sent. causa C-199/92 del 1999 Huls/Commissione; 8 giugno 1976 Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A n. 22, par. 82; sentenza 21 febbraio 1984 Ozturk c. Germania, serie A n. 73, par.53; sentenza Lutz contro Germania, serie A n. 123, par. 54); criteri, questi ultimi, tra loro alternativi ma che possono essere utilizzati anche cumulativamente se l'analisi separata di ognuno di essi non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale (Iussila contro Finlandia n. 73053/2001) (sent. Grande Stevens c. Italia cit.).

Appare evidente, nel caso di specie, ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem, la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa effettivamente comminata al R. (Euro 5.000.000), afflittiva e munita di funzione deterrente, in considerazione dell'elevato importo, caratteristiche che, alla luce della sentenza Fxxxxx della Corte di Giustizia, devono essere apprezzate dal giudice nazionale.

17.2 La normativa italiana prevede la possibilità di cumulo tra sanzione penale e amministrativa; gli artt. 185 e 187 ter TUF, infatti, rispettano astrattamente il principio del ne bis in idem - come rivisitato dalla Corte nella sentenza Gxxxxx - ben potendo essere instaurati due procedimenti di natura diversa nel momento in cui perseguono scopi complementari. Da ciò ne discende che le eventuali sanzioni irrogate al termine di questi due procedimenti dovranno essere proporzionate allo scopo perseguito dai rispettivi procedimenti, ove questi siano, per forza di cose, complementari, purchè le sanzioni complessivamente inflitte rispecchino i principi di proporzionalità ed adeguatezza. Entrambe queste disposizioni, inoltre, prefigurano in termini chiari e precisi i loro requisiti di applicazione, affinchè i cittadini possano prevedere le conseguenze della violazione delle disposizioni medesime. La medesima garanzia del principio del "ne bis in idem" in ambito nazionale, è riconosciuta - in ambito penale - dall'art. 649 c.p.p., rubricato "Divieto di un secondo giudizio", il quale prescrive che "L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dall'art. 69, comma 2, e art. 345".

17.2 Il cd. patteggiamento, regolato dall'art. 444 c.p.p. e segg., è un istituto processuale in base al quale il p.m. e l'imputato si accordano sulla qualificazione giuridica del fatto contestato, sulla concorrenza e comparazione delle circostanze, sull'entità della pena con rinunzia a far valere eccezioni e difese di natura sostanziale (nei limiti dell'art. 129 c.p.p.) e processuale (nei limiti dell'art. 179 c.p.p.) salvo che si tratti di eccezioni attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso prestato.

La sentenza di patteggiamento va assimilata a quella penale di condanna, rivestendone tale sostanziale natura, conservata pur dopo la espressa previsione della sua assoggettabilità a revisione, contenuta nell'art. 629 c.p.p., nel testo modificato dalla L. 12 giugno 2003, n. 134, art.

3, comma 1, anche se non implica un accertamento della penale responsabilità dell'imputato, con relativo obbligo di motivazione, richiedendo solo la verifica dell'insussistenza delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 c.p.p. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 28192 del 04/03/2004 Ud. (dep. 23/06/2004). In particolare sono equiparabili la sentenza penale di condanna e quella di patteggiamento di cui siano spirati i termini per l'impugnazione, provvedimento confermata, nei confronti del R., dalla Corte di cassazione; al giudicato penale è, quindi, equiparabile la sentenza di patteggiamento ormai definitiva.

La natura di sentenza di condanna del patteggiamento e, comunque, di sanzione penale, è ulteriormente confermata dalla possibilità per il giudice di pronunciare sentenza di assoluzione ex art. 129 c.p.p., comma 2, sia pure nei casi in cui emergano chiaramente le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale ovvero la non commissione del medesimo da parte dell'imputato (cfr Cass. pen. Sez. 1, Sentenza n. 43853 del 24/09/2013 Ud. (dep. 25/10/2013); Cass. pen. Sez. 4, Sentenza n. 23680 del 07/05/2013 Ud. (dep. 31/05/2013); Cass. pen. Sez. 2, Sentenza n. 9174 del 19/02/2008 Ud. - dep. 29/02/2008).

In ogni caso trattasi,nel caso di specie, comunque, di sanzione che ha chiara natura penale, alla luce dei principi della Corte di Giustizia e della CEDU. Cumulo di sanzioni penali e amministrative nei confronti di soggetti diversi.

18. Va preliminarmente rilevato che - in forza della sentenza Gxxxxx - è possibile, senza che possa essere ravvisata violazione del divieto del ne bis in idem, la configurabilità di sanzioni diverse, per i medesimi fatti, nei confronti di soggetti giuridici diversi (come, nel caso di specie, la persona fisica - il sig. R. - e una persona giuridica - la Gxxxxxx Rxxx Exxxx SA e la Mxxxxxx Ixxxxxxx).

Tale principio trova, inoltre, conferma nella sentenza della CGUE, 5 aprile 2017, Oxx e Bxxxx contro Italia, in C-217/15 e C-350/15 in cui si è osservato che l'applicazione del principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 50 della Carta, presuppone in primo luogo che sia la stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti penali di cui trattasi. Ciò emerge sia dalla formulazione stessa dell'articolo ("Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge"), sia dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), che devono essere prese in considerazione per l'interpretazione della stessa. Nella pronuncia Oxxx e Bxxxxx contro Italia la Corte GCEU afferma che l'art. 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica. A tale riguardo, la Corte nella sentenza citata - specifica, in primo luogo, che il fatto che i due legali rappresentanti siano perseguiti penalmente per fatti commessi in detta qualità, mentre e società che sono state oggetto di sanzioni tributarie, non è idoneo a rimettere in discussione la conclusione di cui al punto precedente.

