

**LA NATURA DELLE SANZIONI COMMUNABILI NEI CONFRONTI
DEGLI ESPONENTI AZIENDALI AI SENSI DEL TESTO UNICO BANCARIO.
RIFLESSIONI A MARGINE DI DUE RECENTI PRONUNCE
DELLA SUPREMA CORTE**

Nota a [Cass. civ., Sez. II, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656, Pres. Bucciante, Rel. Matera, Girotti c. Banca d'Italia](#) e [Cass. civ., Sez. II, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, Pres. Petitti, Rel. Criscuolo, Piccinelli-Maisto-Manzitti c. Banca d'Italia](#)

di Federico Urbani

Abstract. *Con le pronunce in commento, la Corte di Cassazione ha sancito la natura "amministrativa" delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali bancari ai sensi del previgente articolo 144 TUB, applicabile ratione temporis ai casi sottoposti allo scrutinio del Giudice di legittimità. Tuttavia, tale norma è stata recentemente riformata per mano del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, che ha trasfuso le citate disposizioni sanzionatorie nel nuovo articolo 144-ter TUB. Le pronunce in esame hanno pertanto indotto l'interprete a chiedersi se la ricordata soluzione possa essere tuttora accolta, data l'evidente afflittività delle sanzioni di cui al novellato articolo 144-ter TUB. Il presente contributo effettua un'indagine circa la natura sostanziale delle citate sanzioni – sia essa amministrativa oppure penale – alla luce dei "criteri Engel", analizzati e ribaditi in più occasioni dalla Corte EDU, da ultimo nel noto caso Grande Stevens e altri c. Italia.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I "criteri Engel". – 3. Le sanzioni amministrative (sostanzialmente penali) in materia di abusi di mercato previste dal Testo Unico della Finanza. – 4. La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. – 5. La desumibilità *a contrario* della natura penale delle vigenti sanzioni previste dal Testo Unico Bancario nella recente giurisprudenza della Suprema Corte.

1. Introduzione.

La recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale – in particolare, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ha affrontato in più occasioni la peculiare questione riguardante l'individuazione della natura delle disposizioni sanzionatorie previste dai legislatori europei in materia finanziaria e bancaria. Specificamente, i giudici

chiamati a pronunciarsi su tale argomento si sono domandati se (e in base a quali criteri) esse debbano rientrare nel novero delle norme amministrative, oppure di quelle penali.

Numerose pronunce hanno infatti individuato e analizzato i criteri in base a cui una sanzione possa dirsi “penale” – al di là del *nomen iuris* formalmente attribuitole – ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo¹, eventualità da cui discende l’applicazione di diverse salvaguardie formali e sostanziali, quali i diritti fondamentali a essere sottoposto a un giusto processo² e a non essere processato, ed eventualmente sanzionato, due volte per la medesima condotta (cosiddetto divieto di *bis in idem*)³.

Con le sentenze in commento⁴ la Suprema Corte ha affrontato tale questione in relazione alle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali in conformità a quanto disposto dal Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), ai sensi del previgente articolo 144 TUB, ora sostituito con sostanziali modifiche dall’articolo 144-ter TUB.

In particolare, nel confermare la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa della disciplina sanzionatoria di cui al previgente articolo 144 TUB (applicabile *ratione temporis* ai casi esaminati dai giudici di legittimità), la Suprema Corte ha indotto a interrogarsi se tale soluzione possa ritenersi tuttora valida in ragione del dettato del nuovo articolo 144-ter TUB.

2. I “criteri Engel”.

Sull’individuazione dei criteri in base ai quali determinare la natura di una disposizione sanzionatoria, le conclusioni più significative sono state raggiunte ormai alcuni decenni fa e confermate in svariate occasioni dalla Corte EDU, da ultimo nel noto

¹ Il testo della Convenzione, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, è disponibile in [questa pagina web](#).

² L’articolo 6, paragrafo 1 della Convenzione dispone, fra l’altro, che: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, 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”.

³ L’articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (sottoscritto a Strasburgo il 22 novembre 1984) prevede che: “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”.

⁴ Si tratta di *Cass., II sez. civ., Girotti c. Banca d’Italia, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656, Pres. Bucciantè, Rel. Matera* e *Cass., II sez. civ., Piccinelli, Maisto, Manzitti c. Banca d’Italia, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, Pres. Petitti, Rel. Criscuolo*. Quest’ultima pronuncia è stata commentata, con particolare riferimento alla rispondenza dei procedimenti sanzionatori amministrativi dinanzi alla CONSOB e alla Banca d’Italia rispetto ai canoni del giusto procedimento, interpretati conformemente alla CEDU, da S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia e giurisprudenza “riduzionista” della Cassazione*, in *Dir. Banca Merc. Fin.*, 3/2016, 543 ss.

caso *Grande Stevens e altri c. Italia*⁵, commentato da numerosi Autori data l'innegabile importanza dei principi enunciati e la specifica attinenza all'ordinamento italiano⁶.

Si allude, in particolare, ai parametri interpretativi delineati per la prima volta dalla Corte di Strasburgo nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁷, volti a individuare i criteri generali (e comuni) in base a cui determinare la natura "penale" o meno di una certa norma sanzionatoria, ossia: (a) la qualificazione formale e nominale della disposizione sanzionatoria; (b) la reale natura sostanziale dell'illecito; (c) lo scopo – punitivo e general-preventivo, non solo riparatorio – e il grado di severità (*rectius*, afflittività) della sanzione⁸.

I tre criteri, è opportuno specificarlo, sono alternativi e non cumulativi⁹, infatti la qualificazione formale della sanzione non osta a una diversa determinazione fondata

⁵ *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014, Corte di Strasburgo, Seconda Sezione, Ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, disponibile in [questa pagina web](#).

⁶ Con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* la Corte EDU ha sancito la natura penale delle disposizioni sanzionatorie "amministrative" in materia di abusi di mercato contenute nel Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza). Pertanto la Corte, da un lato, ha rimarcato la necessità di garantire un giusto processo ai sensi della Convenzione, dall'altro, ha bocciato il sistema del "doppio binario" sanzionatorio amministrativo-penale al tempo vigente in quanto contrastante con il divieto di *bis in idem*. Nel rinviare a quanto si dirà *infra*, si vedano, fra gli altri: F. VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, 219 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 4/2014, 693 ss.; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 5/2014, 855 ss.; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. Soc.*, 5/2014, 953 ss.; M. GARGANTINI, *Public Enforcement of Market Abuse Bans. The ECtHR Grande Stevens Decision*, in *J. Fin. Reg.*, 1/2015, 149 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. Comm.*, 3/2015, 478 ss.; C. SANTORIELLO, *La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 4/2014, 43 ss., ove l'Autore dedica particolare attenzione agli effetti della sentenza in esame sul dettato normativo del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

⁷ *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, Corte di Strasburgo, Sessione Plenaria, Ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, disponibile in [questa pagina web](#).

⁸ In questo senso si è espressa la Corte EDU nel ricordato *leading case*, risalente a quaranta anni fa, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ai paragrafi 82-83: "In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import [...]. However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. [...]. It is on the basis of these criteria that the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a 'criminal charge' within the meaning of Article 6 para. 1".

⁹ G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 958-959, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 868. Ne rimarca inoltre la sussidiarietà C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta "radicale", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3/1985, 919, ove si chiarisce che il terzo criterio Engel non deve necessariamente sussistere "rispetto a casi già soddisfacentemente 'risolti' attraverso i primi due criteri".

sulla natura dell'illecito o sull'afflittività della sanzione possibilmente comminabile, garantendo la preminenza del dato concreto rispetto a quello nominalistico e la flessibilità della valutazione della Corte. Essi sono stati utilizzati in svariate occasioni dalla Corte EDU¹⁰, con il fine di determinare, in base a un'analisi caso per caso, quali sanzioni (generalmente "amministrative") potessero in effetti essere definite penali in relazione summenzionati "criteri Engel", nonostante una qualificazione formale differente¹¹. D'altronde, se la Corte non potesse prescindere dalla qualificazione formale della misura, la salvaguardia dei principi fondamentali di cui alla Convenzione risulterebbe svilita, in assenza di una piena capacità definitoria.

Nella determinazione della natura di una disposizione sanzionatoria, detti criteri assurgono dunque a parametro di valutazione¹², dovendosi prescindere, come si è accennato, dal mero dato nominalistico ed essendo invece necessario dare risalto agli elementi caratterizzanti della fattispecie, nella loro portata sostanziale¹³. A tale riguardo, la Corte EDU ha infatti precisato che: *"The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention"*¹⁴.

¹⁰ Si vedano, per tutti, i casi: *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984; *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998; *Sergey Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009; *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011; *Tsonyo Tsonov c. Bulgaria*, 16 ottobre 2012.

¹¹ È stato, peraltro, lo stesso giudice delle leggi italiano a riprendere tale interpretazione, confermando che: *"Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto"* (Corte Costituzionale, 4 giugno 2010, n. 196).

¹² Così anche C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritto dell'Uomo*, cit., 908.

¹³ V. MANES, *Commento all'art. 7 CEDU*, in S. BERTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, 260, ove l'Autore chiarisce che *"il progressivo chiarimento della nozione [di sanzione penale] è frutto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale, di approccio spiccatamente pragmatico ed attento alle circostanze del caso concreto, che ha via via ampliato il campo di applicazione ed i margini di operatività delle garanzie alla nozione riconnesse, consentendo al contempo di smascherare vere e proprie ipotesi di 'truffa delle etichette'"*; P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5/2012, 877 ss.; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 957-958; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5/2015, 869; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, in M. MASTROIANNI, O. POLLICINO, A. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 1032.

¹⁴ *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, paragrafi 49-50, commentata da C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 894 ss.

3. Le sanzioni amministrative (sostanzialmente penali) in materia di abusi di mercato previste dal Testo Unico della Finanza.

In conformità ai “criteri Engel”, con la ricordata sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, la Corte EDU ha recentemente sancito la natura penale delle disposizioni sanzionatorie – formalmente definite “amministrative” dal legislatore nazionale – contenute nell’articolo 187-ter del Testo Unico della Finanza in materia manipolazione del mercato, secondo principi e argomenti estendibili alle equivalenti sanzioni di cui all’articolo 187-bis TUF, in materia di abuso di informazioni privilegiate.

Ciò, in sintesi, poiché:

a) tali norme hanno lo scopo di “*garantire l’integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni [ossia] interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale*”;

b) le sanzioni possibilmente comminabili “*visto il loro ammontare, [sono] di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti*”¹⁵;

c) l’inflizione delle già elevate sanzioni pecuniarie è accompagnata: (i) dalla perdita temporanea dell’onorabilità del soggetto sanzionato; (ii) dall’incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo in società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni; (iii) dal possibile divieto (stabilito dalla CONSOB), rivolto alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione, di avvalersi della collaborazione dell’autore dell’illecito, per una durata massima di tre anni; (iv) dalla possibile richiesta agli ordini professionali la sospensione temporanea dell’interessato dall’esercizio della sua attività professionale; nonché (v) dall’applicazione della confisca del prodotto o del profitto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo¹⁶.

¹⁵ Al tempo della commissione dell’illecito contestato dalla CONSOB, l’autorità poteva infliggere sanzioni pecuniarie, rispettivamente, sino a 3 e 5 milioni di Euro, innalzabili fino al triplo del loro importo massimo ordinario o fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito ove il livello di tali sanzioni apparisse inadeguato rispetto alla gravità della condotta. Peraltro, pare importante notare che l’articolo 39, comma 3 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Legge sul Risparmio), non applicabile *ratione temporis* al caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, aveva addirittura quintuplicato l’importo delle possibili sanzioni, portando i massimi edittali, rispettivamente, a 15 e 25 milioni di Euro (la norma “moltiplicatrice” contenuta nella Legge sul Risparmio non trova più applicazione a seguito dell’entrata in vigore del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72). A tale proposito, G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959 ha parlato di “*importi vertiginosi*”; C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. Mer.*, 5/2006, 615 di sanzioni “*ai limiti del draconiano*”; M. MIEDICO, *Gli abusi di mercato*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 70, in cui l’Autrice parla di “*un inspiegabile inasprimento delle sanzioni già severe*”. Sul principio enunciato dalla Corte EDU si rinvia altresì a C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 912-913.

¹⁶ Si vedano M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani*, cit., 710, ove l’Autore chiarisce che “*più concretamente, tra gli indici rilevanti per identificare le sanzioni penali, si possono annoverare la circostanza che la sanzione sia applicabile alla generalità dei consociati, la percezione sociale dell’offensività della condotta, la possibilità di privazione della libertà personale, ma anche la misura di sanzioni esclusivamente pecuniarie*”; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., 873, ove gli Autori rimarcano che:

L'evidente severità delle sanzioni e delle misure accessorie previste dalle norme di cui agli articoli 187-bis e 187-ter del Testo Unico della Finanza ha pertanto portato la Corte EDU a statuire che *“le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale”*¹⁷, evenienza da cui la Corte ha tratto la conclusione secondo cui tanto il sistema del “doppio binario”, ossia il concorso di sanzioni “amministrative” e penali, quanto il procedimento sanzionatorio CONSOB al tempo vigente contrastavano con i dettami CEDU (il primo perché integrante un caso di *bis in idem*, il secondo per violazione del canone del giusto processo).

Appare dunque chiaro l'approccio generale tenuto dalla Corte EDU: essa ha sviluppato, al fine di meglio tutelare i diritti fondamentali degli individui, così come sanciti dalla Convenzione che la istituisce, un modello interpretativo flessibile¹⁸, ossia un sistema di verifica sulla natura (eventualmente penale) della sanzione che va al di là del semplice dato definitorio, così da cogliere la natura ultima della stessa¹⁹.

Nel caso di specie, l'elevato ammontare della sanzione comminabile e la severità delle misure poste *a latere* di quest'ultima – fra cui l'incapacità di assumere taluni incarichi, il divieto di collaborare con numerose realtà d'impresa e la confisca del prodotto o profitto dell'illecito – sono stati ritenuti indici specifici di un'afflittività tipica dell'ordinamento penale²⁰, da cui discende la necessità di garantire le tutele fondamentali di questa particolare normativa.

4. La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, occorre ora affrontare la questione oggetto della presente analisi, sollecitata dalle pronunce in commento, prendendo le

“Le sanzioni ‘amministrative’ per gli abusi di mercato non appartenerebbero affatto a tale categoria: esse incidono pesantemente non solo sul patrimonio del destinatario, ma anche - con le misure interdittive - sul suo onore e sulla sua ‘libertà professionale’, presentando, così, un elevato ‘degree of stigma’”.

¹⁷ Grande Stevens e altri c. Italia, paragrafo 99, conclusione ripresa e condivisa in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 547.

¹⁸ G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959, ove si fa riferimento a *“indici connotati da significativi margini di elasticità”*.

¹⁹ In questo senso, esplicitamente, le sentenze della Corte EDU Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, paragrafo 81; Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, paragrafi 49-50; Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, paragrafo 27; Malige c. Francia, 23 settembre 1998, paragrafo 34; Escoubet c. Belgio, 28 ottobre 1999, paragrafo 35.

²⁰ Non a caso A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 858-859, ha parlato di una disciplina *“rigorosa e severa, che prevede [...] pesanti sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive [caratterizzata da una] inaudita severità delle sanzioni previste, penali e amministrative, principali e accessorie, senza dimenticare la portata pesantemente punitiva della confisca, prevista per equivalente pure in sede amministrativa (soluzione del tutto particolare)”*. Si veda altresì F. VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem](#), cit., 225: *“Simili parossistici livelli sanzionatori evidenziano secondo la Corte la natura schiettamente repressivo-punitiva dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente funzione dissuasiva che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale (§ 96)”*.

mosse sia dagli astratti “criteri Engel”, sia dall’analisi effettuata in concreto dalla Corte EDU in relazione alle fattispecie sanzionatorie di cui agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* TUF nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*. In particolare, pare opportuno domandarsi se le sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali degli enti creditizi italiani ai sensi del Testo Unico Bancario abbiano natura amministrativa, come disposto dal legislatore, oppure penale. In quest’ultimo caso, infatti, emergerebbe la necessità di applicare le garanzie fondamentali del *ne bis in idem* e (soprattutto) del giusto processo ai procedimenti sanzionatori in ambito bancario.

A tale riguardo assume rilevanza quanto previsto all’articolo 144-*ter* del Testo Unico Bancario²¹, ove si dispone che: *“Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, per l’inosservanza delle norme [poste dal TUB in materia di governance, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata) e attività creditizia], si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000 fino a 5 milioni di Euro nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione o di controllo, nonché del personale, quando l’inosservanza è conseguenza della violazione di doveri propri o dell’organo di appartenenza”*.

L’inosservanza dei doveri posti dalla legge bancaria in capo agli amministratori (siano essi membri del consiglio di amministrazione, di sorveglianza o di gestione), ai sindaci e ai direttori generali può dunque comportare la comminazione di una sanzione pecuniaria di ammontare sino a 5 milioni di Euro, ossia pari a quella “base” prevista dal Testo Unico della Finanza in materia di manipolazione del mercato e ritenuta penale dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*. Inoltre, tale somma può essere elevata fino al doppio dell’ammontare del vantaggio ottenuto ove quest’ultimo sia superiore al citato massimale, così da garantire una maggiore efficacia del provvedimento punitivo (articolo 144-*ter*, comma 4 per rinvio all’articolo 144, comma 9 TUB)²².

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell’articolo 144-*ter*, comma 3 TUB, *“con il provvedimento di applicazione della sanzione, in ragione della gravità della violazione accertata e tenuto conto dei criteri stabiliti dall’articolo 144-*quater*, la Banca d’Italia può applicare la sanzione amministrativa accessoria dell’interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati ai sensi del presente Decreto Legislativo, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o presso fondi pensione”*.

Alla luce di tali previsioni di legge, non pare irragionevole domandarsi se le sanzioni previste dall’articolo 144-*ter* TUB abbiano raggiunto l’*“evidente eccesso*

²¹ Il testo vigente dell’articolo 144-*ter* TUB è stato introdotto dal Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, atto che ha recepito nell’ordinamento nazionale la Direttiva 2013/36/UE sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (Capital Requirements Directive IV o CRD IV).

²² L’ammontare massimo della sanzione non è dunque definito in misura fissa, dovendo essere determinato *per relationem* in base al vantaggio effettivamente conseguito in regione dell’illecito, il cui valore potrebbe essere ben più elevato della misura di 5 milioni di Euro.

*repressivo*²³ riscontrato da tempo in ambito di repressione delle condotte di *market abuse*, tale da far rientrare le stesse nel novero di quelle “penali”.

Vi è infatti un evidente parallelismo fra le sanzioni di cui all’articolo 144-ter del Testo Unico Bancario e quelle contenute negli articoli 187-bis e 187-ter del Testo Unico della Finanza:

i) l’ammontare (assai elevato) delle possibili sanzioni pecuniarie “base” ai sensi della prima norma è del tutto assimilabile ai massimali individuati dalle seconde;

ii) l’ammontare di tali sanzioni è innalzabile a somme ancor più significative, senza alcun tetto massimo, al fine di garantire effettività al provvedimento punitivo, ancorché *per relationem*;

iii) sono presenti misure aggiuntive rispetto alla mera sanzione pecuniaria, a carattere precipuamente afflittivo, mirate a impedire il compimento di talune attività in capo al soggetto eventualmente destinatario della sanzione.

Alla luce dell’analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza – così definite dalla Corte EDU – e quelle “amministrative” previste dall’articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il *nomen iuris* di norme “amministrative” attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all’approccio “antiformalista” sovranazionale²⁴. Infatti, se si attribuisse valenza preminente – o comunque sufficiente – al dato nominalistico, si negherebbe la stessa effettività dei “criteri Engel”, in quanto il sindacato della Corte EDU troverebbe un invalicabile ostacolo nella volontà (formale) dei legislatori nazionali²⁵.

Il fine di dette sanzioni è evidentemente quello di garantire la sana e prudente gestione degli enti creditizi, con lo scopo di tutelare la posizione del mercato interno bancario, degli investitori, dei clienti e, in generale, degli *stakeholders* delle imprese bancarie, interessi collettivi di tipica tutela del diritto penale²⁶.

²³ A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 857.

²⁴ Così, in materia di *market abuse*, ma in ragione di un principio generale sancito nella CEDU, G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., 904.

²⁵ Argomento “nominalistico”, al contrario, valorizzato da A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, in C. COSTA (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, 1737, ove si rimarca l’importanza del “tenore letterale della rubrica” della norma, che fa riferimento a sanzioni “amministrative”, del fatto che le disposizioni del TUB facciano riferimento alla “tipologia amministrativa della sanzione” e, infine, del fatto che la potestà sanzionatoria sia posta in capo a un’autorità amministrativa e non a un giudice. Sulla scorta di tali assunti, l’Autore – pur concedendo che si tratti “di norme che nel loro complesso richiamano palesemente, con i dovuti adattamenti, le corrispondenti categorie penalistiche” – afferma che la “natura amministrativa delle fattispecie previste dall’art. 144 non appare [per le ragioni sopra indicate] revocabile in dubbio”.

²⁶ In questo senso si esprime M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2012, 2395 (“è da osservare che nella materia bancaria e finanziaria le fattispecie sanzionabili vengono selezionate ed individuate avendo presente il bene oggetto della complessiva azione di vigilanza, oggetto questo ben compendiato nell’art. 5 del T.U.B., in cui si precisa che i poteri vengono esercitati ‘avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario”). Nello stesso senso A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 1737, ove si sostiene che le misure in esame “costituiscono un ulteriore

L'ammontare delle sanzioni pecuniarie (addirittura privo di un massimale definibile *ex ante*) è assai elevato, pari o superiore a quello previsto dal Testo Unico della Finanza oggetto di analisi nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, mirato, più che a riparare un danno economico, a dissuadere dalla commissione di ulteriori illeciti e a punire l'agente, con evidente scopo afflittivo²⁷ tramite la comminazione di sanzioni "vertiginose", "draconiane e "inspiegabilmente aspre"²⁸.

Infine, le misure accessorie sopra descritte manifestano innegabilmente un grado di severità che comporta per gli interessati conseguenze patrimoniali, professionali e personali possibilmente irreversibili²⁹, quale certamente è "l'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati ai sensi del presente Decreto Legislativo, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o presso fondi pensione", ai sensi dell'articolo 144-ter, comma 3 TUB.

Elementi, tutti, che non possono che confermare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni di cui all'articolo 144-ter TUB, in applicazione dei principi ribaditi nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* dalla Corte EDU ed estendibili con ragionevolezza e prudenza alla diversa disciplina sanzionatoria in esame³⁰.

Evenienza da cui discende, come si è accennato, l'esigenza di applicare alla disciplina sanzionatoria e al relativo procedimento amministrativo dinnanzi l'autorità di vigilanza bancaria le garanzie fondamentali del *ne bis in idem* e, in particolar modo,

strumento di tutela dei medesimi beni giuridici protetti, per l'ipotesi di comportamenti maggiormente lesivi, dalle disposizioni penali"; F. CARDARELLI, *Commento sub art. 144 TUB*, in F. BELLI, G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 2334. Si veda altresì C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cit., 912, ove l'Autore rimarca la rilevanza della "struttura del precetto", ossia se esso sia "indirizzato alla collettività dei consociati, secondo il modello pedagogico generalpreventivo, tipico delle norme penali". Ciò al pari dell'interesse a "garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni" (caso *Grande Stevens e altri c. Italia*,) o di quello a "tutelare la libera concorrenza del mercato" (caso *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*), generalmente propri del diritto penale.

²⁷ Così M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2395, ove l'Autore sostiene che le disposizioni in commento "sono da inquadrare tra quelle aventi carattere punitivo"; F. CARDARELLI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2336-2337 ove l'Autrice, invece, rimarca che lo strumento sanzionatorio in esame è dotato di un potere "repressivo particolarmente incisivo" (commentando, peraltro, le ben più miti cornici sanzionatorie vigenti nel 2003); S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555.

²⁸ Con riferimento alla disciplina del Testo Unico della Finanza, questi i termini utilizzati, rispettivamente, da G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio*, cit., 615, M. MIEDICO, *Gli abusi di mercato*, cit., 70. Rimarca il costante innalzamento delle sanzioni di cui al Testo Unico Bancario M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2395-2396.

²⁹ *Supra*, nota n. 16, M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani*, cit., 710; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 873.

³⁰ Soluzione recentemente fatta propria da parte del Consiglio di Stato con sentenza della Sesta Sezione, 23 marzo 2016, n. 1199, in relazione alle sanzioni comminabili dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 195 TUF, atteso che "non par dubbio che nella specie la sanzione applicata dalla Banca d'Italia [...] abbia natura afflittiva".

del giusto processo, così da assicurare una piena tutela dei diritti fondamentali dell'individuo³¹.

5. La desumibilità *a contrario* della natura penale delle vigenti sanzioni previste dal Testo Unico Bancario nella recente giurisprudenza della Suprema Corte.

Le conclusioni raggiunte, secondo cui alle sanzioni "amministrative" di cui all'articolo 144-ter TUB dovrebbe essere riconosciuta natura penale, da un punto di vista sostanziale³², possono essere tratte, altresì, in base a un'argomentazione *a contrario* fondata su quanto statuito nelle due recenti pronunce della Corte di Cassazione in commento.

Con le sentenze (in parte gemelle) n. 3656 e 19219 del 2016, la Seconda Sezione Civile della Suprema Corte ha infatti confermato, con ampie argomentazioni e puntuali riferimenti, la natura sostanzialmente amministrativa delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali degli enti creditizi italiani, nella loro formulazione previgente alla riforma del citato articolo 144-ter, per mano del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72³³. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato la fondamentale differenza fra le sanzioni previste dal previgente articolo 144 TUB (disposizione trasfusa, con notevoli modifiche, nel nuovo articolo 144-ter) e quelle di cui agli articoli 187-bis e 187-ter TUF, come analizzati dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*³⁴.

³¹ Sulla rispondenza a tale ultimo principio del vigente sistema procedimentale della Banca d'Italia, si vedano, in senso fortemente critico riguardo l'adeguatezza delle salvaguardie procedurali: S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555-558, ove l'Autore evidenzia due puntuali criticità (la distinzione fra funzioni e il diritto di accesso ai documenti dell'istruttoria); V. D'ALESSANDRO, *La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1/2016 (Supplemento), 5 ss. e, in particolare, 13 ss. ove l'Autrice sostiene che "il rito [dinnanzi l'Autorità] non presenta la medesima ampiezza di garanzie che è, invece, propria del processo ordinario di cognizione; poiché esso non prevede la possibilità di richiedere l'esperimento di mezzi di prova a sostegno delle proprie ragioni (siano essi prove testimoniali o accertamenti tecnici), ma senz'altro, anche a seguito della elaborazione dei c.d. "criteri Engel" ad opera della Corte EDU, si sta assistendo ad un potenziamento delle tradizionali garanzie processuali-procedimentali"; nonché P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob*, cit., 487-488.

³² Conclusione sostenuta in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555, C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036 e, se ben s'intende, data per assunta da V. D'ALESSANDRO, *La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari*, cit., 10. Inoltre, si segnala la posizione già ricordata di M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2394-2396, che parlava di intento non riparatorio, bensì repressivo delle sanzioni nei confronti degli esponenti aziendali bancari con riferimento alla previgente (e meno afflittiva) disciplina. *Contra* A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 1737, il quale, come si è detto, attribuisce valore determinante al dato formale-nominalistico della normativa nazionale.

³³ Si veda C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036, ove gli Autori richiamano talune pronunce di merito che hanno recentemente accolto la tesi della Suprema Corte in commento, in particolare: Corte d'Appello di Milano, 25 gennaio 2016, n. 377; Corte d'Appello di Roma 25 luglio 2014, 23 febbraio 2016 e 2 marzo 2016.

³⁴ C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1035-1036.

Infatti, l'articolo 144 TUB, ora abrogato e sostituito dal 144-ter, prevedeva che "nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 2580 a Euro 129.110 per l'inosservanza delle norme [poste dal TUB in materia di governance, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata), attività creditizia] o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie".

In ragione del dato normativo applicabile *ratione temporis* ai casi esaminati, la Seconda Sezione Civile, ha chiarito che – alla luce dell'ammontare relativamente contenuto della sanzione pecuniaria possibilmente comminabile, "assolutamente non comparabile" con quello oggetto di analisi da parte della Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, e considerata l'assenza di sanzioni accessorie evidentemente afflittive, quali la perdita dei requisiti di onorabilità e l'incapacità ad assumere taluni incarichi professionali³⁵ – le sanzioni di cui al previgente articolo 144 TUB non potevano in alcun modo dirsi penali³⁶, traendo come conseguenza l'inapplicabilità delle garanzie fondamentali di cui alla CEDU ai procedimenti sanzionatori di competenza della Banca d'Italia.

Tuttavia, con la riforma delle norme in esame recata dal Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, il legislatore nazionale ha (fatalmente) fatto verificare le condizioni negative che avevano portato la Suprema Corte a sancire la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa delle sanzioni previste dal Testo Unico Bancario in relazione alla violazione della disciplina speciale in materia di *governance* bancaria, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata) e attività creditizia. Infatti, non pare più sussistere la "diversa disciplina sul piano dell'entità della sanzione applicabile alla fattispecie" valorizzata dalla Cassazione al fine di negare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali bancari³⁷.

³⁵ In Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219 la Suprema Corte ha sostenuto che: "È sufficiente considerare, al riguardo, che il citato art. 144 - nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame -, prevede quale massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile, la somma di Euro 129.110,00, assolutamente non comparabile con quella di Euro 5.000.000,00 (in alcune circostanze ulteriormente elevabile), prevista per le violazioni ex art. 187 ter TUF. Inoltre, all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 144 TUB non si accompagnano sanzioni accessorie; laddove l'applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 187 ter TUF comporta, per i rappresentanti delle società coinvolte, ai sensi dell'art. 187 quater, la sanzione accessoria della perdita temporanea (per una durata tra i due mesi e i tre anni) dei requisiti di onorabilità e, per gli esponenti aziendali di società quotate, l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate e di società appartenenti al medesimo gruppo di società quotate. Né alle sanzioni previste dall'art. 144 TUB si accompagna una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 187 sexies TUF, secondo cui l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo".

³⁶ In Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219, la Corte parla di "impossibilità di assimilare le sanzioni de quibus a quelle irrogate dalla Consob, ai fini della qualificazione delle medesime come sostanzialmente penali, attesa la intrinseca afflittività che connota le seconde, e che è invece carente per le prime".

³⁷ Come evidenziato altresì in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555 e 561; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036: "C'è da osservare che l'importo delle sanzioni amministrative in materia bancaria e finanziaria è stato di recente considerevolmente aumentato in attuazione della dir. 2013/36 (cfr. i nuovi artt. 144 e 144-ter t.u.b. nonché 190 e 190-bis t.u.f., così come modificati dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, in G.U. del 12 giugno 2015, n. 134) e che quindi alla

Come è stato condivisibilmente sostenuto, “è assai agevole replicare [all’interpretazione giurisprudenziale in esame] che la forte afflittività di un provvedimento sanzionatorio – assunta dalla Corte Europea come parametro per qualificare tale provvedimento come “penale” – va valutata in rapporto allo specifico contesto, o mercato, nel quale opera il sanzionato e nel quale la sanzione viene anche, per obbligo di legge, pubblicizzata. In quest’ottica è incontestabile, in primis, il grave danno reputazionale che un provvedimento sanzionatorio arreca, [in secondo luogo che] anche nel caso della Banca d’Italia alla sanzione pecuniaria si può accompagnare, “in parallelo”, un provvedimento interdittivo [e in terzo luogo che] con le recenti modifiche i massimali della sanzioni pecuniarie “bancarie” sono stati enormemente elevati” (corsivo nel testo)³⁸.

Appare dunque ragionevole ritenere che – riformato l’articolo 144 nel nuovo articolo 144-ter TUB, ove ora si prevedono sanzioni evidentemente afflittive dalle importanti conseguenze patrimoniali, professionali e personali, e attesa l’esigenza di tutela dei soggetti sottoposti a procedimento sanzionatorio – la disciplina bancaria in esame rientri nella “*matière pénale*”, con le significative conseguenze sopra descritte.

luce della modifica del quadro normativo di riferimento anche l’orientamento della Corte di cassazione potrebbe mutare”.

³⁸ S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia*, cit., 561.