

Corte Costituzionale: più tutele anche per le sanzioni amministrative “punitive”

29 marzo 2019

Con l’attesa sentenza n. 63 depositata il 21.3.2019 e pubblicata in G.U. n. 13 del 27.3.2019 (la “Sentenza”), la Corte Costituzionale ha riconosciuto l’applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole con riferimento alle sanzioni amministrative previste in tema di abusi di mercato dal d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (il “TUF”), accogliendo le argomentazioni svolte dalla Corte di Appello di Milano nell’ordinanza di remissione n. 87 del 19.3.2017 (l’“Ordinanza”).

In sintesi, la Corte ha:

- ritenuto che le sanzioni amministrative previste dal TUF in materia di abusi di mercato hanno “natura punitiva”;
- reputato che, in quanto tali, esse sono soggette alle garanzie “che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani”, tra cui la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (“CEDU”), “assicurano alla materia penale”, compreso il principio di retroattività della legge più favorevole;
- affermato che, più in generale, alle sanzioni amministrative che “abbiano natura e finalità ‘punitiva’” secondo i criteri stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (“Corte EDU”) si applica “il complesso” delle garanzie e principi previsti per la “materia penale” dalla CEDU (come interpretata dalla Corte EDU stessa);
- di conseguenza, dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, comma 2, del d.lgs. 12.5.2015, n. 72 (il “Decreto”) nella parte in cui ha escluso l’applicazione retroattiva delle modifiche apportate dall’art. 6, comma 3, del Decreto (inapplicabilità della quintuplicazione della sanzione *ex art. 39, comma 3, Legge sul risparmio*) alle sanzioni in materia di abusi di mercato dagli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF.

Oltre che per la rilevanza dello specifico tema affrontato, la Sentenza merita particolare attenzione anche per le citate ampie affermazioni di principio contenute in motivazione, che suggeriscono per il futuro una lettura maggiormente garantista dei rapporti tra Autorità di vigilanza e soggetti vigilati da parte della Corte Costituzionale.

Per qualsiasi questione relativa ai temi discussi in questa nota, potete rivolgervi a qualsiasi avvocato del nostro studio con cui siete abitualmente in contatto o agli autori.

MILANO

Pietro Fioruzzi

pfioruzzi@cgsh.com

Alessandra Anselmi

aanselmi@cgsh.com

Giulia Checcacci

gcheccacci@cgsh.com

MILANO

Via San Paolo 7

20121 Milano

T: +39 02 72 60 81

F: +39 02 86 98 44 40

ROMA

Francesco De Biasi

fdebiasi@cgsh.com

Bernardo Massella Ducci Teri

bmassella@cgsh.com

ROMA

Piazza di Spagna 15

00187 Roma

T: +39 06 69 52 21

F: +39 06 69 20 06 65

I. L'Ordinanza

Con provvedimento notificato il 26.9.2016, la Consob irrogava una sanzione amministrativa pecuniaria di Euro 100.000 a carico di un individuo per avere inoltrato alla propria coniuge, in data 6.2.2014, un *email* con in calce il piano di rafforzamento patrimoniale della società presso la quale lo stesso lavorava – comunicato al mercato soltanto un mese dopo – in violazione dell'art. 187-*bis*, comma 1, lett. b, TUF. La Consob applicava altresì la misura interdittiva accessoria di due mesi di sospensione dall'esercizio dell'attività *ex art.* 187-*quater*, comma 1, TUF.

Nell'opporsi al citato provvedimento, il ricorrente contestava, tra l'altro, la quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria. In particolare, il ricorrente deduceva la violazione da parte della Consob dell'art. 6, comma 3, del Decreto (entrato in vigore dopo la violazione sanzionata dalla Consob) che – per le sanzioni amministrative previste dal TUF – escludeva la quintuplicazione prevista dall'articolo 39, comma 3, della l. 28.12.2005, n. 262¹, con la conseguenza che la sanzione minima applicabile avrebbe dovuto essere di Euro 20.000 (anziché di Euro 100.000, effettivamente irrogati).

La Consob si difendeva, sostenendo tra l'altro che all'applicazione dell'art. 6, comma 3, del Decreto avrebbe ostato il comma 2 della medesima disposizione, che negava l'applicazione *in mitius* delle modifiche introdotte dal Decreto alle violazioni commesse – come nel caso di specie – prima della “entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze”. Tale disposizione – attuativa della delega conferita al Governo di “valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui stata commessa la violazione”² – avrebbe rappresentato infatti una precisa scelta discrezionale del legislatore di negare la

¹ Come noto, l'art. 39, comma 3, della l. 28.12.2005, n. 262 (Legge sul risparmio) ha previsto che le “sanzioni amministrative pecuniarie previste”, tra gli altri, dal TUB e dal TUF “che non sono state modificate dalla presente legge, sono quintuplicate”. La legge 7.10.2014, n. 154 aveva delegato il Governo a rivedere i minimi e i massimi edittali delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUB e dal TUF (art. 3, comma 1, lett. i)). Il legislatore è da ultimo intervenuto sul tema con il d.lgs.

retroattività *in mitius* delle modifiche apportate al regime sanzionatorio previsto dal TUF.

Investita della questione e argomentando sulla base del consolidato orientamento della Corte EDU secondo cui “le garanzie” di cui alla CEDU “si applicano a tutti i precetti di carattere afflittivo a prescindere dalla loro qualificazione come sanzioni penali nell'ordinamento di provenienza” (quali l'art. 187-*bis* TUF, secondo il Collegio), la Corte di Appello di Milano sollevava questione di legittimità costituzionale del citato art. 6, comma 2, del Decreto per contrasto, tra l'altro, con gli artt. 3 e 117 Cost. nella parte in cui escludeva la retroattività della *lex mitior* con riferimento alle sanzioni previste dall'art. 187-*bis* TUF³.

II. La Sentenza

Dopo aver ricordato il fondamento costituzionale e i limiti del principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale, la Corte Costituzionale:

- i. ne ha affermato l'applicazione anche con riferimento alle sanzioni amministrative che abbiano natura “punitiva”, tra cui le sanzioni previste in materia di abusi di mercato;
- ii. ha ritenuto che la deroga all'applicazione del principio prevista dall'art. 6, comma 2, del Decreto sia costituzionalmente illegittima in quanto non supera il “vaglio positivo di ragionevolezza” costituzionale; e
- iii. di conseguenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 6, comma 2, del Decreto “nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste” sia dall'art. 187-*bis* TUF in materia di abuso di informazioni privilegiate sia, “in via

10.8.2018, n. 107, modificando l'art. 187-*bis* TUF, che prevede ora una sanzione amministrativa pecuniaria pari a Euro 20.000 nel minimo ed Euro 5.000.000 nel massimo.

² Art. 3, comma 1, lettera m), n. 1), della l. 7.10.2014, n. 154.

³ Cfr. l'Ordinanza, in G.U. n.25 del 21.6.2017.

conseguenziale”, dall’art. 187-ter TUF in materia di manipolazione del mercato⁴.

Fondamento costituzionale del principio

Preliminarmente, la Corte ricorda che – secondo il proprio costante orientamento – il principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale non può essere ricondotto all’art. 25, comma 2, Cost.⁵, bensì trova un diverso, “duplice, e concorrente, fondamento” costituzionale⁶:

- l’uno, “di matrice domestica”, nel principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. che “impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”⁷, posto che, in via generale, non “sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)”⁸;

- l’altro – alla luce dell’orientamento della giurisprudenza della Corte EDU inaugurato con la sentenza resa nel caso *Scoppola c. Italia*⁹ – “di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l’art. 117, primo comma, Cost.”¹⁰, nell’art. 7 CEDU e nelle altre “norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l’Italia” di contenuto analogo, tra cui l’art. 49, par. 1, della Carta di Nizza¹¹.

Da tale fondamento costituzionale discende, tuttavia, che – a differenza della tutela garantita dal principio di irretroattività *in peius* della legge penale sancito dall’art. 25, comma 2, Cost., che rappresenta un “valore assoluto e inderogabile”¹² – la tutela assicurata dal principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale non è assoluta: secondo il consolidato orientamento della Corte Costituzionale, essa è, infatti, “suscettibile di limitazioni e deroghe”, purché esse superino “un vaglio positivo di ragionevolezza”, non essendo a tal fine sufficiente che “non sia[no] manifestamente irragionevol[i]”¹³.

⁴ Cfr. la Sentenza, parr. 6 e 7.

⁵ La cui *ratio* immediata di “tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall’inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto” – se vieta “l’applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato” – non osta “a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all’opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato”: ciò perché “la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l’autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo” (cfr. Corte Cost. 23.11.2006, n. 394, richiamata al par. 6.1 della Sentenza).

⁶ La Corte ritiene che – pur nella duplicità di fondamento costituzionale – la garanzia di cui il principio è espressione si fonda sulla medesima *ratio* comune, cioè il diritto “dell’autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all’apprezzamento attuale dell’ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all’apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione”.

⁷ Corte Cost. 23.11.2006, n. 394.

⁸ Corte Cost. 22.7.2011, n. 236.

⁹ Corte EDU, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, che ha tratto dall’art. 7 CEDU il principio secondo cui “se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato” (par. 109). Nello stesso senso, cfr. anche le sentenze 27.4.2010, *Morabito c. Italia*; 24.1.2012, *Mihai Toma c. Romania*; 12.1.2016, *Gouarré Patte c. Andorra* e 12.7.2016, *Ruban c. Ucraina*, richiamate nella Sentenza.

¹⁰ Corte Cost. 22.7.2011, n. 236.

¹¹ Cfr. Sentenza, par. 6.1.

¹² Corte Cost. 22.7.2011, n. 236.

¹³ Cfr. Sentenza, par. 6.1. Cfr. anche Corte Cost. 23.11.2006, n. 394.

Applicazione alle sanzioni amministrative ‘punitive’

Chiarito il fondamento del principio di retroattività della *lex mitior*, la Corte ne afferma l’applicabilità anche con riferimento alle sanzioni amministrative che “abbiano natura e finalità ‘punitiva’”.

Richiamando il consolidato orientamento della Corte EDU sul punto e il proprio precedente in cui era stata affrontata *funditus* la questione, la stessa Corte afferma infatti che:

- le pronunce della Corte EDU non hanno mai affrontato il “sistema delle sanzioni amministrative” nel suo complesso, ma “singole e specifiche” fattispecie sanzionatorie che – pur qualificate come amministrative negli ordinamenti interni – presentavano “caratteristiche ‘punitive’ alla luce dell’ordinamento convenzionale”;
- nel proprio precedente, essa aveva dunque giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale per contrasto, tra l’altro, con l’art. 117, comma 1, Cost. sollevata con riferimento all’art. 1 della l. 24.11.1981, n. 689 in relazione all’intero sistema delle sanzioni amministrative, perché – alla luce della giurisprudenza della Corte EDU – non sussiste un obbligo in capo agli Stati contraenti di prevedere in via generalizzata il “principio della retroattività della legge più favorevole” con riferimento al “sistema delle sanzioni amministrative” nel suo complesso;
- tuttavia, in relazione a “singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità ‘punitiva’” (e, dunque, si qualifichino come aventi “natura sostanzialmente penale” in base ai criteri convenzionali), non “potrà che estendersi” l’intero “complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della ‘materia penale’”, ivi compreso il principio della retroattività della *lex mitior*. A ciò peraltro non osta la circostanza che – ad oggi – la Corte EDU non abbia ancora avuto modo di pronunciarsi

specificamente sul punto, considerato che “è da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo”¹⁴;

- questa conclusione è peraltro coerente con l’orientamento formatosi in materia penale sulla base dell’art. 3 Cost. nella giurisprudenza della stessa Corte. Invero, laddove “la sanzione amministrativa abbia natura ‘punitiva’” non vi sarà “di regola” – cioè salvo che “sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale” che resistano al citato “vaglio positivo di ragionevolezza” in base all’art. 3 Cost. – alcun motivo per continuare ad applicare nei confronti dell’autore dell’illecito “tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell’illecito da parte dell’ordinamento”¹⁵.

Natura “punitiva” delle sanzioni amministrative in materia di abusi di mercato e irragionevolezza della deroga

La Corte è *tranchant* nell’affermare che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 187-*bis* TUF ha natura punitiva ed è dunque soggetta “alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*”¹⁶.

Quanto alla deroga all’applicazione del principio prevista dall’art. 6, comma 2, del Decreto, la Corte ritiene che essa non superi il richiesto “vaglio positivo di ragionevolezza”, affermando, tra l’altro, che:

- l’esigenza di evitare ripercussioni negative sui procedimenti sanzionatori in corso non può costituire, di per sé, un controinteresse costituzionalmente rilevante che possa giustificare la deroga al principio della

¹⁴ Corte Cost. 7.4.2017, n. 68.

¹⁵ Cfr. Sentenza, par. 6.2.

¹⁶ Cfr. Sentenza, par. 6.3.

retroattività della *lex mitior*, considerato che l'applicazione della legge più favorevole ai procedimenti non ancora conclusi al momento della sua entrata in vigore rappresenta il *proprium* del principio stesso;

- la deroga introdotta dal legislatore sacrifica dunque “irragionevolmente il diritto degli autori dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore”¹⁷.

La Corte conclude quindi per l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del Decreto “nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis”¹⁸, nonché – “in via consequenziale” e “per le medesime ragioni già evidenziate a proposito” dell'art. 187-bis TUF – anche nella parte in cui non prevede la retroattività delle modifiche apportate dal citato comma 3 anche “alle sanzioni previste dall'art. 187-ter” TUF in materia di manipolazione del mercato¹⁹.

III. Conclusioni e questioni aperte

La Sentenza – particolarmente chiara nei suoi passaggi logici e nel descrivere e ripercorrere lo stato e i principali precedenti della giurisprudenza della Corte – ha l'evidente pregio di compiere un ulteriore passo in avanti nella ricostruzione in chiave maggiormente garantista del rapporto tra sanzioni amministrative “punitive” e tutele costituzionali²⁰.

La Sentenza merita inoltre particolare attenzione per due affermazioni di principio contenute in motivazione, laddove la Corte afferma che:

- per un verso, quando una sanzione amministrativa ha “natura e finalità

‘punitiva’”, ad essa “non potrà che estendersi” l'intero “complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della ‘materia penale’”;

- per altro verso, per applicare in un caso particolare un determinato principio o garanzia enucleata dalla Corte EDU nella “materia penale”, non è necessario che esista un precedente della Corte EDU relativo alla medesima fattispecie che ne affermi l'esistenza in tale specifico caso, dovendosi “respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo”.

Tali affermazioni suggeriscono la possibilità di applicare alle sanzioni amministrative “punitive” le garanzie costituzionali previste in materia penale anche oltre gli specifici casi e profili già affrontati dalla Corte e/o dalla Corte EDU.

In particolare, le considerazioni svolte dalla Corte sembrano consentire di affermare, tra l'altro, che:

- i principi e le garanzie riconosciute dalla CEDU (come interpretata dalla Corte EDU) nella “materia penale” trovino applicazione con riferimento a *tutte* le sanzioni amministrative irrogate da qualsiasi Autorità di vigilanza che “abbiano natura e finalità ‘punitiva’” secondo i criteri stabiliti dalla Corte EDU – e, dunque, non soltanto a quelle irrogate dalla Consob in materia di abusi di mercato – anche qualora la Corte EDU non abbia, in ipotesi, ancora avuto occasione di affermarne la natura sostanzialmente penale²¹;

¹⁷ Cfr. Sentenza, par. 6.4.

¹⁸ Cfr. Sentenza, par. 6.4.

¹⁹ Cfr. Sentenza, par. 7.

²⁰ La Sentenza afferma, infatti, che, in generale, “la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in melius*” è “sospetta di irragionevolezza” e, dunque, ha bisogno “di una specifica

giustificazione in termini di necessità di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti”. Cfr. Sentenza, par. 6.4.

²¹ Si pensi, ad esempio, alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili dalla Banca d'Italia per la violazione della normativa in materia bancaria e prevenzione del riciclaggio, le quali – in considerazione, tra l'altro, del loro importo e degli interessi a tutela dei quali sono previste – sembrano soddisfare i cc.dd. criteri *Engel* stabiliti dalla

- con riferimento a tali sanzioni, trovino applicazione *tutti* i principi e le garanzie riconosciuti dalla CEDU (come interpretata dalla Corte EDU) nella “materia penale” – tra cui l’estensione della protezione del c.d. *legal privilege*, la presunzione di innocenza, il divieto di autoincriminazione, etc.²². – di nuovo, a prescindere dall’esistenza di uno specifico precedente della Corte EDU sul punto.

Insomma, oltre che per l’importanza dello (e la soluzione data allo) specifico problema affrontato, la Sentenza deve salutarsi con favore anche per questi passaggi che suggeriscono per il futuro un approccio maggiormente garantista della Corte ai rapporti tra Autorità di vigilanza e soggetti vigilati.

...

CLEARY GOTTlieb

Corte EDU per valutare la “natura sostanzialmente penale” di una sanzione.

²² Con riferimento al rapporto tra divieto di autoincriminazione e obbligo dei soggetti vigilati di collaborare con l’autorità di vigilanza, si ricorda che – con ordinanza in data 16.2.2018 n. 3831, in G.U. n. 14 del 4.4.2018 – la Cassazione civile ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies*

TUF (con riferimento agli artt. 24, 111, e 117 Cost., quest’ultimo con riferimento, tra gli altri, all’art. 6 CEDU) nella parte in cui “sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l’esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate”.