

**CUMULO TRA SANZIONI PENALI E AMMINISTRATIVE: DOPPIO BINARIO O BINARIO MORTO?
«MATERIA PENALE», GIUSTO PROCESSO E NE BIS IN IDEM NELLA SENTENZA DELLA CORTE
EDU, 4 MARZO 2014, SUL MARKET ABUSE*****

1. *Le premesse del cumulo di sanzioni nel market abuse.* – 2. *La natura “convenzionalmente penale” dell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato.* – 3. *Il diritto a un equo processo: il procedimento innanzi alla CONSOB ed il controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate da essa.* – 4. (Segue:) *la modifica dell’accusa e la legalità e proporzionalità delle sanzioni.* – 5. *Il cumulo di sanzioni e il ne bis in idem.* – 6. *I problemi che nascono dalla sentenza “per il passato”: a) quanto alla specifica vicenda presa in esame.* – 7. (Segue:) *b) la pluralità di procedimenti.* – 8. (Segue:) *c) la pluralità di decisioni irrevocabili.* – 9. *I problemi che nascono dalla sentenza “per il futuro”: a) con riguardo alla disciplina del market abuse.* – 10. (Segue:) *b) e in generale.* – 11. *Il cumulo di sanzioni nel settore tributario.* – 12. *Conclusioni o nuovi dubbi?*

1. Le premesse del cumulo di sanzioni nel market abuse

La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 4 marzo 2014, sul caso *Grande Stevens c. Italia*, mette in discussione alla radice il sistema sanzionatorio “ipermuscolare” ed “efficientista”, varato dal legislatore italiano con la l. 18 aprile 2005, n. 62 in materia di abusi di mercato. Si tratta, com’è noto, d’un congegno *extra ordinem*, che vede le due figure criminose di settore (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: artt. 184 e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *in de* «t.u.i.f.») “bissate” da altrettanti illeciti amministrativi di egual *nomen* e dai contenuti largamente sovrapponibili (praticamente identico il primo, con qualche tratto differenziale di segno estensivo il secondo: artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.i.f.). Il fulcro dell’anomalia sta in ciò: nel caso (del tutto ordinario, stanti le premesse) di convergenza sul medesimo fatto, illecito penale e corrispondente illecito amministrativo concorrono, in deroga al principio di specialità sancito dall’art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689; con conseguente cumulo (salvo il correttivo *in executivis* di cui all’art. 187-*terdecies*) delle rispettive sanzioni. Un *bis in idem* sostanziale, dunque, cui fa da *pendant* un *bis in idem* processuale, neppure “temperato” da un ordine di priorità: processo penale e procedimento sanzionatorio amministrativo, con il conseguente eventuale giudizio di opposizione, marcano ognuno sul proprio binario, in piena autonomia, benché attinenti al medesimo episodio concreto (art. 187-*duodecies* t.u.i.f.).

Al di sotto della costruzione alita un “afflato efficientistico”. L’obiettivo è “garantire un risultato”: colpire prontamente i responsabili degli abusi di mercato con un robusto “pacchetto” di sanzioni, applicate con il più snello procedimento amministrativo (gestito dall’Autorità di vigilanza di settore) e connotate tendenzialmente da un maggior grado di indefettibilità (perché sottratte a meccanismi inibitori sul piano esecutivo, quale la sospensione condizionale), lasciando, poi, al processo penale il compito di “rincarare”, *lento pede*, la dose. Che la soluzione possa essere funzionale all’obiettivo lo dimostra, a suo modo, proprio la vicenda *Fiat-Iffil*, sottoposta all’attenzione della Corte europea: mentre la sanzione amministrativa per la contestata manipolazione informativa del mercato ha raggiunto il bersaglio, quella penale è stata vanificata dal sopravvenire della prescrizione in pendenza del processo.

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** Consigliere della Corte di Cassazione. Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

*** Relazione introduttiva, con modifiche ed integrazioni di aggiornamento – in corso di pubblicazione su Rivista delle Società – all’incontro di studio organizzato dall’Associazione Bancaria Italiana sulla sentenza della Corte EDU, II Sezione, del 4 marzo 2014. Roma, 4 giugno 2014.

È risaputo, tuttavia, che le “anomalie di sistema”, quanto più sono marcate, tanto più sono foriere di guasti. Nella specie, la (contemporanea) messa in moto di due macchine sanzionatorie, di diverso “livello”, per reprimere la stessa condotta è stata coralmemente denunciata dalla nostra dottrina come “deviante” rispetto a basilari coordinate politico-criminali, quali quelle della sanzione penale come *extrema ratio* e del primato della giurisdizione. Ma oggi il discorso diviene assai più concreto e pregnante, occorrendo fare i conti con la sancita “incompatibilità convenzionale” del congegno.

Per questo verso, l'aspetto forse più allarmante è che il sistema nostrano è figlio del diritto dell'Unione europea. Era, infatti, la direttiva 2003/6/CE a richiedere che gli illeciti di *market abuse* fossero repressi con sanzioni amministrative, configurando l'impiego – almeno apparentemente, *aggiuntivo* – di sanzioni penali come una mera facoltà degli Stati membri (art. 14). Facoltà della quale lo Stato italiano si è puntualmente avvalso, allorché ha varato il meccanismo di cumulo. E non avrebbe potuto non farlo, posto che la rinuncia alla sanzione penale *in subiecta materia* sarebbe stata fonte di inaccettabili sperequazioni, a fronte della tradizionale considerazione penalistica riservata ad altre manifestazioni del fenomeno dell'agiotaggio, meno “prorompenti” sul piano delle proiezioni offensive rispetto alla manipolazione del mercato (quali l'agiotaggio comune, societario e bancario: artt. 501 c.p., 2637 c.c.).

L'origine del *vulnus* rischia di collocarsi, dunque, ad un livello più alto di quello della legislazione nazionale: ed è su tale piano che inevitabilmente si proietta la presa di posizione della Corte di Strasburgo, avuto riguardo alle innovazioni che, per quanto appresso si vedrà, ci riserva l'immediato futuro.

2. La natura “convenzionalmente penale” dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato.

Eppure, che l'epilogo davanti ai Giudici di Strasburgo sarebbe stato di segno negativo – segnatamente quanto alla verifica di conformità all'art. 4 del Protocollo n. 7 – era tutt'altro che imprevedibile. La sentenza *Grande Stevens* – al di là dell'oggetto – non ha nulla, o ha ben poco, di realmente innovativo: i principi in essa affermati rappresentano altrettanti *refrain* nella giurisprudenza europea; la loro applicazione alla fattispecie in esame appare priva di significative asperità. Circostanza che non legittima, *primo visu*, un particolare ottimismo sull'eventualità di un sovvertimento del verdetto della II^a Sezione all'esito della richiesta di rinvio del caso alla *Grande Chambre*, formulata nelle more dal Governo italiano, la quale rischia di arenarsi già sul piano preliminare della ricevibilità.

Di certo, nessuno potrebbe dichiararsi sorpreso dal postulato di base della decisione: quello per cui l'illecito «amministrativo» “nostrano” di manipolazione del mercato ha natura «penale» ai fini della Convenzione. Tale approdo preliminare non è che l'esito, ampiamente scontato, dell'applicazione degli “*Engel criteria*”: dei criteri, cioè, tramite i quali si esprime, da quasi un quarantennio, l'approccio “sostanzialistico” e pragmatico dei Giudici di Strasburgo alla perimetrazione della «*matière penale*», che segna il limite di operatività di talune delle garanzie riconosciute dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. Prime fra tutte, quelle del *fair trial* e del *nullum crimine sine lege praevia* (artt. 6 e 7 CEDU); ma, poi, anche l'altra del *ne bis in idem* processuale, che al presente particolarmente interessa (art. 4 Prot. n. 7).

Facendo idealmente il paio con la lettura “sostanzialistica” del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU, detto approccio risponde ad esigenze di armonizzazione e “antielusive”: da un lato, è il volano per superare le profonde differenze ordinamentali tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa; dall'altro, lo strumento per evitare che l'operatività delle garanzie convenzionali resti legata alla banderuola delle opzioni classificatorie dei legislatori nazionali. In questa prospettiva, la qualificazione della misura da parte del diritto interno è criterio decisivo «*one way only*». Se per la legge nazionale la violazione ha natura penale, *nulla quaestio*: le garanzie scattano, a prescindere dall'eventuale *levitas* della sanzione comminata. In caso contrario, la partita resta ancora aperta. Entrano difatti in gioco gli altri due “*Engel criteria*”; criteri non più “formali”, ma “sostanziali”, e alternativi tra loro (nel senso che basta che uno solo dei *test* dia esito positivo): da un lato, la natura della violazione, desunta segnatamente dal suo ambito applicativo e dagli scopi per i quali la sanzione è prevista; dall'altro, la natura e la gravità del *malum* cui l'interessato si trova esposto.

Si tratta – è evidente – di indici connotati da significativi margini di elasticità, che possono renderne controvertibili, in non pochi casi, i relativi risultati applicativi. Così non è, tuttavia, nell'ipotesi in esame, rispetto alla quale la ricorrenza di entrambe le condizioni di “riconoscibilità” dell'illecito “convenzionalmente penale” – malgrado la diversa qualificazione nel diritto interno – risulta di macroscopica evidenza. Per un verso, infatti, la sanzione pecuniaria comminata dall'art. 187-ter t.u.i.f. ha una funzione inequivocamente repressiva e deterrente – e non certo risarcitoria – rispetto a fatti che minano l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia

del pubblico nella sicurezza delle transazioni: fatti usualmente rientranti nel perimetro di rilevanza penale, come attesta nel modo più eloquente il “gemello diverso” di cui all’art. 185 t.u.i.f. Quanto, poi, al profilo “ponderale”, la predetta sanzione – benché non convertibile in misura limitativa della libertà personale nel caso di mancato pagamento – può raggiungere importi vertiginosi: il massimo edittale, pari a 5.000.000 di euro all’epoca dei fatti, è passato a 25.000.000 di euro dopo l’impennata disposta dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262; ma può lievitare ancora fino al triplo di tale importo o fino a dieci volte il profitto, se ritenuto – malgrado tutto – «inadeguato» alla gravità dell’illecito commesso. Alla sanzione pecuniaria si coniuga, inoltre, un insieme di sanzioni amministrative accessorie a carattere inabilitante, della durata massima di un triennio, suscettibili di pregiudicare pesantemente la collocazione nel mondo del lavoro dei soggetti coinvolti (art. 187-*quater* t.u.i.f.). Tutto ciò per tacere della misura stigmatizzante della pubblicazione del provvedimento applicativo delle sanzioni (art. 187-*septies*, comma 3, t.u.i.f.), nonché della confisca amministrativa obbligatoria, anche per equivalente, non solo del profitto dell’illecito, ma anche dei beni (*in primis*, finanziari) utilizzati per commetterlo, spesso di valore largamente superiore al primo (art. 187-*sexies* t.u.i.f.): misura anch’essa dalla colorazione chiaramente punitiva.

A fronte di un siffatto “fuoco di fila”, una conclusione diversa – rispetto a quella della natura penale dell’illecito «*from the point of view of the Convention*» – sarebbe stata inimmaginabile. Tanto più, poi, che la Corte europea si era già espressa in tal senso con riguardo alle sanzioni inflitte non solo dalle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari di altri Paesi (Francia, in particolare), ma anche dall’italica Autorità *antitrust* (C. eur. dir. uomo 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*).

Con specifico riferimento, poi, agli illeciti di *market abuse*, la Corte di Strasburgo era stata addirittura “anticipata”, sul suo stesso terreno, dalla Corte di Lussemburgo. Già nel 2009, la Corte di giustizia dell’Unione europea non aveva esitato, infatti, ad affermare che le sanzioni previste dagli Stati membri per gli abusi di mercato, in attuazione della direttiva 2003/6/CE, benché qualificate come amministrative, debbono ritenersi «penali» agli effetti della CEDU, tenuto conto della «natura delle violazioni», nonché del «grado di severità delle sanzioni» stesse (Corte giust., 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group NV e altri*, § 42).

3. Il diritto a un equo processo: il procedimento innanzi alla CONSOB ed il controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate da essa.

Dalla predicata natura “convenzionalmente penale” dell’illecito di cui si discute discende, anzitutto, l’operatività – quanto all’«accusa» che lo riguardi – del diritto all’equo processo (art. 6 CEDU), nella sua “dimensione penalistica”.

Per questo verso, tuttavia, la violazione accertata dalla sentenza *Grande Stevens* appare davvero poca cosa.

In accordo con le doglianze dei ricorrenti, la Corte EDU riconosce che la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla CONSOB (art. 187-*septies* t.u.i.f.) presenta delle “mende”, sul piano del rispetto del *fair trial*: non vi è “parità delle armi” tra accusa e difesa; non è prevista l’udienza pubblica (§ 123); la CONSOB non è “sufficientemente imparziale”, stante il cumulo, in capo ad essa, di funzioni di indagine e di giudizio (§ 137). Manchevolezze, in verità, già ampiamente denunciate dalla nostra dottrina.

Esse non bastano, tuttavia, a far ritenere violato l’art. 6 (§ 138). Anche a questo proposito, i Giudici di Strasburgo ribadiscono una giurisprudenza costante, e già specificamente applicata nel caso *Menarini*, con riferimento alle sanzioni inflitte dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Una pena – nel senso “convenzionale” del termine – può essere inizialmente imposta anche da un’autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni dell’art. 6: l’importante è che vi sia, “a valle”, la possibilità di attivare un controllo “pieno” di un organo giurisdizionale (*full jurisdiction*), rispondente ai requisiti di cui citata disposizione (§ 139).

Nella specie, tale possibilità esiste, essendo il provvedimento sanzionatorio della CONSOB opponibile davanti alla corte d’appello, organo certamente indipendente e imparziale e, al tempo stesso, «di giurisdizione piena» (art. 187-*septies*, comma 4, t.u.i.f., rimasto in vita grazie alla sentenza n. 162 del 2012 della Corte costituzionale, che ha “bocciato”, per eccesso di delega, il tentativo di trasferire la competenza in materia al giudice amministrativo).

L’unico “deficit” convenzionale del procedimento giudiziario di opposizione, riscontrato dalla Corte EDU, è la mancanza dell’udienza pubblica innanzi alla corte territoriale (l’udienza pubblica davanti alla Corte

di cassazione, nel susseguente giudizio di impugnazione, non basta, trattandosi di giudice di sola legittimità (§ 161). Poca cosa, si diceva. Era già dubbio, in punto di fatto, che la violazione si fosse realmente verificata nel caso di specie, stanti le contraddittorie risultanze istruttorie (§ 153). Ancor più dubbio, poi, è che il vizio sussista su un piano normativo, posto che al procedimento in questione si applica la generale disciplina di cui all'art. 23 l. n. 689 del 1981 (art. 187-*septies*, comma 6, t.u.i.f.), cui non appare estranea la pubblicità delle udienze.

Su questo versante, dunque, sembrerebbe che la sentenza *Grande Stevens* non solo non giustifichi "allarmismi", ma possa risultare addirittura "rassicurante". Tra (o nel)le sue righe può verosimilmente leggersi una "sollecitazione" ad omologare pienamente anche la fase amministrativa del procedimento sanzionatorio in parola alle regole del *fair trail*, rendendo effettivo il rispetto di quei «principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, [...] nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisione», dai quali pure detto procedimento dovrebbe essere retto, in forza dell'espressa statuizione dell'art. 187-*septies*, comma 1, t.u.i.f.; principi che dovrebbero governare altresì, indistintamente, «i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza del sistema finanziario», in base al disposto dell'art. 24 l. n. 262 del 2005. Risultato – quello della piena omologazione alle regole del *fair trail* – che non sembrerebbe essere stato raggiunto, peraltro, neppure per effetto del recente, nuovo regolamento della CONSOB sul procedimento sanzionatorio, adottato con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750.

Ma, sul punto, non si va, a tutto concedere, al di là del mero "suggerimento". Per i Giudici di Strasburgo il sistema sanzionatorio amministrativo degli abusi di mercato "tiene", sul piano procedimentale: così come si era ritenuto rispondere agli *standard* convenzionali – senza che potesse neppure riscontrarsi il "marginale" *vulnus* al principio di pubblicità delle udienze – il procedimento applicativo delle sanzioni *anti-trust*, che vede la fase giudiziale di opposizione affidata al giudice amministrativo.

Di primo acchito, non sembrerebbe, dunque, che la sentenza *Grande Stevens* si presti ad incuneare generali fattori di "crisi" nei vigenti meccanismi di applicazione delle sanzioni amministrative gestiti dalle Autorità amministrative indipendenti. Meno ancora potrebbe scorgersi nei *dicta* della Corte europea una "sconfessione" della logica "deflattiva" che sta alla radice degli interventi di depenalizzazione (uno dei quali, e di ampio respiro, è in corso di svolgimento, in virtù della delega legislativa conferita dalla l. 28 aprile 2014, n. 67), avuto riguardo ad una ipotetica "necessità convenzionale" di replicare in capo all'autorità amministrativa investita del potere sanzionatorio i "tratti garantistici" del giudice e del processo penale. La sentenza *Grande Stevens* ribadisce che tale necessità non sussiste: il procedimento giurisdizionale di opposizione, quale delineato dalla legge n. 689 del 1981, basta a soddisfare le "richieste" della Convenzione.

La materia ha, però, una "coda velenosa", sulla quale la Corte di Strasburgo non ha avuto modo di prendere posizione, in quanto il tema non le era stato specificamente sottoposto. Si tratta della eventuale violazione della presunzione di innocenza (art. 6, § 2, CEDU), connessa al fatto che il provvedimento sanzionatorio della CONSOB – emesso all'esito di una procedura non conforme al modello del *fair trail* – sia, malgrado ciò, immediatamente esecutivo (l'opposizione giudiziale non ha, infatti, effetto sospensivo, potendo la sospensione essere disposta solo in via eventuale dalla corte d'appello: art. 187-*septies*, comma 2, t.u.i.f.). Anche l'ordinamento processuale penale interno prevede, in effetti, delle ipotesi di condanna "a contraddittorio differito", attivabile *a posteriori* su iniziativa del condannato (il procedimento per decreto, la cui compatibilità costituzionale è un dato acquisito nella giurisprudenza del Giudice delle Leggi). Ma l'esecutività del decreto di condanna resta – ovviamente – subordinata alla mancata proposizione dell'opposizione nel termine (art. 461, comma 5, c.p.p.).

Se si considera che il carattere non sospensivo dell'opposizione è la regola generale in materia di provvedimenti sanzionatori amministrativi (art. 22, comma 7, l. n. 689 del 1981); e se si considera, altresì, che le altre sanzioni amministrative interne qualificabili come «penali» alla luce dei parametri di Strasburgo sono, per la gran parte, irrogate all'esito di procedimenti ancor meno "garantiti" di quello previsto per i fatti di *market abuse*, si comprende come l'ipotizzabile contrarietà del congegno all'art. 6, § 2, CEDU possa rappresentare una prospettiva inquietante. Qui sì, potrebbe annidarsi la remora alla depenalizzazione, stante la rilevanza dell'effetto "deflattivo" correlato all'immediata esecutività del provvedimento sanzionatorio amministrativo, quale disincentivo alla proposizione di opposizioni giudiziarie dilatorie e pretestuose.

4. (Segue:) la modifica dell'accusa e la legalità e proporzionalità delle sanzioni.

La Corte europea esclude, per altro verso, che vi sia stata, nel caso sottoposto al suo vaglio, una violazione dell'art. 6, § 3, lett. a) e b), CEDU, in relazione ad una asserita modifica "a sorpresa" dell'accusa (profilo che rimarrebbe, in ogni caso, circoscritto all'ipotesi di specie).

Esclude pure che sia ravvisabile la denunciata violazione, di ordine sostanziale, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (in tema di rispetto del diritto di proprietà): le sanzioni inflitte sono "legali" e – pur nella loro severità – non possono considerarsi sproporzionate rispetto al comportamento sanzionato.

5. Il cumulo di sanzioni e il *ne bis in idem*.

La natura "convenzionalmente penale" dell'illecito "amministrativo" di manipolazione del mercato vale, però, a rendere operante anche un'altra garanzia: quella del *ne bis in idem* (processuale), sancita dall'art. 4 del Protocollo n. 7, in forza del quale un soggetto già assolto o condannato in via definitiva non può essere nuovamente processato per il medesimo fatto. Garanzia la cui particolare rilevanza – in ottica convenzionale – è resa evidente dalla disposizione del terzo paragrafo, che esclude l'applicabilità dell'art. 15 CEDU: neppure in caso di guerra o di altre pubbliche calamità che minaccino la nazione è consentito derogare al divieto.

Il discorso, a questo riguardo, è radicalmente diverso. La violazione è riscontrata e il relativo accertamento appare gravido di conseguenze.

"A monte" di tale esito sta la dichiarazione di invalidità della riserva apposta a suo tempo dall'Italia, intesa ad escludere dal campo applicativo della norma convenzionale in questione gli illeciti e i procedimenti non qualificati come «penali» dalla legge italiana. Come in analoghi frangenti (con riferimento allo stesso art. 4 del Protocollo n. 7, si veda, ad esempio, la sentenza 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, ricorso n. 15963/90), la Corte europea rileva che si tratta di una «riserva di carattere generale», non ammessa dall'art. 57 della Convenzione: è mancata, infatti, l'indicazione delle specifiche disposizioni interne incompatibili con la norma convenzionale cui la riserva è riferita (§ 210).