Nel caso in esame, nel procedimento penale le sanzioni amministrative sono state inflitte a due società dotate di personalità giuridica, mentre la sanzione penale è stata inflitta al R.. La sanzione amministrativa e penale riguardano, quindi, persone distinte, mancando la condizione per l'applicazione, tra soggetti diversi, del principio del ne bis in idem, dovendo la stessa persona essere oggetto delle diverse sanzioni e dei rispettivi procedimenti.

Anche in base alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, il fatto di infliggere sia sanzioni tributarie (a cui vanno parificate quelle più propriamente amministrative) che sanzioni penali non costituisce una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 CEDU, qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte (Corte EDU, 20 maggio 2014, Pirttitnld c. Finlandia, par. 51). La Corte ha, quindi, dichiarato che Part. 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre i procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

In altri termini il divieto del "ne bis in idem", in base alla giurisprudenza della CGUE, non è applicabile quando, in caso di dualità di procedimenti e sanzioni di carattere amministrativo e di carattere penale per gli stessi fatti, le prime sono imposte a una persona giuridica, quale una società commerciale, e il procedimento penale viene promosso nei confronti di una persona fisica, sebbene quest'ultima sia il rappresentante legale dell'altra. Come già rilevato,ai fini della responsabilità solidale della società Gxxxx Rxxx Exxx trova applicazione la generale disciplina di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 3, disciplinante una responsabilità "per fatto altrui", mentre l'art. 187 septis T.U.F. disciplina la responsabilità "per fatto proprio" della società, senza alcuna deroga al principio generale della responsabilità solidale. Trattasi di responsabilità diverse ma concorrenti - non potendo ritenersi sussistente un rapporto di specialità o assorbimento tra le predette norme (cfr Cass., S.U., 30.9.2009, n. 20936).

Desta perplessità, tuttavia, al riguardo, il cit. D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 107 (in G.U. n. 214 del 14-09-2018), emanato nelle more della presente decisione, dal Governo, in attuazione alla Legge delega n. 163 del 2017, con cui ha adeguato la disciplina nazionale in tema di abuso del mercato alle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 596/2014., entrato in vigore il 29 settembre 2018 e che prevede che sia configurabile una possibile violazione del divieto di doppia sanzione anche nel caso in cui il soggetto giuridico nei cui confronti sia diretta la pena sia - non una persona fisica, ma una persona giuridica cui sia applicata una sanzione per l'illecito amministrativo ed una sanzione, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, per il reato commesso da una persona fisica che abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo medesimo.

Infatti il novellato art. 187 terdecies, prevede che "1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187 septies, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato"....l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate".

Tale normative, facendo riferimento a sanzioni penali o sanzioni amministrative dipendenti da reato, ove sia riconosciute alle stesse natura penale, trova il limite della retroattività della sanzione più favorevole ai fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della nuova normative.

In base all'art. 2 c.p., secondo capoverso, se la legge del tempo in cui sono stati commessi i medesimi fatti aventi rilevanza o natura penale e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono piu favorevoli al reo, attuandosi in tal modo il principio della extrattività della norma piu favorevole, extrattività che è retroattività se la norma piu favorevole è quella successiva, ultrattività se la norma piu favorevole e quella anteriore. Ciò risponde ad una duplice esigenza: da un lato si vuole evitare una valutazione del fatto più severa di quella del tempo in cui fu commesso il reato, dall'altro, nel caso d'identificazione della norma più favorevole con quella successiva, si sancisce l'inapplicabilità della disciplina antecedente, il cui maggiore rigore non risponde più ai nuovi parametri di valutazione sociale e morale del fatto.

La normative previgente (art. 187-ter (Manipolazione del mercato). faceva "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", prevedendo il cumulo di sanzioni penali ed amministrative; il previgente art. 187 terdecies (Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale) recita "

1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi (dell'art. 187 septies), la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa", facendo riferimento al solo cumulo di pene pecuniarie di natura amministrativa e sanzioni pecuniarie dipendenti da reato, lasciando fuori il cumulo tra sanzioni penali di natura detentiva e sanzioni amministrative di natura penale (applicabile nella fattispecie a favore dell'incolpato), riconosciute invece dall'interpretazione del novellati art. 187 terdecies, oltre che dalla stessa sentenza Gxxxx. Il previgente art. 187 terdecies, è quindi meno favorevole della nuova normative che, invece, statuisce che "l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate" (art. 187 terdecies). Per misure punitive devono intendersi sia le pene detentive che la sanzioni pecuniarie sia di natura penale che amministrativa, con possibilità di cumulo anche tra pena detentiva e pena pecuniaria amministrativa ai fini della valutazione di proporzionalità demandata al giudice che applica la sanzione inflitta per ultima. In ogni caso il nuovo art. 187 terdecies, è più favorevole nella parte in cui prevede il cumulo tra le sanzioni inflitte all'ente e alla persona fisica che lo rappresenta ai fini della valutazione di proporzionalità.

La nuova normativa (art. 187 terdecies) appare confliggente con i principi della CGUE, nella parte in cui consente l'applicazione del principio del ne bis in idem anche nel caso di sanzioni inflitte a soggetti diversi (quali, ad esempio, la società e il suo legale rappresentante). Trattandosi di principio contrastante con l'orientamento consolidato, al riguardo, sia della CEDU che della CGUE (cfr p.17), il Giudice nazionale dovrà disapplicare la sola parte della norma (art. 187 terdecies novellato) confliggente con i principi della CGUE (anche in forza del principio del favor rei), ove non abbia riflessi sulla applicazione della restante normativa ritenuta più favorevole, essendo possibile, in tali limiti, una disapplicazione parziale della norma confliggente con i principi della CGUE. Nel caso di specie il principio nazionale ritenuto incompatibile con i principi

unionali deve ritenersi autonomo e non essenziale alla applicazione della restante disposizione normative. La previsione della normative nazionale in esame agevolerebbe, inoltre, condotte elusive con la comminatoria di pene nei confronti di persone fisiche che potrebbero essere adoperate come schermo (c.d. teste di legno) per salvaguardare il patrimonio di società o viceversa.

Cumulo di sanzioni penali e amministrative nei confronti del medesimo soggetto.

19.1 Diversa e più articolata è la valutazione del divieto del ne bis in idem nei confronti del medesimo soggetto destinatario di una sanzione penale e amministrativa per i medesimi fatti.

La CGUE, al p.29 della sentenza Gxxxxx, ha innanzitutto ricordato che, seppur spetti al giudice del rinvio valutare se i procedimenti e le sanzioni penali e amministrative rivestano natura penale ex art. 50 CDFUE, "pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale, può tuttavia fornire precisazioni tese a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione" (v. CGUE, sent. 5 giugno 2014, Mahdi, in C-146/14).

Un profilo interessante della sentenza Gxxxxx è rappresentato dalla precisazione (dopo l'affermazione che l'art. 50 della Carta non esclude la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali nonchè procedimenti e sanzioni amministrativi di natura penale) delle condizioni in presenza delle quali il cumulo sanzionatorio può ritenersi ammissibile e non lesivo delle prerogative dell'individuo in esame.

La Corte ha chiarito che detto cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura sostanzialmente penale può essere giustificato qualora i diversi procedimenti e le distinte sanzioni si prefiggano scopi complementari. Occorre, inoltre, che sia garantita:

1) la proporzionalità delle risposte punitive rispetto agli scopi perseguiti;

2) la prevedibilità di tale doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise;

3) il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere per l'interessato da tale cumulo sia limitato allo stretto necessario;

4) il rispetto del principio di proporzionalità delle pene sancito all'art. 49, par. 3, della Carta secondo cui le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso. Trattasi di condizioni che mirano ad allineare le garanzie riconosciute al cittadino dalla Carta dei diritti Europei all'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di "ne bis in idem". Nel caso invece che uno dei due procedimenti non sia ancora definito, ove sussista una connessione temporale tra i due procedimenti - che non vuoi significare contemporaneità assoluta - deve ritenersi - a giudizio di questo Collegio - ancora possibile, da parte del giudice e/o dell'autorità del procedimento non ancora concluso, tener conto dei parametri indicati dalla Cedu al fine della comminatoria della relativa sanzione (amministrativa o penale) con riferimento al procedimento non ancora concluso.

Quanto alla connessione "sostanziale", deve riconoscersi come nella fattispecie, i procedimenti e le sanzioni applicate perseguano scopi complementari, e che l'imposizione tanto di una sanzione pecuniaria "amministrativa" di natura afflittiva, quanto della pena detentiva fossero in concreto prevedibili per il R. sulla base della legislazione nazionale vigente all'epoca dei fatti; tuttavia, nel determinare la sanzione amministrativa (ancora non definitiva) nei confronti del ricorrente, non si è tenuto conto della condanna penale nei confronti del medesimo soggetto per gli stessi fatti.

19.2 La normativa nazionale in tema di market abuse mira a tutelare interessi diversi: da una parte l'integrità dei mercati finanziari e dall'altra la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Nel caso di specie i fatti, relativi ad operazioni di manipolazione del mercato, sono puniti sia con una sanzione amministrativa che con una sanzione penale. Prima del 2005 tale condotta era tutelata esclusivamente sul piano penale dall'art. 185 TUF (Manipolazione del mercato); tale norma prevedeva che venisse punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da Euro ventimila a Euro cinque milioni, "Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari". Con la L. n. 62 del 2005 (attuativa della direttiva n. 2003/6/CE - cosiddetta Market Abuse Directive, MAD), invece, la predetta tutela è stata corredata dalla previsione di due paralleli illeciti amministrativi: l'art. 187 bis TUF (cd insider trading), e l'art. 187 ter, comma 1, TUF (Manipolazione del mercato) che prevede: "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro ventimila a Euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso Internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari". L'abrogata direttiva 2003/6/CE (ed. Market Abuse Directive - MAD) in materia di abusi di mercato imponeva agli Stati membri l'obbligo di adottare sanzioni amministrative - "effective, proportionate and dissuasive" - lasciando loro la facoltà di prevedere nel contempo anche sanzioni penali - cd. "sistema a doppio binario" - in forza del quale, in caso di convergenza dei medesimi fatti, l'illecito penale concorre con il corrispondente illecito amministrativo, con conseguente cumulo delle rispettive sanzioni, in deroga al principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9. A fronte di quanto appena affermato, le parti ricorrenti rilevano che il caso di specie integrerebbe una violazione del principio del ne bis in idem sancito tanto dall'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), quanto dagli artt. 2 e 4, prot. 7 della CEDU, anche alla luce dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, paventando l'ipotesi di un'illegittimità costituzionale dell'art. 187 ter TUF. La particolarità di questa nuova formulazione normativa consisterebbe nella sovrapponibilità degli illeciti amministrativi ai corrispondenti delitti, tale da ricomprendere, di fatto, anche l'omologa fattispecie penale. La sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo è, tuttavia, contemplata dallo stesso legislatore, come risulta dalla clausola di apertura degli artt. 187 bis e 187 ter, "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", che, in tal modo, stabilisce, da un punto di vista sostanziale, il cumulo dei due tipi di sanzioni, prevedendo che le stesse sanzioni amministrative pecuniarie si applicano a chiunque pone in essere "operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifizi od ogni altro tipo di inganno o di espediente". Dal raffronto tra le predette norme si evince la sussistenza del sistema del c.d. doppio binario tra il reato di manipolazione del mercato (art. 185 TUF) e l'analoga fattispecie amministrativa (art. 187

ter TUF) essendo prevista, nei rispettivi giudizi, una duplice sanzione: quella penale e quella amministrativa.

Nel nostro ordinamento, il sistema del doppio binario è contemplato dall'art. 187 duodedes del TUF, prevedendosi che "il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'art. 187 septies non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dai cui accertamento dipende la relativa definizione".

Limitazione dell'art. 50 CDFUE ex art. 52, par. 1, CDFUE. 20. La risposta della Corte di Giustizia in ordine al quesito formulato da questa Corte di legittimità è articolata, riconoscendo - nella sentenza Gxxxx - "che la normativa nazionale di cui al procedimento principale consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi dell'art. 50 della Carta nei confronti di una persona, quale il sig. R., per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata a suo carico una condanna penale definitiva", facendo una prima affermazione, apparentemente contraddittoria con il principio sopra espresso: "Orbene, un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni costituisce una limitazione del diritto garantito da detto art. 50" (p. 41).

Tuttavia subito dopo la CG individua limitazioni del diritto garantito dall'articolo 50 della Carta osservando che "Occorre ricordare che, nella sua sentenza del 27 maggio 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, punti 55 e 56), la Corte ha dichiarato che una limitazione del principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'articolo 52, paragrafo 1, della medesima".(p.42), aggiungendo che "Ai sensi dell'art. 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. A termini del secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" (p.43). "Nel caso di specie viene ribadito - è pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali nonchè procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge" (p.44). Sussistono, quindi, due diversi livelli di tutela del divieto del ne bis in idem a livello unionale; il principio generale è individuabile nell'art. 50 della CDF che, (a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona ha effetti vincolanti al pari dei Trattati UE e TFUE ex art. 6, par. 1 TUE) e prevede (Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato) "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge". Limitativo del principio di carattere generale è l'art. 52 della Carta (Portata dei diritti garantiti) che sancisce, al comma primo, "1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Si precisa ulteriormente, all'art. 52 cit., n. 3, 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".

L'art. 50, della Carta può, quindi, subire limitazioni per la tutela di altri interessi dell'Unione ma tale limitazione deve essere giustificata, razionale e proporzionata; le sanzioni, affinchè questi requisiti siano rispettati devono avere scopi complementari, e debbono esistere regole di coordinamento tra i procedimenti allo scopo di evitare oneri sproporzionati per il sanzionato. Nella sentenza cit. Oxxx e Bxxxx contro Italia - ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, nella misura in cui l'art. 50 della medesima contiene un diritto corrispondente a quello previsto all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, occorre garantire che la predetta interpretazione dell'art. 50 della Carta non sia in contrasto con il livello di tutela garantito dalla CEDU. Analoga interpretazione deve, quindi essere fornita all'art. 50 della Carta e all'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il principio di carattere generale (art. 50 della Carta) induce a ritenere che eventuali limitazioni, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere previste solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui. E' pacifica, nel caso di specie, la sussistenza della prima condizione: il cumulo di procedimenti e sanzioni penali nonchè procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale, come già evidenziato, è previsto dalla legge nazionale. Occorre, tuttavia, accertare, preliminarmente, se il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative di natura penale corrisponda ad un obiettivo di interesse generale. Secondo la giurisprudenza comunitaria, in materia di contrasto ad operazioni di manipolazione del mercato (cfr. CGUE, sent. 23 dicembre 2009, Spector Photo Group e Van Raemdonck, in C-45/08), un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato qualora tali procedimenti e tali sanzioni perseguano scopi "complementari" riguardanti aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. La CGUE afferma che, in astratto, la legislazione italiana in materia di manipolazione del mercato è idonea a realizzare l'obiettivo appena prefissato; tuttavia a condizione che preveda, in primo luogo, norme chiare e precise in forza delle quali il soggetto possa comprendere quali atti/omissioni possano costituire oggetto di tale cumulo di procedimenti e sanzioni, confermando il proprio orientamento già espresso nella sentenza 26 febbraio 2013, Axxxx Fxxxx, in C-617/10, e ripreso nella già citata Mxxxx (punti da 18 - 25). Il principio del ne bis in idem, così come tutelato dall'art. 50 CGUE, può, quindi, legittimamente essere limitato, a norma del successivo art. 52, par. 1, CDFUE, riaffermandosi la discrezionalità degli Stati membri nella scelta delle sanzioni applicabili - amministrative, penali o una combinazione di esse - volte ad assicurare l'esatta riscossione dell'IVA ed a combattere la frode, dando così attuazione al diritto dell'Unione. Alla luce di tali pronunce questa Corte di legittimità ritiene che la scelta del "doppio binario" non sia di per sè lesiva dell'art. 50 CGUE, bensì ne costituisca una mera limitazione permessa ex art. 52, par. 1, CDFUE, sempre che le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta siano, anzitutto, previste dalla legge; occorre, poi, che le eventuali doppie sanzioni rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà nonchè il principio di proporzionalità, sicchè potranno trovare applicazione solo qualora siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui. Sussistono quindi, in astratto, nel caso di specie,le condizioni per la presenza di un doppio binario sanzionatorio,

compatibile con il diritto al ne bis in idem, dovendosi tuttavia, accertare se il ricorrente R. abbia sofferto un pregiudizio sproporzionato per essere stato sottoposto a procedimento penale e amministrativo per gli stessi fatti e punito per la medesima condotta da autorità diverse, in due diversi procedimenti. Il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 107, (in G.U. n. 214 del 14-09-2018) ha modificato la disciplina in tema di concorso di sanzioni penali e sanzioni amministrativi per i fatti di abuso del mercato, disponendo l'art. 187 terdecies (Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative) "

1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187 septies, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria". Mentre la lettera b) fa riferimento a sanzioni diverse ma della medesima natura (tutte pecuniarie), la lettera a) parla genericamente di "misure punitive" per tali dovendosi intendere sia quelle detentive che pecuniarie penali (multa - ammenda) o di natura penale (come la sanzione amministrativa inflitta al R. dalla Consob). I medesimi principi, più articolati sotto l'aspetto delle condizioni e dei presupposti per l'applicazione del doppio binario cd."temperato", sono stati affermati dalla sentenza Gxxxx a cui questo Collegio ha dato attuazione. Non si fa, invece, alcun riferimento, nel nuovo art. 187 terdecies, alla contestualità dei procedimenti (richiesta, invece, dalla giurisprudenza della CEDU) e deve, quindi, ritenersi che, in base alla normative nazionale, non rilevi neanche l'ordine temporale con cui vengono irrogate le sanzioni, essendo sufficiente, ai fini della violazione del divieto del ne bis in idem, con le limitazioni già evidenziate, che alla medesima condotta siano applicate sanzioni amministrative e penali, sia che l'adozione delle prime preceda la comminatoria delle seconde che nel caso inverso. La mancata previsone, nella normativa nazionale, della contestualità dei procedimenti, sia pure intesa in senso allargato, potrebbe contrastare con i principi unionali già evidenziati e tuttavia non ha alcuna rilevanza ai fini del presente giudizio in quanto, comunque, è stata accertata la contestualità dei procedimenti penale e amministrativo.

Valutazione dei principi di proporzionalità tra le diverse sanzioni inflitte.

21.1 Il doppio binario deve garantire che gli oneri risultanti, per gli interessati, da un tale cumulo siano limitati "allo stretto necessario" per realizzare il già citato obiettivo. Ciò implica l'esistenza di norme o, comunque, l'individuazione di principi o regole che assicurino un coordinamento che riduca al minimo l'onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati. In più, il doppio binario deve al contempo accompagnarsi a norme che consentano di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato, costituendo un obbligo per le autorità competenti di assicurare, in caso di seconda sanzione, che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato. In mancanza di tali norme "di coordinamento" è tuttavia possibile che il giudice nazionale, in base agli stessi principi enunciati dalla CGUE, in sintonia, peraltro, con quanto disposto dal D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 107, nel caso in cui uno dei due procedimenti non sia ancora concluso, possa tener conto di tali

principi, rimodulando, confermando o annullando la sanzione inflitta in relazione al procedimento non ancora concluso, tenendo conto della sanzione già divenuta definitiva. Nel par. n. 57 della sentenza Gxxxx la CGUE afferma che: "vero è che l'obbligo di cooperazione e di coordinamento tra il pubblico ministero e la Consob previsto all'art. 187 decies, del TUF può ridurre l'onere derivante, per l'interessato, dal cumulo di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di un procedimento penale per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato. Tuttavia va sottolineato che, nel caso in cui sia stata pronunciata una condanna penale in forza dell'art. 185 del TUF al termine di un procedimento penale, la celebrazione del procedimento riguardante la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo". Da ciò ne discende che è necessario valutare, ai fini della compatibilità con gli artt. 50 e 52 CDFUE, se le sanzioni complessivamente inflitte dal giudice penale e dalla Consob siano proporzionate alla gravità del fatto commesso. Ai punti 59-61-62, la Corte di Giustizia precisa che "ciò considerato, risulta che il fatto di proseguire un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi di tale articolo 187 ter eccederebbe quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, nei limiti in cui la condanna penale pronunciata in via definitiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare". Afferma la Corte di Giustizia che "Pertanto, emerge che una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, che permette, dopo una condanna penale divenuta definitiva, alle condizioni indicate al punto precedente, la celebrazione di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.... Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla circostanza che la pena definitiva pronunciata in applicazione dell'art. 185 del TUF può, se del caso, estinguersi successivamente per effetto di un indulto, come sembra avvenuto nel procedimento principale. Infatti, dall'art. 50, della Carta emerge che la protezione conferita dal principio del ne bis in idem deve applicarsi alle persone che sono state assolte o condannate con sentenza penale definitiva, comprese, quindi, quelle alle quali è stata inflitta, con una sentenza siffatta, una sanzione penale successivamente estintasi per indulto. Pertanto, una circostanza del genere è irrilevante per valutare il carattere strettamente necessario di una normativa nazionale come quella discussa nel procedimento principale". Viene, quindi, affermato, implicitamente, il cumulo di una sanzione penale detentiva con una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale.

21.2 Occorre verificare se dalla lettura di questi punti cruciali emerge che la CGUE abbia lasciato uno spazio di manovra solo "apparente" al giudice di merito, in ordine alla valutazione del carattere strettamente necessario del sistema del doppio binario, oppure se il giudice nazionale abbia uno spazio effettivo di manovra e di valutazione, come sembra emergere dal tenore complessivo della sentenza Gxxxxx che ha affermato che "spetta al giudice del rinvio valutare se la celebrazione di un procedimento amministrativo di natura penale ecceda quanto strettamente necessario per raggiungere il risultato della tutela degli interessi finanziari dell'UE". In termini

generali la Corte di Giustizia sembrerebbe escludere limitazioni del principio del ne bis in idem, ma una attenta lettura della sentenza consente di considerare tale divieto come assoluto solamente nel caso che la precedente condanna penale "sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo".

Non trattasi quindi di un automatismo in base al quale la condanna penale, a prescindere dalla sanzione inflitta, non consente la comminatoria di alcuna altra sanzione, dovendo il giudice nazionale valutarne, complessivamente, l'affliitività, la proporzionalità e la dissuasività. In altri casi e in forza della precedente giurisprudenza la Corte ha dimostrato di prediligere una valutazione dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività del "doppio binario" sul piano astratto, e non su quello concreto, così tracciando una linea di continuità con quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 115 /2018 del 10 aprile/31 maggio 2018 sul caso Txxxx II (anche se in quell'ipotesi, la valutazione in astratto riguardava la determinatezza della fattispecie penale, ove viene sancito che "la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari". In particolare, questo atteggiamento della CGUE, in linea di principio, è ravvisabile tanto nella pronuncia Garlsson quanto nella coeva Menci. In entrambi i casi, infatti, pur formalmente lasciando al giudice nazionale uno spazio di valutazione rispetto alla compatibilità del sistema del "doppio binario" (ravvisabile a fronte delle peculiarità del caso concreto) rispetto ai principi unionali (così come precisati alla luce dell'evoluzione tracciata anche dalla Corte EDU), essa conclude tracciando dei criteri interpretativi che sembrerebbero ridurre al minimo la discrezionalità del giudice di merito. La pronuncia Gxxxx apre, invece, dei varchi all'intransigente orientamento sull'inammissibilità del doppio binario sanzionatorio affermato, tra le altre, nella sentenza della Corte EDU Grande Stevens e altri c. Italia. che prevede che ogni qual volta l'imputato sia stato già raggiunto da una sentenza penale definitiva per il reato di cui all'art. 185 T.u.f. non sarebbe più passibile di sanzione amministrativa. La Corte di Giustizia, invece, ritiene, come già evidenziato, ammissibile il cumulo di sanzioni amministrative e penali se "tali procedimenti e tali sanzioni perseguano, ai fini del conseguimento di un simile obiettivo, scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare". (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Sxxxx Pxxxx xxx e Vxxx Rxxxxx, C-45/08, EU:C:2009:806, punti 37 e 42); "a tal riguardo, in materia di illeciti legati alle manipolazioni del mercato, sembra legittimo che uno Stato membro voglia, da un lato, scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno, del divieto di manipolazione del mercato applicando sanzioni amministrative stabilite, se del caso, in maniera forfettaria e, dall'altro, scoraggiare e reprimere violazioni gravi di tale divieto, che sono particolarmente dannose per la società e che giustificano l'adozione di sanzioni penali più severe".

Peraltro la stessa Corte Unionale individua tale diversità di finalità rilevando che la normativa di cui al procedimento principale di natura aministrativa risponde a un obiettivo di interesse generale, essendo finalizzata a tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari; la condanna criminale, invece, non solo serve come deterrente ma ha anche uno scopo punitivo nei confronti della stessa "omissione dichiarativa

antisociale", e presenta l'ulteriore elemento di "frode colpevole". Se la limitazione del principio del ne bis in idem fosse stata solo formale non avrebbe avuto senso per la Corte parlare di ammissibilità di cumulo, di proporzionalità delle sanzioni cumulativamente irrogate.

La valutazione, sia pure in forza della norma limitativa di cui all'art. 52 CGCE, del giudice nazionale deve essere effettiva ed investire tutti gli aspetti, nei limiti indicati dalla Corte di Giustizia.

Conclusioni:

22. Conclusivamente i principi a cui si perviene dalla interpretazione della sentenza Garlsson sono i seguenti:

a) non può essere sindacata la scelta del legislatore di sanzionare la condotta illecita - pur avente ad oggetto lo "stesso fatto" inteso secondo la giurisprudenza della Corte e.d.u. - con la previsione di un doppio binario processuale (penale/amministrativo);

b) l'avvio di separati procedimenti, con la possibilità di vedere applicate sanzioni diverse, costituisce una circostanza prevedibile e l'incolpato sa o - comunque - è in grado di sapere - nei sistemi, come quello italiano, in cui è possibile il "doppio binario" - che nei suoi confronti potrebbe essere esercitata (o che, quantomeno, che ve ne è la possibilità), sia l'azione penale che inflitta una sanzione tributaria amministrativa;

c) il rispetto del principio del ne bis in idem non dipende dall'ordine nel quale sono stati condotti i rispettivi procedimenti; l'unico fattore materiale è il rapporto tra i due illeciti.

Possibile, quindi, una doppia risposta sanzionatoria: una sanzione amministrativa ed una sanzione penale, le quali perseguono scopi diversi; scopo delle sanzioni amministrative è prima di tutto quello di incoraggiare i soggetti destinatari della sanzione a rispettare il loro dovere di fornire informazioni complete e corrette e di rafforzare le fondamenta del sistema fiscale nazionale, condizione preliminare per il funzionamento dello Stato e quindi per il funzionamento della società (cfr CEDU 15.11. 2016, n. 24130/11); la sanzione penale rappresenta, invece, il "castigo" che lo Stato, attraverso l'autorità giudiziaria, a conclusione di un processo, infligge a un soggetto che abbia commesso un reato e tende non solo a reprimere un fatto reato commesso, ma ad impedire che quel determinato individuo non commetta più reati in futuro. La stessa Cedu afferma che la condanna criminale non solo serve come deterrente ma ha anche uno scopo punitivo nei confronti della stessa "omissione dichiarativa antisociale", e presentava l'ulteriore elemento di "frode colpevole" (cfr CEDU 15.11. 2016, n. 24130/11).

Occorrono quindi, ai fini della cumulabilità dei procedimenti,alla luce dei principi unionali, la sussistenza delle seguenti condizioni:

a) svolgimento di processi paralleli e tra loro connessi;

b) proporzionalità della sanzione inflitta nel senso che la pena inflitta in un procedimento deve tener conto della sanzione inflitta nell'altro.

E' altresì possibile che le diverse sanzioni siano irrogate da due diverse autorità nell'ambito di procedure diverse, purchè con un collegamento sufficientemente stretto tra di loro, sia nella sostanza che cronologicamente, così potendo le stesse essere considerate come facenti parte di un complesso schema sanzionatorio.

Occorre, quindi, che sia garantita:

1) la proporzionalità delle risposte punitive rispetto agli scopi perseguiti; 2) la prevedibilità di tale doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise; 3) il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere per l'interessato da tale cumulo sia limitato allo stretto necessario; 4) il rispetto del principio di proporzionalità delle pene sancito all'art. 49, par. 3, della Carta secondo cui le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso. Al riguardo si ritiene sussistente il requisito sostanziale richiesto ai fini della "sufficiente connessione" tra procedimento penale e amministrativo con un'unica risposta integrata dell'ordinamento contro il medesimo fatto illecito che può essere assicurata dalla valutazione complessiva delle sanzioni - essendo ancora sub iudice quella amministrativa - da parte del giudice chiamato a tale ultima valutazione. Deve anche ritenersi esistente il nesso di carattere cronologico tra i due procedimenti penale e amministrativo che, per i giudici di Strasburgo, non implica necessariamente che i procedimenti debbano essere condotti in maniera parallela, potendo sussistere anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi successivamente alla definizione del primo purchè vi sia una valutazione di proporzionalità tra le sanzioni. Nel caso in esame sussiste un nesso temporale sufficientemente stretto tra procedimento amministrativo sanzionatorio, ancora non definito, e procedimento penale, invece, avviato e definito nei confronti del R.; la Consob ha avviato il procedimento amministrativo sanzionatorio in data 26 settembre 2006, ha trasmesso, con note del 14 giugno 2005, 25 agosto 2005 e novembre 2005, alle Procure della Repubblica interessate i relativi rapporti di cui si fa menzione della sentenza del Tribunale penale di Roma del 10 settembre 2008. Sotto il profilo della connessione sostanziale va evidenziato il carattere teleologico dello scopo delle sanzioni irrogate all'esito di ciascun procedimento ed alla risposta sanzionatoria complessiva apprestata dall'ordinamento in relazione al medesimo fatto illecito con riguardo a profili diversi della medesima condotta antisociale. Sussistono, quindi, nella fattispecie, i requisiti di complementarietà delle sanzioni, della prevedibilità, da parte dell'interessato, di applicazione di sanzioni differenti per lo stesso fatto (c.d. cumulo sanzionatorio). Il coordinamento tra procedimenti dovrà essere assicurato dal giudice del rinvio, non essendo divenuta ancora definitiva la sanzione amministrativa, consentano all'autorità giudiziaria di valutare le misure punitive inflitte dalla Consob, non ancora definitive, al fine di assicurare i principi di proporzionalità ed afflittività delle complessive sanzioni penali ed amministrative, unitariamente considerate. Proprio con riferimento all'art. 50 CDFUE la Corte di Giustizia, sentenza 26/2/2013, Axxxx c. Hxxx Axxxx Fxxxx, in causa C-617/10, ha affermato l'obbligo del giudice nazionale di garantire la "piena efficacia" del diritto UE, "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore", principio ribadito anche nella sentenza Gxxxxx. Ai fini della valutazione complessiva di proporziolatità ed adeguatezza delle sanzioni inflitte al R., demandata al giudice del rinvio, occorre evidenziare che la condanna penale inflitta dal Tribunale di Roma non è riconducibile solamente ai fatti contestati anche nel procedimento amministrativo in quanto il giudice penale, tra i numerosi reati contestati al R., ha

ritenuto più grave il reato di corruzione, contestato al capo e) della imputazione, per avere, in concorso con altri soggetti, corrisposto 3 milioni di Euro ai soggetti specificati nel capo di imputazione, su un totale promesso di 50 milioni di Euro, per atti contrari ai doveri di ufficio da parte del Presidente della Fondazione Enasarco, in favore della società Mxxxx Rxxxl Exxx s.p.a., di cui il R. rivestiva la qualità di presidente del Consiglio di Amministrazione, mentre il reato oggetto della valutazione relativa al ne bis in idem è stato contestato al capo G della imputazione e per tale reato è stata giudicata congrua la pena di mesi 4 di reclusione anche se la reclusione totale di anni 4 e mesi 6 derivante dalla somma degli aumenti applicati alla pena base a titolo di continuazione ex art. 81 c.p.p. (anni 2, mesi 8 per il reato di corruzione) è stata ridotta di un terzo in ragione della scelta del rito. Come già rilevato, l'indulto non assume rilievo ai fini della valutazione in ordine al divieto del ne bis in idem (p.61) Ancorchè la condanna sia unitaria (essendo stati i vari reati ascritti al R. uniti dal vincolo della continuazione), ai fini della valutazione del ne bis in idem, occorre considerare la pena comminata in concreto per la medesima condotta oggetto di sanzione amministrativa da parte della Consob, non potendo ritenersi ricompresi nell'"idem", condotte diverse da quelle oggetto di sanzione amministrativa.

L'unificazione con il vincolo della continuazione di vari reati disancora quelli satelliti dalle specifiche pene edittali e li aggancia al criterio dell'aumento fino al triplo della pena prevista per la violazione più grave. Ne discende che per i reati satelliti anche le relative circostanze restano inefficaci, salva la loro limitata funzione "quoad poenam" di concorrere a determinare in maggiore o minore misura l'aumento di pena previsto dall'art. 81 proc. cod. pen. Nel caso di specie non si tratta di scorporare i vari reati ma di verificare quale sia stata la pena comminata in concreto per il reato satellite relativo al market abuse (previsto al capo G dell'imputazione), peraltro specificata dal giudice penale, rilevando la pena finale in concreto irrogata per tale reato, non avendo rilievo, ai fini della valutazione di proporzionalità, opzioni, relative al giudizio penale, di natura soggettiva legate alla scelta del rito (es: abbreviato), alle circostanze del reato, alla richiesta di patteggiamento (come nel caso in esame) al comportamento processuale (es: confessione) per usufruire delle attenuanti generiche, rilevando, ai fini della afflittività, proporzionalità e dissuasività, la pena finale irrogata. Occorre, quindi, valutare se una condanna a meno di mesi tre di reclusione (80 giorni, considerata la riduzione a seguito del patteggiamento) sia o meno afflittiva, proporzionata e dissuasiva rispetto al danno cagionato alla società dal reato commesso, la cui condotta è punita oltre che con la detenzione e la multa anche con una sanzione amministrativa dello stesso importo della multa (da Euro 20.000 a Euro 5.000.000), multa, tuttavia, non inflitta al R. nel procedimento penale non prevedendo il reato più grave di corruzione alcuna sanzione pecuniaria.

Trattandosi di una valutazione di merito tale accertamento non può essere compiuto dalla Corte di Cassazione, dovendosi ritenere il "giudice del rinvio" cui è stata rimessa tale valutazione dalla Corte di Giustizia, non solo il giudice remittente, ma, eventualmente, anche il giudice competente a decidere in base alla normativa nazionale.

Tale valutazione di congruità della doppia sanzione inflitta va quindi rimessa alla Corte di Appello di Roma, riconoscendo alla stessa la possibilità, essendo passata ormai in giudicato la condanna penale, che la sanzione amministrativa, oltre a potere essere annullata o confermata, possa essere ridotta al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata (sanzione

detentiva e amministrativa) nei limiti della efficacia, proporzionalità e dissuasività. La Corte di Appello dovrà valutare - nell'ottica del bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia tra il principio del ne bis in idem e l'esigenza di tutela della effettività proporzionalità e dissuasività della sanzione - la congruità, alla luce dei criteri indicati, della complessiva risposta sanzionatoria penale e amministrativa, all'illecito di manipolazione del mercato commesso dal R., confermando, annullando o modificando l'entità della sanzione amministrativa inflitta al R..

Più in particolare il giudice del rinvio dovrà valutare se la pena detentiva applicate (gg. 80 di reclusione) con il cumulo della sanzione amministrativa irrogata (5 milioni di Euro) eccedano "quanto strettamente necessario" per conseguire l'obiettivo di interesse generale costituito dalla tutela della integrità dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, considerando che le sanzioni complessivamente inflitte devono rispondere a principi di effettività, proporzionalità e dissuasività a tutela dell'interesse generale all'integrità dei mercati nell'ambito Euro unitario.

Vanno, quindi, rigettati I motivi da 1 a 11 del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale, accolto il motive n. 12 relativo all'entità della sanzione amministrativa, nei limiti delle valutazioni sopra riportate, cassata, limitatamente a tale motivo, la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, anche per le spese dei giudizi di legittimità, e di quello davanti alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia, trattandosi di litisconsorzio processuale con la necessaria partecipazione di tutte le parti dell'originario ricorso anche al giudizio di rinvio.

P.Q.M.

rigetta I motivi da 1 a 11 del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale, accoglie, nei limiti indicati in motivazione, il motivo n. 12 relativo all'entità della sanzione amministrativa inflitta a R.S., cassa, limitatamente a tale motivo, la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione, che si pronuncerà anche sulle spese dei giudizi di legittimità, e di quelli davanti alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Quinta Civile, il 10 ottobre 2018.

Depositato in Cancelleria il 30 ottobre 2018

Documenti citati



Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza