Sentenza del 06/12/2018 n. 31632 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 2

Testo

Intitolazione:
Borsa - In genere cumulo sanzione penale ed amministrativa con riferimento a stessi fatti - Applicabilità diretta art. 50 carta dei diritti fondamentali dell'unione europea - Condizioni - Giudicato penale di condanna - Necessità valutazione incidenza 'ne bis in idem' convenzionale ed euro unitario - Modalità - Giudicato penale di assoluzione con formula piena - Piena applicazione art. 50 citato - Fondamento - Conseguenze processuali - Fattispecie.

Borsa - In genere illecito amministrativo ex art. 187 bis t.u.f. - Assoluzione definitiva in sede penale dell'incolpato, con formula piena e con riferimento ai medesimi fatti storici, dal delitto ex art. 184 t.u.f. - Instaurazione procedimento amministrativo sanzionatorio o sua prosecuzione anche in sede di opposizione - Compatibilità con il principio del 'ne bis in idem' di diritto convenzionale ed euro unitario - Esclusione - Fondamento.

Borsa - In genere sanzione ex art. 187 bis t.u.f. - Natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale - Sussistenza - Sopravvenienza del d.lgs. n. 107 del 2018 - Incidenza - Esclusione - Fondamento.

Massima:

Qualora un procedimento amministrativo sanzionatorio, concernente i medesimi fatti oggetto di un procedimento penale definito con sentenza passata in giudicato di condanna, si sia concluso, a sua volta, con l'irrogazione di una sanzione, il giudice deve valutare la compatibilità fra il cumulo delle due sanzioni, amministrativa e penale, ed il divieto di "ne bis in idem" stabilito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 4 del VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tenendo conto dell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che valorizza principalmente la presenza di norme di coordinamento a garanzia della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, per la quale rileva, soprattutto, la vicinanza cronologica dei diversi procedimenti e la loro complementarità nel soddisfacimento di finalità sociali differenti. Ove, invece, il procedimento penale sia terminato con una pronuncia definitiva di assoluzione "perché il fatto non sussiste", il divieto del "ne bis in idem" è pienamente efficace e, pertanto, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non incontra alcuna limitazione ai sensi dell'art. 52 della stessa Carta. Ne derivano l'impossibilità di continuare nell'accertamento dell'illecito amministrativo e la necessità di interrompere il relativo procedimento e l'eventuale successivo giudizio di opposizione, con conseguente non applicazione della disposizione sanzionatoria di diritto interno, circostanza che esclude ogni

problema di disapplicazione di disposizioni nazionali in ragione del primato del diritto dell'Unione europea e la rilevanza di questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. (Nella specie, il ricorrente era una persona fisica che era stata assoggettata alla sanzione amministrativa stabilita dall'art. 187 bis T.U.F., ma era stata assolta, per gli stessi fatti, in via definitiva e con formula piena dal reato previsto dall'art. 184 T.U.F. all'esito di un giudizio nel quale la CONSOB era parte civile).

In base alla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 20 marzo 2018, resa nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, non è compatibile con il principio del "ne bis in idem" di diritto convenzionale ed euro unitario e, in particolare, con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio o la sua prosecuzione - eventualmente anche in sede di opposizione giurisdizionale - in relazione alla commissione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 bis T.U.F. qualora, con riferimento ai medesimi fatti storici, l'incolpato sia stato definitivamente assolto in sede penale con formula piena dal delitto previsto dall'art. 184 T.U.F.

La sanzione di cui all'art. 187 bis T.U.F., pur se formalmente amministrativa, va considerata, alla stregua sia della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sia del diritto euro unitario, sostanzialmente penale; né tale natura è mutata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 107 del 2018, che ha mitigato il relativo trattamento sanzionatorio, atteso che il massimo edittale "ordinario" è rimasto severo, che è possibile aumentare la sanzione che risulti inadeguata, benché applicata nella misura massima, e che sono previste, altresì, la confisca e le sanzioni accessorie della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità e della incapacità temporanea ad assumere incarichi direttivi.

CED, Cassazione, 2018

Testo:

FATTO E DIRITTO

1. Con delibera del 7 novembre 2012, notificata il 15 novembre 2012, la Consob applicava al dott. (XXXXX) la sanzione amministrativa pecuniaria di Euro 100.000 a norma dell'articolo 187 bis, comma 4, t.u.f. (Decreto Legislativo n. 58 del 1998, qui da intendersi nel testo anteriore alle modifiche recate dal Decreto Legislativo 10 agosto 2018, n. 107); una ulteriore sanzione dello stesso importo ai sensi dell'articolo 187 bis, comma 1, lettera a) t.u.f.; la sanzione amministrativa accessoria di cui all'articolo 187 quater, comma 1, t.u.f. per un periodo di mesi tre; la confisca di un immobile fino a concorrenza della somma di Euro 44.900.

