

Civile Ord. Sez. 2 Num. 23232 Anno 2016

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: FALABELLA MASSIMO

Data pubblicazione: 15/11/2016

**ORDINANZA INTERLOCUTORIA**

sul ricorso 20798-2013 proposto da:

DI PUMA ENZO DPMNZE75S11G273K,  
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA  
CASSIODORO 1/A, presso lo studio  
dell'avvocato DOMENICO PARROTTA,  
rappresentato e difeso dagli avvocati  
ALFREDO FRANGINI, LIA VOZZA, FABIO GIOVANNI  
BELLONI;

2016

1204

O.l.

- *ricorrente* -



**contro**

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LA  
SOCIETÀ E LA BORSA 80204250585,  
elettivamente domiciliata in ROMA, V.  
MARTINI GIOVANNI BATTISTA 3, presso lo  
studio dell'avvocato SALVATORE PROVIDENTI,  
che la rappresenta e difende unitamente  
agli avvocati MARIA LETIZIA ERMETES, ROCCO  
VAMPA;

**- controricorrente -**

avverso la sentenza n. 1044/2013 della  
CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il  
04/04/2013;

udita la relazione della causa svolta nella  
pubblica udienza del 27/05/2016 dal  
Consigliere Dott. MASSIMO FALABELLA;

udito l'Avvocato Frangini Alfredo,  
difensore del ricorrente, che si è  
riportato agli atti depositati ed ha  
chiesto il rinvio alla Corte di Giustizia,  
ha depositato n. 3 cartoline di  
ricevimento;

uditi gli Avv.ti Vampa Rocco e Scaroni  
Clementina, quest'ultima con delega orale



dell'Avv. Providenti Salvatore, che hanno chiesto l'inammissibilità, in subordine, il rigetto del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ROSARIO GIOVANNI RUSSO che ha concluso in via principale: previa delibazione della non manifesta infondatezza e della rilevanza della questione, trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, al fine di accertare la violazione dell'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 4 del protocollo n. 7 alla CEDU da parte degli artt. 187 ter, 1° del d.lgs. n. 58 del 1998 e 649 c.p.p., nella parte in cui non impediscono, alla stregua dell'ordinamento nazionale, l'applicazione della sanzione prevista dalla prima delle predette disposizioni - che, seconda la sentenza della Corte EDU 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, costituisce per sua natura ed in ogni caso fattispecie penale - anche a carico di chi, in rapporto alla medesima condotta, sia stato assolto, perché il fatto non



sussiste, dal reato previsto dall'art. 184 del citato d.lgs.. In subordine: rinvio pregiudiziale alla Corte Europea, al fine di accertare se l'art. 187 citato - che secondo la sentenza della Corte EDU 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, costituisce per sua natura ed in ogni caso fattispecie penale - sia conforme alle prescrizioni della direttiva 2003/6/CE (c.d. MAD), anche alla stregua della decisione da essa adottata il 23.12.2009 nella causa Spector Photo Group.





## FATTO E DIRITTO

1. Con delibera del 7 novembre 2012, notificata il 5 novembre 2012, la Consob applicava a Di Puma Enzo la sanzione amministrativa pecuniaria di € 100.000,00 a norma dell'art. 187 *bis*, 4° co. t.u.f. (d.lgs. n. 58/1998), una ulteriore sanzione dello stesso importo ai sensi dell'art. 187 *bis*, 1° co. lett. a) t.u.f., nonché la sanzione amministrativa accessoria di cui all'art. 187 *quater*, 1° co. t.u.f. per un periodo di mesi tre. Le suddette sanzioni erano applicate avendo riguardo a quanto segue: Di Puma aveva acquistato 4.000 azioni della Permasteelisa s.p.a. il 30 settembre 2008, il 3 ottobre 2008 e il 14 maggio 2009 utilizzando l'informazione privilegiata concernente il progetto di acquisizione del controllo della società comunicatagli da Zecca Antonino, che l'aveva acquisita in ragione dell'attività lavorativa espletata presso la società Deloitte Financial Advisory Services s.p.a.; lo stesso incolpato aveva acquistato 2.375 azioni Permasteelisa il 14 e il 17 ottobre 2008 in concorso con lo stesso Zecca utilizzando la stessa informazione privilegiata di cui si è detto; Di Puma ben avrebbe potuto conoscere il carattere privilegiato dell'informazione in parola; la condotta posta in essere dal medesimo era quindi sanzionabile ex art. 187 *bis*, 1° co., lett. a) cit. e



4° co.; la sanzione pecuniaria doveva essere determinata in complessivi € 100.000,00 in considerazione dell'entità delle risorse investite dall'incolpato per effettuare gli acquisti abusando delle informazioni privilegiate, della quantità delle azioni complessivamente acquistate e della plusvalenza conseguita, posto che la condotta illecita era stata posta in essere su uno strumento finanziario facente parte della categoria *small-mid cap* e atteso, da un lato, l'effetto negativo sulla fiducia degli investitori circa l'integrità del mercato finanziario quale diretta conseguenza dagli illeciti, siccome compiuti da un operatore professionale e, considerata, dall'altro, la natura dolosa della condotta dello stesso Di Puma; la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità doveva infine essere fissata, secondo la Consob, in tre mesi, in considerazione di quanto rilevato in ordine alla gravità oggettiva e soggettiva delle violazioni poste in atto.

Di Puma impugnava avanti alla Corte di appello di Milano la suddetta delibera con ricorso del 19 dicembre 2012; la Consob si costituiva in giudizio depositando memoria e chiedendo il rigetto dell'opposizione.

Con sentenza depositata il 4 aprile 2013 la Corte



di appello di Milano respingeva l'opposizione. Il giudice distrettuale escludeva che nel corso del procedimento sanzionatorio si fosse prodotta l'inosservanza del termine previsto dall'art. 187 *sexies* t.u.f.; rilevava che l'attività istruttoria della Consob non presentasse profili di illegittimità; riteneva che l'informazione in contestazione avesse natura privilegiata; assumeva essere stato provato che Di Puma ne avesse acquisito la disponibilità; reputava che le operazioni poste in essere sul titolo Permasteelisa presentassero carattere anomalo, avendo riguardo all'operatività pregressa del ricorrente; dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies* t.u.f. sollevata dall'opponente.

2. Contro detta sentenza Di Puma ha proposto un ricorso per cassazione basato su otto motivi che, in estrema sintesi, investono: il contestato rispetto del termine di 180 giorni entro cui la Consob avrebbe dovuto portare a termine il procedimento amministrativo; le modalità di esplicazione dei poteri istruttori attribuiti alla stessa Consob; l'apprezzamento, ai fini della decisione, di alcuni documenti; il mancato accoglimento di una prova testimoniale; l'omesso esame di fatti decisivi ai fini



della verifica della sussistenza di una informazione privilegiata; l'asserita erronea applicazione, da parte della Corte di appello, delle norme che regolano l'utilizzo della prova per presunzioni; il mancato apprezzamento di alcune circostanze che sul piano della ricostruzione della fattispecie di illecito addebitata allo stesso Di Puma avrebbero assunto rilievo decisivo.

Il ricorrente, nella memoria ex art. 378 c.p.c., ha dedotto che con sentenza n. 6625/2014 il Tribunale di Milano lo aveva assolto dal reato di cui all'art. 184 d.lgs. n. 58/1998 (testo unico sull'intermediazione finanziaria, t.u.f.) perché il fatto non sussiste e ha sottolineato che detta sentenza era stata impugnata solo dalla Consob, come parte civile, e non dal pubblico ministero. Ha quindi evidenziato che si era formato il giudicato sul capo penale di assoluzione e che, in conseguenza, in base all'art. 4, prot. 7 CEDU, non poteva essere sottoposto a un nuovo procedimento per gli stessi fatti: ciò, tenuto conto che le sanzioni applicate dalla Consob in sede amministrativa avevano, per la loro afflittività, valore penale, secondo i criteri della Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel*, richiamati dalla sentenza della stessa Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*. In particolare, ha spiegato l'istante, il diritto di non essere giudicato o punito





due volte per lo stesso fatto opererebbe con riferimento allo svolgimento di un secondo procedimento, prima ancora che con riguardo alla concreta applicazione delle sanzioni. Ha aggiunto che il principio del *ne bis in idem* è enunciato anche dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), che è norma di diritto primario dell'Unione in base all'art. 6.3 del Trattato dell'Unione Europea (TFUE), e che, come tale, esso è idoneo a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di primazia rispetto alle norme nazionali esistenti. In tal senso, l'art. 50, secondo l'istante, dovrebbe essere letto come incorporante l'insieme delle garanzie enucleate dalla Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU (ne recepirebbe, cioè il contenuto minimo, ampliandone la portata applicativa, estesa al divieto di essere sottoposti a processo per lo stesso fatto anche se per quel fatto è intervenuto un accertamento definitivo in altro Stato membro). L'art. 50 cit., poi, proprio in quanto ha il valore giuridico di norma di un trattato e produce, per detta sua natura, effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri, giustificherebbe, ove necessaria, la disapplicazione delle norme interne che fossero

A handwritten signature or mark at the bottom right of the page.



contrastanti con esso. Il ricorrente prospetta, del resto, che una efficacia diretta, nel nostro ordinamento, presenterebbe anche l'art. 4, prot. 7, sul presupposto che esso inciderebbe su "spazi giuridici vuoti", non regolati, cioè, in modo antinomico, da una disposizione di diritto interno.

In via subordinata parte ricorrente ha invocato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, onde accertare se l'art. 50 della Carta di Nizza si estenda a situazioni in cui il soggetto che sia già stato sottoposto a un procedimento penale possa essere chiamato ad affrontare un secondo procedimento che, pur qualificato formalmente come amministrativo, si debba considerare penale secondo i principi *Engel* richiamati dalla sentenza *Grande Stevens*; in via ulteriormente gradata ha chiesto la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 bis t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p. (questione peraltro già dichiarata inammissibile da C. cost. 12 maggio 2016, n. 102).

3. Ciò posto, la questione del *ne bis in idem* è prospettata avendo riguardo al fatto che l'art. 187 bis, relativo all'illecito amministrativo contestato dalla Consob, e l'art. 184 t.u.f., relativo al reato oggetto di accertamento in sede penale, regolamentano



la medesima fattispecie e sono quindi idonei a sanzionare le medesime condotte, consistenti nell'acquisto e vendita delle azioni Permasteelisa.

Le due norme di diritto interno prevedono quanto segue.

L'art. 187 bis t.u.f.:

1. Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro centomila a euro quindici milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:

a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;

b) comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;

c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella



lettera a).

2. La stessa sanzione di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1.

3. Ai fini del presente articolo per strumenti finanziari si intendono anche gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, il cui valore dipende da uno strumento finanziario di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a).

4. La sanzione prevista al comma 1 si applica anche a chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti ivi descritti.

5. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dai commi 1, 2 e 4 sono aumentate fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole ovvero per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo.

6. Per le fattispecie previste dal presente articolo il tentativo è equiparato alla consumazione.



L'art. 184 t.u.f., nel testo vigente all'epoca dei fatti contestati:

1. *E' punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualita' di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attivita' lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:*

a) *acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;*

b) *comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;*

c) *raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).*

2. *La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attivita' delittuose compie taluna delle azioni di*



cui al medesimo comma 1.

3. Il giudice puo' aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensivita' del fatto, per le qualita' personali del colpevole o per l'entita' del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo.

4. Ai fini del presente articolo per strumenti finanziari si intendono anche gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, il cui valore dipende da uno strumento finanziario di cui all' articolo 180, comma 1, lettera a).

4. Deve premettersi che sia l'art. 4, prot. 7 CEDU che l'art. 50 della Carta di Nizza prevedono il divieto di essere perseguiti o condannati penalmente per un reato per il quale si sia stati già assolti o condannati a seguito di una sentenza definitiva.

Per quel che concerne l'identità del "reato", ciò che rileva, ai fini del suddetto divieto, è l'*idem factum*, e cioè la sostanziale identità dei fatti, riguardati nella loro materialità, indipendentemente dalla qualificazione giuridica operata dalle singole legislazioni nazionali. Il criterio trova da tempo riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.



(C. giust. 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-386/01, *Guzotok e Brugge*, 32, 33; C. giust. 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, 27-36). Ad analogo approdo è pervenuta la Corte EDU, la quale, in un arresto di innegabile importanza, occupandosi di cosa debba intendersi per "same offence" ai fini della Convenzione, ha chiarito che il principio espresso dall'art. 4, prot. 7 opera come divieto del perseguimento o del giudizio di una persona per una seconda volta per un reato che ha ad oggetto i medesimi fatti, o fatti che siano "sostanzialmente" gli stessi rispetto a quelli per i quali si è già stati giudicati (Corte EDU, Grande camera, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin*, 83-84); ciò che rileva, in altri termini, non è stabilire se gli elementi costitutivi delle due fattispecie tipiche siano o meno coincidenti, quanto, piuttosto, chiarire se gli illeciti oggetto dei due procedimenti siano riconducibili alla stessa condotta (in tema, Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, 224).

5. Il ricorrente assume che la sentenza penale di assoluzione sia passata in giudicato per il capo penale e da ciò ricava che troverebbe ostacolo la prosecuzione del procedimento avente ad oggetto l'accertamento dell'illecito amministrativo basato sui medesimi fatti. Il dato assume rilevanza in questa sede in quanto, come



si è detto, sia l'art. 4, prot. 7 CEDU, che l'art. 50 della Carta di Nizza vietano di essere perseguiti per il medesimo illecito, quanto si sia stati già assolti o condannati con "sentenza definitiva".

La decisione assunta, in sede penale, dal Tribunale di Milano - la quale riguarda, per quanto qui rileva, gli acquisti di 2.375 azioni Permasteelisa - è stata documentata dal ricorrente con la produzione della sentenza munita dell'attestazione della cancelleria in data 4 maggio 2016: secondo tale attestazione l'unica impugnazione proposta avverso detta pronuncia è quella della parte civile.

La Consob ha eccepito l'inammissibilità della produzione documentale, deducendo che essa non rientra tra quelle che, a norma dell'art. 372 c.p.c., concernono l'ammissibilità del ricorso principale ovvero la nullità della sentenza impugnata.

L'eccezione va tuttavia disattesa. Infatti, nel giudizio di cassazione, i documenti giustificativi del giudicato esterno possono essere prodotti, dalla parte regolarmente costituitasi, fino all'udienza di discussione (Cass. 1 giugno 2015, n. 11365).

Che si sia formato il giudicato sul capo penale della sentenza è poi incontestabile, dal momento che l'impugnazione della parte civile contro la sentenza di





proscioglimento è ammessa, a norma dell'art. 576, 1° co. c.p.p., ai soli effetti della responsabilità civile: per cui la sua mancata impugnazione da parte del pubblico ministero rende irretrattabile la decisione sul capo afferente la responsabilità penale dell'imputato.

