

## IL *NE BIS IN IDEM* IN AMBITO SOCIETARIO

LUCIANO M. QUATTROCCHIO

### ***1. Premessa.***

Il cd. “*ne bis in idem*” viene usualmente definito come il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto. Esso ha una duplice valenza:

- sostanziale:
  - garantire l’interesse collettivo alla certezza del diritto;
  - assicurare l’interesse individuale del soggetto sottoposto a giudizio;
- processuale, soddisfare l’esigenza di economia dei giudizi.

Nell’ordinamento internazionale ed europeo, il principio del *ne bis in idem* è disciplinato dall’art. 4 del Protocollo aggiunto alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (Convenzione E.D.U.) n. 7 e dall’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (cd. “Carta di Nizza”).

In particolare, l’art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione E.D.U. in tema di “Diritto di non essere giudicato o punito due volte”, prevede che:

*«1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale stato.*

*2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta».*

L’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea stabilisce che:

*«Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».*

La questione ha avuto una prima applicazione giurisprudenziale nella Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte E.D.U.) del 4 marzo 2014 (caso Grande Stevens c. Italia), la quale ha negato che il medesimo fatto possa essere sanzionato due volte, prima nel procedimento amministrativo in materia di abuso di mercato,

caratterizzato da una pena tanto afflittiva da essere ricompresa nella materia penale secondo i criteri di Engel, poi nel procedimento penale sorto sugli stessi fatti.

Successivamente, vi sono state altre sentenze relative anche al doppio binario sanzionatorio tributario:

- Sentenza della Corte E.D.U. del del 20 maggio 2014: Nykanen c. Finlandia;
- Sentenza della Corte E.D.U. del 27 novembre 2014: Lucky c. Svezia;
- Sentenza della Corte E.D.U. del 10 febbraio 2015: Kiivari c. Finlandia.

Tuttavia l'orientamento giurisprudenziale, che sembrava consolidarsi, ha subito un *revirement* con la Sentenza della Corte E.D.U. del 15 novembre 2016 (caso A e B c. Norvegia), in cui si è ammesso che i procedimenti sanzionatori – penale e amministrativo – sullo stesso fatto possano coesistere, qualora tra loro sussista una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*».

In particolare, sotto il profilo del nesso sostanziale, la connessione si manifesta attraverso i seguenti indicatori sintomatici:

- la diversa finalità dei procedimenti;
- la prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell'autore della condotta;
- la conduzione “integrata” dei procedimenti, in modo da evitare, «*per quanto possibile*», la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove;
- la considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione inflitta nel primo, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

Invece, sotto il profilo del nesso temporale, viene ammessa sia la conduzione parallela sia quella non coeva dei due procedimenti, purché non si produca un pregiudizio sproporzionato in ragione del perdurante stato di incertezza processuale.

In realtà il citato *revirement* della Corte E.D.U era stato, in parte, anticipato – in Italia – dalla Corte di Cassazione (Cass. 20 maggio 2015, n. 20887, confermata da Cass. 7 ottobre 2016, n. 42470), la quale ha negato la violazione del *ne bis in idem* nel doppio binario tributario, sul riflesso che i procedimenti di tipo penale e amministrativo «*sono paralleli ed interagiscono tra loro, poiché l'avvenuto pagamento del debito tributario condiziona l'entità della sanzione penale*», tenuto anche conto degli artt. 19, 20 e 21, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, con riguardo ai rapporti tra sistema sanzionatorio amministrativo e procedimenti penale e tributario.

Ma prima ancora, la legittimità del doppio binario tributario era stata affermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 12 settembre 2013, n. 37425), la quale aveva affermato che il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) non si pone in rapporto di specialità, ma di progressione illecita rispetto all'illecito amministrativo di omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili (art. 13, comma 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471).

Tralasciando per ora le pronunce successive (su cui v. *infra*), sul tema è intervenuta recentemente la Corte Costituzionale (Corte Cost. 2 marzo 2018, n. 43), la quale ha definito alcuni principi in materia, stabilendo in particolare che:

1. il *ne bis in idem* non opera quando vi è stretta connessione materiale e temporale tra i procedimenti;
2. la connessione temporale si sostanzia in un esame della tempistica tra i diversi procedimenti e prescinde dalla circostanza che siano contemporanei o consecutivi;
3. la connessione materiale si sostanzia nell'esame delle *«finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi (...) dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito»*;
4. deve essere posta particolare attenzione all'indagine sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva;
5. l'indagine sul rapporto tra procedimenti diversi, basato sul criterio temporale e materiale, è lasciato alla discrezionalità e al libero apprezzamento del giudice, secondo un approccio casistico.

Il tema è stato affrontato anche a livello legislativo, dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, il quale ha sostituito l'art. 187-*terdecies* del d.lgs. 58/1998, sulla nuova disciplina degli abusi di mercato, stabilendo che *«quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato ... l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate»*.

## ***2. La Relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione.***

Il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, a seguito del *revirement* della Corte E.D.U., è stato accuratamente esaminato nella Relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione in data 21 marzo 2017.

Anzitutto, viene posta in evidenza la diversa interpretazione comunitaria e nazionale con riferimento alla categoria dell'illecito penale. In particolare, in ambito europeo si ha più riguardo ad un concetto sostanziale, facendo così rientrare nella definizione di sanzione penale anche quella amministrativa se particolarmente afflittiva (come potrebbero essere le sanzioni tributarie), mentre, a livello nazionale, viene in genere operata più una distinzione formalistica, escludendo dalle sanzioni penali quelle non previste come tali dall'ordinamento, ancorchè particolarmente afflittive.

Da tale contrapposizione sono scaturiti provvedimenti di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, oltre che questioni di legittimità costituzionale (violazione del parametro di cui all'art. 117 Cost.).

La Relazione pone, peraltro, in evidenza che la situazione sembra è mutata per effetto dell'intervento della Grande *Chambre* della Corte E.D.U., che (con la sentenza A e B/Norvegia cit.) ha segnato una battuta d'arresto rispetto alle precedenti interpretazioni sul *ne bis in idem*. La Grande *Chambre*, infatti, ha introdotto una nuova linea interpretativa per dirimere le violazioni del principio in esame, basata su valutazioni di ordine processuale e procedimentale.

In particolare, viene ora evidenziato che i procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, possono coesistere qualora si ritenga sussistente tra loro una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*». Si ammette, in altre parole, sia la conduzione parallela sia non contemporanea dei due procedimenti sullo stesso fatto, purchè il soggetto sottoposto al “doppio binario sanzionatorio” non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale. Inoltre, sotto il profilo sostanziale, i giudici europei individuano una serie di indicatori per evitare il *bis in idem*:

- la diversa finalità dei procedimenti;
- la prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell'autore della condotta;

- la conduzione integrata dei procedimenti, in modo da evitare la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove;
- la considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione inflitta nel primo, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di proporzionalità complessiva della pena.

### **3. La soluzione di questioni specifiche.**

#### **3.1. L'ipotesi di alterità fra soggetti.**

Venendo all'esame delle pronunce più recenti, pare utile richiamare una recente Sentenza della Suprema Corte (Cass. 13 dicembre 2017, n. 55480), la quale ha ribadito che non è ravvisabile alcuna violazione del principio del "*ne bis in idem*" quando, a fronte di una violazione tributaria, la sanzione penale è applicata in capo all'amministratore, mentre quella amministrativa è comminata nei confronti della società rappresentata.

Per affermare tale principio, la Corte di Cassazione prende le mosse da una Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte Giust. UE 5 aprile 2017, cause C-217/15 e C-350/15), la quale ha stabilito che l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea deve essere interpretato nel senso di non precludere che una normativa nazionale consenta di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA, dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta a una società dotata di personalità giuridica, mentre i procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

La Suprema Corte ha, peraltro, cura di precisare che diverso è il caso in cui il *bis in idem* sia eccepito in relazione alla duplicazione punitiva tra persona fisica e impresa individuale.

#### **3.2. Il caso di alterità fra ordinamenti.**

Un'altra questione affrontata di recente, questa volta dalla Corte E.D.U., riguarda l'alterità fra ordinamenti. In particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte E.D.U. 29 marzo 2018, n. 67521/14), pronunciandosi su un caso "francese", in cui si discuteva se fosse legittima la condanna penale inflitta in Francia ad un imputato per fatti rispetto ai quali il medesimo procedimento era stato precedentemente definito in Germania, ha dichiarato il ricorso inammissibile.

Conformemente al proprio costante orientamento, la Corte E.D.U. ha affermato che l'art. 4, prot. n. 7 non impedisce che un individuo sia perseguito o punito dai giudici di uno

Stato parte della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione ad un fatto per cui questi è stato perseguito o condannato con una sentenza irrevocabile in un altro Stato, a sua volta aderente alla Convenzione; ciò sul riflesso che la norma citata si applica soltanto alle "giurisdizioni dello stesso Stato".

In aggiunta, la Corte E.D.U. ha considerato che il fatto che la Francia e la Germania siano membri dell'Unione Europea non incide sull'applicabilità dell'art. 4 del prot. n. 7, sul riflesso che la Corte di Strasburgo non giudica sull'applicazione delle norme dell'Unione Europea né valuta le presunte violazioni di queste ultime.

Infine, la Corte E.D.U. ha precisato che la Convenzione non impedisce agli Stati contraenti di assicurare una tutela giurisdizionale più ampia ai diritti e alle libertà da essa garantiti rispetto a quelle assicurate dal diritto nazionale, dagli altri trattati internazionali o dalla normativa dell'Unione Europea.

#### ***4. L'approdo giurisprudenziale e le successive conferme.***

##### ***4.1. Le Sentenze più recenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.***

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata a verificare la portata e i limiti del *ne bis in idem*, ha pronunciato tre sentenze:

- Sentenza del 20 marzo 2018, nella causa C-524/15 (Luca Menci): riguardava un caso di omesso versamento dell'IVA sopra la soglia di rilevanza penale, rispetto al quale l'Amministrazione finanziaria provvedeva al recupero dell'IVA e all'irrogazione della sanzione amministrativa, mentre l'Autorità giudiziaria avviava un procedimento penale;
- Sentenza del 20 marzo 2018, nella causa C-537/16 (Garlsson Real Estate S.A./Consob): aveva ad oggetto un caso di manipolazione di mercato, nella quale lo stesso soggetto veniva raggiunto da una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e da un provvedimento di applicazione di una sanzione amministrativa;
- Sentenza del 20 marzo 2018, nelle cause riunite C-596/16 (Enzo Di Puma/Consob) e C-597/16 (Antonio Zecca /Consob): verteva su casi di *insider trading*, previsti e puniti in ambito penale, dall'articolo 184 del T.U.F., e, in ambito amministrativo, dall'articolo 187-*bis* T.U.F.

Le Sentenze in oggetto affermano i seguenti principi:

- il principio del *ne bis in idem* è principio fondamentale riconosciuto a livello sovranazionale dall'art. 4 della Convenzione E.D.U. e a livello europeo dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e può essere assoggettato a limitazioni solo a precise condizioni:
  - si applica la riserva di legge sulle procedure, sulle condotte punite e sulle relative sanzioni di natura penale;
  - le fattispecie punite devono rispettare il requisito della tassatività, ossia devono:
    - garantire un elevato grado di precisione e non sono suscettibili di analogia;
    - devono perseguire finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione Europea o «*all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui*»;
    - il cumulo tra procedimenti e sanzioni deve rispondere a esigenze di complementarietà tra le stesse;
  - il cumulo di procedimenti e sanzioni deve rispettare il principio di proporzionalità, ovvero:
    - devono essere idonee a raggiungere lo scopo perseguito dalla norma;
    - non devono oltrepassare il limite della necessità e dell'appropriatezza delle misure sanzionatorie, quindi favorire la misura meno invasiva tra una pluralità di misure applicabili;
    - deve essere garantito un certo grado di coordinamento tra le procedure e le sanzioni sempre nell'ambito di una risposta sanzionatoria proporzionata;
- si conferma il superamento del divieto di cumulo di procedure amministrative e penali, quando il nesso temporale e materiale è sufficientemente stretto.

#### **4.2. La Sentenza della Corte Costituzionale del 2 marzo 2018, n. 43.**

La Corte Costituzionale (Corte Cost. 3 marzo 2018, n. 43) – come si è anticipato – ha definito importanti principi in materia, stabilendo che:

1. il *ne bis in idem* non opera quando vi è stretta connessione materiale e temporale tra i procedimenti;

2. la connessione temporale si sostanzia in un esame della tempistica tra i diversi procedimenti e prescinde dalla circostanza che siano contemporanei o consecutivi;
3. la connessione materiale si sostanzia nell'esame delle *«finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi (...) dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito»*;
4. deve essere posta particolare attenzione all'indagine sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva;
5. l'indagine sul rapporto tra procedimenti diversi, basata sul criterio temporale e materiale, è lasciata alla discrezionalità e al libero apprezzamento del giudice, secondo un approccio casistico.

Alla luce di tali principi, il giudice deve valutare l'operatività del *ne bis in idem* attraverso:

- a. un'indagine basata sul tempo intercorso tra i processi e sulla loro durata, rendendo meno rigorosa l'operatività del *ne bis in idem* – fino ad escluderla – quanto più il tempo trascorso tra i procedimenti sia ravvicinato;
- b. un'indagine sul rapporto materiale basata sulle circostanze menzionate al punto 2., e in particolare sull'aspetto sanzionatorio complessivo.

Il nuovo sistema è, quindi, fondato su procedimenti coordinati *«preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (...) complessivamente irrogata»*.

#### **4.3. La Sentenza del 30 ottobre 2018, n. 27564.**

La Corte di Cassazione, in una recentissima Sentenza (Cass. 30 ottobre 2018, n. 27564), elabora una sintesi ermeneutica del principio del *ne bis in idem*, alla luce della disciplina dell'Unione Europea e della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La Suprema Corte afferma, innanzitutto, che non è sindacabile la scelta del legislatore nazionale di sanzionare una condotta illecita – seppure avente ad oggetto lo “stesso fatto”, come inteso dalla giurisprudenza della Corte E.D.U. – con la previsione di un “doppio binario” processuale (penale e amministrativo).

È, quindi, possibile, ad esempio in campo tributario, una doppia risposta sanzionatoria, con sanzioni amministrative e penali che perseguono scopi diversi. Lo scopo delle prime

è, prevalentemente, quello di incoraggiare i destinatari della sanzione al rispetto del dovere di fornire informazioni complete e corrette, e di rafforzare le fondamenta del sistema fiscale nazionale. La sanzione penale, invece, rappresenta il “castigo” che lo Stato, attraverso l’Autorità giudiziaria, a conclusione di un processo, infligge a un soggetto che abbia commesso un reato, e tende non solo a reprimere un fatto/reato commesso, ma anche a impedire che quel determinato individuo commetta ulteriori reati in futuro.

Il rispetto del principio del *ne bis in idem* non dipende dall’ordine in cui sono condotti i rispettivi procedimenti, occorrendo considerare esclusivamente il rapporto tra i due illeciti.

Ai fini della cumulabilità dei procedimenti sono necessarie le seguenti condizioni:

- svolgimento di processi paralleli e tra loro connessi;
- proporzionalità della sanzione inflitta, nel senso che la pena inflitta in un procedimento deve tenere conto della sanzione inflitta nell’altro;
- collegamento sufficientemente stretto tra le procedure, sul piano sia sostanziale sia cronologico:
  - si ritiene esistente una “sufficiente connessione” tra procedimento penale e amministrativo in presenza di un’unica risposta integrata dell’ordinamento contro il medesimo fatto illecito; circostanza che può essere assicurata dalla valutazione complessiva delle sanzioni da parte del giudice chiamato all’ultima valutazione;
  - il nesso di carattere cronologico tra i due procedimenti penale e amministrativo non implica necessariamente che i procedimenti debbano essere condotti in maniera parallela, potendo sussistere anche nell’ipotesi in cui il secondo procedimento inizi successivamente alla definizione del primo, purché vi sia una valutazione di proporzionalità tra le sanzioni.

Più in particolare, occorre garantire:

- la proporzionalità delle risposte punitive rispetto agli scopi perseguiti e, in particolare, il rispetto del principio sancito all’art. 49 § 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, secondo cui le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso;
- la prevedibilità della doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise;

- il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere per l'interessato da tale cumulo sia limitato allo stretto necessario.

La decisione interviene anche sul nuovo art. 187-*terdecies* del d.lgs. 58/1998, sostituito dall'art. 4 comma 17 del d.lgs. 107/2018, sulla nuova disciplina degli abusi di mercato (v. *infra*). Tale previsione è ritenuta confliggente con i principi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella parte in cui consente l'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche nel caso di sanzioni inflitte a soggetti diversi (quali, ad esempio, la società e il suo legale rappresentante).

#### **4.4. La Sentenza del 20 novembre 2018, n. 52142.**

La Corte di Cassazione, in un'altra recentissima Sentenza (Cass. 20 novembre 2018, n. 52142), affronta il tema del *ne bis in idem* con riguardo al caso di un contribuente sanzionato penalmente per il mancato versamento dell'IVA, ove la sanzione tributaria comprendeva una maggiorazione del 30% dell'importo del tributo non versato, con la conseguenza che la sanzione penale rappresentava un'evidente duplicazione.

Nel risolvere la questione, la Suprema Corte afferma che la possibilità di un duplice giudizio deve essere valutata:

- tenendo conto del legame temporale che tuttavia non esige la pendenza contemporanea dei due procedimenti, ma ne ammette anche la successione;
- muovendo dal presupposto che il legame materiale dipende «*dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si potesse tenere conto della prima*», con l'obiettivo di evitare un "eccessivo fardello" per lo stesso fatto illecito.

### **5. Il *ne bis in idem* nell'ambito del diritto commerciale.**

#### **5.1. In *ne bis in idem* in materia societaria.**

##### **5.1.1. Il caso *Grande Stevens*.**

Il caso che ha condotto alla pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte E.D.U. 4 marzo 2014 – caso *Grande Stevens c. Italia*) trae origine da un'operazione societaria che può essere come di seguito sintetizzata:

- il 26 luglio 2002 FIAT S.p.A. stipula un prestito obbligazionario convertibile con otto banche, il quale prevedeva che in caso di mancato rimborso le banche

- avrebbero sottoscritto il 28% del capitale sociale di FIAT S.p.A., determinando una diluizione dal 30,6% al 22% della partecipazione detenuta da IFIL INVESTMENTS S.p.A.;
- il 26 aprile 2005 FIAT S.p.A. stipula un contratto di *equity SWAP* con MERRILL LYNCH su circa 90 milioni di azioni FIAT S.p.A., senza clausola di *physical settlement*;
  - il 12 agosto 2005 l'Avv. Franzo GRANDE STEVENS formula un quesito alla Consob in materia di opa obbligatoria, al fine di conoscere se l'acquisto di azioni da un intermediario possa ritenersi equivalente all'esercizio di diritti inizialmente esistenti, ipotesi che la normativa allora vigente qualificava come causa di esclusione dell'O.P.A. obbligatoria;
  - sempre nel mese di agosto, il contratto di *equity swap* con MERRILL LYNCH viene modificato per introdurre la clausola di *physical settlement*;
  - il 23 agosto 2005 la Consob chiede a IFIL INVESTMENTS S.p.A. e a GIOVANNI AGNELLI S.a.p.A. di emettere un comunicato *ex art. 114*, comma 5, t.u.f. circa le iniziative in vista della scadenza dell'obbligazione convertibile;
  - il 24 agosto 2005 il comunicato informa che non vi sono iniziative, ma conferma la volontà di mantenere il controllo;
  - il 14 settembre 2005 la s.a.p.a. approva l'operazione;
  - il 15 settembre 2005 si conclude l'accordo sulla modifica dell'*equity swap*;
  - il 17 settembre 2005 la Consob dà parere favorevole alla non sussistenza dell'O.P.A.;
  - il 20 settembre 2005 viene deliberato l'aumento di capitale della FIAT S.p.A.;
  - la Consob avvia il procedimento sanzionatorio *ex art. 187-septies* T.U.F.;
  - il 9 febbraio 2007 la Consob irroga pesanti sanzioni amministrative per violazione dell'art. 187-ter T.U.F. (*Manipolazione del mercato*);
  - la Corte d'Appello di Torino riduce l'importo delle sanzioni e, successivamente, la Corte di Cassazione respinge i ricorsi;
  - per contro, in sede penale, il Tribunale di Torino assolve gli imputati;
  - il Pubblico Ministero ricorre avanti la Suprema Corte che cassa con rinvio alla Corte d'Appello di Torino;
  - la Corte d'Appello di Torino emette sentenza di condanna per due imputati;

- la Corte di Cassazione (Cass. 17 dicembre 2013-14 maggio 2014, n. 19915) annulla senza rinvio la sentenza impugnata «*perché il reato è estinto per prescrizione*»;
- viene proposto altresì ricorso alla Corte E.D.U. che emette la Sentenza il 4 marzo 2014.

La Corte E.D.U., chiamata a verificare se sussistessero violazioni della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – sia sotto il profilo del *ne bis in idem* sia con riguardo al principio del contraddittorio – dichiara l’illegittimità del Regolamento Consob (Reg. Consob 17 novembre 1994, n. 8674, ora Reg. Consob 19 dicembre 2013, n. 18750, invariato sul punto) per violazione del principio del contraddittorio.

In particolare, l’illegittimità consiste nella violazione dell’art. 187-*septies*, comma 2, T.U.F., che impone il rispetto del principio del contraddittorio, violato là dove non si prevede la comunicazione al sanzionato della proposta che l’Ufficio Sanzioni (USA) trasmette alla Commissione. E l’udienza pubblica non sana l’illegittimità del procedimento sanzionatorio, perché la norma interna ne impone la conformità “integrale” al principio del contraddittorio, principio che non può ritenersi per così dire “rispettato in sanatoria” solo perché, in sede di “appello”, la materia è discussa avanti ad una corte togata.

Inoltre, la Corte E.D.U. afferma che il sistema del “doppio binario sanzionatorio” (artt. 184 ss TUF), ovvero della forma cumulativa dell’illecito amministrativo e del reato in capo al medesimo soggetto, costituisce violazione del principio del *ne bis in idem*: in particolare, i fatti commessi costituivano “medesima condotta” ed in più le sanzioni amministrative irrogate dalla Consob avevano di fatto natura penale.

In particolare, la Corte E.D.U. – sotto quest’ultimo profilo – richiama nota sentenza Engel del 1976, secondo la quale per reati e per pene non si intendono solo quelle in senso stretto, ma anche tutte le misure sanzionatorie che gli ordinamenti nazionali qualificano in altro modo, come ad esempio illeciti e sanzioni amministrative. E, nel caso particolare, la connotazione penale delle sanzioni irrogate derivava:

- dalla eccessiva severità delle stesse;
- dall’importo e dalle sanzioni accessorie;
- dalle ripercussioni sugli interessi del condannato.

### ***5.1.2. La riforma degli abusi di mercato e la posizione della giurisprudenza.***

#### ***5.1.2.1. Il dato normativo.***

Il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, introduce sostanziali modifiche all'art. 187-terdecies del d.lgs. 58/1998, prevedendo che, «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato ... l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate».

La riformata disciplina sugli abusi di mercato recepisce, almeno in parte, gli approdi della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem*. L'art. 187-terdecies prevede, infatti, che quando per lo stesso fatto è stata applicata – a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente – una sanzione amministrativa pecuniaria ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, l'autorità giudiziaria o la Consob devono tenere conto – al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza – delle misure punitive già irrogate. Inoltre, l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.

#### **5.1.2.2. La giurisprudenza.**

##### **5.1.2.2.1. La Sentenza del 21 settembre 2018, n. 49869.**

La Suprema Corte si è recentemente pronunciata sul tema (Cass. 31 ottobre 2018, n. 49869), ritenendo che sia necessario verificare se, nel caso concreto, nonostante l'astratta possibilità di un legittimo cumulo di sanzioni amministrative e penale per il medesimo fatto di abuso di informazioni privilegiate, non si sia verificato un'ipotesi di eccessiva severità nel trattamento sanzionatorio, come accade nell'ipotesi in cui una condanna penale pronunciata in via definitiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva, e ciò nonostante alla stessa si aggiunga, in seguito, un'ulteriore sanzione applicata in sede amministrativa.

In particolare, secondo la Suprema Corte, nella verifica della compatibilità con il principio del *ne bis in idem* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore dell'abuso di mercato, il giudice deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello “formalmente” amministrativo) e,

segnatamente, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari). Se detta valutazione conduce a ritenere il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del *ne bis in idem*, il giudice nazionale deve disapplicare, se necessario e, naturalmente, solo *in mitius*, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio.

Evidentemente, solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad "assorbire" il complessivo disvalore del fatto, il giudice deve disapplicare *in toto* la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l'applicazione. Si tratta di ipotesi che – considerata l'estraneità della sanzione irrogata dall'autorità amministrativa al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale – sono potenzialmente suscettibili di venire in rilievo nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale.

Nel caso opposto in cui la sanzione divenuta irrevocabile sia quella irrogata da Consob, la disapplicazione *in toto* della norma sanzionatoria penale può venire in rilievo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa – evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta – risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti. Al di fuori di tale ipotesi, come si è detto del tutto eccezionale, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni.

#### **5.1.2.2.2. La Sentenza del 5 febbraio. 2019, n. 5679.**

Successivamente, la Suprema Corte (Cass. 5 febbraio 2019, n. 5679) si è pronunciata in un caso in cui l'imputato aveva patteggiato la pena di tre anni di reclusione e di 200.000 euro di multa a fronte della contestazione dei reati di false comunicazioni sociali in una società quotata (art. 2622 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 del d.lgs. 58/1998).

Il giudice di merito aveva dichiarato non esigibile la pena pecuniaria in virtù di quanto disposto dal citato art. 187-*terdecies*, avendo già l'imputato corrisposto la sanzione amministrativa, capiente rispetto a detto importo, irrogatagli in via definitiva dalla

Consob ai sensi dell'art. 187-ter del d.lgs. 58/1998. Tale ultima norma – nella sua precedente formulazione, applicabile al caso di specie – è stata più volte oggetto di dibattiti rispetto al cumulo delle sanzioni, in quanto basata sui medesimi fatti che danno origine alla responsabilità penale.

La Suprema Corte – muovendo dal principio affermato dalla Corte E.D.U., che considera il cumulo di sanzioni ammissibile purché tra i procedimenti sussista un «*nesso materiale e temporale sufficientemente stretto*» la cui esistenza deve essere vagliata dal giudice nazionale – afferma che il principio del *ne bis in idem* opera sulla base di un apprezzamento da parte del giudice circa il nesso che lega il procedimento penale e il procedimento amministrativo, e il criterio eminente per affermare o negare il legame tra tali procedimenti è, in definitiva, rappresentato dall'entità della sanzione complessivamente irrogata e alla sua proporzionalità rispetto ai fatti che intende punire (v. *supra* Cass. 21 settembre 2018, n. 49869).

Nel caso esaminato, la Suprema Corte ritiene che lo sviluppo temporale dei due procedimenti a carico del medesimo soggetto renda evidente una concreta connessione temporale, dal momento che la delibera Consob è divenuta definitiva mentre il procedimento penale era già in corso, e che vi sia proporzionalità delle sanzioni applicate, non sussistendo uno dei “casi limite” enucleati dalla stessa Corte di Cassazione (v. ancora Cass. 21 settembre 2018, n. 49869, citata), per cui la disapplicazione della sanzione penale può avvenire solo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa, divenuta irrevocabile, si sia attestata sui massimi edittali e risponda adeguatamente e autonomamente al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti. In caso contrario, la sanzione ulteriore andrà rideterminata ma non del tutto cancellata, come in effetti avvenuto nel procedimento in esame.

## **5.2. Il ne bis in idem in materia di concorrenza.**

La Corte di Giustizia sarà chiamata, nel breve termine, a pronunciarsi sul *ne bis in idem* anche nelle sanzioni in materia di concorrenza (Conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-617/2017), in un caso che vede contrapposti l'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori polacco e una compagnia di assicurazioni della medesima nazionalità.

La questione sottoposta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea è se il divieto del *bis in idem* debba essere applicato qualora, in un'unica decisione, un'autorità nazionale garante della concorrenza abbia inflitto a un'impresa un'ammenda per comportamento

anticoncorrenziale sulla base di un'applicazione simultanea di regole di concorrenza nazionali e dell'Unione europea.

Seppur concludendo che, nel procedimento in questione, manca l'elemento della duplicazione (trattandosi di un'unica decisione che applicava due sanzioni), l'Avvocato Generale ripercorre alcuni interessanti principi sul tema, affermando che:

- sotto il profilo del diritto dell'Unione Europea, l'identità di un'infrazione deve – di norma – essere stabilita sulla base di un duplice criterio:
  - i fatti;
  - e il contravventore,che devono coincidere
- per contro, la qualificazione giuridica o l'interesse tutelato non sono determinanti ai fini dell'applicazione del principio.

Tuttavia, vengono evidenziate alcune peculiarità nell'ambito della legislazione in materia di concorrenza.

In particolare, la Corte di Giustizia ha sempre ritenuto che in relazione alla concorrenza – e, in particolare, nel contesto dell'indagine o del sanzionamento paralleli da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza – rilevi anche l'interesse giuridico tutelato. In altre parole, il principio del *ne bis in idem* può trovare applicazione unicamente ove, con riferimento alla componente dell'*idem*, siano soddisfatti tre criteri cumulativi:

- i fatti;
  - il contravventore;
  - gli interessi giuridici tutelati,
- che devono coincidere.

#### **6. Il *ne bis in idem* nell'ambito dei procedimenti disciplinari.**

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili è stato chiamato a pronunciarsi su un quesito (Prot. C.N.D.C.E.C. 22 ottobre 2018, n. 12649) in materia di *ne bis in idem*, formulando i principi di seguito esposti (Pronto Ordini 25 gennaio 2019, n. P.O.167/2018).

Secondo il C.N.D.C.E.C., al fine di stabilire la possibile operatività del divieto del *bis in idem* tra procedimenti e (sanzioni) penali e procedimenti (e sanzioni) disciplinari occorre qualificare la natura sostanziale delle sanzioni irrogabili per uno stesso fatto ed evitare

che, per eludere il divieto, sanzioni sostanzialmente penali vengano qualificate come formalmente amministrative. In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte E.D.U., occorre accertare la reale natura di un procedimento, anziché arrestarsi al suo *nomen iuris*, verificando la ricorrenza di almeno due presupposti.

Il primo presupposto è rappresentato dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui primo alinea prevede che «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*».

Ne deriva che, anche per la giurisprudenza europea, per stabilire se è applicabile ad un certo procedimento il principio del *ne bis in idem*, occorre distinguere tra procedimenti aventi ad oggetto una “accusa in materia penale”, indipendentemente dalla loro qualificazione formale, e procedimenti avente ad oggetto “diritti di carattere civile”, proprio al fine di individuare quali dei principi della Convenzione E.D.U. devono trovare applicazione nel caso concreto.

Il secondo presupposto è rappresentato dal fatto che la Corte E.D.U., a partire dalla nota sentenza *Engel*, ha affermato che – per stabilire se si è in presenza o meno di una “accusa in materia penale” – occorre tener presente tre criteri alternativi tra di loro:

- la qualificazione giuridica della misura in causa, nel diritto nazionale;
- la natura di quest'ultima;
- la natura e il grado di severità della “sanzione”.

Secondo il C.N.D.C.E.C., alla luce della giurisprudenza europea occorre – quindi – accertare la natura del procedimento disciplinare alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il procedimento disciplinare, nell'ordinamento italiano ha pacificamente natura di procedimento amministrativo di natura sanzionatoria e ad esso, anche in forza dell'art. 1, (Principi generali) commi 2 e 3, del Regolamento per l'esercizio della funzione disciplinare territoriale, si applicano le norme sul procedimento amministrativo e, in via suppletiva, le norme del codice di procedura civile.

Per accertare la natura del procedimento disciplinare è utile altresì richiamare la giurisprudenza della Corte E.D.U. che ha espressamente affermato che «*un contenzioso disciplinare, concernente il diritto di continuare a praticare una professione, può dar*

luogo a “controversie su diritti (...) di carattere civile” ai sensi dell’articolo 6 § 1 della Convenzione» (Sentenza della C.E.D.U. del 9 luglio 2013).

Inoltre anche la Suprema Corte (Cass. 16 febbraio 2018, n. 23043), esaminando la possibile operatività del divieto di *bis in idem* tra procedimenti penali e disciplinari ha ritenuto, ribadendo principi già affermati (Cass. 20 giugno 2017, n. 43435), che il predetto divieto non è configurabile tra procedimento penale e procedimento disciplinare, poiché quest’ultimo può comportare unicamente l’applicazione di sanzioni mai sostanzialmente penali, in quanto conseguenti alla violazione di regole di comportamento valevoli unicamente nell’ambito di una cerchia ristretta di soggetti, ma non anche della generalità dei consociati, essendo finalizzate unicamente a regolare l’ordinato svolgersi dei reciproci rapporti in determinati contesti e/o settori.

Quindi sia la giurisprudenza interna sia quella europea, nell’evidenziare che le sanzioni disciplinari irrogate agli iscritti agli Albi non hanno natura penale, escludono l’applicabilità del divieto del *bis in idem*.

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti contabili conferma l’orientamento già espresso, secondo cui non c’è violazione del principio del *ne bis in idem* in caso di irrogazione di una sanzione disciplinare ad un commercialista già condannato in sede penale.