Le suddette sanzioni erano applicate avendo riguardo a quanto segue: il dott. (XXXXX) aveva acquistato 4.000 azioni della (XXXXX) s.p.a. il 30.9.2008, il 3.10.2008 e il 14.5.2009 utilizzando l'informazione privilegiata concernente il progetto di acquisizione del controllo della societa' comunicatagli dal dott. (XXXXX), che l'aveva acquisita in ragione dell'attivita' lavorativa espletata presso la societa' (XXXXX) s.p.a.; lo stesso incolpato aveva acquistato 2.375 azioni (XXXXX) il 14 e il

17 ottobre 2008 in concorso con lo stesso dott. (XXXXX) utilizzando la medesima informazione privilegiata di cui si e' detto; il dott. (XXXXX) ben avrebbe potuto conoscere il carattere privilegiato dell'informazione in parola; la condotta posta in essere dal medesimo era quindi sanzionabile ex articolo 187 bis, comma 1, lettera a), e comma 4, t.u.f.; la sanzione pecuniaria doveva essere determinata in complessivi Euro 200.000,00 in considerazione dell'entita' delle risorse investite dall'incolpato per effettuare gli acquisti abusando delle informazioni privilegiate, della quantita' delle azioni complessivamente acquistate e della plusvalenza conseguita, giacche' la condotta illecita era stata posta in essere su uno strumento finanziario facente parte della small-mid cap e atteso, da un lato, l'effetto negativo sulla fiducia degli investitori circa l'integrita' del mercato finanziario, quale diretta conseguenza dagli illeciti, siccome compiuti da un operatore professionale, e considerata, dall'altro, la natura dolosa della condotta dello stesso dott. (XXXXX); la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilita' doveva infine essere fissata, secondo la Consob, in tre mesi, in considerazione di quanto rilevato in ordine alla gravita' oggettiva e soggettiva delle violazioni poste in atto.

2. Il dott. (XXXXX) impugnava avanti alla Corte di appello di Milano la suddetta delibera con ricorso del 19 dicembre 2012; la Consob si costituiva in giudizio depositando memoria e chiedendo il rigetto dell'opposizione. La Corte di appello di Milano, con sentenza depositata il 4 aprile 2013, respingeva l'opposizione. La corte distrettuale escludeva che nel corso del procedimento sanzionatorio si fosse prodotta l'inosservanza del termine previsto dall'articolo 187 septies t.u.f.; negava che l'attivita' istruttoria della Consob presentasse profili di illegittimita'; riteneva che l'informazione in contestazione avesse natura

privilegiata; assumeva essere stato provato che il dott. (XXXXX) ne avesse acquisito la disponibilita'; reputava che le operazioni poste in essere sul titolo (XXXXX) presentassero carattere anomalo, avendo riguardo all'operativita' pregressa del ricorrente.

3. Contro detta sentenza il dott. (XXXXX) ha proposto un ricorso per cassazione basato su otto motivi che, in estrema sintesi, investono: il contestato rispetto del termine di 180 giorni entro cui la Consob avrebbe dovuto portare a termine il procedimento amministrativo; le modalita' di esplicazione dei poteri istruttori attribuiti alla stessa Consob; l'apprezzamento, ai fini della decisione, di alcuni documenti; il mancato accoglimento di una prova testimoniale; l'omesso esame di fatti decisivi ai fini della verifica della sussistenza di una informazione privilegiata; l'asserita erronea applicazione, da parte della Corte di Appello, delle norme che regolano l'utilizzo della prova per presunzioni; il mancato apprezzamento di alcune circostanze che sul piano della ricostruzione della fattispecie di illecito addebitata allo stesso dott. (XXXXX) avrebbero assunto rilievo decisivo.

4.Il presente ricorso e' stato chiamato alla pubblica udienza del 27 maggio 2016, per la quale il dott. (XXXXX) ha depositato una memoria ex articolo 378 c.p.c. in cui deduceva che, con sentenza n. 6625/2014 del tribunale penale di Milano (che produceva), egli era stato assolto dal reato di cui all'articolo 184 t.u.f. per insussistenza del fatto. Il ricorrente - sottolineato come detta sentenza non fosse stata impugnata dal pubblico ministero, con conseguente formazione del giudicato sul capo penale di assoluzione che lo riguardava - deduceva che egli non poteva essere sottoposto, per gli stessi fatti, a un nuovo procedimento per l'applicazione di sanzioni che, come

quelle irrogategli dalla Consob, erano formalmente amministrative ma sostanzialmente penali secondo i criteri CEDU, a cio' ostando sia l'articolo 4 del Protocollo 7 CEDU, sia l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE); egli pertanto chiedeva, in applicazione del principio del ne bis in idem, la declaratoria di improcedibilita' del giudizio e delle pretese sanzionatorie esercitate dalla Consob con l'impugnata delibera.

5. All'esito dell'udienza del 27 maggio 2016 questa Corte, con l'ordinanza 15.11.2016 n. 23232, ha disposto rinvio pregiudiziale ex articolo 267, § 3, TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla seguenti questioni pregiudiziali interpretative:

"Se l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, sia precluso, senza necessita' di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravita' siano da qualificarsi penali";

"Se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalita' e dissuasivita' delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del ne bis in idem di cui all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti di pena posti dalla dir. 2014/57/UE".

6. La Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 30 marzo 2018 nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, ha stabilito che "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non puo' essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati".

7. All'esito di tale sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la causa e' stata nuovamente chiamata in discussione all'udienza del 26 settembre 2018, per la quale solo il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa e nella quale il Procuratore Generale ha concluso come riportato in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

8. Per valutare gli effetti dell'interpretazione dell'articolo 50 CDFUE e dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE fornita dalla sentenza CGUE 30 marzo 2018 C-596/16 e C-597/16 (XXXXX) e (XXXXX) c. Consob, ai fini della decisione che questa Corte e' chiamata ad assumere nel presente giudizio, e' opportuno prendere le mosse dagli argomenti sviluppati nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, che conviene riepilogare, sinteticamente, qui di seguito.

8.1. La sanzione di cui all'articolo 187 bis t.u.f., pur formalmente amministrativa, va considerata sostanzialmente penale, sia alla stregua della Convenzione EDU, secondo i criteri tracciati nella sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, Engel, sia alla stregua del diritto Euro unitario (CGUE 5 giugno 2012, C489/10, Bonda, 37).

Il Collegio ritiene che tale conclusione (successivamente ribadita da questa Corte nella ordinanza 16 febbraio 2018 n. 3138) vada mantenuta ferma nonostante che, dopo la pronuncia dell'ordinanza n. 23232/2016 (e della conseguente sentenza 20.03.18 della Corte di Giustizia), il quadro sanzionatorio sia stato mitigato dal Decreto Legislativo 10 agosto 2018, n. 107 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 settembre 2018 ed entrato in vigore il 29 settembre 2018, data posteriore a quella in cui e' stata deliberata la presente sentenza, ma anteriore a quella del relativo deposito), il quale ha modificato i limiti edittali della sanzione pecuniaria, abbassando il minimo da Euro 100.000 ad Euro 20.000 ed il massimo da Euro 15.000.000 ad Euro 3.000.000 (in sostanza ripristinando i termini edittali vigenti prima della quintuplicazione disposta dalla L. n. 262 del 2005, articolo 39, comma 3). Anche nel quadro sanzionatorio vigente a far tempo dal 29.09.18, infatti, il massimo edittale "ordinario" (Euro 3.000.000) e' molto severo e, comunque, ai sensi del quinto comma del medesimo articolo 187 bis, permane la possibilita' di aumento della sanzione - ove in concreto essa risulti inadeguata anche se applicata nel massimo - fino al triplo, o fino al decuplo del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito. La colorazione penale della sanzione di cui all'articolo 187 bis t.u.f. discende altresi' dal rilievo che alla stessa si accompagnano la confisca (articolo 187 sexies t.u.f.) e le sanzioni amministrative accessorie della perdita temporanea dei requisiti di onorabilita' e della incapacita' temporanea ad assumere determinati incarichi (articolo 187 quater t. u.f.).

In ogni caso, risulta dirimente la considerazione che la stessa Corte di Giustizia, nella sentenza 20.03.18 conseguente al rinvio pregiudiziale disposto in questo giudizio, ha affermato, pur con la riserva che la verifica definitiva sul punto spetta al giudice del rinvio, che le sanzioni di cui all'articolo 187 bis del t.u.f.

"perseguono una finalita' repressiva e presentano un elevato grado di severita' e, pertanto, una natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta" ed ha poggiato tale affermazione sul rilievo che, ai sensi dell'articolo 187 bis, comma 5 del t.u.f. (non toccato dalle modifiche recate dal Decreto Legislativo n. 107 del 2018), il massimo della sanzione pecuniaria astrattamente irrogabile ascende ad un importo di dieci volte superiore al prodotto o al profitto dell'infrazione.

8.2. La natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa di cui all'articolo 187 bis t.u.f. pone il problema di verificare se, ed in quali limiti, il concorso, per i medesimi fatti storici, del procedimento amministrativo applicativo di tale sanzione e del procedimento penale per il delitto di cui all'articolo 184 t.u.f. sia compatibile con il diritto fondamentale a non essere perseguiti o condannati penalmente per un reato per il quale si sia stati gia' assolti o condannati a seguito di una sentenza definitiva; diritto riconosciuto tanto dall'articolo 4 del VII Protocollo allegato alla CEDU (sulla cui base la Corte EDU ha elaborato il principio del ne bis in idem di diritto convenzionale, cfr. sent. 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, nonche', in parziale discontinuita' con la giurisprudenza precedente, sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia), quanto dall'articolo 50 CFDUE (sulla cui base la Corte

di Giustizia ha elaborato il principio del ne bis in idem di diritto Euro unitario, cfr. sent. 26 febbraio 2016, C-617/10, Fransson, nonche' le tre sentenze del 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, C-537/16, Garlsson Real Estate e C-596/16 e C-597/16, (XXXXX) e (XXXXX)).

8.3. Tanto nel diritto convenzionale, quanto in quello Euro unitario, ai fini del divieto di bis in idem deve aversi riguardo ai fatti nella loro materialita', indipendentemente dalla qualificazione giuridica operata dalle singole legislazioni nazionali.

Per quanto riguarda il diritto convenzionale, il criterio si rinviene nella giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU sull'articolo 4 del VII Protocollo allegato alla CEDU a partire dalla sentenza 10 febbraio 2009, Zolotukhin, nella quale si afferma che, ai fini della Convenzione, per "same offence" deve intendersi un reato che ha ad oggetto i medesimi fatti, o fatti che siano "sostanzialmente" gli stessi, rispetto a quelli per i quali si e' gia' stati giudicati (§ 83-84); cio' che rileva, in altri termini, non e' stabilire se gli elementi costitutivi delle due fattispecie tipiche siano o meno coincidenti, quanto, piuttosto, chiarire se gli illeciti oggetto dei due procedimenti siano riconducibili alla stessa condotta (in tema, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens, cit., § 224).

Per quanto riguarda il diritto Euro unitario, il criterio si rinviene nella giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia sull'articolo 50 CDFUE e sull'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen (alla cui stregua una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non puo', a determinate condizioni, essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente); cfr. sent. 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate, cit., § 37, ove si parla di "insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato"; sent. 18 luglio 2007, C-367/05, Kraaijenbrink, § 26; sent. 16 novembre 2010, C-261/09, Mantello, § 39; sent. 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-386/01, Guzotok e Brugge; sent. 9 marzo 2006, C-436/04, Van Esbroeck.

8.4. Nel presente giudizio il dott. (XXXXX) ha dimostrato producendo in copia autentica la sentenza del tribunale penale di Milano n. 6625/2014 (produzione ammissibile, avendo ad oggetto un documento dimostrativo di un giudicato esterno, cfr. Cass. n. 11365/15) - di essere stato assolto, per insussistenza del fatto, dal delitto di cui all'articolo 184 t.u.f., a lui ascritto per la medesima condotta per la quale la Consob ha irrogato nei suoi confronti la sanzione amministrativa impugnata nel presente giudizio. Sul capo penale che concerne il dott. (XXXXX), inoltre, risulta calato il giudicato, perche' la menzionata sentenza reca soltanto l'annotazione dell'appello proposto (oltre che da altro imputato) dalla parte civile Consob, e, come e' noto, l'impugnazione della parte civile contro la sentenza di proscioglimento e' ammessa, a norma dell'articolo 576 c.p.p., comma 1, ai soli effetti della responsabilita' civile.

8.5. La fattispecie in esame soggiace alla disciplina della CDFUE, perche' riguarda una materia rientrante nella competenza dell'Unione Europea, essendo disciplinata da norme emanate in attuazione di una direttiva comunitaria. Il presupposto di applicabilita' della CDFUE nel diritto interno e', infatti, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto Europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non gia' da sole

norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto (C. Cost. 11 marzo 2011, n. 80, § 5.5, ove i richiami a CGUE 5 ottobre 2010, C-400/10, J. McB. e a CGUE 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir).

8.6. La questione se il principio del ne bis in idem di diritto convenzionale e di diritto Euro unitario sia compatibile con la instaurazione o la prosecuzione di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale per i medesimi fatti per i quali l'incolpato sia stato assolto in sede penale e' logicamente precedente rispetto alla questione se l'esigenza, propria del diritto dell'Unione, di assicurare l'applicazione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per gli abusi di mercato (articolo 14, § 1, dir. 2003/6) sia compatibile con una norma interna che, come l'articolo 654 c.p.p., attribuisca alla sentenza penale di (condanna o di) assoluzione efficacia di giudicato (nei confronti di chi abbia partecipato al processo penale) nel giudizio civile o amministrativo concernente gli stessi fatti materiali oggetto del giudizio penale, cosi' precludendo un nuovo accertamento del medesimo illecito. Il divieto di bis in idem - ove inteso come impedimento assoluto alla possibilita' di perseguire (prima ancora che di sanzionare) in sede amministrativa, per fatti puniti con sanzioni amministrative aventi colorazione penale, chi per i medesimi fatti sia stato gia' irrevocabilmente condannato o assolto in sede penale - preclude, infatti, il dispiegamento di qualunque efficacia del giudicato penale nel procedimento destinato all'applicazione delle sanzioni amministrative, giacche' quest'ultimo procedimento non potrebbe essere instaurato o proseguito neppure al fine di concludersi con una pronuncia conforme, sul piano dell'accertamento della responsabilita', a quella che e' stata resa in sede penale.

9. Cosi' riepilogati i presupposti giuridici e fattuali del rinvio pregiudiziale disposto in esito all'udienza del 27 maggio 2016, il Collegio osserva che la risposta che la Corte di Giustizia ha offerto ai quesiti interpretativi che le sono stati sottoposti si articola su un duplice piano.

10. In primo luogo la Corte di Giustizia si sofferma sulla questione della compatibilita' del disposto dell'articolo 654 c.p.p. con l'articolo 14, § 1, dir. 2003/6, la' dove quest'ultimo impone agli Stati membri di sanzionare gli abusi di mercato con misure o sanzioni amministrative "efficaci, proporzionate e dissuasive" (questione che, come sottolineato nel precedente paragrafo 8.6, rappresenta, in effetti, un posterius rispetto alla questione della compatibilita' con il disposto dell'articolo 50 CDFUE della instaurazione o prosecuzione di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale per i medesimi fatti per i quali l'incolpato sia stato assolto in sede penale). La Corte di Giustizia muove dal presupposto che, ai sensi dell'articolo 187 undecies del t.u.f., "la Consob dispone della facolta' di partecipare al procedimento penale, segnatamente costituendosi come parte civile, ed e' inoltre tenuta, ai sensi dell'articolo 187 decies del TUF, a trasmettere alle autorita' giudiziarie la documentazione raccolta nell'esercizio della sua attivita' di controllo. Alla luce di tali elementi, risulta che la Consob puo' effettivamente accertare che una sentenza penale di condanna o, come nel caso dei procedimenti principali, di assoluzione sia pronunciata tenendo conto di tutti gli elementi di prova di cui dispone detta autorita' ai fini dell'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187 bis del TUF" (§ 33); sulla scorta di tale premessa (che, puo' evidenziarsi, sembra non attribuire alcuna rilevanza alla considerazione che, ai sensi dell'articolo 657 c.p.p., la parte civile non ha il diritto di impugnare la sentenza di

proscioglimento, se non agli effetti della responsabilita' civile) la Corte di Giustizia afferma che "l'obbligo, prescritto agli Stati membri dall'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive... non potrebbe portare a escludere l'autorita' di cosa giudicata che una sentenza penale di assoluzione possiede in forza di una disposizione nazionale quale l'articolo 654 c.p.p., nei confronti di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa vertente sui medesimi fatti di cui detta sentenza ha statuito che non risultano provati." (§ 35).

11. Successivamente la sentenza in esame passa a considerare l'articolo 50 CDFUE e, dopo aver premesso che la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, fondata sui medesimi fatti per i quali l'incolpato sia stato assolto in sede penale, costituisce una "limitazione del diritto fondamentale garantito dall'articolo 50 della Carta" (§ 40), esamina la questione se tale limitazione possa ritenersi giustificata sul fondamento dell'articolo 52, paragrafo 1, della CDFUE (alla cui stregua, come e' noto, possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, purche' si tratti di limitazioni previste dalla legge, che salvaguardino il contenuto essenziale dei diritti stessi e che risultino, nel rispetto del principio di proporzionalita', necessarie e rispondenti a finalita' di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le liberta' altrui).

12. Al riguardo la Corte di Giustizia - premesso che l'obiettivo di proteggere l'integrita' dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari e' tale da giustificare il cumulo di azioni sanzionatorie amministrative e penali, "ove tali azioni e sanzioni siano intese, in vista del conseguimento di detto obiettivo, a fini complementari aventi ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione" (§ 42) argomenta che "la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, come quello oggetto del procedimento principale, in esito alla definizione del procedimento penale e' assoggettata al rigoroso rispetto del principio di proporzionalita'" (§ 43) e che, nel caso in cui una sentenza penale definitiva di assoluzione abbia giudicato non provati i fatti perseguiti sia in sede penale che in sede amministrativa, "la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo" di proteggere l'integrita' dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari (§ 44). I giudici di Lussemburgo concludono, quindi, che, alla luce di una pronuncia di assoluzione che dichiari l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione di cui all'articolo 14, § 1, della direttiva 2003/6, dotata dell'autorita' di cosa giudicata anche rispetto al procedimento amministrativo, la prosecuzione di quest'ultimo risulta ingiustificata, e che "l'articolo 50 della Carta osta,... in un tale contesto, alla prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, come quelle oggetto del procedimento principale" (§ 45), salva la possibilita' di un'eventuale riapertura del processo penale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente inficino la sentenza penale pronunciata.

13. Alla stregua di tale pronuncia della Corte di Giustizia non si puo' dubitare della incompatibilita' con il disposto dell'articolo 50 CDFUE dell'instaurazione di un procedimento

amministrativo sanzionatorio (o della sua prosecuzione, eventualmente anche nella fase di opposizione in sede giurisdizionale) per l'illecito amministrativo di cui all'articolo 187 bis t.u.f. in relazione ai medesimi fatti storici per i quali l'incolpato sia stato assolto, in sede penale, dal delitto di cui all'articolo 184 t.u.f..

14. Residua, tuttavia, la questione se, nel presente giudizio, si possa fare diretta ed immediata applicazione dell'articolo 50 CDFUE, nell'interpretazione offertane - in una con l'interpretazione dell'articolo 14, § 1, della direttiva 2003/6 dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia in esito al rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE.

15. A tale riguardo il Collegio rileva che nella motivazione dell'ordinanza di questa Corte n. 23232/16, con cui detto rinvio pregiudiziale e' stato disposto, si ravvisava una violazione del principio del ne bis in idem convenzionale nel concorso tra le norme che puniscono l'abuso di informazioni privilegiate come illecito amministrativo (articolo 187 bis t.u.f.) e come reato (articolo 184 t.u.f.) e, conseguentemente, si poneva in discussione la questione della legittimita' costituzionale dell'articolo 187 bis t.u.f., in relazione all'articolo 117 Cost. e articolo 4 Prot. 7 CEDU. Nella ordinanza n. 23232/16, tuttavia, si argomentava - in conformita' alla giurisprudenza costituzionale dell'epoca, anteriore alla sentenza della Corte Costituzionale 14 dicembre 2017 n. 269 (cfr. C. cost. ord. 18 luglio 2013 n. 207, nonche', anche dopo la pronuncia dell'ordinanza n. 23232/16, C. Cost. ord. 2 marzo 2017 n. 48 e C. Cost. sent. 12 maggio 2017 n. 111) - che, se il principio del ne bis in idem fosse stato declinato in termini analoghi nel diritto convenzionale e nel diritto dell'Unione Europea, l'ipotizzata questione di legittimita' costituzionale dell'articolo 187 bis t.u.f., in relazione all'articolo 117 Cost. con riferimento all'articolo 4 del 7 Protocollo allegato alla CEDU, sarebbe risultata irrilevante; cio' perche', in ragione della diretta efficacia delle disposizioni della CDFUE nell'ordinamento italiano (nelle materie disciplinate, come quella oggetto del presente procedimento, dal diritto dell'Unione Europea, cfr. il paragrafo 8.6 che precede), la norma nazionale contrastante con tali disposizioni sarebbe stata immediatamente disapplicabile da parte del giudice comune nazionale.

16. L'intera problematica va ora riconsiderata alla luce della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 269/17, che, come e' noto, si e' specificamente soffermata sull'ipotesi di contrasto tra la norma interna e quelle disposizioni del diritto dell'Unione Europea, suscettibili di applicazione diretta, che siano contenute nella CDFUE. In tale sentenza, dopo la premessa che la CDFUE "costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale... sicche' puo' darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei Diritti dell'Unione" si afferma che "le violazioni dei diritti della persona postulano la necessita' di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtu' del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalita' delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (articolo 134 Cost.)" e, conseguentemente, si conclude che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimita' tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimita' costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per

le questioni di interpretazione o di invalidita' del diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 267 del TFUE".

17. La giurisprudenza di legittimita' successiva alla sentenza C. cost. n. 269/17 ha recepito in maniera non omogenea le indicazioni che, con tale sentenza, la Corte Costituzionale ha inteso dare ai giudici comuni.

Con l'ordinanza n. 3831 del 16.2.2018 questa Sezione - di fronte un duplice caso di doppia pregiudizialita', concernente due distinte ed autonome disposizioni del t.u.f., entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della CDFUE e della Costituzione Italiana (oltre che della CEDU e, una di loro, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966) - ha sollevato la questione di legittimita' costituzionale, segnalando, tuttavia, le criticita' che essa ravvisava nel percorso argomentativo della sentenza n. 269/17. Con la sentenza n. 12108 del 17.5.2018, per contro, la Sezione Lavoro di questa stessa Corte ha ritenuto immediatamente disapplicabile, senza necessita' di sollevare l'incidente di costituzionalita', una normativa interna il cui contrasto con il divieto di discriminazione tra uomo e donna aveva gia' formato oggetto di accertamento da parte della Corte di Giustizia.

Con la successiva ordinanza n. 13678 del 30.5.2018, infine, la medesima Sezione Lavoro, dubitando della compatibilita' di una norma interna con il divieto di discriminazione per eta' contenuto nella direttiva 2000/78 CE e nell'articolo 21 CDFUE, ha proposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea evocando direttamente (in una con la direttiva 2000/78 CE) l'articolo 21 CDFUE.

18. Il Collegio preliminarmente rileva che la citata sentenza CGUE C-537/16, Garisson Real Estate, anch'essa relativa alla compatibilita' del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia di abusi di mercato, afferma espressamente (§ 68) che "il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 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".

Cio' premesso, si ritiene - riconsiderando, sul punto, le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza n. 23232/16, anche alla luce delle tre pronunce della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018 sopra menzionate alla fine del § 8.2 - che le specifiche caratteristiche della vicenda che costituisce oggetto del presente giudizio consentono di dare diretta attuazione al disposto dell'articolo 50 CDFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, senza che cio' determini alcuna frizione con il principio del controllo accentrato di costituzionalita' di cui all'articolo 134 Cost., sul quale si fondano le indicazioni contenute nella sentenza C. Cost. n. 269/17.

19. Nella vicenda oggetto del presente giudizio, la circostanza che il dott. (XXXXX) sia stato assolto con formula piena dall'imputazione a lui mossa, ai sensi dell'articolo 184 t.u.f., per i medesimi fatti per i quali gli e' stata irrogata la sanzione amministrativa qui impugnata, fa si' che il rispetto del precetto dell'articolo 50 CDFUE non entri in conflitto con alcuna disposizione interna e cio', per un verso, impedisce l'insorgenza stessa di una questione di disapplicazione di norme interne in ragione del primato del diritto dell'Unione Europea e, per altro verso, esclude

la rilevanza, nel presente giudizio, dei dubbi di costituzionalita' astrattamente prospettabili - in relazione all'articolo 117 Cost., con riferimento alle norme interposte di cui agli articoli 4 del VII Protocollo allegato alla CEDU e 50

della CDFUE - in ordine alle disposizioni del t.u.f. che disegnano il c.d. "doppio binario" sanzionatorio, penale ed amministrativo, per gli abusi di mercato (dubbi, peraltro, gia' sollevati, con specifico riguardo all'articolo 187 bis t.u.f., dalla quinta sezione penale di questa stessa Corte, con l'ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1782, alla quale ha poi fatto seguito la sentenza della Corte Costituzionale 12 maggio 2016 n. 102).

20. In proposito e' opportuno sottolineare che la linea interpretativa che emerge dalle tre citate sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018 (C-524/15, Menci, C-537/16, Garlsson Real Estate e C-596/16 e C-597/16, (XXXXX) e (XXXXX)) in ordine alla portata dell'articolo 50 CDFUE impone, nella ipotesi in cui un procedimento amministrativo sanzionatorio venga instaurato o prosegua per i medesimi fatti oggetto di procedimento penale definito con sentenza passata in giudicato, di distinguere la situazione che consegue ad una sentenza di penale condanna da quella che consegue ad una sentenza penale di assoluzione.

Nelle suddette sentenze del 20 marzo 2018 la Corte di Giustizia ha infatti sostanzialmente affermato che il diritto fondamentale riconosciuto dall'articolo 50 CDFUE a non essere perseguiti o condannati per lo stesso reato per il quale si sia stati gia' assolti o condannati puo' subire alcune limitazioni, ai sensi dell'articolo 52 CDFUE, per la tutela di altri interessi dell'Unione, purche' si tratti di limitazioni previste dalla legge e proporzionate.

La Corte di giustizia, come gia' esposto nel paragrafo 12 che precede, ha quindi giudicato non proporzionata, in quanto eccedente rispetto all'obiettivo di proteggere l'integrita' dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nel caso in cui una sentenza penale definitiva di assoluzione abbia giudicato non provati i fatti perseguiti sia in sede penale che in sede amministrativa (sent. C-596/16 e C597/16, (XXXXX) e (XXXXX), § 44). La stessa Corte, per contro, ha ritenuto che la prosecuzione del procedimento sanzionatorio amministrativo per i medesimi fatti che abbiano formato oggetto di una sentenza penale di condanna non sia preclusa sempre e necessariamente e, in relazione a tale ipotesi, ha affermato che e' possibile derogare al divieto di bis in idem quando la possibilita' di cumulare procedimenti e sanzioni penali con procedimenti e sanzioni amministrativi di natura penale sia prevista dalla legge (sent. Garisson Rea Estate § 44), le sanzioni che si cumulano perseguano scopi complementari, riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato (sent. Garisson Rea Estate § 46, sent. Menci § 44) e, sotto altro aspetto, sussistano norme che assicurino un coordinamento volto a ridurre allo stretto necessario l'onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati (sent. Garisson Rea Estate § 55, sent. Menci §§ 53 e 55).

21. Tanto premesso sulla portata della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il Collegio rileva che l'articolo 187 bis t.u.f., sia nel testo anteriore alla modifica recata dal Decreto Legislativo n. 107/2018, sia nel testo successivo a tale modifica, vieta talune condotte e prescrive la sanzione amministrativa da applicare in caso di violazione del divieto: esso, in sostanza, configura talune

fattispecie di illecito amministrativo, facendo tuttavia "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato". Tale disposizione, peraltro, non detta alcuna disciplina in ordine alle modalita' di accertamento degli illeciti, ponendosi, per cosi' dire, "a valle" dell'accertamento stesso; essa ha, in altri termini, portata sostanziale e non procedimentale. L'operativita' della regula juris che la Corte di Giustizia trae dall'articolo 50 CDFUE secondo cui il giudicato penale di assoluzione (adottato in un processo in cui la Consob si sia costituita parte civile) impedisce di instaurare o proseguire, per gli stessi fatti, un procedimento sanzionatorio amministrativo - non interferisce, quindi, con la norma che configura e punisce l'illecito amministrativo, giacche' quest'ultima presuppone che l'illecito sia stato accertato (lo sottolinea la stessa sentenza CGUE 30 marzo 2018 C-596/16 e C-597/16 (XXXXX) e (XXXXX) c. Consob, dove, nel § 27, si legge: "Tuttavia, l'applicazione di sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive, prevista dall'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 nell'ipotesi di violazione del divieto di abusi di informazioni privilegiate, presuppone che le autorita' nazionali competenti accertino fatti che dimostrino l'esistenza, nella fattispecie in esame, di un'operazione tale da giustificare l'irrogazione di una sanzione amministrativa.").