6. Come è risaputo, la Corte EDU si pronuncia da tempo nel senso della natura penale di un procedimento, ove lo stesso consenta comunque l'emissione di sanzioni particolarmente afflittive: ciò, anche allo scopo di superare i diversi indirizzi che i vari ordinamenti assumono in tema di politica criminale. I criteri seguiti per stabilire se si sia o meno in presenza di un procedimento di natura penale risultano tracciati da Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel*, 82, e sono tre: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura di questo e la natura e la gravità delle sanzioni. L'enunciazione di tali criteri è ripresa, in materia di *market abuse*, da Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, 94.

Analoghi parametri sono adottati dalla Corte di giustizia nella verifica del *ne bis in idem* euro-unitario (Corte giust. 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, 37, in materia di sanzioni tributarie).

7. Di recente - anche questo è ben noto - la Corte



europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di rilevare come il sistema normativo italiano in tema di *market abuse* si ponga in contrasto col diritto a non essere giudicati e puniti due volte per gli stessi fatti (Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, cit.). La conclusione cui è pervenuta la Corte si fonda, per un verso, sul significato da attribuire all'*idem factum*, inteso, come si è sopra precisato, avendo riguardo alla materialità della condotta, prescindendo, quindi, dall'individuazione degli elementi costitutivi dei due illeciti concorrenti (sent. cit., 219-229); si basa, per altro verso, sull'applicazione dei nominati criteri "Engel". Alla stregua di tali criteri veniva evidenziato: che la previsione dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187 ter t.u.f. risultava funzionale alla tutela di interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale; che le sanzioni pecuniarie inflitte avevano una finalità di prevenzione dell'infrazione, e non erano quindi dirette a riparare un danno; che le sanzioni, riguardate astrattamente, e cioè con riferimento alle conseguenze di cui era passibile la persona interessata, risultavano essere particolarmente afflittive (sent. cit., 94-101).

E' da credere che il concorso tra le norme che



puniscono come illecito amministrativo (art. 187 *bis* t.u.f.) e come reato (art. 184 t.u.f.) l'abuso di informazioni privilegiate debba egualmente condurre a ravvisare una violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale, così come rilevato da questa stessa Corte nell'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* t.u.f., oltre che dell'art. 649 c.p.p. (Cass. pen. 15 gennaio 2015, n. 1782, secondo cui l'incompatibilità accertata dalla Corte EDU nella sentenza *Grande Stevens* risulterebbe essere di natura sistemica, in quanto derivante dalla normativa - sicché la portata della decisione andrebbe oltre il caso esaminato -, mentre la violazione presenterebbe carattere strutturale, onde non potrebbe essere rimossa che con la declaratoria di incostituzionalità delle norme che violano il parametro costituzionale interposto costituito dall'art. 4, prot. 7 CEDU).

Rammentato che il ricorrente è stato assolto, in sede penale, per la medesima condotta che, con riguardo alle 2.375 azioni Permasteelisa, è stata oggetto di accertamento da parte della Consob (sicché si è in presenza di una identità del fatto, come tale rilevante ai fini del divieto di duplicazione del procedimento), deve del resto evidenziarsi che per l'abuso delle



informazioni privilegiate l'art. 187 *bis* t.u.f. contempi una sanzione pecuniaria particolarmente afflittiva (da € 100.000,00 a € 15.000.000,00, suscettibile di essere aumentata fino al triplo, o fino al decuplo del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito, ove le sanzioni risultino inadeguate nel massimo), oltre che la sanzione interdittiva della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, una incapacità pure temporanea ad assumere determinati incarichi (art. 187 *quater*) e la confisca (art. 187 *sexies*).

Alla riproposizione della questione di costituzionalità deve tuttavia essere anteposta una riflessione che involge la possibilità di attribuire rilievo, nella materia controversa, alla regolamentazione del *ne bis in idem* euro-unitario di cui all'art. 50 della Carta di Nizza.

8. Quest'ultima norma reca - come si è osservato - una formulazione che replica quella dell'art. 4, prot. 7 CEDU; inoltre - lo si è pure rilevato -, nell'applicazione giurisprudenziale la Corte EDU e la Corte di giustizia hanno elaborato alcuni principi comuni per l'individuazione delle condizioni necessarie ad individuare, nella concreta fattispecie, l'infrazione al divieto del doppio procedimento: ci si



riferisce alla regola secondo cui l'accertamento in ordine alla sussistenza del procedimento deve essere compiuto assumendo come parametro l'identità del fatto dal punto di vista storico-materiale e alla regola che individua i criteri che consentono di stabilire se un determinato procedimento, indipendentemente dalla terminologia adottata dal legislatore nazionale, sia da considerare penale.

Ora, è evidente che se il principio che fa divieto della duplicazione del procedimento trovasse la medesima applicazione sul piano della convenzione CEDU e su quello del diritto dell'Unione europea, non vi sarebbe necessità di investire la Corte costituzionale italiana della questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 bis t.u.f., dal momento che la disposizione della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea ha una diretta efficacia dispositiva nell'ordinamento italiano: con la conseguenza che il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicare la norma statutale contrastante (secondo il noto principio che regola il rapporto tra il diritto interno e quello euro-unitario, conferendo prevalenza a quest'ultimo: ad es. C. giust. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, 43; C. giust. 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, 81; C. cost. 30 aprile 2009,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long vertical stroke at the end.



n. 168). Il che determinerebbe, come logica conclusione, l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* (siccome disposizione normativa configgente non solo con l'art. 4, prot. 7, ma anche con l'art. 50).

E' appena il caso di formulare, al riguardo, una notazione. Come sottolineato dalla Corte costituzionale italiana, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, il presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto (C. cost. 11 marzo 2011, n. 80, 5.5, ove i richiami a C. giust. 5 ottobre 2010, C-400/10 *J. McB.*, e a C. giust. 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir*). Ebbene, nella fattispecie si verte in materia che rientra nella competenza dell'Unione (venendo in questione norme interne emanate in attuazione di una direttiva comunitaria) e, pertanto, l'efficacia diretta dell'art. 50 è fuori questione.



Tornando ora ai rapporti tra quest'ultima disposizione e l'art. 4, prot. 7 CEDU, deve dirsi che una piena corrispondenza applicativa del principio del *ne bis in idem* in ambito convenzionale e in ambito euro-unitario pare che sia tuttavia da escludere.

9. Nella sentenza *Grande Stevens*, la Corte dei diritti dell'uomo, pur precisando che non è suo compito interpretare la giurisprudenza della Corte di giustizia, ha rilevato che quest'ultima, nella sentenza del 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group*, ha evidenziato come l'art. 14 della dir. 2003/6/CE non imponga agli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limiti ad enunciare che tali Stati sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva; ha pure precisato che secondo Corte giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Fransson*, uno Stato può imporre una doppia sanzione (nella specie: fiscale e penale) per gli stessi fatti, ma solo a condizione che la prima non sia di natura penale (Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, 229).

L'art. 14.1 della direttiva in precedenza citata



prevede: "Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive". In tal senso, dunque, come sottolineato da C. giust. 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group*, 65 ss., le autorità nazionali sono investite dell'obbligo di apprezzare il livello di tutela assicurato dalla sanzione amministrativa che si cumula a quella penale.

Tale necessità di valorizzare, in materia di abusi di mercato, la risposta che la legislazione nazionale offra in termini di effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione aggiuntiva, trova continuità nella giurisprudenza della Grande sezione della Corte.

Infatti, Corte giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Fransson*, 29, ha precisato che quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di





una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51.1, della Carta e resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Inoltre, la Corte ha evidenziato che spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli *standard* nazionali per come sopra indicati: circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti *standard*, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (sent. cit., 36).

Alla luce di tali arresti, sembra non potersi affermare che la giurisprudenza euro-unitaria escluda la duplicazione del procedimento con la stessa nettezza con cui si è espressa la sentenza della Corte EDU *Grande Stevens* sulla base di quanto previsto dall'art.



4, prot. 7 CEDU. In tal senso, pare allora riduttivo l'assunto della Corte dei diritti dell'uomo secondo cui la Corte di giustizia riterrebbe ammissibile la doppia sanzione per gli stessi fatti "solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale".

10. Le due diverse declinazioni del medesimo principio del *ne bis in idem* nella materia dell'abuso delle informazioni privilegiate di cui agli artt. 184 e 187 bis t.u.f., con cui è stato attuato il recepimento della dir. 2003/6/CE, paiono trarre origine non tanto dal nucleo precettivo delle due norme che fanno divieto di essere perseguiti o condannati per lo stesso illecito (l'art. 4, prot. 7 CEDU e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), quanto, piuttosto, dalla cornice in cui si iscrive la disposizione della Carta di Nizza e, conseguentemente, dal rilievo che assume, in ambito euro-unitario, un ulteriore parametro che il giudice nazionale deve tenere in conto.

In effetti, l'art. 52.3 della Carta di Nizza dispone che laddove la Carta stessa 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 alla



suddetta Convenzione, senza che sia precluso al diritto dell'Unione concedere una protezione più estesa. Parrebbe infatti che il principio che vieta la duplicazione del procedimento e della sanzione, previsto dall'art. 50 della Carta, goda di uno *standard* di protezione che non può essere inferiore a quello di cui all'art. 4, prot. 7 CEDU: norma, questa che, per come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ha portato a ritenere senz'altro illegittimo il sistema del doppio binario sanzionatorio in tema di *market abuse*.

D'altro canto, le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, con riferimento all'art. 50, precisano che il par. 3 dell'art. 52 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU: con la conseguenza che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long vertical stroke.



A questa identità di fondo della regola del *ne bis in idem* fa però da contraltare il principio, interno al diritto all'Unione e logicamente estraneo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per cui l'applicazione degli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione: principio, questo, affermato da Corte giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, 60, e ribadito, come si è detto, nella cit. sentenza *Åklagaren c. Fransson*.

In conseguenza, il problema che si pone non è tanto quello - prospettato dal ricorrente - di stabilire se l'art. 50 della Carta di Nizza si estenda anche alle situazioni in cui il soggetto sia stato sottoposto, oltre che a un procedimento penale, ad altro procedimento, formalmente qualificato come amministrativo, ma da considerare come penale secondo i criteri *Engel*: tale problema infatti non dovrebbe affatto porsi, dal momento che in sé considerato, il principio del *ne bis in idem* ha la medesima connotazione in ambito CEDU e in ambito euro-unitario. La questione è, piuttosto, verificare, in concreto, se, facendo applicazione dei principi espressi dalla Corte di giustizia (quanto al primato, all'unitarietà e



all'effettività del diritto dell'Unione), possa pervenirsi alla disapplicazione dell'art. 187 bis e, quindi, a una neutralizzazione della norma: in modo da poter affermare, nella fattispecie che interessa, una sostanziale equivalenza di risultati in ambito CEDU (ove non si impone alcun accertamento ulteriore, una volta constatata la violazione del principio del *ne bis in idem*) e in ambito euro-unitario (ove invece, come precisato nella sentenza *Åklagaren c. Fransson*, è necessario accertare se, in presenza di un cumulo sanzionatorio contrario agli *standard* di protezione dei diritti fondamentali, le pene aggiuntive siano comunque necessarie, in quanto effettive, proporzionate e dissuasive).

11. Ora, si è detto che il ricorrente è stato assolto in sede penale per fatti che sono oggetto del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative comminate dalla Consob.

In base al diritto interno il giudicato penale di assoluzione spiega effetto nel giudizio civile ed amministrativo a norma dell'art. 654 c.p.p.. Tale norma dispone, infatti che nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di



assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa.

La Corte non ignora il proprio precedente di Cass. 14 settembre 2015, n. 18028, citato dalla Consob nella propria memoria ex art. 378 c.p.c.. La pronuncia aveva tuttavia ad oggetto una fattispecie in cui, come si legge nella sentenza, le condotte contestate in sede penale erano diverse da quelle oggetto di sanzione amministrativa. Peraltro, il riesame della questione circa l'efficacia riflessa del giudicato penale nel giudizio di opposizione amministrativa indurrebbe il Collegio a ritenere che il principio affermato dalla Corte nella nominata sentenza non possa condividersi sino in fondo: infatti, la regola posta dall'art. 187 *duodecies* t.u.f., secondo cui il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'art. 187 *septies* non possono



essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione, stabilisce, certo, un regime di autonomia tra i due giudizi (quello penale e quello di opposizione alla sanzione amministrativa), ma ciò in funzione dell'effettività e della celerità della risposta dell'ordinamento nell'accertamento della responsabilità (sia penale che amministrativa). Pare, cioè, che il legislatore abbia inteso semplicemente evitare che il corso di ciascuno dei due procedimenti possa essere rallentato dagli accertamenti compiuti nell'altro. Non ha invece previsto una norma derogatoria rispetto a quella contenuta nell'art. 654 c.p.p., sicché non sembra che l'accertamento definitivo circa l'insussistenza del reato sia priva di conseguenze nel procedimento di opposizione alla sanzione amministrativa.

12. Va osservato, tuttavia, che il tema dell'efficacia riflessa del giudicato penale nel giudizio amministrativo, evocato dalla Consob nella sua memoria difensiva (seppure al fine di negarne il rilievo) resta estraneo alla questione del *ne bis in idem* sollevata dal ricorrente ed anzi risulta assorbita da essa.



Infatti, l'art. 4, prot. 7 CEDU e l'art. 50 della Carta di Nizza, che pongono la regola per cui è inammissibile un doppio procedimento per lo stesso fatto, hanno un valore sovraordinato rispetto alle norme nazionali adottate con legge ordinaria: detta regola è incompatibile con l'art. 654 c.p.p.; ciò in quanto l'esclusione - posta da norme che si collocano in un rango superiore rispetto alla disposizione codicistica - della possibilità di essere processati due volte per lo stesso illecito che sia da considerare penale (per la disciplina convenzionale o euro-unitaria) osta, in radice, a un'efficacia riflessa del giudicato penale nel giudizio amministrativo: infatti, nelle situazioni contemplate dall'art. 4 prot. 7 CEDU e dall'art. 50 della Carta di Nizza è la stessa attuabilità del doppio procedimento ad essere posta in discussione. Sicché sarebbe contraddittorio ammettere il secondo procedimento, seppure al fine di farne derivare la conseguenza che esso debba concludersi con una pronuncia conforme - sul piano dell'accertamento della responsabilità - a quella che è stata resa in esito al primo.

Il nodo non può essere quindi sciolto avendo riguardo alla disciplina del diritto interno italiano, ma esige che venga chiarito, sul piano della disciplina





del diritto dell'Unione, come si ponga il principio del *ne bis in idem* rispetto all'ipotesi dell'illecito ritenuto insussistente dal giudice nazionale con sentenza definitiva.

13. Nella sentenza *Åklagaren c. Fransson*, che si occupa del problema del doppio binario sanzionatorio in materia fiscale, si legge che l'art. 50 della Carta di Nizza non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali: solo quando la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi del cit. art. 50, e sia divenuta definitiva, quest'ultima norma impedisce che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti della stessa persona. In questo caso, è aggiunto, spetta al giudice nazionale valutare se le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (sent. cit., 34 e 36).

La Corte di giustizia, quindi, pare correlare l'operatività del *ne bis in idem* (e la conseguente necessità di apprezzare l'effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni residue) all'ipotesi in cui sia intervenuta una pronuncia definitiva che abbia riconosciuto la responsabilità dell'interessato per l'illecito e applicato la sanzione. Se si attribuisse un rilievo assorbente al dato letterale del *dictum*



della sentenza *Åklagaren c. Fransson* - in cui compare la locuzione "*Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della Carta, e sia divenuta definitiva [...]*" - dovrebbe anzi ritenersi che la Corte abbia inteso escludere il *ne bis in idem* in tutti gli altri casi.

In realtà, la sentenza non fa menzione dell'ipotesi in cui la sentenza del giudice nazionale abbia accertato, con efficacia di giudicato, l'insussistenza dell'illecito.

14. Il Collegio si interroga se in quest'ultima evenienza possa aver corso un secondo procedimento preordinato all'irrogazione di sanzioni che, in base ai criteri *Bonda* (conformi, come si è detto, agli *Engel criteria* adottati dalla Corte EDU), siano da considerare, per la loro afflittività, di natura penale. Si interroga, in particolare, sulla necessità o meno di valutare, in tale fattispecie, l'astratta effettività, dissuasività e proporzionalità delle sanzioni previste per l'illecito per cui è stata pronunciata la sentenza definitiva (di assoluzione).

La ragione che potrebbe giustificare la duplicazione del procedimento, secondo la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, si colloca, infatti, sul piano della garanzia circa l'effettività,



il primato e l'unitarietà del diritto dell'Unione. Ma potrebbe opinarsi che dette esigenze vengano meno quando dal giudice nazionale sia stata già accertata, in via definitiva, l'insussistenza dei fatti da cui dipende l'esistenza dei due illeciti. E ciò in quanto l'efficacia della risposta sanzionatoria si misura pur sempre con l'accertamento dell'illecito: sicché potrebbe credersi che ove quest'ultimo sia stato ritenuto insussistente, il tema della sanzioni residue non si debba porre.

D'altro canto, se il secondo procedimento debba proseguire anche in presenza del definitivo accertamento dell'insussistenza del fatto costitutivo dell'illecito, al fine di rendere possibile l'applicazione di sanzioni ulteriori, l'esito che potrebbe derivarne sarebbe quello del rischio di un contrasto di giudicati all'interno dello Stato membro, giacché a una pronuncia assolutoria in sede penale potrebbe seguire, per gli stessi fatti, una statuizione di condanna avanti al giudice dell'opposizione alla sanzione amministrativa.

Il tema del contrasto di giudicati, che il Collegio ritiene assorbito nell'ipotesi in cui si delinei una violazione del *ne bis in idem* (§ 12), potrebbe quindi tornare a porsi ove si ritenga che la



regola che vieta il doppio procedimento non possa trovare applicazione.

In materia di giudicato la Corte di giustizia afferma che le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano bensì nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, ma che, al contempo, esse non possono essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (Corte giust. 11 novembre 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, 40; Corte giust. 10 luglio 2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, 54). In linea teorica, quindi, il giudicato potrebbe rivelarsi non preclusivo rispetto a un nuovo giudizio se in materia fosse ritenuta prevalente l'esigenza, propria del diritto dell'Unione, di assicurare l'applicazione delle sanzioni anche attraverso un nuovo accertamento del medesimo illecito (previsto e punito, nella specie, da una disposizione di diritto interno - l'art. 187 bis t.u.f., nel testo vigente - adottata in recepimento di una direttiva comunitaria). Ma sul punto potrebbe replicarsi 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). 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, 1° co. 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

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.



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"*.

Può quindi sollevarsi questione pregiudiziale interpretativa nei seguenti termini: *"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, al giudice nazionale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali"*.

15. Su di un piano più generale, che investe sia il caso in cui l'interessato sia stato assolto, sia il caso in cui lo stesso sia stato condannato in via definitiva in sede penale, si impone di interrogare la Corte di giustizia su di un altro punto.

Gli artt. 184 e 187 *bis* t.u.f. (nell'odierna loro formulazione) sono norme attraverso cui il legislatore italiano ha dato attuazione a una disciplina



comunitaria: entrambe costituiscono il frutto del recepimento della dir. 2003/6/CE, che si è prodotto per effetto della legge comunitaria n. 62/2005.

Le due norme puniscono condotte sostanzialmente identiche ammettendo il cumulo delle sanzioni, come si ricava dall'*incipit* dell'art. 187 bis: "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*".

Il cumulo sanzionatorio - che, si ripete, non sembra imposto né dalla dir. 2003/6/CE, né dalla dir. 2014/57/UE - trova un limite nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, ma sul punto è rimesso al giudice nazionale valutare se le sanzioni "residue" abbiano carattere efficace, proporzionato o dissuasivo.

Pare a questa Corte che tali connotazioni delle sanzioni debbano sussistere anzitutto in astratto, come si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: infatti nella sentenza 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*, 24 - sentenza richiamata, assieme ad altre, dalla pronuncia *Åklagaren c. Fransson* - si legge che gli Stati membri devono assicurare che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e conferire alla sanzione stessa un carattere di effettività, di



proporzionalità e di capacità dissuasiva.

Secondo la sentenza 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group*, 71, la definizione di tali criteri rientra poi nella legislazione nazionale.

Non risulta, peraltro, che il legislatore italiano abbia provveduto a una tale definizione.

D'altro canto, nella dir. 2014/57/UE (art. 7) è prescritto che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché i reati relativi all'abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione di informazioni privilegiate siano puniti con la reclusione per una durata massima non inferiore a certi limiti (anni quattro per il reato di cui all'art. 3 e anni due per il reato di all'art. 4).

Nella stessa direttiva, come si è sottolineato, è inoltre precisato che nell'applicare la normativa nazionale di recepimento gli Stati membri debbano garantire che l'irrogazione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative non violi il principio del *ne bis in idem* (considerando n. 23). E' inoltre affermato che la direttiva dovrebbe essere applicata nel rispetto dei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra cui è ricompreso quello di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (considerando n. 27).





Da tale impianto normativo, in attesa di recepimento, il giudice nazionale potrebbe trarre utili elementi per vagliare l'efficacia, dissuasività e proporzionalità delle sanzioni in caso di duplicazione del procedimento. Potrebbe infatti opinarsi che in presenza di una norma di diritto interno che contempli una sanzione penale superiore, nel massimo, al limite indicato nella direttiva, sia assicurata l'effettività del diritto dell'Unione: e che, di conseguenza, la previsione di una ulteriore sanzione amministrativa, da qualificarsi però penale, in ragione della sua afflittività, dia luogo senz'altro a una violazione dell'art. 50 della Carta di Nizza.

Ci si interroga, in altri termini, sulla possibilità di argomentare l'effettività e adeguatezza della sanzione penale "residua" dal raffronto tra la legge nazionale e la nominata direttiva, la quale indica agli Stati membri il livello minimo della pena che per quell'illecito debba essere irrogata, con ciò reputando soddisfacente quel presidio sanzionatorio.

Vero è che, come precisato da C. giust. 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group*, 77, se uno Stato membro, salvo le sanzioni amministrative previste dall'art. 14 dir. 2003/6, ha previsto la possibilità d'infliggere una sanzione finanziaria penale, nella



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 (sicché, ove il cumulo delle sanzioni sia previsto dalla legislazione dello Stato membro - come nel caso dell'ordinamento italiano -, il giudice nazionale è tenuto ad apprezzare il grado di efficacia della sanzione amministrativa prescindendo da quella penale). Può tuttavia osservarsi che il quadro di riferimento costituito dalla normativa euro-unitaria sembra essere oggi diverso da quello preso in considerazione dalla detta pronuncia: e ciò tenuto conto proprio della espressa previsione, nella nuova direttiva, del divieto del *ne bis in idem* e della fissazione dei limiti della sanzione penale.

Può quindi formularsi il seguente, ulteriore quesito: *"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"*.

16. Questa Corte di cassazione, quale organo di ultima istanza secondo l'ordinamento italiano, non può procedere alla risoluzione delle due questioni, ma deve



investire di essa la Corte di giustizia, a norma dell'art. 267.3 TFUE.

Le questioni appaiono entrambe rilevanti nel presente procedimento.

Ove, con riferimento alla prima, la Corte di giustizia ritenesse che nella fattispecie il giudice italiano debba limitarsi a prendere atto della duplicazione del procedimento, egli potrebbe senz'altro disapplicare la norma interna (art. 187 bis t.u.f.) che tale duplicazione ammette, annullando la sanzione.

Ove, poi, questo non fosse possibile e, nondimeno, lo stesso giudice potesse ricavare dalla dir. 2014/57/UE elementi utili per valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione penale, tali elementi potrebbero portarlo a valutare con maggiore sicurezza l'operatività in concreto dei detti criteri, in vista di una eventuale disapplicazione della norma di diritto interno, siccome in contrasto col principio del *ne bis in idem* posto dall'art. 50 della Carta di Nizza.

Una eventuale disapplicazione farebbe oltretutto venir meno la questione dell'eccepita violazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU. E sul punto il Collegio non può non rilevare come, secondo la Corte costituzionale italiana, ai fini del vaglio di una questione di



costituzionalità della norma interna rispetto al parametro interposto dell'art. 4, prot. 7, sia necessario preventivamente valutare il profilo della possibile disapplicazione della normativa nazionale anche alla luce dei nominati criteri di effettività, adeguatezza e dissuasività delle sanzioni residue (C. cost. 12 maggio 2016, n. 102, 6.3).

**P.Q.M.**

La Corte

dispone, a norma dell'art. 267.3 TFUE, il rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla seguenti questioni pregiudiziali interpretative:

*"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 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";*

dispone la sospensione del procedimento fino alla pronuncia della Corte di giustizia;

manda alla cancelleria per la trasmissione degli atti alla predetta Corte di giustizia.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 2<sup>a</sup> sezione civile, il 27 maggio 2016.