

15 marzo 2019 | Francesco Mucciarelli

 visualizza allegato 

"DOPPIO BINARIO" SANZIONATORIO DEGLI ABUSI DI MERCATO E NE BIS IN IDEM: PRIME RICADUTE PRATICHE DOPO LE SENTENZE DELLA CGUE E LA (PARZIALE) RIFORMA DOMESTICA

Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), Pres. Zucchetti, Est. Secchi

Per leggere il testo della sentenza, clicca in alto su "visualizza allegato".

1. La sentenza del Tribunale di Milano, che qui si segnala, è di straordinario interesse sotto molteplici punti di vista. L'esigenza di darne pronta notizia fa premio su quelle di approfondimento e di riflessione maggiormente meditata, alle quali si conviene un tempo incompatibile con quello della tempestività: per certo non mancherà l'occasione per tornare in argomento ed è pronostico agevole immaginare che differenti opinioni si presenteranno.

Prima di soffermarsi sulla vicenda e sulla soluzione adottata, non è superfluo affermare in esordio che, pur nella problematicità del caso, la decisione dimostra – vien da dire: oltre ogni ragionevole dubbio – come l'interprete sia chiamato, nella attuale condizione afflitta per un verso dalla inadeguatezza (beninteso: si tratta di un eufemismo) del legislatore e, per l'altro, dai vincoli ad un tempo fissati dal legislatore stesso e dalla giurisprudenza delle Corti "superiori" (tanto nazionali quanto europee), ad esercizi ermeneutici di singolare difficoltà, rispetto ai quali unico soccorso può essere tratto dal proprio acume esegetico e dalla ricerca di parametri normativi che non trasformino l'applicazione delle disposizioni di legge in un atto di mera creatività equitativa.

2. Il caso: gli imputati, ai quali era stata applicata in via definitiva la **sanzione pecuniaria di 100 mila euro per la violazione dell'art. 187-ter TUF (illecito amministrativo)**, erano stati tratti a giudizio per il **medesimo fatto (storico)** qualificato **ex art. 185 TUF come delitto di manipolazione del mercato**. Ritenuta la penale responsabilità degli stessi, il Tribunale di Milano si è interpellato circa la sanzione da irrogare in concreto. Avuto riguardo ai criteri fissati dall'art. 133 c.p., il Giudice ha ritenuto di dover fissare nel minimo edittale (anni due di reclusione e 40 mila euro di multa) la pena applicabile. Agevole a questo punto cogliere lo snodo problematico: **la sanzione amministrativa pecuniaria già definitivamente inflitta è maggiore di quella che il giudice penale stima adeguata rispetto al caso specie**, sicché sul piano della commisurazione della pena si è di fronte a una (significativa) eccedenza, destinata a incidere sul fondamentale parametro della proporzione tra il cumulo delle sanzioni che verrebbero a essere complessivamente irrogate e la gravità dell'illecito^[1].

Il Tribunale di Milano è dunque chiamato a una **non semplice opera di coordinamento tra gli apparati punitivi amministrativo e penale**, in mancanza di parametri legali univoci all'indomani delle decisioni delle Corti sovranazionali e di uno sbilenco intervento riformatore (ad opera del d. lgs 107/2018, che ha – tra l'altro – parzialmente riformulato l'art. 187-terdecies TUF in tema di cumulo sanzionatorio)^[2].

In sintesi estrema: il dato normativo (l'art. 187-terdecies TUF che non disciplina il cumulo delle sanzioni se non nell'ambito ristretto di quelle pecuniarie), il vincolo della necessaria proporzione tra la gravità del fatto e la complessiva risposta punitiva (sanzione amministrativa e sanzione penale), l'obbligo di dare diretta applicazione alle norme convenzionali («senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»^[3]) sono i tre lati del triangolo, un perimetro entro il quale il Giudice è chiamato a esercitare il proprio magistero, non potendo ricorrere al *non liquet*.

Si badi: la decisione del Tribunale di Milano ripercorre con sintesi efficace e corretta l'*iter* giurisprudenziale in materia, in questo seguendo una perspicua decisione della Corte di Cassazione^[4], che, però – e la differenza non è lieve in rapporto alla conclusione 'pratica' – era stata chiamata a decidere di un caso (per vero infrequente nella prassi) ove il giudicato penale era divenuto definitivo prima di quello concernente l'illecito amministrativo (sicché la sanzione criminale era stata applicata – sebbene poi resa ineffettiva dall'intervenuto indulto – prima della conclusione del procedimento sanzionatorio CONSOB).

Ridotto ulteriormente all'essenziale, il nocciolo problematico consiste e si esaurisce in ciò: **di fronte al vincolo di dover valutare la complessiva rispondenza del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità del fatto, quid iuris della quota di sanzione pecuniaria applicata in eccedenza rispetto a quella del minimo edittale prevista dalla norma incriminatrice (pena stimata equa dal Giudice)?**

3. Il disposto normativo di settore, come accennato, non soccorre per la limitatezza della sua previsione («l'art. 187-terdecies Tuf non può essere assunto – nella sua attuale formulazione – quale parametro normativo (...), dal momento che non permette al giudice di modulare la risposta sanzionatoria tenendo conto del cumulo della sanzione pecuniaria e detentiva»^[5]), né altra disposizione di legge fornisce un riferimento esplicito per dirimere il sovrapporsi di sanzioni (tutte afferenti alla materia penale) determinato dal sistema a "doppio binario" (inopinatamente mantenuto in vita nel comparto degli abusi di mercato senza appropriata disciplina). Ma il precipitato della giurisprudenza delle Corti europee – come tale accolto anche dalla Corte regolatrice – vincola altresì il giudice nazionale, chiamandolo «verificare la sussistenza del requisito della proporzionalità del complessivo

trattamento sanzionatorio applicato», imponendogli altresì «qualora questa valutazione conduca a ritenere detto trattamento lesivo della garanzia del *ne bis in idem*, (...) [di] dare diretta applicazione al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, disapplicando *in mitius* le norme che questo trattamento definiscono»[6].

La sequenza argomentativa discende lineare: **considerato di «dover irrogare (...) una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice (...)»** valutata l'entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati – pari a 100.000,00 euro» **il Tribunale di Milano** nella segnalata sentenza **«ritiene (...) di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 187-terdecies TUF»** [enfasi aggiunta].

4. Il passaggio che segue spinge a nord la riflessione interpretativa: il Tribunale, ben consapevole dell'**esigenza di rispettare il canone del *ne bis in idem*** (per come interpretato dalla giurisprudenza *lato sensu* europea), osserva infatti che: «la valutazione della compatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio da irrogare con il principio del *ne bis in idem* deve però spingersi ad ulteriori conseguenze, imponendo – nel caso in esame – **la disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva stabilita dall'art. 185 TUF»** [enfasi aggiunta].

Disapplicazione che si rende necessaria in quanto l'eccedenza della sanzione pecuniaria già inflitta rispetto a quella che il Tribunale ritiene di dover irrogare nel caso di specie importerebbe una sproporzione nel complessivo trattamento punitivo, sproporzione che non può essere riequilibrata operando soltanto sul versante della sanzione pecuniaria stessa (la parte non eccedente – 40 mila euro previsti come misura minima della multa dall'art. 185 TUF – non viene invece applicata in quanto pro quota 'assorbita' dalla già irrogata sanzione amministrativa).

Ragionando nella prospettiva dell'unitarietà della materia penale (in questo senso indifferente alla natura nominalisticamente diversa delle sanzioni – amministrativa o criminale), la decisione in discorso coglie nella (per vero vaga) clausola normativa dell'art. 187-terdecies co. 1 lett. a) TUF – per il quale «l'autorità giudiziaria o la CONSOB **tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate»** [enfasi aggiunta] – l'ulteriore (e specifico) indice suggestivo dell'esigenza di apprezzare unitariamente il complesso delle sanzioni inflitte (la dizione "misure punitive" per la sua deliberata genericità ben si presta a comprendere sanzioni di qualunque genere).

5. La conseguente **quantificazione in termini di pena detentiva della parte eccedente della sanzione pecuniaria già inflitta** (in altri termini il ragguglio della multa alla reclusione) avviene quindi in modo coerente, utilizzando come **«criterio parametrico al fine di una valutazione in termini attuali della reale afflittività della sanzione (...) l'art. 135 c.p.»** [enfasi aggiunta]. Aritmeticamente scontata la conclusione: «la pena di 60.000,00 euro di multa corrisponde alla pena detentiva di mesi otto di reclusione» sicché «si ritiene di condannare gli imputati alla pena detentiva di anni uno mesi quattro di reclusione, **disapplicando – in mitius – il minimo edittale di anni due di reclusione, e sottraendo al minimo edittale di anni due di reclusione, la pena di mesi otto di reclusione** (corrispondente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da CONSOB eccedente la multa che questo Tribunale avrebbe irrogato)» [enfasi aggiunta].

* * *

6. L'*impasse* nel quale si dibatte il Tribunale di Milano nella decisione qui segnalata è **diretta conseguenza della mancata attuazione dei principi stabiliti nel Regolamento (UE) 596/2014 (MAR) e nella Direttiva 2014/57/UE (MAD II)**[7], che – pur autorizzando il mantenimento del regime del c.d. doppio binario (sanzione penale e sanzione amministrativa per il medesimo fatto) – ne avevano subordinato l'ammissibilità al rispetto del superiore principio del divieto di *bis in idem*[8].

Come noto, il legislatore nazionale non è andato oltre una **inefficiente riscrittura dell'art. 187-terdecies TUF**, che si limita ad assicurare il coordinamento (una sorta di somma algebrica) delle sole sanzioni pecuniarie applicate da CONSOB e dall'Autorità giudiziaria, del tutto omettendo i profili concernenti la pena detentiva (così come quelli riguardanti le sanzioni interdittive).

Mancata attuazione tanto maggiormente preoccupante (e inevitabilmente foriera di enigmi interpretativi) posto che l'esito del lungo (e travagliato) lavoro ermeneutico fissa punti fermi non flessibili.

In primo luogo è dato acquisito e non suscettibile di confutazione l'appartenenza alla "materia penale" (nell'accezione "europea" in senso lato) delle sanzioni *amministrative* per gli abusi di mercato, con applicabilità a tale comparto delle pertinenti garanzie sovranazionali, fermo rimanendo lo sbarramento interno alla piena equiparazione con l'illecito penale *stricto sensu*[9].

Il superamento della posizione "forte" assunta dalla Corte di Strasburgo nel solco della sentenza Grande Stevens c. Italia (cfr il *leading case* A e B c. Norvegia) ha condotto ad analoga presa di posizione della CGUE, che peraltro non si discosta dalla nozione di "*matière pénale*" nel senso ormai storicamente consolidato. Comparando le sanzioni in astratto, la Corte di Lussemburgo attribuisce valenza maggiormente afflittiva a quelle penali *stricto sensu* rispetto alle correlate misure sanzionatorie amministrative[10], ma, ricordando che «la Corte ha già riconosciuto l'efficacia diretta dell'articolo 50 della Carta affermando, al punto 45 della sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105)» ribadisce che, nell'esaminare «la compatibilità di norme di diritto interno con i diritti garantiti dalla Carta, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del 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*»[11].

7. Ancora qualche notazione, necessariamente breve per non venir meno all'iniziale avvertenza che quella presente altro non vuol essere che una mera segnalazione di una decisione comunque importante e significativa.

Come s'è anticipato, il Giudice, non potendosi sottrarre al compito al quale è istituzionalmente chiamato, ha dovuto tessere la lana messa a disposizione dal legislatore, con vincoli precisi derivanti anche dai principi forgiati dalle magistrature superiori (non soltanto quelle eurounitarie): in questo senso la decisione in discorso si muove con acume e acribia argomentativa in un territorio accidentato e coglie in segni normativi appena percettibili spunti esegetici, dai quali estrae tutta la materia possibile per giungere a un **esito che, pur non appagante, sembra tuttavia compatibile con le esigenze di rispettare il canone del *ne bis in idem* e, insieme, il superiore principio di proporzione** fra complesso delle sanzioni inflitte per il medesimo fatto e gravità dello stesso (anche in termini di colpevolezza).

Per certo, l'ambigua clausola dell'art. 187-terdecies co. 1 lett. a) TUF se si presta a essere intesa come un (timido) invito a considerare anche le pene detentive eventualmente già inflitte, tuttavia essa **non necessariamente implica che si debba procedere per ciò solo alla commutazione della sanzione pecuniaria eccedente nel suo corrispondente in termini di pena detentiva**, ben potendo attribuirsi alla del tutto a-technica formula "tener conto" una valenza diversa e meno pregnante: potrebbe infatti fungere, ad esempio, da criterio di apprezzamento per la concessione delle attenuanti generiche.

Ma quest'ultima ipotesi interpretativa riesce ben poco convincente, sol che si consideri che, così ritenendo, il contenuto concreto del superiore principio del *ne bis in idem* si ridurrebbe all'esangue portata di una circostanza attenuante, cui sarebbe affidato in via pressoché esclusiva il compito di assicurare la proporzione del complessivo trattamento sanzionatorio (profilo cruciale nelle decisioni delle Corti europee).

Nessun dubbio che anche la strada tracciata dalla decisione del Tribunale di Milano non è esente da asperità di varia natura. Segnalando in ordine sparso, senza pretesa di completezza e per cenni che necessitano approfondimenti e riflessioni ben maggiori: se la scelta di disapplicare la parte della disposizione concernente il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore può apparire una mossa quasi "eversiva" del canone della legalità, è pur vero che di tale **potere di disapplicare la norma di legge incompatibile con disposizioni di fonte eurounitaria o convenzionale** non sembra revocabile in dubbio che il giudice nazionale disponga^[12].

Ed ancora: *quid iuris* delle **sanzioni interdittive**? Anche di esse – se già applicate ad esempio sul versante dell'illecito amministrativo – il giudice penale dovrà tener conto e, in caso affermativo – come tutto lascia intendere – secondo quali criteri?

Per altro verso e paradossalmente: se la sanzione pecuniaria amministrativa applicata da Consob dovesse essere molto rilevante, tanto da determinare una forte eccedenza rispetto a quella della multa che il giudice penale stimasse adeguata nel concreto, **potrebbe accadere che il ragguglio importi la totale erosione della pena detentiva**: con la conseguenza che il giudizio penale rischierebbe di ridursi a una sorta di rito che si compie al solo scopo della sua stessa celebrazione (posto che, nell'ipotesi appena congetturata, proprio il tipo di pena alla cui irrogazione è tipicamente volto finirebbe con l'essere non applicabile).

Perplessità potrebbero poi sorgere in relazione alla circostanza che già sul piano astratto **non sono certo univoci i criteri di commisurazione delle "misure punitive"** (ancorché di analoga tipologia) inflitte rispettivamente dall'Autorità giudiziaria nel contesto del processo penale e da CONSOB (per non dire delle prassi applicative).

Ed infine: siffatto meccanismo – fermo restando che si presenta come quello meno implausibile dato l'attuale assetto normativo – finisce con l'**avvantaggiare i soggetti economicamente più forti** che, essendo in condizione di far fronte alla sanzione pecuniaria (in ipotesi anche alta) applicata da CONSOB, possono sperare – ricorrendone le condizioni – di ottenere una (anche significativa) riduzione della pena detentiva. Ciò che sarebbe precluso a coloro che, versando in disagiate condizioni, non sarebbero in grado di soddisfare l'obbligo di pagare la sanzione pecuniaria amministrativa.

Che dire in conclusione, se non constatare, con monotonia, che l'inerzia e l'insipienza del legislatore, pur non avendo la grandezza necessaria per creare (al pari del sonno della ragione) mostri, generano situazioni nelle quali l'interprete si trova obbligato a ricercare soluzioni comunque foriere d'incertezze, specialmente perniciose nella *materia penale*.

[1] Parla infatti testualmente di «"proporzionalità" tra il cumulo di sanzioni irrogate (di cui quella amministrativa pecuniaria è ormai considerata di natura penale) e la gravità dell'illecito» Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2018, con nota di F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

[2] In proposito v. E. Basile, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.* (in corso di pubblicazione); F. Consulich, C. Genoni, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto comunitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018; volendo e scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in questa *Rivista*, 10 ottobre 2018, nonché Id., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 305 ss.

[3] Così testualmente CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate* e a. (enfasi aggiunta).

[4] V. Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829, cit. In senso analogo cfr Cass. Pen., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869.

[5] V. ancora Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829, cit.: la mutata formulazione dell'art. 187-terdecies TUF rispetto a quella considerata dalla decisione della Corte di legittimità qui richiamata è, ai presenti fini, irrilevante, perché come s'è detto in principio, anche il nuovo assetto dell'art. 187-terdecies TUF continua a ignorare il profilo della pena detentiva (nonché quello delle sanzioni interdittive).

[6] Così esattamente e lucidamente Trib. Milano, III sez. pen., 15 novembre 2018 – 1 febbraio 2019.

[7] Per un quadro riepilogativo dell'incerto e inefficace percorso di "attuazione" della disciplina eurounitaria da parte del legislatore nazionale, v. E. Basile, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Direttiva 57/2014/UE*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 2015; Id., *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, pp. 228 ss.; F. Mucciarelli, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1/2018, p. 2 ss. e Id., *La nuova disciplina eurounitaria*, cit., pp. 323 ss., nonché Id., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit.

[8] V. in proposito E. Basile, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato*, cit.; E. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, p. 271; M. Scoletta, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, 218 ss.; F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto con gli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 202 ss. Volendo cfr anche F. Mucciarelli, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse*, cit.

[9] Sul punto sia permesso rinviare – soltanto per un riepilogo dell'evoluzione interpretativa e dei suoi ultimi approdi – a F. Mucciarelli, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Torino, 2018, 275.

[10] Cfr, in particolare, CGUE, GS, 20.3.2018, *Garlsson Real Estate*, cit., ove si osserva che il requisito di "necessità" cui è subordinata la legittimità del duplice procedimento e del correlato cumulo punitivo non può ritenersi integrato laddove sia intervenuta una sentenza penale definitiva, ancorché la sanzione criminale *stricto sensu* si sia successivamente estinta (nel caso di

specie per indulto). L'unico temperamento individuato dalla Corte di Lussemburgo rispetto al carattere preclusivo della previa decisione propriamente penalistica attiene d'altronde all'idoneità della pena «a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva» (*ibidem*).

[11] Così ancora CGUE, GS, 20.3.2018, *Garlsson Real Estate*, cit. (enfasi aggiunta).

[12] Soltanto per un riscontro v. Corte Cost., ord. 7 febbraio 2017, n. 48, per la quale il “*giudice nazionale deve dare piena e immediata attuazione alle norme dell'Unione Europea provviste di efficacia diretta*”, eventualmente disapplicando, in tutto o in parte le norme interne incompatibili. Cfr M.C. Ubiali, *Sui meccanismi di composizione dei contrasti tra diritto interno e diritto dell'UE: nuovo fermento nella giurisprudenza (per ora extrapenale) a seguito di corte cost. n. 269/2017*, in questa *Rivista*, fasc. 6/2018, pp. 295 ss.