22. Diverse sarebbero, per contro, le considerazioni da svolgere nel caso di un procedimento amministrativo sanzionatorio iniziato o proseguito in relazione a fatti storici gia' coperti da un giudicato penale di condanna; in tal caso, un problema di interferenza tra il divieto di bis in idem di matrice Euro unitaria e convenzionale e l'applicazione dell'articolo 187 bis t.u.f. potrebbe porsi nell'ipotesi in cui il procedimento sanzionatorio dovesse in concreto concludersi con l'irrogazione, in conformita' al disposto di detto articolo, di una sanzione amministrativa. In tale evenienza, come accennato nel § 20 che precede, il giudice sarebbe chiamato a valutare la compatibilita' del suddetto divieto di bis in idem con il cumulo della sanzione amministrativa da irrogare e la pena gia' inflitta in sede penale e, peraltro, dovrebbe, in tale valutazione, tener conto del non perfetto allineamento tra la declinazione del principio del ne bis in idem offerta dalla Corte di giustizia e quella offerta dalla Corte Edu. Nell'opera di definizione del perimetro di operativita' di tale principio, infatti, la Corte di Giustizia valorizza principalmente la presenza di norme di coordinamento che garantiscano la proporzionalita' dell'esito sanzionatorio complessivo (cfr. le gia' citate sentenze del 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, e - con specifico riferimento alla disciplina degli abusi di mercato, nella formulazione anteriore alla modifica recata dal Decreto Legislativo n. 107 del 2018 - CGUE, C-537/16, Garlsson Real Estate), mentre la Corte EDU valorizza principalmente la vicinanza cronologica dei diversi procedimenti e la loro complementarieta' nel soddisfacimento di finalita' sociali differenti (sent. 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, cit., sulla cui portata si veda anche Cass. Pen. n. 4100/18, Cass. Pen. n. 23043/18, Cass. Pen. n. 43435/17).

23. Al contrario, in presenza di una sentenza penale definitiva di assoluzione "perche' il fatto non sussiste" (come quella emessa dal tribunale penale di Milano nei confronti del dott. (XXXXX)), la portata precettiva dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non patisce alcuna limitazione ai sensi dell'articolo 52 della stessa Carta e cio' consente il pieno dispiegarsi del divieto di perseguire (che, come evidenziato nel paragrafo 8.6 che precede, e' logicamente anteriore al divieto di sanzionare) in sede amministrativa fatti gia' giudicati in sede penale. Da cio' deriva l'impossibilita' di proseguire l'accertamento dell'illecito amministrativo configurato dagli stessi fatti storici giudicati (e ritenuti insussistenti) in sede penale;

impossibilita' che impone l'arresto del procedimento amministrativo (e di quello giudiziario di opposizione alla sanzione amministrativa) prima dell'accertamento definitivo dell'illecito e dell'applicazione della relativa sanzione, e, cosi', preclude l'accesso all'applicazione dell'articolo 187 bis t.u.f., la questione della cui legittimita' costituzionale (nella parte in cui prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato") risulta, pertanto, priva di rilevanza.

24. Parimenti irrilevanti, puo' ancora aggiungersi, risultano nel presente giudizio le altre disposizioni del t.u.f. che definiscono il c.d. "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato, come l'articolo 187 duodecies (giacche', nella specie, nessun procedimento penale e' attualmente pendente a carico del dott. (XXXXX)) e l'articolo 187 terdecies (in quanto nessuna pena pecuniaria e' stata inflitta al dott. (XXXXX) in sede penale e nessuna sanzione amministrativa pecuniaria puo' essere a lui inflitta in questa sede).

25. In definitiva, assorbito l'esame dei motivi di ricorso (in ragione del carattere logicamente preliminare dell'improseguibilita' del procedimento sanzionatorio, attualmente nella fase giurisdizionale di opposizione alla sanzione), deve darsi diretta ed immediata applicazione al disposto dell'articolo 50 CDFUE, senza che, nella presente fattispecie, tale applicazione risulti in conflitto con il disposto di norme di diritto interno. Per l'effetto, si deve prendere atto dell'improseguibilita' del giudizio di accertamento dell'illecito amministrativo e, per tale ragione, la sentenza di rigetto della opposizione proposta dal dott. (XXXXX) alla sanzione amministrativa inflittagli dalla Consob va cassata. Le ragioni poste a fondamento di tale statuizione impongono allora di decidere la causa nel merito, con l'annullamento dell'impugnato provvedimento sanzionatorio.

26. Le spese si compensano per l'intero giudizio, in ragione della novita' della questione interpretativa risolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando sul ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, annulla il provvedimento sanzionatorio della Consob oggetto di opposizione.

Dichiara compensate le spese dell'intero giudizio.

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza