



2/2017

**MARKET ABUSE E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO
DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE E.D.U., GRANDE CAMERA,
15 NOVEMBRE 2016, A E B C. NORVEGIA**

di Pasquale Fimiani*

***Abstract.** La recente sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, relativa ad un caso di due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto illecito tributario, segna un netto superamento rispetto ai principi enunciati dalla stessa Corte in tema di *ne bis in idem* convenzionale e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale, con evidenti ricadute sullo stesso tema nell’ambito del market abuse. La rilevanza eurounitaria della materia richiede la verifica dell’attualità dell’interpretazione dell’art. 50 CDFUE, con la sentenza *Fransson* del 2013, da parte della Corte di Giustizia, peraltro già interessata con rinvio pregiudiziale dalla Cassazione civile con le ordinanze della sezione tributaria n. 20675/2016 e della seconda sezione civile n.n. 23232 e 23233 del 2016. Questione rilevante anche ai fini della soluzione del caso, ancora in sospenso, di abuso di informazioni privilegiate che aveva determinato la quinta sezione penale della Cassazione a sollevare le questioni di illegittimità costituzionale dichiarate inammissibili dalla sentenza della Consulta n. 102/2016.*

SOMMARIO: 1. La sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia. – 2. L’incidenza della decisione sul tema del doppio binario sanzionatorio da market abuse. – 3. Il doppio binario sanzionatorio in tema di abuso di informazioni privilegiate ed il *ne bis in idem* convenzionale dopo la sentenza della Grande Camera. – 4. Il confronto con il *ne bis in idem* eurounitario: la necessaria verifica di attualità dei principi affermati dalla sentenza *Fransson*. – 5. Gli ulteriori quesiti pregiudiziali sull’art. 50 CDFUE proposti dalla Cassazione civile. – 6. Conclusioni.

* L’Autore segnala sin d’ora che, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 102/2016, il relativo giudizio *a quo* era destinato a riprendere corso, avanti alla Corte di Cassazione, all’udienza del 16 dicembre 2016, cui lo stesso scrivente era stato designato quale P.M.; la causa, peraltro, è stata rinviata “a nuovo ruolo” in attesa della traduzione ufficiale della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016.

1. La sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia.

La recente sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia¹, relativa ad un caso di due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto illecito tributario, segna un netto superamento rispetto ai principi enunciati dalla stessa Corte in tema di *ne bis in idem* convenzionale e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale².

Trovano conferma³:

- l'adozione dei *criteri Engel*⁴ per la qualificazione della sanzione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale (criteri ritenuti alternativi e non cumulativi: della qualificazione giuridico formale dell'infrazione nel diritto interno;

¹ Per primi commenti cfr. VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in questa Rivista, 18 novembre 2016, nonché CONFALONIERI, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?](#), in questa Rivista, 5 dicembre 2016.

² In tema, cfr. *ex plurimis*, ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, V, 855; ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, XI, 1053; APRATI, *Il "protocollo" dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, XI, 3902B; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, (Web), 2015, I; BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.* 2014, IX, 3099; CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, I, 179; CONTI, *Ne bis in idem*, in *Treccani, Il Libro dell'anno del diritto 2015*, 438 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, 2016, 516; FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. Soc.*, 2014, V, 953; GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il "non detto" delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, III, 740; GALANTINI *Il principio del "ne bis in idem" tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, I, 215; GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, II, 337; MADIA, [Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza. Spunti per una soluzione dell'"arcano" nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato](#), in questa Rivista, 9 giugno 2015; MENGONI, *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta*, in [www.magistraturaindipendente.it](#), 30 maggio 2016; RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, III, 1373; SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.* 2015, VII-VIII, 2910B; VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? \(a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, 219; ID., *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani, Il Libro dell'anno del diritto 2015*, 109; ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. It.*, 2014, V, 1196.

³ I contenuti della sentenza della Grande Camera, al momento della redazione del presente scritto mancante di una traduzione ufficiale in lingua italiana, sono stati desunti dal testo ufficiale in lingua inglese.

⁴ Sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, Engel/Paesi Bassi.

della natura dell'infrazione o dell'illecito; della natura o del grado di severità della sanzione);

- la nozione di *idem fattuale* enunciata dalla Corte E.D.U. (pur dovendosi registrare una certa elasticità nell'individuazione dell'*idem* che, infatti, nella sentenza della Grande Camera Zolotoukhine c. Russia del 10 febbraio 2009 si fonda "*su fatti identici o sostanzialmente uguali*", mentre nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014 si fonda sull'identità del "*comportamento*" ed in quella Lucky c. Svezia del 27 novembre 2014 torna a essere "*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*").

Viene invece abbandonata la regola tassativa della interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto l'*idem factum* e ne viene fissata una nuova, per la quale la violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex articolo 4, protocollo 7, Cedu è esclusa, ed i distinti procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, ben possono esaurirsi entrambi, quando tra essi sussiste una "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*".

Sotto il profilo *sostanziale* la sentenza (§ 132) ritiene possibile configurare tale *connessione*:

a) quando i due procedimenti, non solo in astratto, ma anche in concreto, perseguono *scopi complementari* ed hanno ad oggetto *differenti aspetti della medesima condotta antisociale*. La sentenza (§ 144) ha ritenuto sussistere tale condizione in quanto nel sistema norvegese le sanzioni amministrative tributarie hanno finalità sia di deterrenza, sia di compensazione degli sforzi, umani e finanziari, che l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, mentre quelle penali hanno finalità esclusivamente punitiva della condotta antisociale, costituendo un implicito rimprovero per un comportamento doloso e fraudolento;

b) quando la duplicità dei procedimenti sia una *prevedibile conseguenza*, sotto il profilo giuridico e pratico, della stessa condotta;

c) quando i due procedimenti siano condotti in modo da *evitare per quanto possibile ogni duplicazione* nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una "*adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento*";

d) quando, soprattutto, la sanzione imposta nel procedimento che diventa definitivo per primo *sia tenuta in considerazione in quello che diviene definitivo per ultimo*, in modo da impedire che l'interessato sopporti un onere eccessivo, rischio quest'ultimo che è meno probabile quando vi sia un meccanismo di compensazione finalizzato a garantire che *le sanzioni complessivamente imposte siano proporzionate*⁵.

Sotto il profilo *temporale* tale *connessione* viene configurata (§ 134) quando tra i due procedimenti vi sia anche un *collegamento di natura cronologica*, requisito che però

⁵ La sentenza (§ 146) ha ritenuto sussistere tali ultime due condizioni in quanto l'amministrazione tributaria aveva basato la sanzione, tra l'altro, sulle dichiarazioni rese dagli interessati nel procedimento penale; per quanto riguarda la proporzionalità della pena globale imposta, la sanzione penale teneva conto della sanzione tributaria.



2/2017

non comporta che i due procedimenti debbano essere condotti simultaneamente dall'inizio alla fine.

Resta infatti salva la facoltà degli Stati di optare per lo svolgimento progressivo dei due procedimenti quando sussistono ragioni di efficienza e di buona amministrazione della giustizia. Tuttavia, per evitare all'interessato di subire un pregiudizio sproporzionato, il collegamento temporale tra i diversi procedimenti deve essere "sufficientemente vicino", in modo da evitare incertezza, ritardo e l'eccessivo protrarsi dei tempi di definizione, tenendo presente che "più debole è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di spiegare e giustificare tale ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti".

Sussistendo la "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" nei termini illustrati, non vi è violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex articolo 4, protocollo 7, CEDU, in quanto la previsione normativa di un doppio binario sanzionatorio, pur se la sanzione amministrativa in base ai criteri Engel abbia natura penale ex articolo 7 CEDU, si traduce in "un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria".

2. L'incidenza della decisione sul tema del doppio binario sanzionatorio da market abuse.

La profonda innovazione in punto di delimitazione del *ne bis in idem* convenzionale con riferimento ai sistemi di doppio binario sanzionatorio tributario, stante l'innegabile portata generale della sentenza della Grande Camera, ne estende l'incidenza anche al tema del doppio binario sanzionatorio da *market abuse* all'origine del caso di abuso di informazioni privilegiate nel quale la quinta sezione penale della Cassazione (ordinanza n. 1782/2015⁶) aveva sollevato le questioni di legittimità costituzionale⁷ dichiarate inammissibili dalla sentenza della Consulta n. 102/2016⁸ con

⁶ Per un primo commento si rinvia a SCOLETTA, [Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem](#), in *questa Rivista*, 17 novembre 2014.

⁷ In via principale, la Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, comma 1, TUF nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", anziché "salvo che il fatto costituisca reato". In via subordinata, la Cassazione ha proposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., "nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli".

⁸ La Corte costituzionale con la sentenza n. 102/2016 ha dichiarato inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 proposta da Cass. civ., sez. trib. civ., n. 950/2015 (ord.) per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento agli articoli 2 e 4 del Prot. 7 CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU, in un caso in cui il ricorrente aveva già patteggiato la pena con provvedimento divenuto definitivo, con la conseguenza che un problema di *ne bis in idem* si poneva, in tal caso, rispetto al procedimento di opposizione alla sanzione amministrativa irrogata dalla CONSOB per lo stesso fatto.

argomentazione severamente critica dell'*abnorme effetto* che produrrebbe l'eventuale accoglimento della questione proposta in via principale, nonché del fatto che "la questione subordinata diviene per definizione una incongrua soluzione di ripiego".

Non è questa la sede per ripercorrere le argomentazioni della Corte costituzionale⁹, mentre occorre interrogarsi sulla sorte del caso che la stessa Cassazione dovrà riesaminare dopo che la suddetta Grande Camera ha rivoluzionato i principi applicativi del *ne bis in idem* convenzionale¹⁰.

A tal fine basti ricordare che, come risulta dalla citata ordinanza n. 1782/2015 con cui erano state sollevate le suddette questioni, l'eccepita violazione del *ne bis in idem* veniva sollevata da imputato ricorrente avverso la sentenza del 16 gennaio 2013, con cui la Corte di appello di Milano aveva confermato la sentenza di condanna del 20 dicembre 2011 da parte del Tribunale di Milano per il reato di abuso di informazioni privilegiate (art. 184, comma 1, lett. b, TUF) commesso in data antecedente e prossima al 23 gennaio 2006.

Indiscussa in causa era la definitiva applicazione nei suoi confronti della sanzione pecuniaria per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate previsto dall'art. 187-bis TUF, essendo passata in giudicato la sentenza della Corte di appello di Roma del 7 novembre 2011 che aveva rigettato l'opposizione proposta dal ricorrente avverso la delibera della CONSOB che aveva applicato la predetta sanzione pecuniaria.

Parimenti pacifici erano sia la natura sostanzialmente penale di detta sanzione formalmente amministrativa, secondo i criteri Engel elaborati dalla Corte E.D.U., sia l'identità del fatto imputato al ricorrente rispetto a quello ascrittogli in sede amministrativa.

Veniva infine affermato dall'ordinanza di rimessione che i rapporti tra illecito amministrativo e sanzione penale sono disciplinati nel senso del *cumulo*¹¹ per essere

⁹ Si rinvia a VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni](#), in questa Rivista, 16 maggio 2016, il quale rileva che la Corte ha "evidentemente **deciso... di non decidere**, almeno per ora, una questione spinosa, verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale (è ormai imminente l'esercizio della delega conferita con la legge n. 114/2015 per la riforma della disciplina in materia di abusi di mercato, nonché sul fronte della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale dovrà presto esprimersi sul problema della compatibilità con il diritto al *ne bis in idem* dell'attuale sistema di doppio binario in materia di illeciti tributari, e segnatamente in materia di evasioni dell'IVA" (il riferimento è al rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo del 16 settembre 2015). Sottolinea comunque l'Autore che il "*non liquet*" della Corte costituzionale comporta per il giudice comune la necessità di salvaguardare il diritto fondamentale del *ne bis in idem* per il tramite della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE nelle materie eurounitarie e dell'art. 4, Prot. 7, CEDU nelle restanti materie. Richiama adesivamente tali considerazioni PEPE, *Ne bis in idem "europeo" e sanzioni sul market-abuse: dall'inammissibilità delle questioni di costituzionalità alcuni spunti sul versante tributario*, in [www.rivistadirittotributario.it](#), 23 maggio 2016. V. anche POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione persa*, in *Giur. It.*, 2016, VII, 1711.

¹⁰ Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 102/2016, la causa era stata fissata per l'udienza del 16 dicembre 2016, cui lo scrivente era stato designato quale P.M., ma è stata preliminarmente rinviata "a nuovo ruolo" in attesa della traduzione ufficiale della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016.

¹¹ In tal senso si richiama la citata ordinanza n. 1782/2015, punto 2.5, pag. 7, secondo cui "l'inciso di apertura dell'art. 187-bis, comma 1, TUF non può essere interpretato in senso diverso dalla previsione del cumulo della sanzione

ritenuta preclusa una lettura in chiave di clausola di sussidiarietà dell'incipit degli articoli 187-bis e 187-ter quale quella suggerita da una dottrina¹² tramite una rilettura dell'incipit dell'art 187-ter "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" nel senso di circoscrivere l'applicazione degli illeciti amministrativi ai soli casi non rientranti nelle corrispondenti fattispecie penali.

Tale tesi, oltre ad implicare una forzatura della lettera della norma, è in chiara tensione con la disciplina dell'art. 187-terdecies che, sull'evidente presupposto di un cumulo delle sanzioni penali ed amministrative, limita l'esazione della pena pecuniaria alla sola parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa. Inoltre, come osservato da altra dottrina¹³, a contrastare tale tesi va sottolineato che mentre con riferimento alla manipolazione del mercato, sono apprezzabili elementi distintivi tra fattispecie penale ed amministrativa, per l'abuso di informazioni privilegiate vi è sul piano oggettivo piena sovrapposizione, sicché, ove la tesi della mera sussidiarietà dell'incipit venisse accolta, resterebbe "sostanzialmente svuotata di senso" la previsione dell'illecito amministrativo ex art. 187-bis.

Così esaurita la ricognizione dei presupposti necessari per la riconduzione del caso discusso nel contesto di una possibile violazione del *ne bis in idem* sotto il profilo convenzionale, è chiaro che la verifica sul suo realizzarsi non va più condotta, come ritenuto nell'ordinanza n. 1782/2015, secondo i principi enunciati dalla sentenza della Corte E.D.U., Seconda Sezione, Grande Stevens c. Italia del 2014 in parte ormai superati dalla Grande Camera.

Risulta infatti chiaro che, anche a ritenere, in continuità con l'ordinanza n. 1782/2015:

a) integrato l'*idem* fattuale a fronte di una condotta di abuso di informazioni privilegiate oggetto di sanzione amministrativa definitiva e di procedimento penale ancora pendente dopo tale definitività;

b) riconducibile al novero delle sanzioni penali ai sensi dell'articolo 7 Cedu la sanzione amministrativa CONSOB in base ai criteri Engel per la sua significativa severità;

a seguito della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016 – da prendersi a riferimento anche sulla base del *dictum* della sentenza Corte costituzionale n. 49 del 2015 che affida al solo diritto consolidato, quale quello della Grande Camera, la vincolatività per il giudice nazionale delle sentenze della Corte E.D.U. – la verifica della violazione del *ne bis in idem* sotto il profilo convenzionale passa per il confronto con un criterio del tutto diverso da quello della tassativa interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto l'*idem factum*.

penale e di quella amministrativa: oltre al tenore letterale dell'incipit, depone nel senso indicato la complessiva disciplina delineata dal Titolo 1-bis del TUF e, in particolare, il meccanismo "compensativo" già richiamato (art. 187-terdecies) e la previsione dell'autonomia del procedimento amministrativo in pendenza di quello penale (art. 187-duodecies), l'uno e l'altra compatibili solo con il concorso delle due sanzioni".

¹² TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in questa Rivista, 9 marzo 2014.

¹³ FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto*, cit..

3. Il doppio binario sanzionatorio in tema di abuso di informazioni privilegiate ed il *ne bis in idem* convenzionale dopo la sentenza della Grande Camera.

I margini applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale sono all'evidenza estremamente elastici, tanto che l'unica opinione dissenziente nel collegio ha qualificato il criterio adottato come "*vaghiissimo ed arbitrario*", affermazione condivisa dalla dottrina¹⁴, con l'aggiunta che lo stesso parallelismo delle due procedure in sede amministrativa e penale può non essere essenziale quando l'apertura della seconda procedura abbia connotazione temporalmente tale da non essere il sintomo di un'esposizione "*a perdurante incertezza sulla propria sorte*", del soggetto gravato dai procedimenti (la citata dottrina ha osservato che le indicazioni della sentenza sulla connessione temporale sembrano "*aprire la strada – un po' sorprendentemente, viste le premesse con le quali la Corte pareva aver ristretto il suo esame all'ipotesi, appunto, dei procedimenti paralleli – alla possibilità di escludere la violazione anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi dopo la definitiva conclusione del primo procedimento*").

A tali considerazioni può aggiungersi il rilievo che la sentenza non precisa se le condizioni per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulative, nel senso che devono sussistere congiuntamente, ovvero alternative¹⁵.

Sembra peraltro che la Grande Camera, ammettendo un doppio binario sanzionatorio, pur se la sanzione amministrativa in base ai criteri Engel abbia natura penale, quando lo stesso si traduce in "*un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria*", valorizzi comunque come essenziali le condizioni di prevedibilità e proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, connotati, del resto, tipici della sanzione penale ex articolo 7 CEDU. La natura essenziale, inoltre, quanto al meccanismo compensativo che attua la proporzionalità tramite la considerazione della sanzione imposta nel procedimento che diventa definitivo per primo in quello che diviene definitivo per ultimo, si desume dall'uso della locuzione "*above all*" (soprattutto) prima della enunciazione di tale criterio.

Spazi di discrezionalità interpretativa e di adattamento alla fattispecie concreta in relazione alla natura delle sanzioni amministrative interessate ed alle regole dei rispettivi procedimenti, sembrano invece possibili per il giudice del merito quanto alle altre due condizioni enunciate per la configurabilità della connessione sostanziale.

Siffatta indubbia vaghezza può indubbiamente creare problemi di operatività del criterio formulato nei casi concreti nei quali è incerta la ridetta connessione, ma non sembra che, ricorrendo le condizioni di seguito specificate, sia questo il caso del doppio binario sanzionatorio per l'abuso di informazioni privilegiate.

¹⁴ VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), cit..

¹⁵ Come rileva, peraltro in modo dubitativo, CONFALONIERI, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.](#), cit., secondo cui, "*fermo il fatto che non sembra che si tratti di parametri cumulativi, rimane però oscuro se la mancanza di uno solo di essi basti per escludere la close connection*".



2/2017

Per quanto riguarda la connessione sotto il profilo temporale, è sufficiente che tra le due procedure sussista un sia pur parziale parallelismo per escludere quello iato temporale netto che sottopone "a perdurante incertezza sulla propria sorte" il soggetto gravato dai diversi procedimenti¹⁶.

Per quanto riguarda la connessione sotto il profilo sostanziale, si osserva quanto segue.

A) Sussiste la *differenziazione degli scopi delle risposte sanzionatorie*, sia in astratto, che in concreto.

Sotto il primo profilo, si osserva che le sanzioni amministrative pecuniarie sono versate alla CONSOB e quindi all'Autorità di controllo, assumendo pertanto una valenza anche compensatoria rispetto all'attività istituzionale dalla stessa svolta, che si aggiunge a quella generale retributiva caratteristica esclusiva, invece, della sanzione penale. La valenza anche compensativa trova poi conferma, in concreto, nella maggiore entità della sanzione amministrativa applicata rispetto alla multa.

B) È evidente la *prevedibilità delle prospettive sanzionatorie*, valendo il principio della loro conoscenza legale determinata dalla pubblicazione delle norme che disciplinano i diversi procedimenti sulla Gazzetta Ufficiale.

C) La *connessione degli elementi di prova* è assicurata:

a) dall'art. 187-*octies*, comma 5, che prevede per l'esercizio di specifiche attività investigative da parte della CONSOB l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica;

b) dall'art. 187-*decies* TUF, che disciplina i rapporti collaborativi tra CONSOB e magistratura in sede di accertamento;

c) dall'art. 187-*undecies* TUF, che disciplina le facoltà della CONSOB nel procedimento penale;

d) dalla possibilità di utilizzo in sede penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa¹⁷;

e) dalla possibilità, all'inverso, di utilizzare atti dell'indagine penale in sede di procedimento sanzionatorio amministrativo, secondo i principi generali della legge n. 689/1981, applicabili anche ai procedimenti di irrogazione delle sanzioni CONSOB¹⁸.

D) Per quanto, infine, riguarda la "*proporzionalità complessiva*" della risposta sanzionatoria, va rilevato che il meccanismo compensativo di cui all'art. 187-*terdecies*

¹⁶ Nel caso esaminato dall'ordinanza n. 1782/2015 sussiste tale sia pur parziale parallelismo, almeno fino alla conclusione del procedimento amministrativo (definito con la sentenza della Corte di Appello di Roma del 7 luglio 2011 che rigettava l'opposizione alla delibera CONSOB del 4 agosto 2009) svoltosi nella pendenza delle indagini penali e del procedimento di primo grado conclusosi con la sentenza del Tribunale di Milano del 20 dicembre 2011.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 4324/2013, secondo cui "le relazioni ispettive dei funzionari della CONSOB sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari". Dall'ordinanza n. 1782/2015 si desume che il primo motivo di ricorso in cassazione era relativo ai margini di utilizzabilità degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa nel processo penale e ciò, al di là della valutazione di merito della censura, conferma, ai fini della valutazione pregiudiziale di compatibilità con il *ne bis in idem* convenzionale, la possibilità di utilizzo in sede penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa.

¹⁸ Cass. civ., Sez. II, n. 4363/2015.



2/2017

TUF¹⁹ assicura un automatismo compensativo di assoluta rigidità in punto di quantitativo esigibile, escludendo margini di discrezionalità quantitativa che sono presenti invece nella scelta di anticipare la compensazione nella fase di irrogazione della pena, prevista dall'art. 11, lett. m, della legge delega n. 114/2015 per il recepimento della direttiva n. 2014/57/UE (v. più diffusamente *infra*)²⁰.

4. Il confronto con il *ne bis in idem* eurounitario: la necessaria verifica di attualità dei principi affermati dalla sentenza Fransson.

Occorre però tenere presente che la materia delle sanzioni *market abuse* è di interesse eurounitario.

Infatti, l'attuale disciplina sanzionatoria è stata introdotta con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge comunitaria 2004), attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (cosiddetta Market Abuse Directive, MAD); la riconducibilità della disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato nell'ambito di applicazione del diritto UE trova poi conferma nella nuova disciplina eurounitaria della materia, contenuta, per quanto riguarda le sanzioni amministrative, nel reg. n. 596/2014/UE (applicabile dal 3 luglio 2016) e, per quanto riguarda le sanzioni penali, nella dir. n. 2014/57/UE (*Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato*), il cui termine di attuazione (secondo l'art. 13, 3 luglio 2016) è inutilmente scaduto, in quanto all'art. 11 della legge delega n. 114/2015 (Delega al Governo per il recepimento

¹⁹ Secondo cui "quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa".

²⁰ Nel caso esaminato dall'ordinanza n. 1782/2015 non risultava posta, in concreto, una questione di *proporzionalità* della sanzione, per non essere contestate dall'interessato, neppure successivamente alla sentenza della Grande Camera, né la mancata presa d'atto in sede penale della inflizione della sanzione CONSOB divenuta definitiva per prima, né l'assetto sanzionatorio penale in generale. Neppure veniva censurata l'applicazione dei criteri ex articolo 133 c.p. che ben possono soddisfare – *in concreto* – il canone della proporzionalità. Ricorrendo tali condizioni può quindi ritenersi che per effetto della sopravvenuta giurisprudenza della Grande Camera è, in concreto, insussistente la violazione del *ne bis in idem* convenzionale che aveva invece valorizzato nel sollevare le questioni di costituzionalità ritenute inammissibili dalla Corte Costituzionale. Nella stessa prospettiva cfr. Trib. Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, in [questa Rivista](#), 23 dicembre 2016 con nota di FUSCO, [La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna](#), che ha respinto la richiesta di pronuncia di sentenza predibattimentale di improcedibilità ex art. 649 c.p.p. avanzata da imputati del reato di manipolazione del mercato previsto dall'art. 185 TUF, per essere stata già applicata dalla CONSOB nei loro confronti la sanzione amministrativa prevista per lo stesso fatto dall'art. 187-ter, sul rilievo della compatibilità del sistema delineato dal combinato disposto di cui agli artt. art. 187-octies, 187-decies e 187-terdecies TUF con il *ne bis in idem* convenzionale, come interpretato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia (né l'ordinanza, né il commentatore, peraltro, affrontano la questione della conformità dell'art. 187-terdecies TUF al principio della "proporzionalità complessiva" enunciato dalla Grande Camera, per il fatto che la norma opera nella sola fase esecutiva, ma non in quella di irrogazione della pena).

delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014) non ha fatto seguito il decreto delegato²¹.

La riconducibilità della disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato nell'ambito di applicazione del diritto UE, determina, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, l'applicabilità dell'insieme dei diritti e delle garanzie riconosciute dalla Carta, tra le quali quella relativa al *ne bis in idem*, proclamata dall'art. 50 CDFUE.

Vanno in questa sede ricordate le recenti ordinanze della sezione tributaria n. 20675/2016²² e della seconda sezione civile n.n. 23232 e 23233 del 2016²³ che hanno formulato distinte questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto dell'Unione con riferimento all'art. 50.

In particolare, la sezione tributaria, tornando ad esaminare la vicenda in relazione alla quale aveva sollevato (ord. n. 950/2015) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter d.lgs. n. 58/1998 dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 102/2016 (fattispecie in cui il ricorrente aveva già patteggiato la pena con provvedimento divenuto definitivo, con la conseguenza che un problema di *ne bis in idem* si poneva, in tal caso, rispetto al procedimento di opposizione alla sanzione amministrativa irrogata dalla CONSOB) ha chiesto alla Corte di Giustizia:

a) se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;

b) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale.

A sua volta, la seconda sezione civile – in due fattispecie di opposizione alle sanzioni amministrative CONSOB per fatti di abuso di informazioni privilegiate in relazione ai quali erano già intervenuta la definitiva assoluzione in sede penale – ha formulato le seguenti questioni pregiudiziali:

- se l'art. 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 necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore

²¹ Sulle prospettive di recepimento si rinvia a MUCCIARELLI, [La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem](#), in questa Rivista, 17 settembre 2015 e VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in questa Rivista, 8 febbraio 2016.

²² In questa Rivista, 17 ottobre 2016, con nota di VIGANÒ, [A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato.](#)

²³ In questa Rivista, 28 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate.](#)

procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali;

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

Le recenti ordinanze della sezione tributaria e della seconda sezione civile non si sono però confrontate con la sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016, in quanto la prima è precedente e le seconde sono state depositate lo stesso giorno, ma decise anteriormente.

Orbene, va tenuto presente che:

- secondo l'art. 52 § 3 CDFUE, "laddove [la Carta] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa";

- le Spiegazioni ufficiali della Carta, delle quali occorre "tenere conto" nell'interpretazione della stessa (art. 6 § 1 TUE), chiariscono – riguardo all'art. 52 – che il richiamo alla Carta deve intendersi come comprensivo dei protocolli alla CEDU, tra cui dunque il Prot. n. 7, nonché dell'interpretazione fornita dalla Corte E.D.U. della stessa Convenzione e dei protocolli, interpretazione che fissa dunque il livello minimo di tutela degli stessi diritti riconosciuti dalla Carta;

- peraltro, come si evince dall'art. 52 § 3 CDFUE, ultimo periodo, lo standard delle garanzie assicurate dalla Carta dei diritti fondamentali se non può essere inferiore a quello proprio della CEDU, ben potrebbe, tuttavia, essere superiore nonostante la sopravvenuta sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia.

Al fine di verificare se risulti violata la garanzia assicurata dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali della UE sembra allora necessario investire con rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia Ue perché, nei limiti della sua competenza di interprete del diritto eurounitario, dica se, in ragione della sopravvenuta sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, si debbano confermare o meno nella loro interezza i parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza *Fransson* del 2013²⁴.

Sentenza quest'ultima riferita ad un doppio binario sanzionatorio tributario, ma assertiva di principi applicabili anche ad uno relativo al *market abuse* e che si riportano:

- alla nozione di *idem* enunciata dalla sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera *Zolotoukhine c. Russia* del 2009;

- all'adozione dei *criteri Engel* per la qualificazione della sanzione;

- alla regola della *interruzione* del procedimento pendente quando l'altro sia divenuto definitivo;

²⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, in [questa Rivista](#), 15 aprile 2013, con nota di VOZZA, [I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea](#).



2/2017

differenziandosi dalla giurisprudenza della Corte E.D.U. quanto al riconoscimento al giudice nazionale del potere di verificare l'esistenza dell'*idem* e dell'obbligo di assicurarsi, ai fini della predetta interruzione, "che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive" (§ 36).

Applicando tali criteri a fattispecie di abuso di informazioni privilegiate quale quella esaminata nella ridetta ordinanza n. 1782/2015, una volta rilevata la natura sostanzialmente penale della sanzione CONSOB, sarebbe possibile escludere il cumulo delle sanzioni in ossequio al principio del *ne bis in idem*, qualora si ritenesse sussistere la condizione di effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione che residua all'esito dell'applicazione del predetto principio e, quindi, della sanzione CONSOB già definitiva.

In caso contrario si dovrebbe procedere al cumulo delle sanzioni, qualora fosse confermata l'affermazione di responsabilità del ricorrente.

In entrambi le ipotesi, trattasi di prospettiva del tutto diversa da quella che consegue all'applicazione della sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016.

Né l'applicabilità dei principi della sentenza *Frasson*, ove ritenuti ancora attuali, sarebbe preclusa dal fatto che il ricorrente non censura il trattamento sanzionatorio, atteso che la verifica di proporzionalità (parametro, peraltro, concorrente con quelli di effettività e dissuasività) andrebbe compiuta sulla sanzione amministrativa residua definitivamente inflitta in precedenza e non su quella penale, tanto più ove fosse rimasta incensurata sotto il profilo del trattamento punitivo.

La necessità di verifica della conferma o meno dei parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza *Fransson* trova conforto anche nella considerazione svolta dalle citate ordinanze della seconda sezione civile nella parte in cui rilevano (punto 14, in fine) che "in materia di abuso di informazioni privilegiate, il diritto dell'Unione non impone che il medesimo illecito sia presidiato da una doppia sanzione (e, quindi, che esso non postula la necessità di celebrare due procedimenti per lo stesso fatto)", così spiegando tale affermazione:

«Infatti (§ 9), l'art. 14 della dir. 2003/6/CE non rende necessario tale cumulo sanzionatorio, dal momento che esige sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive, facendo poi salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali. Il cumulo non è imposto nemmeno nella recente dir. 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la quale dovrebbe obbligare gli Stati membri a prevedere, nei rispettivi ordinamenti nazionali, sanzioni penali per l'abuso di informazioni privilegiate, la manipolazione del mercato e la comunicazioni illecite di informazioni privilegiate (considerando n. 14), riservando agli Stati membri la scelta se astenersi o meno dal comminare anche sanzioni amministrative (considerando n. 22): ciò che l'art. 30, comma 1 reg. (UE) n. 596/2014 espressamente ammette, rimettendo agli Stati membri la facoltà di decidere di non fissare norme relative alla sanzioni amministrative se le violazioni previste (lett. a) e lett. b) dello stesso art. 30) sono già soggette a sanzioni penali. In tale prospettiva pare anzi significativo che il considerando n. 23 della nuova direttiva raccomandi

che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati in essa previsti e di sanzioni amministrative (ai sensi del reg. n. 596/2014) "non violi il principio del ne bis in idem"»²⁵.

Da tali previsioni si evince il riconoscimento della compatibilità eurounitaria di un sistema nazionale di doppio binario sanzionatorio ma, al tempo stesso, l'esigenza che, in esito alla sua operatività, non si violi il divieto di bis in idem e, nel contempo, non si pregiudichino gli interessi della UE nelle materie di sua competenza.

Esigenza – va sottolineato – rappresentata da una direttiva emanata successivamente alla sentenza *Fransson*, le cui affermazioni in tema di applicabilità del divieto di bis in idem erano evidentemente sottese al richiamo di detto principio.

Non a caso la dir. 2014/57/UE ed il reg. (UE) n. 596/2014 prospettano, in tema di sanzioni per market abuse, un sistema di "gradualismo sanzionatorio", ripreso dall'art. 11, lett. m, della legge delega n. 114/2015, il quale dispone che occorre "evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate".

Una soluzione, quest'ultima, coerente con i principi affermati dalla sentenza della Grande Camera, 15 novembre 2016, ma non ancora operativa, per cui non è attuale la questione della compatibilità del previsto meccanismo compensativo con il *dictum* della sentenza *Fransson*.

Questione che effettivamente si pone, in quanto tale sentenza, recependo i principi affermati dalla giurisprudenza E.D.U. (nozione di *idem* enunciata dalla sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, *criteri Engel* per la qualificazione della sanzione e regola della *interruzione* del procedimento pendente quando l'altro sia divenuto definitivo), ha confermato il divieto di duplicazione delle due procedure quando una di esse sia divenuta definitiva, sia pure a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive,

²⁵ Giova riportare i considerando 22, 23 e 27 della dir. n. 2014/57/UE:

"(22) Gli obblighi previsti nella presente direttiva di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#), salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#), di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale.

(23) L'ambito di applicazione della presente direttiva è determinato in modo tale da integrare e garantire l'effettiva attuazione del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#). Mentre le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla presente direttiva, almeno nei casi gravi, le sanzioni per le violazioni del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#) non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi. Nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#) non violi il principio del ne bis in idem.

(27) La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta), quali riconosciuti nel TUE. In particolare, dovrebbe essere applicata con il dovuto rispetto dei principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (articolo 49) e del diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato (articolo 50)".



2/2017

proporzionate e dissuasive; un divieto che non sembra superabile dalla semplice compensazione della sanzione inflitta in precedenza.

5. Gli ulteriori quesiti pregiudiziali sull'art. 50 CDFUE proposti dalla Cassazione civile.

Nella eventuale sottoposizione alla Corte di Giustizia della questione della attualità dei principi della sentenza *Fransson*, non sembra necessario formulare il quesito posto dalla sezione tributaria nell'ordinanza n. 20675/2016 *se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 CDFUE.*

Al riguardo, come giustamente rilevato in dottrina²⁶, è sufficiente richiamare proprio la sentenza *Fransson*, punto § 45, secondo cui *"per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"*.

Per l'ipotesi in cui la Corte di Giustizia confermi tutti i parametri della sentenza *Fransson*, si pone poi la questione se vada formulato, in via subordinata, il quesito ulteriore sollevato dalla seconda sezione civile con le citate ordinanze, concernente il canone di valutazione cui deve attenersi il giudice nazionale nel verificare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione residua, ed in particolare *se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del ne bis in idem di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti di pena posti dalla dir. 2014/57/UE.*

Alla questione va data risposta negativa.

In primo luogo, l'invocato parametro astratto viene dalla seconda sezione civile ritenuto rilevante in *situazioni diverse* da quella che viene in evidenza nella fattispecie (si indicano i casi in cui l'interessato sia stato assolto o condannato in via definitiva in sede penale, mentre nella specie è la sanzione nominalmente amministrativa ad essere divenuta definitiva).

In generale, poi, va osservato, che la condizione per negare il cumulo delle sanzioni in ossequio al principio del *ne bis in idem*, consistente nella effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione residua, comporta una *valutazione non astratta, ma riferita al singolo caso concreto*, per giunta da compiersi dal giudice del merito in sede di rinvio, trattandosi di valutare l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio. La necessità di una valutazione in concreto non è smentita, ma anzi rafforzata dalla

²⁶ VIGANÒ, [A Never-Ending Story?...](#), cit..

sentenza della Corte di Giustizia Spector Photo Group del 2009²⁷, richiamata dalla seconda sezione civile, in quanto l'affermazione che, ai fini della valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa non occorre tenere conto della possibilità e/o del livello di un'eventuale sanzione penale ulteriore, conferma la non rilevanza di parametri astratti o di applicazione eventuale ai fini della predetta valutazione.

Appare, infine, decisiva la considerazione che il parametro astratto del limite minimo di pena previsto dalla dir. 2014/57/UE) non è comunque applicabile in quanto *successivo all'epoca in cui la sanzione amministrativa è divenuta definitiva* (passaggio in giudicato della sentenza della Corte di Appello di Roma del 7 novembre 2011, non impugnata), momento al quale deve evidentemente riferirsi la valutazione di effettività, proporzionalità e dissuasività.

6. Conclusioni.

Va infine sottolineato che, nella rivalutazione della attualità dei principi della sentenza Fransson, non sembra necessario, come invece si ritiene in dottrina²⁸, che la Corte di Giustizia debba "pur sempre valutare in concreto se i sistemi di doppio binario presenti nell'ordinamento italiano garantiscano quella connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i due procedimenti che viene elevata dalla Grande Camera a condizione essenziale per il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*".

Ed infatti:

- nell'ipotesi in cui la Corte di Giustizia ritenga che l'articolo 50 CDFUE offre la stessa garanzia dell'articolo 4, protocollo 7 Cedu nella interpretazione della sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, vale quanto detto in precedenza circa la non configurabilità di violazioni a tali principi nel sistema di doppio binario sanzionatorio previsto dal TUF per l'abuso di informazioni privilegiate per come è stato applicato nella fattispecie concreta (*retro*, punto 7);

- qualora, invece, la Corte di Giustizia confermi i parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza Fransson, verrebbe assicurata una garanzia applicativa del *ne bis in idem* eurounitario non limitata dalla "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra le distinte procedure amministrativa e penale, per cui, anche in questa prospettiva, il quesito sarebbe irrilevante.

In conclusione, ancora una volta, la tutela multilivello dei diritti fondamentali pone all'interprete il non facile compito di mediazione tra il contesto giuridico nazionale ed europeo, che passa anche attraverso la maggior chiarezza possibile nel dialogo tra le Corti; dialogo che, per quanto riguarda il rapporto tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale, non è allo stato agevole, avendo la recente

²⁷ Corte di Giustizia, Sez. III, 23 dicembre 2009 Spector Photo Group NV/CBFA, in *Dir. pen. e processo*, 2010, VI, 761, con nota di RIONDATO, *Abuso di informazioni privilegiate: presupposti e sanzioni*.

²⁸ VIGANÒ, [La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), cit..



2/2017

sentenza della Grande Camera affermato principi del tutto diversi rispetto a quelli affermati in passato dalla Corte di Giustizia, al contrario parzialmente sovrapponibili a quelli precedentemente seguiti dalla Corte E.D.U..