

Accertamento e contenzioso n. 25/2017

Sanzioni amministrative e sanzioni penali: la Cassazione rimette la questione alla Corte di Giustizia

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista, revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario e condirettore scientifico della rivista Accertamento e Contenzioso

*La forte incidenza del diritto sovranazionale nel panorama legislativo interno ha creato un inevitabile e costante dialogo tra il giudice nazionale e quello comunitario. Con particolare riferimento alla compatibilità del diritto interno con quello di matrice europea, una tra le questioni interpretative che continua a suscitare maggiore interesse è certamente quella legata al tema del *ne bis in idem* sostanziale derivante dall'applicazione del noto principio del doppio binario sanzionatorio tributario.*

Origine del *ne bis in idem* sanzionatorio: il principio del doppio binario

Com'è noto, il principio del divieto di *ne bis in idem* trae fondamento dalla norma penale di garanzia di cui all'[articolo 649](#), c.p.p. la quale si pone l'obiettivo di impedire l'instaurazione di un secondo processo penale in relazione a un fatto già giudicato con sentenza definitiva, di condanna o di proscioglimento. Lo scopo della disposizione è quello di evitare che per lo stesso fatto si svolgano più procedimenti e che, in particolare, si adottino più provvedimenti anche non irrevocabili, l'uno indipendentemente dall'altro, ledendo sostanzialmente il divieto di un secondo giudizio.

Gli strumenti riparatori che compongono il quadro sistematico all'interno del quale si colloca la disciplina di cui all'articolo 649, c.p.p., presuppongono la comune riferibilità di più procedimenti per il medesimo fatto all'Autorità giudiziaria penale. Alla luce del tenore letterale della disposizione codicistica, tale assetto normativo sembrerebbe precludere un'interpretazione della norma che ne estenda l'ambito applicativo a sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un'Autorità amministrativa.

Secondo un recente orientamento della Corte di legittimità (Cassazione, sezione penale, [sentenza n. 25815/2016](#)), difatti, due sono le principali conseguenze della irrevocabilità della sentenza: una prima negativa, consistente nel divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto quando una persona è stata,

in relazione a esso, già condannata o prosciolta; una seconda, positiva, rappresentata dalla forza esecutiva della decisione.

Uno tra i più evidenti casi di doppio binario sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano è certamente situato nell'ambito del diritto tributario, ciò in quanto com'è noto il D.Lgs. 471/1997 sanziona in via amministrativa una numerosa serie di condotte destinate ad assumere rilievo penale ai sensi del D.Lgs. 74/2000, nel momento in cui l'imposta evasa oltrepassi le soglie di punibilità previste per le singole condotte delittuose.

Le criticità interpretative che sono sorte sul tema derivano, com'è noto, dalla rigida applicazione del principio del doppio binario previsto nell'ambito tributario per il sistema processuale ed esteso anche al regime sanzionatorio che determina inevitabilmente il cumulo delle sanzioni penali e amministrative. Sul punto è doveroso rilevare che, ai sensi dell'[articolo 21](#), D.Lgs. 74/2000, l'ufficio irroga le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie oggetto di notizia di reato in ottemperanza al principio di specialità di cui all'[articolo 19](#), D.Lgs. 74/2000 in base al quale:

“quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale”.

Appare evidente quale sia il fine perseguito dalla disposizione, ovvero sia garantire l'attuazione del divieto di *ne bis in idem* “sostanziale” evitando che la medesima condotta possa determinare in capo allo stesso soggetto l'irrogazione di diverse sanzioni.

Naturalmente, il problema sorge soltanto in determinati settori dell'ordinamento in cui il Legislatore ha previsto la duplice disciplina sanzionatoria penale e amministrativa, come per l'appunto accade in caso di violazioni tributarie sanzionate a livello amministrativo, ma che in presenza di dolo di evasione e contestuale superamento della soglia di punibilità assumono rilevanza penale.

In diverse occasioni la Cassazione penale ha però manifestato un atteggiamento di chiusura al divieto di *ne bis in idem* sostanziale, optando spesso per le soluzioni maggiormente afflittive e contrarie alla giurisprudenza di matrice europea che, attraverso la nota sentenza Grande Stevens c. Italia, in cui è stato ritenuto leso il divieto *ne bis in idem* per chiunque venisse sottoposto a processo penale in seguito all'irrogazione di una sanzione amministrativa, purché quest'ultima sia caratterizzata da un elevato grado di severità.

E, infatti, in alcuni casi di omesso versamento la Corte di legittimità ha avallato la duplicazione punitiva e, al tempo stesso, escluso che in tali ipotesi sussista un rapporto di specialità tra sanzioni amministrative e penali, trattandosi invero di “*progressione illecita*” (Cassazione, sentenze SS.UU. [n. 37425/2013](#) e [n. 37424/2013](#)). E, infatti, a parere degli Ermellini,

“anche se in data antecedente alla sentenza Grande Stevens c. Italia, si è pronunciata nel senso di ritenere che il reato di omesso versamento dell’Iva (articolo 10-ter, D.Lgs. 74/2000) non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con il D.Lgs. 471/1997, articolo 13, comma 1, che punisce con la sanzione amministrativa l’omesso versamento periodico dell’imposta entro il mese successivo a quello di maturazione del debito mensile Iva”.

In tema di duplicazione sanzionatoria, è stata peraltro di recente sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'[articolo 649](#), c.p.p. nella parte in cui omette di disciplinare il divieto di un secondo giudizio per l'imputato che abbia già subito un procedimento amministrativo.

Con la [sentenza n. 102/2016](#) la Corte Costituzionale si è pronunciata rigettando le questioni di legittimità costituzionale proposte dalla Corte di Cassazione in relazione a due fattispecie del TUF e, in particolare, all'articolo 649, c.p.p. nella parte in cui tale disposizione non prevede l'applicabilità della sua disciplina nel caso in cui l'imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo che si sia concluso con applicazione di una sanzione amministrativa avente natura sostanzialmente penale alla luce della giurisprudenza della Cedu.

In particolare, la Corte Costituzionale rigetta la questione attinente all'articolo 649, c.p.p. motivando che, con un intervento di tipo additivo, avrebbe creato uno *status* d'incertezza in merito alle sanzioni applicabili con il rischio di trattamenti sanzionatori non uniformi.

I principi di derivazione europea

La garanzia di non essere sottoposto a un duplice procedimento è espressamente prevista dall'articolo 4 del settimo protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali UE.

Il rapporto tra Carta di Nizza e CEDU viene definito dall'articolo 52, § 3, nella parte in cui si osserva che, qualora il medesimo principio sia ribadito nella Carta di Nizza e contemporaneamente anche nella CEDU, l'estensione e i limiti del medesimo saranno conformi a quelli della CEDU, ciò per garantire una forma di coerenza tra i sistemi.

Come già anticipato, il divieto del *ne bis in idem* garantisce la tutela al soggetto già colpito dal provvedimento afflittivo, di modo che sarà fatto divieto di sanzionare - e quindi di sottoporre a processo - per due o più volte uno stesso soggetto per lo stesso fatto.

Il primo problema che si è posto è stato quello di delimitare l'area della materia penale così da delimitare l'applicazione del principio, problema che di recente ha impegnato la giurisprudenza

nazionale con particolare riferimento alle modalità con cui la Consob, nell'esercizio della potestà regolamentare attribuita dal Testo Unico della Finanza (TUF), ha disciplinato il procedimento relativo all'irrogazione delle sanzioni per *market abuse*.

Sicuramente la pronuncia che più di tutte ha inciso sull'istituto in esame è la sentenza n. 18640/2014, relativa al caso Grande Stevens e altri c. Italia pronunciata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, a seguito dell'impugnativa realizzata da Stevens rispetto al provvedimento sanzionatorio emesso da Consob nell'esercizio della potestà sanzionatoria.

La vicenda trae origine da un procedimento penale instaurato in relazione a un comunicato ritenuto falso e diffuso nel mercato nell'agosto 2005 da due società appartenenti al gruppo FIAT. Per tale comunicato i ricorrenti erano già stati sanzionati nel 2007 dalla Consob per l'illecito amministrativo di cui all'[articolo 187-ter](#), TUF, provvedimento poi confermato in secondo grado nel 2008 e divenuto definitivo l'anno successivo, a seguito del rigetto dei ricorsi degli interessati da parte della Cassazione. Gli imputati si erano quindi rivolti alla Corte EDU asserendo la lesione del principio del *ne bis in idem*, in quanto il reato di cui all'[articolo 185](#), TUF era già stato integrato dal comunicato falso oggetto del procedimento amministrativo svoltosi innanzi alla Consob.

Secondo l'orientamento espresso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, data la natura punitiva delle sanzioni amministrative applicate dalla Consob in caso di accertata manipolazione del mercato, viola il principio del *ne bis in idem* l'apertura del procedimento penale per gli stessi fatti una volta che sia già stato definito il procedimento amministrativo. E infatti, con la pronuncia indicata la Corte EDU statuisce che le sanzioni irrogate dalla Consob, anche se reputate meramente amministrative dalla legge italiana, avevano in realtà natura penale, in ragione non solo della gravità delle sanzioni inflitte in concreto, ma anche alla luce dell'importo sanzionatorio astrattamente previsto dal TUF.

In particolare, la CEDU, nella citata sentenza, ha rilevato che, al fine di stabilire se i fatti su cui si è formato il giudicato sono da considerarsi i medesimi per i quali si procede in altro giudizio, occorre aver riguardo non al fatto inteso in senso giuridico, ossia alla fattispecie astratta descritta dagli articoli 187-ter e 185, TUF, ma al fatto in senso storico-naturalistico, ossia alla fattispecie concreta oggetto dei due procedimenti, a prescindere dagli elementi costitutivi rispettivamente previsti dai menzionati articoli¹. Il presupposto al quale è collegata l'efficacia preclusiva di un nuovo giudizio sullo stesso fatto storico è costituito dal passaggio in giudicato del provvedimento che definisce uno dei due procedimenti riconducibili alla materia penale, mentre le sanzioni irrogate dalla Consob per la fattispecie di manipolazione del mercato di cui all'articolo 187-ter, TUF, benché formalmente qualificate come

¹ Cfr. anche Sergey Zolotukin contro Russia del 10 febbraio 2009.

amministrative dall'ordinamento italiano, debbono avere natura penale agli effetti dell'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, in ragione della rilevanza dei beni protetti e della funzione deterrente della fattispecie oltre che per la natura e del grado di severità delle sanzioni previste dalla legge e concretamente comminate ai ricorrenti.

Appare chiaro l'orientamento dei giudici di Strasburgo di rimproverare agli organi giurisdizionali la mancata disapplicazione del principio del *ne bis in idem* che il Legislatore nazionale ha introdotto in materia penale, ma non nei rapporti tra sanzione amministrativa di natura penale e sanzione penale.

La Corte europea per la prima volta sanziona l'Italia dichiarando alla luce delle linee guida tracciate dalla celebre sentenza "Engel" la quale ha chiarito che per la determinazione della natura sostanziale della sanzione dovranno tenersi in considerazione la qualificazione giuridica della violazione nell'ordinamento nazionale, la natura effettiva della violazione e il grado di severità della sanzione, ragion per cui le sanzioni comminate dalla Consob possedevano sostanzialmente natura penale. Tale assunto ha comportato l'accoglimento delle censure sia in punto di violazione delle regole del giusto processo, sia in punto di violazione del *ne bis in idem*.

Quanto a quest'ultimo, la Corte accoglie il principio per cui, a prescindere dalla diversa qualificazione legale del fatto, qualora un imputato sia già condannato con sanzione avente natura sostanzialmente penalistica, allora, questo non potrà subire un ulteriore procedimento avente a oggetto lo stesso fatto, sebbene la fattispecie legale a lui imputata nel successivo procedimento sia diversa.

Difatti, come sottolineato nella sopracitata decisione, a partire dalla storica sentenza Engel contro Paesi Bassi del 8 giugno 1976, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è univocamente orientata a estendere le garanzie convenzionali previste in materia penale a tutti gli illeciti che, pur diversamente qualificati dai Legislatori nazionali, abbiano natura "sostanzialmente penale" sulla base dei 3 sopracitati alternativi criteri.

Come già anticipato la norma prevista all'articolo 4 protocollo n. 7 CEDU, è stata anche recepita dall'articolo 50 della Carta di Nizza, alla quale con il Trattato di Lisbona viene ad essere dato lo stesso valore attribuito ai Trattati dell'UE, e che quindi rimarca il divieto di *ne bis in idem*.

Questo recepimento pone il dubbio se il giudice, a questo punto, possa automaticamente disapplicare le norme in contrasto con l'articolo 50 della Carta di Nizza e per l'effetto all'articolo 4 del protocollo 7 CEDU, ovvero in alternativa debba sia obbligato a rispettare il procedimento previsto dalla stessa Corte Costituzionale con la [sentenza n. 348/2008](#) con la quale si è affermato che, in caso di contrasto tra la norma interna e quella della CEDU, l'incompatibilità tra le due si presenta come questione di legittimità

costituzionale per eventuale violazione dell'[articolo 117](#), comma 1, Costituzione attraverso cui il Legislatore si impone il rispetto, nell'attività di produzione legislativa, degli obblighi internazionali.

La rimessione della questione alla Corte di Giustizia

Con l'[ordinanza n. 20675/2016](#), la Corte di Cassazione è tornata a occuparsi dell'annosa questione relativa alla compatibilità del principio del doppio binario in materia di *market abuse* con la normativa e la più recente giurisprudenza di matrice comunitaria che sancisce il divieto di *ne bis in idem*.

Con la decisione in commento, la Suprema Corte ha ritenuto sussistenti i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea cui competerà accertare

“se la previsione dell'articolo 50, CDFUE, interpretato alla luce dell'articolo 4, protocollo 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 a oggetto un fatto per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile”.

La vicenda trae origine dall'irrogazione di una relevantissima sanzione amministrativa nei confronti di un soggetto, responsabile di aver messo in atto una strategia volta a richiamare l'attenzione del pubblico su determinati titoli societari, elargendo informazioni strategiche al precipuo fine di ottenere una illecita influenza sul prezzo di detti titoli.

In seguito all'irrogazione della sanzione amministrativa, il medesimo soggetto è stato sottoposto a procedimento penale per essersi reso responsabile, in qualità di presidente del CdA, della condotta di *“diffusione di notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo del titolo societario”*. Il procedimento penale si è concluso con una sentenza di patteggiamento che, nel nostro ordinamento, può certamente essere paragonata alla sentenza di condanna, circostanza che ha indotto la Corte di Cassazione a interrogarsi sulla legittimità della contestuale irrogazione, in capo allo stesso soggetto, di due distinti provvedimenti afflittivi in relazione alla medesima condotta.

L'[articolo 187-ter](#), comma 1, TUF (Manipolazione del mercato), statuisce che:

“Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 euro a 5 milioni di euro chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso Internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari”.

La sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo è specificatamente prevista dalla clausola di apertura contenuta negli articoli [187-bis](#) e [187-ter](#), TUF in base alla quale sono *“salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”*. Com'è noto,

infatti, per le condotte di illecita manipolazione del mercato e di abuso di informazioni privilegiate, il TUF ha previsto un duplice sistema sanzionatorio di natura penale e amministrativa, in antitesi ai principi espressi nella famosa sentenza CEDU “*Grande Stevens*” che, come si è avuto modo di rilevare, ha invece affermato il principio del divieto di *ne bis in idem* per chiunque venga sottoposto a processo penale in seguito all’irrogazione di una sanzione amministrativa caratterizzata da un elevato grado di severità.

In materia di abusi di mercato, il diritto dell’Unione Europea è stato recentemente riformato dal [Regolamento 596/2014](#) e dalla Direttiva 2014/57/UE, i quali prevedono la facoltà per gli Stati membri di non applicare le sanzioni amministrative per quelle condotte che abbiano già subito la sanzione penale. Il Legislatore unionale, tramite l’emanazione dei suddetti provvedimenti, ha provveduto all’abrogazione della [Direttiva 2003/6/CE](#) che, in materia di abusi di mercato, imponeva agli Stati membri l’applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive con la possibilità di prevedere la contestuale applicazione di sanzioni penali nel rispetto del principio del “doppio binario”.

Sulla base di tali premesse, la Corte di Cassazione ha rilevato che

“la obbligatorietà delle sanzioni amministrative, aventi natura afflittiva, nel sistema degli illeciti di merket abuse è configgente col c.d. divieto del ne bis in idem, così come interpretato dal diritto unionale, allorché venga preliminarmente emessa una sanzione penale preclusiva alla comminatoria della sanzione amministrativa”.

Proprio tali ragioni hanno indotto la Suprema Corte a sospendere il processo e, ai sensi dell’articolo 267, TFUE, rinviare gli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea affinché chiarisca se la corretta interpretazione del divieto di *ne bis in idem* ex articolo 50, CDFUE impedisca l’irrogazione di una sanzione amministrativa nei confronti di un soggetto che, per il medesimo fatto, abbia già riportato una sentenza di condanna.

Non resta, dunque, che attendere di conoscere quale sia la posizione della Corte di Giustizia alla quale spetterà peraltro chiarire se spetti al giudice nazionale dare diretta applicazione al principio del divieto di *ne bis in idem*.