Sgombrato il campo dalla riserva, la Corte EDU "demolisce" prontamente – e in maniera del tutto convincente – l'argomento del Governo, basato sul rilievo che (così come la giurisprudenza di legittimità aveva avuto modo di rimarcare) il reato di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.i.f.) e l'omonimo illecito amministrativo (art. 187-ter t.u.i.f.) non sono identici: al di là di talune discrepanze nella descrizione della condotta, il primo richiede, infatti, l'idoneità concreta ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari e il dolo; per il secondo, basta l'idoneità astratta e la colpa.

Anche a questo riguardo, la Corte di Strasburgo ha buon gioco nel ribadire la propria costante giurisprudenza, secondo cui, ai fini del *test* di compatibilità con la norma convenzionale, non interessa se gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte tipizzate dalle due norme siano identici, ma solo se i fatti concreti che hanno dato luogo ai due procedimenti siano i medesimi: e nel caso di specie certamente lo sono (§ 224). Altrettanto avviene, del resto, per il *ne bis in idem* "nostrano", sancito dall'art. 649 c.p.p.: quello che conta è l'identità del fatto; poco importa che lo si qualifichi diversamente sul piano giuridico, riconducendolo a paradigmi punitivi la cui sfera di prescrizione non coincide, o coincide solamente in parte.

A questo punto, la via è spianata: se la sanzione per l'illecito "amministrativo" di manipolazione del mercato ha natura «penale» agli effetti della Convenzione, l'avvenuta applicazione della sanzione stessa ai ricorrenti con sentenza definitiva impediva che questi ultimi fossero nuovamente processati per il medesimo fatto, qualificato come illecito penale dal diritto interno (§§ 222-223). Non trova credito, in proposito, la tesi del Governo italiano, volta a prospettare l'esistenza di «una tradizione costituzionale comune agli Stati membri», in punto di ricorso ad una doppia sanzione (amministrativa e penale) in particolari ambiti di materia (quali quelli fiscale, ambientale e della sicurezza pubblica).

La posizione della Corte di Strasburgo appare, almeno sino ad un certo punto, convergente con quella della Corte di giustizia. Nella sentenza della Grande Sezione relativa al caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* (sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10) – citata dalla *Grande Stevens* – i Giudici di Lussemburgo hanno, infatti, affermato che l'omologo principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni tributarie (nella specie, relative ad obblighi dichiarativi in materia di IVA), dapprima una sanzione amministrativa (nella specie, una sovrattassa) e successivamente una sanzione penale: ma ciò solo

alla condizione che la prima non debba considerarsi “sostanzialmente” penale (§ 34), alla luce di parametri che ripetono scopertamente gli “*Engel criteria*” (§ 35).

Vero è che, nel caso *Åklagaren*, la Corte di giustizia non si è espressa direttamente sulla natura «penale» o meno della sovrattassa, rimettendo la relativa verifica al giudice nazionale (§ 36 e 38). Resta, peraltro, da stabilire fino a che punto tale soluzione sia giustificata dalla specificità della materia di cui nel frangente si discuteva: nel caso *Spector Photo Group* – come già ricordato – la Corte di Lussemburgo non si era fatta, per converso, remore nel qualificare essa stessa come penali, indipendentemente dalla qualificazione “formale”, le sanzioni previste per gli abusi di mercato. In ogni caso, non si vede come il giudice italiano potrebbe mai pervenire ad una conclusione diversa – sulla base degli anzidetti parametri – in rapporto all’illecito delineato dall’art. 187-ter t.u.i.f.

È altrettanto vero, poi, che nella medesima pronuncia, la Corte di giustizia – con riguardo ai casi in cui la disposizione nazionale attui il diritto dell’Unione – subordina l’esclusione del cumulo tra le “sedicenti” sanzioni amministrative e le sanzioni penali alla condizione – la cui verifica è parimenti affidata al giudice nazionale – che quelle restanti risultino «effettive, proporzionate e dissuasive» (§ 36): condizione estranea alla linea di lettura della Corte di Strasburgo e non priva di intrinseci margini di opinabilità, nella misura in cui sembra sottomettere il rispetto di un diritto fondamentale all’attuazione degli scopi contingenti del diritto dell’Unione. Ma sta di fatto che, comunque sia, nuovamente non si comprende come il giudice italiano avrebbe potuto contestare che la sventagliata di sanzioni prefigurata per l’illecito “amministrativo” di manipolazione del mercato risponda, già di per sé sola, agli *standard* di effettività, proporzionalità e dissuasività richiesti dalla *MAD (Market Abuse Directive)* del 2003, che, come detto, non esigeva l’impiego in materia di sanzioni penali.

6. I problemi che nascono dalla sentenza “per il passato”: a) quanto alla specifica vicenda presa in esame.

Secondo la Corte europea vi è, dunque, in conclusione – nel caso *Grande Stevens* – una violazione del *ne bis in idem*, cui lo Stato italiano deve porre fine, rimuovendone le conseguenze (§ 232): in particolare, vigilando affinché il procedimento penale «sia chiuso nei più brevi tempi possibili e senza conseguenze lesive per i ricorrenti» (§ 237).

Si tratta, come già anticipato, di una decisione che – una volta divenuta definitiva – appare gravida di ricadute sull’ordinamento interno, sotto un duplice versante: “per il passato” e “per il futuro”.

Sotto il primo profilo – conseguenze “per il passato” – *quid iuris*, anzitutto, per la vicenda che ha dato esca alla pronuncia?

Con sentenza dello scorso dicembre – anteriore, dunque, alla pubblicazione della pronuncia della Corte europea, ma la cui motivazione è stata depositata successivamente ad essa (Cass., sez. I, 17 dicembre 2013-14 maggio 2014, n. 19915) – la Corte di cassazione ha dichiarato estinto per prescrizione il reato contestato ai ricorrenti, annullando senza rinvio la sentenza di condanna impugnata. Il primo obiettivo indicato dalla Corte di Strasburgo – chiusura del processo penale nel più breve tempo – è stato, quindi, già raggiunto di fatto per altra via.

Ma può dirsi raggiunto anche il secondo (chiusura del processo «senza conseguenze lesive»)? A stretto rigore, se si dovesse ragionare in ottica “interna”, il proscioglimento per prescrizione potrebbe essere considerato un esito non del tutto scevro da effetti pregiudizievoli (in teoria, la Cassazione avrebbe dovuto prosciogliere ai sensi dell’art. 649, comma 2, c.p.p., per divieto di un secondo giudizio). Ne costituisce indice il fatto che l’art. 673 c.p.p. prevede che, nel caso di *abolitio criminis*, debba essere revocata, non solo la sentenza di condanna, ma anche la sentenza, passata in giudicato, di proscioglimento per estinzione del reato.

Resterebbe, in ogni caso, da verificare se possa parlarsi di «conseguenza lesiva» anche in ottica “convenzionale”. A questi fini, sul piano del “danno all’immagine” o “reputazionale”, occorrerebbe anche stabilire quale rilievo abbia la circostanza che, nella specie, la sussistenza dell’illecito era già stata accertata in modo definitivo e “convenzionalmente corretto” (salvo sempre il “marginale” *vulnus* connesso al difetto di pubblicità dell’udienza) nel procedimento per l’illecito “amministrativo”.

7. (Segue:) b) la pluralità di procedimenti.

Al di fuori dello specifico caso preso in esame, si presentano – sempre sul piano delle conseguenze “per il passato” – due ipotesi problematiche.

La prima è quella in cui, alla data odierna, uno dei procedimenti avviati per il medesimo fatto di *market abuse* – verosimilmente, quello relativo all’illecito amministrativo, dalle cadenze più rapide – risulti già chiuso con pronuncia definitiva, mentre l’altro (con ogni probabilità, quello penale) è ancora pendente.

Al riguardo, una prima soluzione, per rimuovere la duplicità di processi censurata dai Giudici di Strasburgo, sarebbe quella dell’interpretazione “convenzionalmente conforme” dell’art. 649 c.p.p., che, sulla falsariga dell’art. 4 del Protocollo n. 7, vieta di sottoporre l’imputato, condannato o prosciolto con sentenza irrevocabile, ad un secondo giudizio per il medesimo fatto. Si tratterebbe, in specie, di interpretare la norma nel senso che il divieto da essa sancito scatti non soltanto quando la sentenza definitiva sia stata pronuncia per un illecito «penale» secondo il diritto interno, ma anche quando attenga ad un qualificato formalmente come «amministrativo», ma da considerare «penale» agli effetti della CEDU, o, quantomeno, già riconosciuto tale dalla Corte di Strasburgo, come nel caso della manipolazione del mercato (la stessa soluzione non potrebbe, peraltro, non valere anche per l’altro illecito di settore, ossia l’*insider trading*).

È un percorso indubbiamente accidentato, stante il dato letterale-sistematico con cui occorre confrontarsi: ma non fino al punto di ritenere che si tratti di ipotesi di pura immaginazione. Lo dimostra la circostanza che – in una parallela ottica di interpretazione “adeguatrice” – la Cassazione abbia già ritenuto, con giurisprudenza ormai consolidata, che, ai fini dell’applicazione del citato art. 673 c.p.p., la dichiarazione di contrarietà di una norma interna al diritto dell’Unione europea ad applicazione diretta, operata dalla Corte di giustizia, equivalga ad un’*abolitio criminis* legislativa o conseguente a declaratoria di illegittimità costituzionale.

Se la predetta interpretazione “convenzionalmente orientata” non fosse ritenuta praticabile, la soluzione alternativa – in assenza, s’intende, di un tempestivo intervento legislativo (peraltro non facilmente pronosticabile, visti i precedenti) – sarebbe rappresentata dalla proposizione della questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., *in parte qua*, per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. Una eccezione in questi termini – formulata senza successo dalla difesa nell’ambito del processo penale relativo alla vicenda Fiat-Ifil, prima dell’intervento della Corte europea – risulta essere stata, in effetti, già riproposta, secondo notizie di stampa, davanti al Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale di Milano in altro procedimento per manipolazione del mercato dopo la sentenza che si commenta.

Va da sé che una simile questione troverebbe il suo *ubi consistam* nel noto indirizzo inaugurato dalle “sentenze gemelle” del 2007 e puntualizzato dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale: le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, integrano – in veste di “norme interposte” – il parametro costituzionale dianzi indicato, là dove impone al legislatore il rispetto dei «vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali».

Non sembra, d’altro canto, che l’operazione ora ipotizzata possa trovare ostacolo nel limite posto dalla giurisprudenza costituzionale alla “penetrazione” in ambito interno degli arresti della Corte EDU: quello per cui, cioè, le norme della Convenzione, nell’interpretazione datane dai Giudici di Strasburgo, perdono la capacità di integrare l’art. 117, primo comma, Cost. ove risultino in contrasto con norme costituzionali (con *qualunque* norma costituzionale, e non solo con i “principi supremi”, che fungono da “controlimiti” all’ingresso nell’ordinamento nazionale del diritto dell’Unione europea).

Nella specie, pare, infatti, senz’altro da escludere che la lettura dell’art. 4 del Protocollo n. 7 offerta dalla sentenza della Corte EDU si ponga in frizione con i precetti costituzionali interni. In particolare, non sembra potersi ravvisarsi un contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.) – che, per noi, è una legalità formale, connessa alla presenza di una legge di matrice parlamentare – nel fatto che la Corte europea (come già in altri casi) abbia qualificato «penale», agli effetti della Convenzione, una sanzione che la legge interna configura invece come amministrativa.

Detta qualificazione è funzionale, infatti, ad un incremento del tasso delle garanzie, secondo la logica del sistema “multilivello” di protezione dei diritti fondamentali, che punta alla massima espansione delle tutele. Quello che si richiede, in sostanza, dai Giudici di Strasburgo è che determinati presidi – propri della materia penale – siano resi operanti anche in rapporto a violazioni qualificate come amministrative dal diritto nazionale. Restano ferme, per converso, tutte le conseguenze favorevoli che, in base all’ordinamento interno, derivano da detta qualificazione: è palese, così, che anche dopo la sentenza *Grande Stevens*, il mancato

pagamento della sanzione pecuniaria inflitta per la manipolazione del mercato non potrà comunque implicare la sua conversione in misure incidenti sulla libertà personale.

Si è, dunque, su un piano diverso rispetto all'ipotesi – presa in considerazione dalla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, e da essa ritenuta non praticabile proprio alla luce dell'esigenza di rispetto dell'art. 25, secondo comma, Cost. – dell'inclusione del c.d. diritto giurisprudenziale fra le fonti della norma penale, patrocinata con particolare riguardo al fenomeno dell'*overruling*, sia pure *in bonam partem*. La stessa Corte costituzionale, d'altro canto, ha già avuto occasione di "puntellare" proprio con il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo circa la necessaria soggezione di «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo [...] alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», la ritenuta riferibilità anche alle sanzioni amministrative del principio di irretroattività della norma sfavorevole (sentenza n. 196 del 2010).

8. (Segue:) c) la pluralità di decisioni irrevocabili.

La seconda ipotesi che viene in considerazione è quella in cui tanto il procedimento per l'illecito amministrativo che quello per l'illecito penale, vertenti sul medesimo fatto di *market abuse*, risultino, ad oggi, già definiti con sentenze passate in giudicato. Ovvio che l'interesse concreto lievita qualora entrambe le pronunce siano di condanna.

Tale ipotesi appare decisamente più problematica della prima, occorrendo fare i conti con il principio di intangibilità del giudicato e con il limite alla proponibilità dell'incidente di costituzionalità, legato al fatto che si discuta di "rapporti esauriti".

Si apre qui un ulteriore capitolo della delicatissima tematica relativa alla (possibile) "recessività" del giudicato di fronte all'esigenza di rimuovere la compromissione di diritti fondamentali della persona, anche quando si tratti di soggetti diversi da quello che ha proposto ricorso a Strasburgo, ma che versino in situazione consimile: tematica che ha visto la giurisprudenza, tanto costituzionale (sentenza n. 210 del 2013) che ordinaria (Cass., sez. un., 24 ottobre 2013-7 maggio 2014, n. 18821), attestarsi recentemente su posizioni di significativa apertura in rapporto alla ben nota vicenda dei "fratelli minori di Scoppola".

L'estensibilità delle soluzioni adottate a quest'ultimo riguardo anche alla materia che qui interessa appare, in verità, tutt'altro che piana e scontata. Ammesso comunque che si ritenga superabile l'ostacolo, si riproporrebbe un'alternativa analoga a quella dianzi prospettata, con riguardo, non più all'art. 649 c.p., ma all'art. 669 c.p.p., in tema di «pluralità di sentenze [irrevocabili] per il medesimo fatto contro la stessa persona»: evenienza nella quale è previsto che debba essere rimossa la sentenza meno favorevole. O in via di interpretazione "convenzionalmente conforme", ovvero – e più verosimilmente – tramite proposizione di un incidente di legittimità costituzionale, si tratterebbe di estendere anche tale precetto all'ipotesi in cui la sentenza definitiva riguardi un illecito amministrativo per abusi di mercato (da notare, peraltro, che nel caso Fiat-Ifil non potrebbe essere in ogni caso eliminata la sentenza di condanna per l'illecito amministrativo, in quanto la prescrizione è maturata successivamente ad essa: art. 669, comma 8, c.p.p.).

9. I problemi che nascono dalla sentenza "per il futuro": a) con riguardo alla disciplina del market abuse.

Resta, a questo punto – ed è l'aspetto di maggiore interesse – il problema *de futuro*. Il riferimento è all'ipotesi in cui i procedimenti (amministrativo e penale) per gli illeciti di *market abuse* risultino entrambi pendenti, o debbano addirittura ancora iniziare: come evitare che si ripeta il risultato ritenuto incompatibile con la Convenzione dalla Corte europea?

Il problema che al riguardo emerge sta, in realtà, "a monte" anche delle soluzioni dianzi prospettate. Per garantire la conformità dell'ordinamento interno alla Convenzione, è indispensabile "eliminare" le norme interne che rendono possibile la duplicazione di procedimenti e sanzioni per il medesimo fatto (il "difetto" evidenziato dalla sentenza *Grande Stevens* è, con ogni evidenza, un difetto "strutturale", derivante non dal modo in cui è stato concretamente gestito il singolo processo, ma da quello in cui è congegnata la legislazione interna).

A detto fine, la prima soluzione astrattamente ipotizzabile sarebbe quella dell'interpretazione "convenzionalmente conforme" della clausola di riserva con cui esordiscono le norme sanzionatorie amministrative in materia di *market abuse* («salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»), ritenendo – come

qualcuno ha, in effetti, sin dall'inizio sostenuto – che essa valga ad escludere il concorso fra illecito penale e illecito amministrativo. L'illecito amministrativo avrebbe, in questa prospettiva, carattere sussidiario: si applicherebbe, cioè, nei soli casi non “coperti” da quello penale.

Si tratta, tuttavia, di una strada in forte salita. Il tenore letterale del predetto *incipit* milita, già di per sé, in direzione contraria (non si usa la consueta locuzione eccettuativa «salvo che il fatto che costituisca reato», ma si fanno salve – e dunque applicabili – le «sanzioni penali» previste in tale ipotesi). Ma, al di là di ciò, vi sono poi altre norme specifiche che dimostrano inequivocabilmente la volontà legislativa di operare il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni: l'art. 187-*duodecies* t.u.i.f. stabilisce che il procedimento amministrativo non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale; l'art. 187-*terdecies* t.u.i.f. regola l'applicazione congiunta della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa.

La forte problematicità della soluzione di tipo ermeneutico e la difficoltà a pensare che il contrasto con l'omologo *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali possa rappresentare un viatico per la disapplicazione diretta della normativa in questione da parte del giudice comune, porterebbero a ritenere che qui l'alternativa sia ristretta all'intervento del legislatore, ovvero, in suo difetto, alla proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Ma quale dovrebbe essere, poi, il contenuto dell'intervento? La soluzione in linea di principio più semplice e logica è analoga a quella cui conduce l'ipotetica interpretazione “convenzionalmente orientata”: ossia, stabilire normativamente, o tramite sentenza “manipolativa” della Corte costituzionale, che la sanzione amministrativa si applichi nei soli casi in cui il fatto non costituisce illecito penale. Casi, in verità, piuttosto marginali, specie per quanto attiene all'abuso di informazioni privilegiate, le cui fattispecie sanzionatorie – penale e amministrativa (artt. 184 e 187-*bis* t.u.i.f.) – si presentano praticamente sovrapposte, almeno sul piano oggettivo (che è quello che concretamente conta, vista la natura delle operazioni).

Sino a poco fa, una simile soluzione si sarebbe trovata, peraltro, ad inciampare nel rischio di un possibile contrasto con il diritto dell'Unione. Come già anticipato, la direttiva 2003/6/CE, sul *market abuse*, prescriveva, infatti, agli Stati membri di reprimere i relativi illeciti con sanzioni amministrative, configurando l'impiego – aggiuntivo – di sanzioni penali come una mera facoltà (art. 14). Preferenza – quella per le sanzioni amministrative – legata alla maggiore celerità del procedimento applicativo (tanto più apprezzabile in settore caratterizzato da un mercato “dinamismo”, quale quello dei mercati finanziari), al “tecnicismo” della materia e alla possibilità di realizzare una più efficace cooperazione tra le autorità di vigilanza di settore, competenti all'irrogazione delle misure.

La situazione appare, tuttavia, significativamente mutata a seguito dell'adozione della nuova direttiva sugli abusi di mercato 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE, e del coevo regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014, che abroga la prima *MAD* (provvedimenti entrambi pubblicati nella *G.U.U.E.* del 12 giugno 2014, n. L 173). Sul presupposto della riscontrata insufficienza delle sanzioni amministrative a contrastare efficacemente i fenomeni considerati, anche sul piano dello stigma (“considerando” n. 5 e 6), la *MAD2* chiede, infatti, agli Stati membri di reprimere con sanzioni penali i fatti di *insider trading*, “*tipping*” e *market manipulation* da essa descritti, almeno nei «nei casi gravi» e ove commessi con dolo (artt. 3, 4 e 5). Dal canto suo, il regolamento continua a stabilire che le omologhe violazioni, da essa autonomamente definite, debbano essere colpite con sanzioni amministrative (art. 30, § 1, lett. a, in riferimento agli artt. 14 e 15). Peraltro, pur contemplando l'ipotesi della comminatoria cumulativa (come si desume dalla clausola di salvezza posta in testa allo stesso art. 30), il regolamento non la impone, consentendo agli Stati membri di astenersi dall'impiego delle sanzioni amministrative allorché le violazioni risultino già soggette a sanzioni penali nel loro diritto nazionale entro il termine di adozione della *MAD2* (3 luglio 2016: art. 30, § 1, secondo comma).

Anche nei casi in cui sia prefigurata una doppia risposta sanzionatoria, gli Stati membri sono comunque chiamati al rispetto del divieto del «*double jeopardy*». Lo chiariscono i “considerando” della nuova direttiva, che, per un verso, sottolineano specificamente l'esigenza che l'irrogazione delle sanzioni penali, ai sensi della *MAD2*, e delle sanzioni amministrative, ai sensi del regolamento, «non violi il principio del *ne bis in idem*» (“considerando” n. 23); per un altro verso, affermano che la direttiva stessa «rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», tra cui, in particolare, il «diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato (art. 50)» (“considerando” n. 27).

Il *ne bis in idem* di cui si sta discutendo è, in effetti, quello processuale. In linea di principio, la comminatoria di due diverse tipologie di sanzioni per gli stessi fatti – penali e amministrative, secondo la qualificazione del diritto interno, ma entrambe penali agli effetti della CEDU e della Carta dei diritti (*bis in idem* so-

stanziale) – non comporta necessariamente la violazione del divieto considerato, ove siano contemplati meccanismi che evitino la sottoposizione del presunto autore dell'illecito ad un duplice giudizio.

Per quanto attiene al nostro ordinamento, tuttavia, sembra difficilmente ipotizzabile una soluzione diversa da quella dell'utilizzo della facoltà, prevista dall'art. 30 del regolamento, di evitare già "a monte" la sovrapposizione delle risposte punitive, attribuendo alle sanzioni amministrative un ruolo sussidiario, che le renda operanti nei soli spazi "sgombri" da sanzioni penali. Il "valore aggiunto" della duplicazione di sanzioni, contemplata dalla normativa interna attualmente in vigore, sta tutto, infatti – per quanto si è avuto modo di accennare – nel corrispondente "doppio binario" procedimentale. Né, d'altra parte, è pensabile un sistema che preveda la concorrenza di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto, rendendo applicabile, fra esse, solo quella che "arriva per prima" (nel senso che la sentenza che passa in giudicato per prima "paralizzerebbe" l'altra). A parte l'inutile (e dunque irrazionale) dispendio di energie processuali connesso al duplice procedimento, un simile assetto sarebbe chiaramente lesivo del principio di eguaglianza: la natura della sanzione – penale o amministrativa – inflitta per lo stesso fatto verrebbe, infatti, a dipendere da fattori casuali (maggiore celerità dell'uno o dell'altro procedimento).

Ma se così è, tutti tasselli del mosaico tornano a posto: l'attuazione della nuova direttiva diviene, anzi, la sede ideale per adeguare l'ordinamento interno ai *dicta* di Strasburgo.

10. (Segue:) b) e in generale.

Le ricadute della sentenza *Grande Stevens*, in punto di riscontrata violazione del *ne bis in idem*, non restano, peraltro, confinate entro il "recinto" del *market abuse*, ma si espandono, a raggiera, sull'intero universo del diritto penale-amministrativo.

L'art. 9 l. n. 689 del 1981 assume il principio di specialità come regola generale in tema di rapporti tra norme sanzionatorie penali e amministrative: il che impedisce normalmente che si creino situazioni di cumulo, con parallela duplicazione di procedimenti per il medesimo fatto, del genere di quella che è caduta sotto il maglio dei Giudici di Strasburgo.

Bisogna fare i conti, però, con le eccezioni. Si pensi, così, alla previsione dell'art. 3 l. 23 dicembre 1986, n. 898, in tema di frodi in danno del Fondo europeo agricolo di garanzia, in forza della quale, «indipendentemente dalla sanzione penale» prevista dal precedente art. 2 (*ergo*, in aggiunta ad essa), il percettore dell'indebito contributo è tenuto, oltre alla sua restituzione, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari al contributo percepito: sanzione la cui irrogazione da parte dell'autorità amministrativa non resta sospesa nel caso in cui per il fatto sia promosso procedimento penale. È evidente che, ove a tale sanzione si riconosca carattere "convenzionalmente penale", vi sarebbero tutti i presupposti per violazioni del *ne bis in idem* analoghe a quella riscontrata dalla sentenza *Grande Stevens*.

11. Il cumulo di sanzioni nel settore tributario.

Un settore che sollecita particolare attenzione è, peraltro, quello tributario. Detto settore era, in effetti, sino ad un passato relativamente recente, il terreno "elettivo" di applicazione del regime del cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per il medesimo fatto (espressamente sancito, da ultimo, dall'art. 10 d.l. 7 agosto 1982, n. 516, conv., con modif., in l. 7 agosto 1982, n. 516): regime pure ritenuto, a suo tempo, legittimo dalla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost. (ordinanza n. 409 del 1991).

Diversa la posizione della Corte di Strasburgo, secondo la quale occorre distinguere tra la materia fiscale in generale (esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU, perché relativa al "nocciolo duro" delle prerogative pubblicistiche) e le sanzioni amministrative tributarie, le quali – ove aventi una finalità deterrente e punitiva, e non semplicemente risarcitoria – danno luogo invece anch'esse a procedimenti soggetti alle garanzie del giusto processo, in quanto riconducibili alla materia penale. La medesima conclusione vale ovviamente, *mutatis mutandis*, in rapporto al divieto del «*double jeopardy*», enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7, come attesta la recentissima sentenza sul caso *Nykänen*, in base alla quale l'avvenuta applicazione al contribuente, con provvedimento definitivo, di una sanzione amministrativa tributaria (nella specie, una sovrattassa) – di importo pure assai contenuto (nella specie, euro 1.700), ma avente comunque una connotazione punitiva – impedisce di avviare o di proseguire un procedimento penale per la medesima violazione, qualificata come frode fiscale (sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11).

In teoria, il pericolo di frizioni con la garanzia convenzionale in parola dovrebbe rimanere attualmente scongiurato, per l'ordinamento italiano, dal fatto che il principio di specialità tra disposizioni sanzionatorie penali e disposizioni sanzionatorie amministrative è stato esteso anche alla materia tributaria dall'art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Malgrado ciò, non mancano profili di criticità, connessi, come di consueto, a previsioni *extra ordinem*.

Come è noto, caduto il vecchio regime della pregiudiziale tributaria, i rapporti tra procedimento penale e processo tributario sono ora regolati all'insegna del principio del "doppio binario": il procedimento di accertamento tributario non può essere sospeso, cioè, per la pendenza del procedimento penale inerente ai medesimi fatti (art. 20 d.lgs. n. 74 del 2000), e viceversa. Ciò posto, è specificamente previsto che l'amministrazione finanziaria, oltre ad accertare il tributo, debba anche irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate, benché ritenute di rilevanza penale, e possa, quindi, anche "difenderle" nel successivo contenzioso tributario. Dette sanzioni non potranno, peraltro, essere eseguite, salvo che il procedimento penale venga definito con formula di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21 del d.lgs. n. 74 del 2000).

La *ratio* dell'anomalo congegno è, anche in questo caso, "efficientistica": l'amministrazione finanziaria si "precostituisce" un "titolo" che potrà mettere prontamente in esecuzione ove, all'esito del processo penale, emerga che il fatto non integra alcuna ipotesi di reato e che, dunque, non sussistono i presupposti per l'applicazione del principio di specialità. Si evita, in tal modo, l'apertura, "in coda" al processo penale, di una nuova fase, intesa all'applicazione delle sanzioni amministrative, suscettibile di sviluppi in sede contenziosa.

Il congegno assicura il rispetto del *ne bis in idem* sul piano sostanziale: diversamente da quanto avviene per gli illeciti in tema di *market abuse*, le sanzioni penali e quelle amministrative comunque non si cumulano in capo al responsabile. Rimane, però, il problema processuale: può accadere, infatti, che un soggetto si trovi sottoposto a procedimento penale dopo che, per il medesimo illecito fiscale, gli è già stata inflitta in via definitiva una sanzione amministrativa. Al riguardo, è dubbio se, ad evitare il contrasto con il divieto convenzionale di un secondo giudizio, basti la circostanza che l'accertamento in sede "amministrativa" abbia una funzione solo "cautelare" e "sussidiaria" rispetto all'ipotesi in cui quello penale si concluda con un "nulla di fatto".

Un ulteriore profilo critico si connette ai meccanismi "premiali" connessi alla definizione "bonaria" del contenzioso fiscale. La circostanza attenuante speciale, prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 nel caso di «pagamento del debito tributario», anche a seguito di procedure conciliative o di adesione all'accertamento, richiede, infatti, che il pagamento riguardi anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, benché non applicabili all'imputato in base al principio di specialità. A seguito di una novella del 2011, la fruizione di detta attenuante costituisce, d'altro canto, condizione per accedere al patteggiamento. Il *bis in idem*, in questo frangente, è dunque anche sostanziale: vero è, però, che si tratta di un pagamento volontario, e non coatto, finalizzato ad ottenere un beneficio in sede penale, secondo una logica che evoca quella del "traffico delle indulgenze" (condoni).

Ulteriori problemi possono sorgere, non come conseguenza diretta degli assetti normativi, ma per effetto di determinate soluzioni giurisprudenziali. La mente corre, in particolare, all'indirizzo secondo il quale il principio di specialità non si applicherebbe nei rapporti tra i reati di omesso versamento di ritenute certificate o di omesso versamento dell'IVA (artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000), da un lato, e gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA, dall'altro. Tra i primi e i secondi intercorrerebbe, infatti, un rapporto, non di specialità, ma di «progressione», posto che il reato si consuma con il mancato pagamento delle ritenute o dell'imposta, per un ammontare superiore a 50.000 euro, alla scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale (nel caso delle ritenute) o del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo (nel caso dell'IVA), mentre l'illecito amministrativo si perfeziona con l'omesso versamento periodico alle singole scadenze, mensili o trimestrali a seconda dei casi. Di conseguenza, al trasgressore dovrebbero essere applicate entrambe le sanzioni (Cass., sez. un., 28 marzo 2013-12 settembre 2013, n. 37424).

Sulla base del medesimo ragionamento, la Cassazione ha recentemente escluso che siffatto cumulo contrasti con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Grande Stevens* (Cass., sez. III, 8 aprile 2014-15 maggio 2014, n. 20266).

Le ricordate posizioni giurisprudenziali non sono, peraltro, scevre da margini di opinabilità. Non lo è il postulato di partenza: la fattispecie illecita *maior* (reato di omesso versamento annuale) implica necessariamente il passaggio attraverso l'illecito o gli illeciti minori (omesso versamento periodico mensile o trimestrale), corrispondendo ad uno stadio crescente di offesa al medesimo interesse; questi ultimi dovrebbero rima-

nere, pertanto, assorbiti dalla prima, proprio sulla base dei postulati della progressione illecita. Sul piano, poi, del rispetto dell'art. 4 del Protocollo n. 7, non sembra azzardato ritenere che l'orientamento giurisprudenziale considerato prefiguri una duplicazione di sanzioni per fatti la cui "medesimezza" deve riconoscersi almeno su un piano sostanziale, che è quello che rileva nella prospettiva dei Giudici di Strasburgo. L'omesso versamento delle ritenute o dell'imposta, già sanzionato in via amministrativa, viene nuovamente sanzionato in via penale, solo perché protratto nel tempo.

S'intende, peraltro, che il problema sarebbe rimosso alla radice dalla eventuale abrogazione delle norme incriminatrici dell'omesso versamento di ritenute e dell'IVA, che più d'uno pronostica (specie quanto all'omesso versamento dell'IVA) come possibile esito della riforma del sistema penale tributario prefigurata dalla norma di delega legislativa di cui all'art. 5 l. 11 marzo 2014, n. 23.

Solo "occasionalmente" collegata alla materia tributaria è, per converso, la questione – del pari recentissimamente sottoposta all'esame della Corte di cassazione – concernente il cumulo tra la sanzione accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, prevista dall'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000 in rapporto ai delitti di dichiarazione fraudolenta, e quella (applicata, nella specie, dal Senato) dell'incandidabilità o decadenza dal mandato parlamentare, prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 235 del 2012: cumulo del quale è stata prospettata l'incompatibilità con l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Grande Stevens*, oltre che con la parallela disposizione dell'art. 50 della Carta dei diritti. Tesi disattesa dalla Cassazione sul rilievo che, nella specie, si tratta, in realtà, di applicazione contestuale di sanzioni di contenuto identico *in parte qua* (perdita del diritto di elettorato passivo), salva la diversa durata, regolate da distinte fonti normative (Cass., sez. III, 18 marzo 2014-14 aprile 2014, n. 16206).

12. Conclusioni o nuovi dubbi?

Su un piano più generale, la decisa presa di posizione della Corte EDU non può non sollecitare, una volta di più, un ripensamento dei rapporti tra le due grandi categorie di sanzioni a carattere punitivo conosciute dal nostro ordinamento (penale e amministrativo, appunto), la cui linea differenziale tende sempre di più a scolorirsi: occorrendo chiedersi, in specie, se non siano ormai maturi i tempi per la costruzione di una «teoria generale dell'illecito», comunque sanzionato.

Si tratta, come è agevole intendere, di un capitolo della più ampia problematica relativa all'esigenza di smussare la frizione tra la concezione "formale" della legalità penale, propria del nostro sistema (sulla scia della tradizione continentale) – concezione che trova un naturale riflesso nelle definizioni puramente "nominalistiche" del «reato» tuttora fornite dalla dottrina dominante, quale illecito cui la legge ricollega una sanzione "formalmente" penale – e la visione "sostanzialistica" del medesimo concetto della quale si fa invece portatrice la Corte europea, in rapporto alle sue diverse sfaccettature (a cominciare da quelle relative agli enunciati principi di «accessibilità» e «prevedibilità» della norma penale).

La prospettiva da perseguire – ma il discorso può essere solo accennato in questa sede, perché il suo sviluppo porterebbe troppo lontano – è, come in analoghi frangenti, quella di una combinazione "virtuosa" delle due prospettive: e ciò anche in vista del ruolo del principio di legalità di supporto agli interventi del diritto dell'Unione europea finalizzati all'adozione di strumenti di tutela penale da parte degli Stati membri. Il canone, di rilievo costituzionale, della legalità formale rappresenta, in effetti, una paratia alla penetrazione in ambito nazionale degli arresti della giurisprudenza di Strasburgo solo nella misura in cui si traduce in una "valvola di garanzia" aggiuntiva, correlata all'esigenza della "legittimazione democratica" del soggetto investito del potere di normazione *in subiecta materia*.

Un invito in tal senso si rende, peraltro, tanto più necessario in quanto, non di rado, l'esperienza applicativa sembra muoversi in una direzione diversa. Per questo verso, è quasi un segno del destino la coincidenza tra la data della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Grande Stevens*, che muove dalla concezione sostanziale del principio di legalità in materia penale, e quella di deposito della sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che – facendo leva, invece, sulla concezione formale legata al principio della riserva di legge – ha risolto il conflitto di giurisprudenza in ordine all'ammissibilità della confisca (e, dunque, del sequestro preventivo ad essa finalizzato) nei confronti di una persona giuridica in rapporto al profitto di reati tributari commessi dal suo legale rappresentante (Cass., sez. un., 30 gennaio 2014-5 marzo 2014, n. 10561). La prima concezione, apparentemente meno garantista per le oscillazioni cui può dar luogo, ha portato, in realtà, ad un ampliamento delle garanzie. La seconda, invece, all'apparenza più garantista

in termini di certezza del diritto, ha portato ad escludere – in nome del principio di tassatività e del divieto di analogia *in malam partem* – la confisca «per equivalente» in danno della persona giuridica, ma non ha impedito una lettura “dilatata” della nozione di confisca «diretta», viceversa ammissibile nei confronti dell’ente: lettura che svuota, in fatto, di significato la precedente affermazione.