

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

COLLANA DEI QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, 2015
2. I. ZUANAZZI (a cura di), *Da Costantino a oggi. La libera convivenza delle religioni*, 2015
3. O. PORCHIA (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, 2015
4. C. BLENGINO (a cura di), *Stranieri e sicurezza. Riflessioni sul volto oscuro dello stato di diritto*, 2015
5. A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni militari dell'Unione europea*, 2016
6. A. RINAUDO, *Il prezzo nelle vendite fiscali tra I e III secolo d.C. Profili giuridici ed economici*, 2016
7. J. LÜTHER, L. MOLA (eds/dir.), *Europe's Social Rights under the 'Turin Process'/Les Droits Sociaux de l'Europe sous le «Processus de Turin»*, 2016
8. G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra stato di diritto e stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, 2016

NE BIS IN IDEM E PROCEDIMENTO
SANZIONATORIO CONSOB
AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO

Ancora sull'adattamento dell'ordinamento italiano
alla Convenzione europea?

Atti della Tavola rotonda del 17 aprile 2014

a cura di

EVA DESANA

PAOLO MONTALENTI

MARGHERITA SALVADORI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2016 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-932-9

INDICE

<i>Introduzione</i>	7
I. L'«AFFAIRE GRANDE STEVENS ET AUTRES C. ITALIE»	
1. I fatti e la vicenda giudiziaria	11
2. I ricorsi alla Corte di Strasburgo e le norme CEDU	12
3. Le statuizioni della Corte EDU	13
4. Il rigetto dell'istanza di rinvio alla <i>Grande Chambre</i>	13
II. I PROFILI INTERNAZIONALI	
Vladimiro Zagrebelsky, <i>La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani</i>	15
Margherita Salvadori, <i>La tutela del ne bis in idem tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'Uomo: nuovi problemi di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali</i>	23
III. I RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO PENALE E PROCESSUALE PENALE	
Giovanni Maria Flick – Valerio Napoleoni, <i>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</i>	37

IV. I RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO ITALIANO DEL MERCATO FINANZIARIO

Paolo Montalenti, <i>Abusi di mercato e procedimento CONSOB: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU</i>	75
Eva Desana, <i>I vizi del procedimento CONSOB tra normativa internazionale e norme interne di legge e di regolamento</i>	89
Eva Desana, <i>Illegittimità del procedimento CONSOB: cronaca di una morte annunciata?</i>	99

MATERIALI

1) Sentenza Corte EDU n. 18640/10 GRANDE STEVENS E ALTRI c. ITALIA, 4 marzo 2014 (diventa definitiva il 7 luglio 2014)	109
2) Delibera CONSOB 21 giugno 2005 n. 15086 (abrogata)	143
3) Delibera CONSOB 18750 del 19 dicembre 2013 (nel testo originario)	144
4) Delibera CONSOB del 29 maggio 2015, n. 19158 – (che ha modificato il regolamento sul procedimento sanzionatorio di cui alla delibera n. 18750 del 2013)	149
5) Corte Appello Genova, 8 gennaio 2015, ordinanza (che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. con riferimento alla mancata previsione di un'udienza pubblica nel procedimento di opposizione a sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ex art. 195 TUF)	153
6) Corte di Cassazione, V sezione penale, 15 gennaio 2015, ordinanza (che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di <i>insider trading</i>)	161
7) Corte di Cassazione, sezione tributaria, 21 gennaio 2015, ordinanza (che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di manipolazione del mercato)	175
8) Consiglio di Stato, 26 marzo 2015, n. 1595, che quale <i>obiter dictum</i> , ha stabilito che il regolamento sui procedimenti sanzionatori CONSOB di cui alla delibera 15086 del 2005 non garantiva un'adeguata applicazione del principio del contraddittorio	189
9) Tribunale di Bergamo, ordinanza, 16 settembre 2015, che ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali UE in relazione all'art. 4 protocollo 7 della Convenzione europea nel caso in cui sia celebrato un procedimento penale per un fatto per il quale l'imputato sia già stato colpito da una sanzione amministrativa irrevocabile (omesso versamento IVA)	211
10) Corte Costituzionale, 12 maggio 2016, n. 102, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, co. 1 TUF e dell'art. 649 c.p.p. e dell'art. 187-ter, co. 1 TUF)	214

INTRODUZIONE

All'indomani della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014, relativa alla vicenda relativa all'operazione *Equity swap* di Fiat (meglio conosciuta come "*Affaire Grande Stevens*"), abbiamo colto l'occasione per avviare, con una Tavola rotonda nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, un confronto interdisciplinare su un tema "trasversale", di grande attualità e oggetto di un dibattito tuttora in corso. Il punto di partenza è costituito dai procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, in particolare della CONSOB, e dalla riflessione sul rispetto, in tali procedimenti, dei principi del "giusto processo", tutelati anche dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU).

Il tema centrale della Tavola rotonda tenutasi il 17 aprile 2014 è stato il rescritto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso, appunto, Grande Stevens. Come si dirà più approfonditamente in seguito, i Giudici di Strasburgo, oltre ad aver accertato che la disciplina italiana in tema di abusi di mercato introdotta nel Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) contrasta con il divieto di perseguire e punire due volte il medesimo fatto illecito (c.d. *ne bis in idem*), sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, hanno altresì statuito che il procedimento che si era svolto avanti alla CONSOB per l'accertamento dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato non garantiva l'equo processo prescritto dall'art. 6 della Convenzione.

La sentenza ha avuto un impatto immediato nel nostro ordinamento: le sue statuizioni sono state prontamente invocate in diversi procedimenti giudiziari, tra cui quello che ha visto contrapposta alla CONSOB Banca Profilo S.p.a., suoi soci di riferimento ed esponenti aziendali e che si è concluso con due sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato, del 26 marzo 2015, n. 1595 e n. 1596. Le decisioni, in un lungo *obiter dictum*, hanno stabilito che il regolamento relativo ai procedimenti sanzionatori CONSOB (di cui alla delibera 15086 del 2005) non garantiva un'adeguata applicazione del principio del contraddittorio. Ma questo e altri vizi erano presenti anche nel successivo regolamento sul procedimento sanzionatorio adottato con delibera 18750 del 19 dicembre 2013.

Successivamente, con delibera del 29 maggio del 2015, n. 19158, la CONSOB ha modificato il regolamento sui procedimenti sanzionatori emendando alcuni dei vizi riscontrati, in particolare prevedendo la trasmissione all'incolpato della relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni amministrative. L'assenza di un obbligo di preventiva comunicazione della relazione al soggetto destina-

tario della sanzione era stata infatti individuata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo quale violazione della Convenzione EDU.

Prefigurando gli effetti rilevanti che la sentenza della Corte EDU avrebbe avuto anche nell'ordinamento italiano, ci è parso opportuno aprire un dibattito interdisciplinare, in cui avessero spazio la prospettiva internazionalistica, la prospettiva del diritto dei mercati finanziari e, non ultima, quella penalistica. La Tavola rotonda è stata un'importante occasione per gli studiosi della materia intervenuti di discutere dei diversi argomenti e problemi suscitati dal caso Grande Stevens con un ex-Giudice della Corte EDU, Vladimiro Zagrebelsky, con un ex-Giudice della Corte Costituzionale, nonché ex-Ministro della Giustizia, Giovanni Maria Flick, nonché con Marco Weigmann, noto avvocato del Foro torinese.

Si è trattato di uno dei primi dibattiti nazionali e per questa ragione abbiamo ritenuto opportuno raccogliere i vari contributi in un volume, arricchito, data la grande attualità del tema, con i documenti pubblicati in appendice che danno conto degli sviluppi successivi.

Ad oggi pende il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato del 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596. Sono state sollevate alcune questioni di legittimità costituzionale relative all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sia con riferimento al reato e all'illecito amministrativo di *insider trading* sia con riferimento al reato e all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato. Sono state inoltre sollevate due questioni di legittimità costituzionale relative ai procedimenti di opposizione a sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia, disciplinati dall'art. 195, d.lgs. 58/1998 (T.U.B) che non prevedeva lo svolgimento di un'udienza pubblica, come invece imposto dalla Convenzione europea.

Peraltro il legislatore italiano, proprio sulla scorta delle citate pronunce, ha provveduto (con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72) a modificare alcune disposizioni del T.U.F. e del T.U.B. (il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), introducendo anche nei processi in corso l'obbligo di celebrare un'udienza a porte aperte. La CONSOB poi, come si è anticipato, ha modificato la disciplina del procedimento sanzionatorio alla luce degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, della decisione della Corte europea di Strasburgo e delle sentenze del Consiglio di Stato, con la già ricordata delibera n. 19158/2015 e, nelle more, "sospendendo" tutti i procedimenti sanzionatori in corso.

Da ultimo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata investita dal Tribunale di Bergamo di un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali UE, in relazione all'art. 4, protocollo 7 della Convenzione europea, per il caso in cui sia celebrato un procedimento penale per un fatto per il quale l'imputato abbia già riportato una sanzione amministrativa irrevocabile (nella specie: omesso versamento IVA).

Nell'attesa delle decisioni della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, questo lavoro intende offrire uno strumento di analisi e di riflessione su un tema di grande interesse per i suoi profili interdisciplinari e destinato ad avere ulteriori sviluppi nel nostro ordinamento, tema che investe la materia degli abusi di mercato, sotto il profilo delle regole generali di *policy* legislativa, la materia dell'adeguatezza e appropriatezza delle sanzioni, amministrative e penali come strumento disciplinare per un ordinato funzionamento dei mercati finanziari e l'argomento delle regole processuali, articolate tra norme primarie e secondarie ancora in via di evoluzione.

Post scriptum

Nelle more della stampa degli atti è stata resa la decisione n. 102 del 12 maggio 2016 della Corte Costituzionale che ha dichiarato inammissibili, in parte per difetto di rilevanza e in parte per difetto di non manifesta infondatezza, le questioni sollevate avanti alla stessa da due ordinanze della Cassazione, tra cui quella oggetto del rinvio disposto dalla V sezione penale della Suprema Corte con provvedimento 15 gennaio 2015, con riguardo al doppio binario sanzionatorio in materia di *insider trading*. La decisione sarà oggetto di molteplici approfondimenti.

I.
L'“AFFAIRE GRANDE STEVENS ET AUTRES C. ITALIE”¹

SOMMARIO: 1. I fatti e la vicenda giudiziaria. – 2. I ricorsi alla Corte di Strasburgo e le norme CEDU. – 3. Le statuizioni della Corte EDU. – 4. Il rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Chambre.

1. I fatti e la vicenda giudiziaria

I fatti che hanno dato origine alla pronuncia della Corte di Strasburgo del 4 marzo 2014 sono ben noti alla cronaca finanziaria: nel 2005 le società Giovanni Agnelli S.A.p.A. e IFIL INVESTMENT S.p.A. (successivamente ridenominata Exor a seguito della fusione con la controllata IFI S.p.A.) utilizzarono un contratto di *equity swap*², previamente stipulato con una banca d'affari (la Merrill Lynch) da una società collegata al gruppo, per mantenere il controllo di Fiat e contrastare così l'effetto diluitivo dell'aumento di capitale che nel settembre 2005 portò all'ingresso nella sua compagine sociale di otto banche finanziatrici, che in quell'occasione convertirono in azioni i rispettivi crediti, così come consentito dal contratto di finanziamento.

Senonché la CONSOB, il 23 agosto 2005, avendo rilevato un andamento anomalo dei titoli Fiat, chiese alla IFIL e alla Giovanni Agnelli S.A.p.A. di comunicare al mercato se fosse allo studio in quel momento una qualche iniziativa per evitare la perdita del controllo di Fiat, che sarebbe stata ineluttabile conseguenza del progettato aumento di capitale, in agenda per il mese successivo; le due società ottemperarono alla richiesta pubblicando il 24 agosto 2005 un comunicato che, ad avviso della CONSOB, non conteneva però le dovute informazioni, in particolare in ordine al possibile utilizzo dell'*equity swap*. La CONSOB contestò quindi alle due società e ad alcuni suoi *manager* e consulenti (rispettivamente al Presidente di entrambe le società, Gianluigi Gabetti e al procuratore della Giovanni Agnelli S.A.p.A., Virgilio Marrone, nonché all'avv. Grande Stevens) di non aver correttamente informato il pubblico e di aver

¹ I paragrafi 1, 2 e 4 sono di E. DESANA; il paragrafo 3 è tratto dal commento di V. ZAGREBELSKY.

² Si trattava di un contratto di *equity swap*, ossia di un contratto che permetteva lo scambio della *performance* di un'azione contro un tasso di interesse senza anticipo in denaro, concluso il 26 aprile 2005 per circa 90 milioni di azioni Fiat; il contratto originariamente non prevedeva la consegna fisica dei titoli, ma venne rinegoziato il 15 settembre 2005 in modo da procurare a IFIL un quantitativo di azioni Fiat idoneo a contrastare l'effetto diluitivo del citato aumento di capitale sottoscritto dalle banche finanziatrici con la conversione dei propri crediti in capitale. L'aumento di capitale fu deliberato il 20 settembre 2005.

dunque commesso l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, contemplato dall'art. 187-ter TUF. La procedura sanzionatoria si concluse con l'adozione della Delibera CONSOB n. 15760 del 9 febbraio 2007, con cui l'Autorità di vigilanza applicò severe pene pecuniarie, sino a 5 milioni di euro, oltre a pesanti sanzioni accessorie, quali la sospensione dalle cariche societarie.

La sussistenza dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato venne confermata da cinque coeve sentenze del 23 gennaio 2008 della Corte d'Appello di Torino³, avanti alla quale furono impugnate le sanzioni irrogate dalla CONSOB; i successivi ricorsi in Cassazione contro le stesse furono rigettati dai Giudici di legittimità, a sezioni unite, con cinque decisioni del 30 settembre 2009⁴.

Parallelamente venne avviato anche un procedimento penale per le stesse condotte, ai sensi dell'art. 185 TUF, che punisce il corrispondente reato di manipolazione del mercato; il procedimento penale, dopo una sentenza di assoluzione in primo grado del 21 dicembre 2010-18 marzo 2011⁵ (riformata dalla Cassazione il 20 giugno 2012)⁶ e una sentenza di condanna della Corte d'Appello di Torino, si è concluso nel dicembre 2013 con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione da parte della Cassazione⁷.

2. I ricorsi alla Corte di Strasburgo e le norme CEDU

I soggetti sanzionati, ritenendo che il procedimento svoltosi avanti alla CONSOB presentasse numerosi vizi e che l'intervenuto passaggio in giudicato delle sanzioni amministrative (a seguito della pronuncia della Cassazione del 30 settembre 2009) avrebbe dovuto impedire la prosecuzione del procedimento penale per il corrispondente reato, adirono i giudici della Corte di Strasburgo, eccependo vizi sia di merito che relativi al procedimento sanzionatorio.

In particolare, di fronte alla Corte europea dei diritti dell'Uomo fu lamentata la violazione di alcune disposizioni della CEDU per il mancato rispetto nel procedimento svoltosi avanti all'Autorità di vigilanza delle garanzie del processo equo di cui all'art. 6 della predetta Carta, nonché la conculcazione da parte dell'ordinamento italiano del c.d. principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 4 del Protocollo 7, firmato il 22 novembre 1984.

Quanto all'art. 6 della CEDU, esso dispone che "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine

³ Si tratta di cinque coeve sentenze di App. Torino 23 gennaio 2008, una delle quali pubblicata in *Società*, 2008, 1103.

⁴ Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, nn. 20935-20939 (la sentenza n. 20935 è pubblicata in *Foro It.*, 2010, 1, 3128).

⁵ Trib. Torino, 18 marzo 2011, in *Società*, 823.

⁶ Cass., 20 giugno-15 ottobre 2012, n. 40393, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 1435.

⁷ Cass. 17 dicembre 2013-14 maggio 2014 n. 19915.

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 e sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]. 2) Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quanto la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”.

L'art. 4 del Protocollo 7, a sua volta, statuisce 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 [...] Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione”.

3. *Le statuizioni della Corte EDU*

Con la sentenza 4 marzo 2014 la Corte europea dei diritti umani ha, tra l'altro, ritenuto che a) le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art. 187-ter, comma 1, D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 abbiano natura penale ai fini dell'art. 6 della Convenzione; b) la CONSOB non offra oggettivamente garanzie di imparzialità e il relativo procedimento non soddisfi le esigenze dell'equo processo penale; c) il procedimento di opposizione davanti la Corte appello, nel caso concreto, sia stato viziato dall'assenza di udienza pubblica; d) il procedimento diretto all'accertamento della violazione dell'art. 185 dello stesso decreto legislativo (che punisce il reato di manipolazione del mercato), dopo che vi era stata condanna definitiva per la violazione dell'art. 187-ter (che sanziona l'illiceità di manipolazione del mercato), abbia dato luogo a violazione del divieto di *bis in idem* stabilito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 aggiunto alla Convenzione.

4. *Il rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Chambre*

La sentenza del 4 marzo 2014 è divenuta definitiva il 7 luglio 2014: il collegio di cinque Giudici della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel corso della seduta del 7 luglio 2014, ha infatti rigettato l'istanza di rinvio presentata dal Governo italiano. Il rinvio alla *Grande Chambre* è ammesso in casi eccezionali, ove la causa sollevi una questione grave di interpretazione o applicazione della Convenzione oppure una questione grave di interesse generale.

II. PROFILI INTERNAZIONALI

LA NATURA DELLE SANZIONI CONSOB, LE ESIGENZE DELL'EQUO PROCESSO E IL *NE BIS IN IDEM* NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI¹

VLADIMIRO ZAGREBELSKY

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'applicabilità dell'art. 6 Conv. nel suo aspetto penale. – 3. La CONSOB non è un giudice ai fini dell'art. 6 Conv., né il suo procedimento garantisce un equo processo. – 4. Il procedimento di opposizione avanti la Corte di Appello avrebbe dovuto consentire un'udienza pubblica. – 5. Le conseguenze della sentenza per il sistema italiano. – 6. La pluralità di procedimenti per lo stesso fatto e il divieto di *bis in idem*. – 7. Ipotesi relative alla esecuzione della sentenza.

1. Considerazioni introduttive

La sentenza in commento ha subito suscitato interesse e commenti. A questi ultimi può essere utile aggiungerne uno che offra una spiegazione basata essenzialmente sulla natura delle argomentazioni svolte dalla Corte, in coerenza con il sistema della Convenzione cui essa fa riferimento.

La sentenza conclude nel senso che si sono verificate due violazioni della Convenzione: violazione dell'art. 6 Conv. (diritto ad un processo equo) e violazione dell'art. 4 Protocollo n.7 (diritto a non essere giudicati o puniti due volte). I due profili di violazione vanno esaminati separatamente, tenendo però conto per entrambi che la lettura della sentenza va fatta alla luce delle “nozioni autonome” che la Corte utilizza nell'interpretazione e applicazione della Convenzione che sono ad essa demandate (art. 32 Conv.). Nozioni autonome rispetto a quelle che sono proprie dei sistemi giuridici di ciascuno dei 47 paesi membri del Consiglio d'Europa, sono quelle che la Corte europea ha dovuto elaborare in modo da permettere alla propria giurisprudenza di penetrare allo stesso modo nei diversi sistemi nazionali² ed evitare che gli stati si sottraggano agli obblighi derivanti dalla Convenzione adottando, nella disciplina legale,

¹ Si tratta del testo, in parte modificato e integrato, del commento alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo 4 marzo 2014 già pubblicato in *Giur. It.*, 2014, 1196.

² Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Sunday Times c. Regno Unito (n.1)*, §§ 46-49. Tutte le sentenze della Corte europea qui citate si trovano in <http://hudoc.echr.coe.int>.

l'una o l'altra qualificazione e terminologia³. Nella lettura della sentenza vengono in rilievo, sotto il primo profilo, le nozioni autonome di “penale” e di “giudice” e, sotto il secondo, quelle riferite ad entrambi i termini della formula latina che esprime il divieto di *bis in idem*.

2. L'applicabilità dell'art. 6 Conv. nel suo aspetto penale

Quanto alla compatibilità della vicenda sottoposta al suo giudizio con i requisiti dell'equo processo, la Corte europea ha innanzitutto dovuto esaminare l'applicabilità al caso dell'art. 6 Conv. Secondo tale articolo tutti hanno diritto ad avere accesso a un giudice che decida su controversie relative a diritti e obbligazioni di carattere civile oppure sul fondamento di una accusa penale. Non si applica l'art. 6 fuori dei due casi ora menzionati, ma in entrambi il procedimento deve svolgersi avanti un giudice e offrire le garanzie che lo stesso articolo indica. La Corte ha ritenuto che, nonostante la qualificazione nazionale in termini di sanzioni amministrative, quelle previste per la violazione dell'art. 187-ter, comma 1, D. lgs. 24 febbraio 1998, n.58, abbiano natura penale ai fini delle garanzie previste dalla Convenzione, in particolare di quelle dell'equo processo penale, della previsione per legge (art. 7 Conv.) e del divieto di *bis in idem*. La Corte ha richiamato la sua giurisprudenza costante⁴, secondo la quale la qualificazione penalistica nell'ordinamento nazionale gioca solo nel senso che essa viene in ogni caso mantenuta ai fini della Convenzione, ma non viceversa: se essa manca, può tuttavia essere affermata nell'applicazione della Convenzione. Ciò avviene quando la misura non ha carattere risarcitorio, ma sanzionatorio a fini repressivi e preventivi e quando essa ha in concreto o anche solo in astratto una significativa gravità. Per la natura e severità delle sanzioni, pecuniarie e interdittive, previste per la violazione dell'art. 187-ter, cit., e applicate in concreto, la Corte ha ritenuto si trattasse di sanzioni penali e che l'oggetto del procedimento che ha portato ad applicarle concernesse una “accusa in materia penale”. Occorre rilevare che, a differenza del criterio utilizzato nell'ordinamento italiano di qualificazione dell'illecito in base al *nomen juris* della sanzione applicabile, i criteri cui la Corte ricorre non consentono talora risposte indiscutibili al quesito sulla natura della sanzione e dell'illecito. La numerosissima casistica in proposito ne è dimostrazione. Tuttavia i criteri sostanzialistici adottati dalla Corte europea consentono di non vincolare l'operatività delle garanzie

³ Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*, §§ 46-56.

⁴ A partire da Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82, Id., *Öztürk c. Germania*, cit., §§ 46-56 e, per sanzioni e illeciti simili a quelli oggetto del caso, Id., 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, §§ 39-42 e Id., 11 giugno 2009, *Dubus S.A. c. Francia*, ricorso n. 5242/04, §§ 36-38.

della Convenzione ai criteri formali adottati dagli Stati e di assicurare quella protezione dei diritti “concreta e effettiva e non teorica e illusoria”, che la Corte ripetutamente richiama come scopo della Convenzione e della propria giurisprudenza.

3. La CONSOB non è un giudice ai fini dell'art. 6 Conv., né il suo procedimento garantisce un equo processo

Affermato che in discussione era il “fondamento di un'accusa penale” e conseguentemente era applicabile l'art. 6 Conv., prendendo in esame i motivi del ricorso, la Corte ha ripercorso tutto lo svolgimento della procedura identificando una serie di vizi. Nella fase svoltasi davanti la Commissione nazionale per le società e per la borsa (CONSOB), la Corte ha rilevato che la procedura non corrispondeva alle esigenze proprie dell'equo processo, sia per le carenze di contraddittorio e di eguaglianza delle armi tra accusa e difesa (mancata comunicazione del rapporto dell'Ufficio Sanzioni Amministrative; mancata possibilità di replicarvi, mancata possibilità di interrogare testimoni, impossibilità di comparire di persona e discutere oralmente davanti all'organo giudicante), sia per la mancanza di un'udienza pubblica (§§ 116-123). Rilevati questi vizi del procedimento della CONSOB, la Corte europea è andata oltre e ha ritenuto che la Commissione non sia un tribunale imparziale ai sensi dell'art. 6 Conv. per la compenetrazione nello stesso organo degli uffici di istruzione e accusa e di giudizio (§§ 132-137).

La lettura della sentenza potrebbe consentire di concludere che la CONSOB, ai fini della Convenzione, è bensì un giudice, ma non è imparziale e non adotta una procedura compatibile con le esigenze dell'equo processo. Infatti la Corte europea l'ha sottoposta a scrutinio con riferimento all'art. 6 Conv. e la qualificazione di “giudice” o “tribunale” è autonoma rispetto alla collocazione dell'organo tra quelli giurisdizionali nel sistema nazionale interno⁵. Oppure si può ritenere che la mancanza di imparzialità oggettiva ne escluda in radice la natura di giudice. Questa seconda soluzione traspare dal tenore del § 138 della sentenza, dove la CONSOB è espressamente qualificata come autorità amministrativa (non solo nel diritto interno, ma anche ai sensi della Convenzione). Soprattutto essa è esplicita in un passaggio della sentenza nella causa *Menarini Diagnostics*⁶, ove la Corte, riferendosi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e richiamando la propria giurisprudenza, dichiara che “solo merita l'appellativo di tribunale ai sensi dell'articolo 6 § 1 un organo che

⁵ Corte eur. dir. uomo, 28 aprile 2009, ricorsi nn. 17214/05 42113/04 20329/05, *Savino e altri c. Italia*, § 73.

⁶ Corte eur. dir. uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 61. V. anche Id., 29 aprile 1988, ricorso n. 10328/83, *Belilos c. Svizzera*, §§ 64-67.

goda di pienezza di giurisdizione e risponda a una serie di esigenze quali l'indipendenza rispetto all'esecutivo e alle parti in causa". In tal senso un organo non imparziale (come lo è oggettivamente la CONSOB per i motivi indicati dalla sentenza e in ogni caso per la posizione che assume nel giudizio di opposizione e per il ruolo assegnatole dall'art. 187-*undecies* di ente rappresentativo degli interessi lesi dal reato) non è un "tribunale viziato dalla sua non imparzialità", ma è un "non tribunale" ai fini della Convenzione. La questione non è priva di rilevanza sul piano delle soluzioni che il legislatore italiano dovrà adottare per "conformarsi" alla sentenza (art. 46 Conv.). Dal punto di vista della Corte europea, invece, l'alternativa può rimanere aperta e ciò spiega qualche oscillazione nelle espressioni usate nelle tante sentenze relative all'art. 6 Conv., che sarebbe comunque violato: in un caso, perché il giudice non era imparziale e nell'altro perché il ricorrente non aveva avuto accesso a un giudice⁷.

4. Il procedimento di opposizione avanti la Corte di appello avrebbe dovuto consentire un'udienza pubblica

Costatato che, nell'irrogare sanzioni di natura penale, la fase svoltasi in sede CONSOB non corrispondeva alle esigenze dell'art. 6 Conv., la Corte – ancora una volta in stretta coerenza con la sua giurisprudenza – ha ricordato che la non conformità al citato articolo per la mancanza di imparzialità oggettiva e per le carenze di contraddittorio e pubblicità, "non bastano per concludere nel senso della violazione dell'art. 6" (§ 138), poiché è possibile che la repressione di illeciti sia assegnata ad una simile autorità amministrativa: "il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude ... che in una procedura amministrativa, una "pena" sia irrogata innanzitutto da una autorità amministrativa. Esso suppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non corrisponda essa stessa alle condizioni dell'articolo 6, subisca il controllo ulteriore di un organo giudiziario di piena giurisdizione", capace di riformare sotto ogni profilo di fatto e di diritto la decisione dell'organo amministrativo (§ 139). Sotto questo aspetto la Corte europea ha riconosciuto che la Corte di appello in sede di opposizione alla sanzione irrogata dalla CONSOB corrispondeva ai requisiti richiesti di essere giudice indipendente, imparziale e di piena giurisdizione. La procedura da essa seguita tuttavia era viziata dall'assenza di udienza pubblica. L'udienza tenuta successivamente dalla Corte di Cassazione – per i limiti della sua giurisdizione – non valeva a sanare il vizio⁸. Donde la violazione dell'art. 6 Conv.

⁷ Va notato che in dipendenza degli argomenti delle parti, talora la Corte europea non si pronuncia sulla natura dell'autorità in questione (Corte eur. dir. uomo, *Vernes c. Francia*, 20 gennaio 2011, ricorso n. 30183/06, §§ 28, 32).

⁸ In ordine ad altre procedure italiane la Corte europea ha ritenuto che dovesse essere possibile la tenuta di un'udienza pubblica: Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, ricorso n.

In conclusione, se la Corte d'appello avesse tenuto una udienza pubblica non vi sarebbe stata violazione dell'art. 6, non ostante che la fase svoltasi in sede CONSOB non offrisse le garanzie richieste di un giudice imparziale, di una procedura efficacemente contraddittoria e di un'udienza pubblica.

5. Le conseguenze della sentenza per il sistema italiano

In sede di esecuzione della sentenza, se questa diverrà definitiva, si aprono diverse vie. Si può trasformare la CONSOB in un giudice ai sensi della Convenzione, assicurandone l'indipendenza e l'imparzialità, con profonda modifica strutturale non limitata al solo procedimento sanzionatorio. La procedura dovrebbe garantire efficaci possibilità di accesso agli atti dell'istruzione, di difesa secondo quanto prevede l'art. 6 comma 3 Conv., di discussione anche davanti all'organo decisorio, con una udienza pubblica. Le implicazioni della presunzione d'innocenza (art. 6 comma 2 Conv.) dovrebbero essere tenute in conto. Una simile soluzione implicherebbe la trasformazione dell'attuale procedura amministrativa in processo giurisdizionale e richiederebbe la sostituzione dell'opposizione alla delibera della CONSOB (art. 187-*septies* T.U. 24 febbraio 1998, n.58), con un vero e proprio appello. Sarebbe da escludere il ruolo assegnato alla CONSOB dall'art. 187-*undecies* del T.U. citato. Si finirebbe con il creare nell'ordinamento interno un giudice speciale, in contrasto con il divieto posto dall'art. 102 Cost. In alternativa occorrerebbe che il procedimento avanti la Corte di appello in sede di opposizione assicurasse le garanzie richieste dall'art. 6 Conv., non solo quanto alla udienza pubblica, ma anche rispetto alle evidenti carenze del procedimento amministrativo in sede CONSOB, con un contraddittorio pieno ed efficace.

Quanto al procedimento CONSOB, non per effetto della Convenzione europea, ma per coerenza con i principi stabiliti dalle leggi nazionali per le procedure amministrative, sono comunque necessari adeguamenti, poiché l'accesso agli atti e le possibilità di difesa nel contraddittorio paiono inadeguati rispetto a quanto richiedono la natura e gravità del contenzioso (artt. 24 comma 1 L. 28 dicembre 2005, n. 262, 187-*septies* comma 2 e 195 comma 2 T.U. 24 febbraio 1998, n.58 e 10 L. 7 agosto 1990, n. 241, nonché art. 97 Cost.).

Concludendo si può dire che a stretto rigore le esigenze di riforma della legislazione interna come conseguenza di quanto rilevato dalla Corte europea nella sentenza in esame possono essere estremamente limitate e riguardare la sola procedura avanti la Corte d'appello in sede di opposizione. Più incisive dovrebbero essere le modifiche alla procedura sanzionatoria CONSOB rispet-

32075/09, *Lorenzetti c. Italia* (riguardante l'indennizzo per la ingiusta detenzione); Id., 13 novembre 2007, ricorso n. 399/02, *Bocellari e Rizza c. Italia* (concernente l'applicazione di misure di prevenzione).

to alla rilevante legislazione nazionale. Addirittura tali da trasformare profondamente il sistema, esse dovrebbero essere, se si volesse fare della CONSOB un “tribunale indipendente e imparziale” ai sensi dell’art. 6 Conv.

6. La pluralità di procedimenti per lo stesso fatto e il divieto di *bis in idem*

Il secondo profilo di violazione della Convenzione, quello concernente il *bis in idem*, ha implicazioni probabilmente più profonde nel sistema italiano vigente. Come si è visto, le sanzioni previste dall’art. 187-ter T.U. 24 febbraio 1998, n. 58 sono state dalla Corte europea ritenute di natura penale. La Corte europea ha quindi affermato l’applicabilità dell’art. 4 Prot. n. 7 rispetto al procedimento diretto ad applicare le sanzioni penali di cui all’art. 185 T.U. cit., che era in corso dopo che il primo era stato definito. Va però ricordato che l’Italia al momento della ratifica del Protocollo n. 7, aveva apposto una riserva riferita agli artt. 2, 3, 4 nel senso che l’applicazione di tali articoli avrebbe dovuto riferirsi alle infrazioni, procedure e decisioni qualificate come penali dalla legge italiana. In tal senso l’Italia intendeva rifiutare la “nozione autonoma” di materia penale di cui si è detto sopra. Rinviando al testo della sentenza, per le argomentazioni svolte dalla Corte nel dichiarare invalida la riserva, perché non conforme alla regola posta dall’art. 57 Conv. (§§ 204-211), va qui solo segnalato che difficilmente l’invalidità avrebbe potuto essere dichiarata dal giudice italiano chiamato a rispondere alla eccezione di *bis in idem* riferita al tenore della Convenzione. La Corte europea, superata la questione della riserva, ha ritenuto a) che si era in presenza di due procedimenti penali, l’uno definito e l’altro pendente e b) che essi riguardavano essenzialmente lo stesso fatto. *Bis* dunque *in idem*.

Come gli artt. 649 e 669 c.p.p., l’art. 4 Prot. n. 7 riguarda non solo la pluralità di condanne ma anche la pluralità di procedimenti penali svolti nello Stato, per il medesimo fatto. L’espressione usata dall’art. 4 Prot. n. 7 è però testualmente diversa, poiché la norma fa riferimento alla “*infraction*” nel testo francese e alla “*offence*” nel testo inglese, così consentendone una lettura che considera non il fatto, ma la sua qualificazione giuridica. L’interpretazione data dalla Corte europea ha subito nel tempo oscillazioni e incoerenze, che la Corte ha infine superato⁹, richiamandosi alla giurisprudenza sviluppata sulla base di altri trattati internazionali e giungendo ad una conclusione coerente con quella della Corte di giustizia dell’Unione europea. La Corte europea intende il riferimento alla stessa infrazione nel senso di fatti che sono identici o in sostanza i medesimi, qualunque ne sia la qualificazione giuridica. Essa afferma che, se invece ri-

⁹ Con la sentenza della *Grande Chambre*, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, §§ 70-84 e successivamente *Id.*, 16 giugno 2009, ricorso n. 13079/03, *Ruotsalainen c. Finlandia*, §§ 48-57.

levasse l'identità di qualificazione giuridica, la protezione dell'individuo risulterebbe indebolita, in contrasto con l'esigenza di adottare una interpretazione che renda "concreta e effettiva" la tutela¹⁰. Va però detto che il divieto di *bis in idem*, così inteso, non impedisce il concorso di qualificazioni giuridiche diverse dello stesso fatto (concorso formale di reati); esso impedisce però che una qualificazione diversa da quella ritenuta nel primo procedimento possa esser posta a base di un secondo. In sostanza il divieto non impedisce il concorso di titoli di reato, ma il cumulo di procedimenti penali. Ciò che pare in contrasto con la giurisprudenza nazionale che, nel caso di concorso formale di reati, consente invece un nuovo procedimento avente ad oggetto lo stesso fatto, diversamente qualificato quanto a titolo di reato¹¹.

Nella valutazione della Corte europea i fatti posti a base dei due procedimenti, l'uno per l'applicazione del ricordato art. 187-ter e l'altro dell'art. 185, erano in sostanza i medesimi. E la Corte ha considerato la materialità del fatto, non gli elementi costitutivi espressi dalla descrizione normativa dei due illeciti (§§ 224-228), così legando la regola del *ne bis in idem*, non al formale effetto preclusivo derivante dal giudicato, ma alla garanzia di cui deve godere l'individuo di non vedersi nuovamente inquisito, per lo stesso fatto, una volta che il giudice si sia pronunciato. La dichiarazione di violazione dell'art. 4 Prot. n. 7 è stata la conseguenza.

7. Ipotesi relative alla esecuzione della sentenza

La Corte europea ha considerato la vicenda processuale oggetto del ricorso sulla base delle informazioni ricevute dalle parti; da esse risultava che il procedimento relativo all'art. 185 T.U. cit. era ancora pendente in Cassazione. È però stata nel frattempo pronunciata¹² sentenza di estinzione del reato per prescrizione, cosicché dovrebbe ritenersi privo di effetto il punto n. 6 del dispositivo della sentenza qui commentata, che dispone che le procedure ancora pendenti siano chiuse quanto più rapidamente possibile. Ma la esecuzione della sentenza richiede da parte dell'Italia, sotto la sorveglianza del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (art. 46 Conv.) di rivedere la propria normativa interna in modo da renderla compatibile con i principi enunciati dalla Corte europea (in questa sentenza, ma in realtà già prima, con la giurisprudenza con-

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, cit., § 81.

¹¹ Tra le tante, Cass., sez. IV, 2 aprile 2004, n. 25305. Con riferimento all'art. 90 c.p.p. abrogato, la Corte costituzionale, con sentenza n. 6/1976 ha escluso che si abbia violazione dell'art. 24 Cost. (oltre che dell'art. 3) nel caso in cui si proceda separatamente per diversi reati in concorso formale.

¹² Al momento in cui questa nota viene scritta, la motivazione della sentenza non è ancora stata depositata. Evidente è l'interesse della motivazione alla luce dell'intervenuta sentenza della Corte europea.

solidata di cui la Corte ha qui fatto applicazione). Non è sufficiente cioè la conclusione della vicenda concernente i ricorrenti, ma occorrono misure legislative o giurisprudenziali di carattere generale, idonee ad evitare che violazioni simili abbiano a ripetersi. E' chiaro che non si devono considerare soltanto le conseguenze della qualificazione in termini penali dell'illecito di cui all'art. 187-ter T.U. 24 febbraio 1998, n.58. Vanno invece tenuti presenti tutti i casi in cui lo stesso fatto integri reati e illeciti qualificati come amministrativi dalla legge italiana ma che siano invece penali ai fini della Convenzione, senza che operi il principio di specialità di cui all'art. 9 L. 24 novembre 1981, n. 689 e non sia stato applicato l'art. 24 della stessa legge¹³. E occorre anche sottoporre ad esame il concorso, in separati procedimenti, della responsabilità contabile con quella penale, per identificare i casi in cui la prima integri in realtà gli estremi per essere ritenuta anch'essa penale ai fini della Convenzione.

A questo proposito si possono verificare tre diverse situazioni. La prima è quella in cui i due procedimenti, relativi allo stesso fatto qualificato sia come reato, sia come illecito amministrativo, siano entrambi conclusi. La seconda è quella in cui uno dei due sia definito e l'altro pendente. La terza è il caso in cui entrambi i procedimenti siano pendenti. In attesa di un intervento legislativo, ci si chiede se il giudice possa risolvere il problema del *ne bis in idem* nella interpretazione datane dalla Corte europea, con un esercizio di "interpretazione conforme" o se sia necessario sottoporre all'esame della Corte costituzionale la questione di costituzionalità degli artt. 649, 669 e 529 c.p.p., in riferimento all'art. 117 Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, consentono la pluralità di procedimenti nel caso di concorso formale di reati e non considerano la concorrenza di procedimenti relativi allo stesso fatto qualificato dalla legge sia come illecito amministrativo, sia come reato. Un'indicazione che potrebbe favorire ricostruzioni del sistema per via interpretativa, potrebbe ricavarsi da quanto affermato in altro contesto dalla Corte costituzionale che, sulla base di una "accezione più piena del principio *ne bis in idem*, tale che in esso sia compreso il divieto di sottoporre a procedimento penale una stessa persona più di una volta per il medesimo fatto, debba trovare applicazione l'art. 529 cod. proc. pen., la cui operatività non è limitata, secondo quanto questa Corte ha già chiarito nella sentenza n. 27 del 1995, ai casi di difetto delle condizioni di procedibilità espressamente enumerate nel Titolo III del Libro V del codice di procedura penale, ma può essere ragionevolmente estesa fino a comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro"¹⁴.

¹³ Per gli illeciti previsti dal T.U. 24 febbraio 1998, n.58, vedi però l'art. 187-*duodecies*.

¹⁴ Corte cost., ord. n. 318/2001 ed anche ord. n. 39/2002.

LA TUTELA DEL *NE BIS IN IDEM* TRA CORTE DI GIUSTIZIA
E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: NUOVI PROBLEMI
DI ADATTAMENTO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO
AGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI

MARGHERITA SALVADORI

SOMMARIO: 1. Note introduttive: le coordinate normative dei due sistemi. – 2. La riserva italiana al Protocollo n. 7 della Convenzione europea. – 3. L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – 5. La diversa tutela offerta dai due strumenti internazionali. – 6. Il rispetto degli obblighi internazionali nell'ordinamento italiano. – 7. Conclusioni.

1. Note introduttive: le coordinate normative nei due sistemi

La tutela dei diritti dell'uomo ha importanti punti di riferimento nell'Europa geografica: ne sono prova sia l'esperienza dell'Unione Europea, sia quella della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, due sistemi fondati su accordi internazionali che sembrano destinati ad un sempre maggiore impatto sul livello di tutela proprio degli ordinamenti statali. Prima di delineare alcune criticità, sembra opportuno chiarire le coordinate normative che li caratterizzano e che li mettono in 'comunicazione'.

Sebbene nei primi trattati comunitari non fossero contenute esprese disposizioni sulla tutela dei diritti dell'uomo, la tutela dei diritti fondamentali è stata garantita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso il costante richiamo alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario¹. L'entrata in vigore del trattato di Lisbona alla fine del 2009² ha sensibilmente cambiato la prospettiva, in quanto

¹ Fin dalla sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969 (causa 29/69, *Raccolta* 1969, pp. 419 ss.), la Corte comunitaria ha affermato che i diritti fondamentali della persona sono ricompresi nei principi generali del diritto comunitario dei quali essa assicura il rispetto. Con la sentenza *International Handgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (Causa 11/70, *Raccolta* 1970, pp. 1125 ss.), la Corte ha precisato che la salvaguardia dei diritti fondamentali, in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario, deve essere ispirata dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. V. DE BURCA, *The Road Not Taken: The European Union as a Global Human rights Actor*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 649.

² Il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) sono entrati in vigore il 1° dicembre 2009 a seguito della revisione, apportata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, al Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957 e a quello sull'Unione Europea del 1992; ad essi si è aggiunta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parla-

l'Unione Europea è stata dotata di una propria Carta dei diritti fondamentali³ che ha valore giuridico vincolante⁴. Peraltro, la Carta si applica agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione: non conferisce alle istituzioni europee una facoltà generale di intervento in tutti i casi di violazione dei diritti fondamentali da parte di autorità nazionali e comporta obblighi a carico degli Stati membri unicamente quando questi diano attuazione al diritto UE, e non anche quando esercitino competenze propriamente statali⁵.

mento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. In *G.U.U.E.* 2012 n. C-326, p. 1, la versione consolidata il TUE, Trattato sull'Unione Europea, e il TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

³ La Carta dei diritti fondamentali è un testo normativo articolato che comprende un preambolo introduttivo e 54 articoli, suddivisi in sette Capi: Capo I, dignità (dignità umana, diritto alla vita, diritto all'integrità della persona, proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, proibizione della schiavitù e del lavoro forzato); Capo II, libertà (diritto alla libertà e alla sicurezza, rispetto della vita privata e della vita familiare, protezione dei dati di carattere personale, diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, libertà di pensiero, di coscienza e di religione, libertà di espressione e d'informazione, libertà di riunione e di associazione, libertà delle arti e delle scienze, diritto all'istruzione, libertà professionale e diritto di lavorare, libertà d'impresa, diritto di proprietà, diritto di asilo, protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione); Capo III, uguaglianza (uguaglianza davanti alla legge, non discriminazione, diversità culturale, religiose e linguistica, parità tra uomini e donne, diritti del bambino, diritti degli anziani, inserimento dei disabili); Capo IV, solidarietà (diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, diritto di negoziazione e di azioni collettive, diritto di accesso ai servizi di collocamento, tutela in caso di licenziamento ingiustificato, condizioni di lavoro giuste ed eque, divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro, vita familiare e vita professionale, sicurezza sociale e assistenza sociale, protezione della salute, accesso ai servizi d'interesse economico generale, tutela dell'ambiente, protezione dei consumatori); Capo V, cittadinanza (diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali, diritto a una buona amministrazione, diritto d'accesso ai documenti, Mediatore europeo, diritto di petizione, libertà di circolazione e di soggiorno, tutela diplomatica e consolare); Capo VI, giustizia (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, presunzione di innocenza e diritti della difesa, principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato); Capo VII, disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta (ambito di applicazione, portata e interpretazione dei diritti e dei principi, livello di protezione, divieto dell'abuso di diritto).

⁴ La formulazione dell'art. 6.1 del TUE infatti recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Il carattere obbligatorio della Carta è confermato nella Dichiarazione n. 1 allegata all'Atto finale della Conferenza che ha adottato il Trattato di Lisbona dove si attribuisce alla Carta «forza giuridicamente vincolante».

⁵ Il punto è stato ampiamente esplorato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia precedente alla vigenza della Carta dei diritti fondamentali, v. sentenza 13 luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*; sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*; sentenza 29 maggio 1997, C-299/95, *Kremzow*; sentenza 18 dicembre 1997, C-309/96, *Annibaldi*. La giurisprudenza più recente appare conforme nel confermare che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico UE si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto UE, ma non al di fuori di esse,

Il precisato ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali deve essere coordinato con la previsione di cui all'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea⁶ che prevede il rispetto e l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁷. Nell'ambito di questa convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, anche Corte di Strasburgo) interpreta i diritti protetti e quindi valuta il rispetto ad opera degli Stati parte degli obblighi internazionali assunti.

Nel quadro normativo della CEDU si inserisce il caso *Grande Stevens* che da un lato conferma una nozione consolidata dell'interpretazione del principio del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU, dall'altro impone il confronto con la nozione proposta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e con le conseguenti difficoltà che l'operatore giuridico nazionale incontra nel rispettare gli obblighi internazionali⁸.

con la conseguenza che il vaglio della Corte di giustizia per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto UE. L'interpretazione è confermata dalle Spiegazioni (in *G.U.U.E.* 14 dicembre 2007, n. C303, p. 17 ss.), dove si afferma «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'UE vale per gli Stati membri soltanto quando agiscano nell'ambito di applicazione del diritto UE», al di fuori di tale sfera di applicazione gli Stati membri non sono tenuti ad applicare la carta e la Corte di giustizia non può controllare che essa sia rispettata, v. sentenza 12 luglio 2012, C-466/11, *Curà*. Spostando il punto di osservazione sul versante nazionale, deve essere sottolineato il ruolo del giudice nazionale quale giudice europeo tutte le volte in cui sia chiamato ad applicare le norme europee.

⁶ L'art. 6, comma 2, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 2009, ed il Protocollo n. 8 prevedono l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁷ La Convenzione europea per la salvaguardia e la libertà dei diritti fondamentali è stata aperta alla firma nel novembre del 1950 ed è entrata in vigore nel settembre del 1953; oltre al testo della Convenzione, nel tempo sono stati adottati 14 protocolli. La lista dei diritti garantiti dalla Convenzione comprende: il diritto alla vita (art. 3), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il divieto della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona (art. 5), il diritto a un'equa amministrazione della giustizia in tempo ragionevole (art. 6), il divieto di retroattività delle leggi penali (art. 7), il diritto al rispetto della sfera privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8), il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), di espressione e di opinione (art. 10), il diritto alla libertà di riunione e di associazione, compreso quello di fondare e aderire a sindacati (art. 11), il diritto di contrarre matrimonio e di formare una famiglia (art. 12), nonché il diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento nazionale per la tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione (art. 13).

⁸ Pare opportuno ricordare che anche altri strumenti di diritto internazionale, vincolanti per l'Italia, ribadiscono il divieto di *ne bis in idem*. In ordine cronologico si richiamano le Convenzioni di Ginevra III e IV del 1949 ed il relativo Protocollo Addizionale del 1977 sulla protezione delle vittime nei conflitti armati internazionali; la Convenzione tra gli Stati parti al Trattato NATO relativa allo statuto delle loro forze del 1951; il Patto sui diritti civili e politici del 1966; la Convenzione americana sui diritti umani del 1969; lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 1998.

2. La riserva italiana al Protocollo n. 7 della Convenzione europea

Nella decisione del 4 marzo 2014 viene analizzata l'eccezione proposta del Governo italiano tesa ad impedire l'esercizio della giurisdizione della Corte europea facendo leva sulla dichiarazione che era stata fatta dall'Italia in occasione del deposito dello strumento di ratifica del Protocollo⁹. Detta dichiarazione afferma infatti che gli articoli 2 e 4 del Protocollo n. 7 si applicano solo agli illeciti, ai procedimenti ed alle decisioni che la legge italiana definisce penali, tra i quali non rientrano gli illeciti sanzionati dalla CONSOB.

La questione è rilevante nella decisione sul caso *Grande Stevens* dove la Corte EDU esamina la validità della riserva al fine di stabilire se essa soddisfi le esigenze dell'articolo 57 della Convenzione¹⁰. In particolare la Corte ricorda che una riserva apposta ad un trattato internazionale è valida se rispetta determinati requisiti¹¹. Deve essere stata fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli sono stati firmati o ratificati. Deve riguardare leggi ben precise in vigore nel momento in cui viene apposta la ratifica e deve contenere una breve esposizione della legge interessata a beneficio degli altri Stati parti dell'accordo internazionale¹². Inoltre, come ricordato, nel quadro giuridico della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono vietate le c.d. riserve di carattere generale¹³.

Dichiarazioni simili a quella dell'Italia erano al tempo state formulate anche da altri Stati, attualmente membri dell'Unione europea e parti della Convenzione europea¹⁴.

⁹ Si vedano in particolare i paragrafi 204 e seguenti della decisione *Grande Stevens*.

¹⁰ Questo il dato testuale dell'art. 57 della Convenzione europea: «1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.»

¹¹ Sulle condizioni applicative richieste dall'art. 57 della Convenzione europea ai fini della validità della riserva posta da uno Stato al momento della ratifica, v. decisione *Eisenstecken c. Austria*, n. 29477/95, in particolare par. 28; decisione *Pöder e altri c. Estonia*, n. 67723/01 e decisione *Liepājnieks c. Lettonia*, n. 37586/06, par. 45.

¹² Nel paragrafo 208 della decisione sul caso *Grande Stevens* la Corte precisa che «l'articolo 57.1 della Convenzione esige da parte degli Stati contraenti «precisione e chiarezza», e che, chiedendo loro di presentare una breve esposizione della legge in questione, tale disposizione non enuncia un «semplice requisito formale» ma stabilisce una «condizione sostanziale» che costituisce «un elemento di prova e, allo stesso tempo, un fattore di sicurezza giuridica».

¹³ Le c.d. riserve di carattere generale sono riserve redatte in termini troppo vaghi o ampi per poterne valutare con precisione il senso e il campo di applicazione. Infatti il testo allegato dallo Stato contraente deve permettere di valutare esattamente la portata del suo impegno, in particolare per quanto riguarda le categorie di controversie previste, e non deve prestarsi a diverse interpretazioni.

¹⁴ Il Protocollo n. 7 è stato aperto alla firma degli Stati il 22 novembre 1984. Avevano fatto

Partendo da queste osservazioni, la Corte EDU rileva, in primo luogo, la mancanza della breve esposizione della legge che sarebbe incompatibile con l'articolo 4 del Protocollo n. 7 ed, in secondo luogo, come dal testo proposto si possa dedurre che l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non siano qualificati come penali dalla legge italiana. Tale esclusione però non è riconosciuta ammissibile dalla Corte che sottolinea come, in mancanza di precisazione sulle norme riguardate da questa limitazione, sia compromessa ogni garanzia sull'applicazione delle disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente. Di conseguenza essa stabilisce che la riserva-dichiarazione apposta dall'Italia è una riserva di carattere generale e, di conseguenza, ne afferma l'inammissibilità. Accertato che la riserva è inammissibile perché di carattere generale, quindi vietata dall'art. 57.2 della CEDU, lo Stato è obbligato a dare integralmente esecuzione alle disposizioni oggetto della riserva come se essa non fosse mai stata formulata. A differenza della codificazione contenuta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹⁵, la Corte EDU, conformemente alla propria giurisprudenza¹⁶, ha ritenuto come non apposta la riserva inammissibile, quindi il Protocollo n. 7 è vincolante per l'Italia senza alcuna limitazione e la Corte EDU ha giurisdizione per decidere sul rispetto del principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano¹⁷.

3. L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte EDU

Nel sistema della Convenzione europea la regola del *ne bis in idem*¹⁸ trova fondamento nella garanzia di cui deve godere l'individuo di non vedersi inqui-

analogamente dichiarata limitativa dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* anche Germania, Francia e Portogallo.

Ad oggi non hanno ancora provveduto alla ratifica Germania, Belgio, Paesi Bassi e Regno Unito.

¹⁵ In base alle previsioni di cui agli artt. 19, 20 e 21 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati le riserve inammissibili impediscono la partecipazione dello Stato al trattato. V. R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999; M. ARCARI, T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, parte II, Milano, 2015, pp. 25 ss.; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, III ed., Padova, 2015.

¹⁶ Il riferimento è al caso *Belilos c. Svizzera* del 29 aprile 1988 che ha ritenuto come non apposta la riserva inammissibile, in applicazione al broccardo *utile per inutile non vitiatur*. L'inammissibilità della riserva ha come conseguenza la sua invalidità, quindi la stessa non produce effetti e si ha per non apposta, con la conseguenza che lo Stato che ha apposto la riserva inammissibile si viene a trovare vincolato sia dal trattato sia dalla clausola del trattato che era coperta dalla riserva.

¹⁷ V. G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens*, in *Riv. Dir. int.*, 2014, 832-834

¹⁸ Questa la formulazione del principio del *ne bis in idem* contenuta dall'art. 4 del proto-

sito per lo stesso fatto, una volta che un giudice si sia pronunciato¹⁹. In questa prospettiva il principio viene ricostruito come composto da tre elementi: la definizione di procedimento penale, l'identità dei comportamenti tipici e la doppia imputazione, i c.d. criteri *Engel*²⁰.

Utilizzando i criteri enucleati nel caso *Engel* la Corte di Strasburgo ha stabilito che per valutare se una determinata sanzione abbia carattere penale, e quindi essere sottoposta all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, deve farsi riferimento alla qualificazione dell'infrazione nel diritto nazionale, alla natura dell'infrazione e all'intensità della sanzione inflitta al contravventore²¹. Di conseguenza devono essere incluse nella nozione di procedimento penale le sanzioni applicate dai pubblici poteri, anche quando classificate come amministrative.

L'identità dei comportamenti tipici deve invece essere valutata con riferimento alla sanzione applicata per gli stessi fatti e non in funzione di un comportamento qualificato nello stesso modo dalle norme che definiscono le infrazioni. Infatti, la Corte EDU, ritenendo che la qualificazione della condotta, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sarebbe stata una valutazione formale che avrebbe ridotto la portata applicativa della tutela, ha stabilito doversi far riferimento alla sanzione comminata per gli stessi fatti, senza limiti

collo VII alla Convenzione europea «*Diritto di non essere giudicato o punito due volte*. 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. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

¹⁹ La questione è ben chiarita anche nella giurisprudenza dalla Corte Suprema statunitense fin dal caso *Green v. United States* (355 U.S. 184) del 1957: «*The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State, with all its resources and power, should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offence, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity*». Ma anche nel brocardo latino «*nemo debet bis vexari pro eadem causa*».

²⁰ Sentenza *Engel e a. c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976 (Serie A n. 22, § 82). Il caso riguarda 5 soldati di leva, tra cui il sig. Engel, in servizio alle forze armate olandesi, che in occasioni diverse erano stati sottoposti a procedimento per inosservanza della disciplina militare ed anche a procedimento penale militare.

²¹ I c.d. criteri *Engel* sono stati confermati nella successiva giurisprudenza, tra cui ricordiamo le sentenze, *Öztürk c. Germania* del 21 febbraio 1984 (Serie A n. 73); *Lauko c. Slovacchia* del 2 settembre 1998 (Rep. 1998-VI); *Jussila c. Finlandia* del 23 novembre 2006 (n. 73053/01, ECHR 2006-XIV); *Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009 (n. 14939/03, ECHR 2009). Per maggiore precisione, ricordiamo che la natura dell'infrazione e l'intensità della sanzione inflitta al contravventore rappresentano due criteri alternativi, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo può, in funzione delle circostanze del caso, valutarli congiuntamente.

al concorso di qualificazioni giuridiche diverse, ma impedendo che una qualificazione giuridica diversa da quella ritenuta nel primo procedimento possa essere posta alla base di un secondo processo²².

Quanto al terzo requisito applicativo del principio del *ne bis in idem*, la Corte europea considera il grado di severità della pena ritenendo appartenere alla sfera “penale” non solo le privazioni della libertà personale, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non siano tali da causare un apprezzabile danno. Qualora sia verificato essere stata inflitta una sanzione per gli stessi fatti, è vietato avviare un nuovo procedimento se la prima sanzione è divenuta definitiva²³. Questo anche nei casi in cui la prima sanzione sia di carattere amministrativo e la seconda di natura penale²⁴, ma anche ai casi inversi²⁵, ed è irrilevante la circostanza che la prima sanzione possa essere stata detratta dalla seconda al fine di mitigare l’effetto della doppia punizione²⁶.

In coerenza con la c.d. formula Engel, la decisione del 4 marzo 2014 dichiara esservi stata violazione del principio nel *ne bis in idem* nell’ordinamento italiano.

4. L’interpretazione del principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali²⁷ estende la portata del principio del *ne bis in idem* sul piano transnazionale in funzione del raggiungimento dell’integrazione tra gli ordinamenti nazionali relativamente a casi di sentenze rese da Stati membri diversi dell’Unione Europea, quindi la disposizione attribuisce una più ampia protezione all’individuo nell’interno dello spazio giudiziario unitario.

²² V. le sentenze *Oliveira c. Svizzera* del 30 luglio 1998 (Rep. 1998-V; fasc. 83); *Franz Fischer c. Austria* del 29 maggio 2001 (n. 37950/97); *Sailer c. Austria* del 6 giugno 2002 (n. 38237/97); *Ongun c. Turchia* del 23 giugno 2009 (n. 15737/02). In particolare nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 82-84, la Corte ha statuito con chiarezza che l’articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU deve essere interpretato nel senso che vieta qualsiasi imputazione per una seconda infrazione, qualora quest’ultima si fondi su fatti identici o sostanzialmente uguali a quelli sui quali è stata basata la precedente infrazione.

²³ V. sentenze *Franz Fischer*, cit., par. 22; *Gradinger c. Austria* del 23 ottobre 1995 (n. 15963/90), par. 53; *Nitikin c. Russia* del 2 novembre 2006 (n. 15969/02), in particolare par. 37.

²⁴ Così nella sentenza *Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009 (n. 14939/03, ECHR 2009).

²⁵ Cioè nei casi in cui la prima sanzione è di natura penale e la seconda di carattere amministrativo, v. sentenza *Ruotsalainen c. Finlandia* del 16 giugno 2009 (n. 13079/03).

²⁶ Così nella sentenza *Tomasovic c. Croazia*, del 18 ottobre 2011 (n. 53785/09).

²⁷ Questa la formulazione del principio del *ne bis in idem* proposta dalla Carta dei diritti fondamentali UE: «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. 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».

Peraltro il divieto del *ne bis in idem* è stato interpretato, in relazione a fattispecie disciplinate dal diritto UE nell'ambito di uno stesso ordinamento, come non operante quando vi sia la previa esistenza di una sanzione amministrativa definitiva seguita dall'apertura di un procedimento dinanzi alla giurisdizione penale che possa eventualmente concludersi con una condanna.

Tale interpretazione è evidente nel caso *Åkerberg Fransson*²⁸, dove la Corte di Lussemburgo è stata richiesta di decidere sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di un procedimento penale avviato dal pubblico ministero svedese per frode fiscale aggravata contestata in un momento successivo a una decisione sugli stessi fatti resa dal giudice amministrativo svedese. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto non esservi stata violazione del principio del *ne bis in idem*. Precisamente la Corte ha affermato: «il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice naziona-

²⁸ Sentenza della Corte di Giustizia 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, in corso di pubblicazione. La decisione in ragione dell'importanza è stata oggetto di numerosi commenti, tra i quali ricordiamo: P. OLIVER, T. BOMBOIS, "Ne bis in idem" en droit européen: un principe à plusieurs variantes, in *Journal de droit européen*, 2012, pp. 266 ss.; E. HANCOX, *The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1411 ss.; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 454 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 229 ss.; M. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013 pp. 883 ss.; F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, pp. 315 ss.; D. THYM, *Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, pp. 391 ss.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, pp. 866 ss.; D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pp. 267 ss.; R. CALVANO, *Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale... nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 3615 ss.; A. BAILLEUX, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, pp. 215 ss.; D. APPANAH, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et convention européenne des droits de l'homme: entre cohérence et légitimation*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, pp. 333 ss.; A. ÉPINEY, *Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, pp. 283 ss.

le»²⁹. Come era stato indicato dall'avvocato generale Villaròn nelle sue conclusioni, dal fatto che il diritto previsto dall'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU non sia stato unanimemente accettato da tutti gli Stati parte della Convenzione, deriva «la portata limitata dell'articolo 4 del protocollo n. 7, la cui protezione copre unicamente la duplice sanzione "penale" ai sensi dell'ordinamento interno»³⁰. Infatti il protocollo n. 7 non è ancora stato ratificato dalla Germania, dal Belgio, dai Paesi Bassi e dal Regno Unito, mentre tra gli Stati dell'Unione europea che lo hanno ratificato, la Francia, la Germania, l'Austria, l'Italia e il Portogallo hanno formulato varie dichiarazioni relative alla sua applicazione unicamente agli illeciti di natura penale³¹.

Da notare che nel caso in esame la Corte di Lussemburgo non ha dimenticato di fare applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali, che stabilisce che i diritti riconosciuti da quest'ultima, qualora corrispondano a quelli garantiti dalla CEDU, avranno «il significato e la portata [...] uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». L'effetto di uniformazione delle garanzie presenti nei due sistemi internazionali non sembra avere effetto sul principio del *ne bis in idem* che è stato oggetto di diverse scelte operate dagli ordinamenti degli Stati membri.

5. La diversa tutela offerta dai due strumenti

È di tutta evidenza come vi sia una difformità di interpretazione del principio del *ne bis in idem* affermato sia dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, sia dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE (vincolante per l'Italia), come ricostruito nelle sue coordinate applicative dalle due corti di riferimento e, di conseguenza, come la valutazione operata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens* non sarebbe stata facilmente fatta propria dalla Corte di Lussemburgo.

La Carta dei diritti fondamentali offre un catalogo di diritti e libertà più vasto di quelli propri della Convenzione europea e dei Protocolli. La coerenza di contenuto tra i due documenti è stata in linea di massima sempre assicurata e la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha sempre avuto grande attenzione sulla giurisprudenza alla Corte europea di Strasburgo. Non solo. La Corte EDU con la giurisprudenza *Bosphorus*³² ha riconosciuto che le istituzioni dell'Unione as-

²⁹ V. par. 37 della sentenza *Åkerberg Fransson*, cit.

³⁰ V. par. 72 delle *Conclusioni* dell'Avvocato generale Villaròn presentate il 12 giugno 2012.

³¹ Peraltro la Corte EDU ha dichiarato inammissibile, quindi non apposta, la dichiarazione formulata dall'Italia, v. *supra* par. 2 del presente lavoro.

³² Il riferimento è alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo *Bosphorus v. Ireland* (n. 45036/98) del 30 giugno 2005, in particolare v. par. 155: "In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees of

sicurano una protezione equivalente a quella propria della Convenzione europea, con la conseguenza che la conformità della condotta di uno Stato membro al diritto dell'Unione, in linea di principio, non dà luogo ad una potenziale violazione della Convenzione.

Peraltro questa presunzione di protezione equivalente non sembra emergere nella giurisprudenza delle due Corti internazionali in relazione all'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

6. Il rispetto degli obblighi internazionali nell'ordinamento italiano

Un ulteriore profilo che potrà essere preso in considerazione è la prospettazione della questione di costituzionalità, cioè la richiesta alla Corte Costituzionale italiana di verificare la compatibilità della decisione resa dalla Corte europea nel caso *Grande Stevens* con le disposizioni dell'ordinamento italiano.

Infatti la sentenza 348 del 2007 (estensore Silvestri)³³ aveva già indicato che,

ferred and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (see M. & Co., cited above, p. 145, an approach with which the parties and the European Commission agreed). By "equivalent" the Court means "comparable"; any requirement that the organisation's protection be "identical" could run counter to the interest of international cooperation pursued (see paragraph 150 above). However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection". Infatti nel caso *Bosphorus* la Corte europea ha seguito una linea di astensione condizionata, fondata sulla presunzione, salvo prova contraria, che vi sia equivalenza il sistema UE di garanzia dei diritti fondamentali agli standard della Convenzione; di conseguenza la Corte si è astenuta dal verificare la compatibilità con la Convenzione europea del comportamento di uno Stato UE quando questo comportamento sia stato tenuto in attuazione del diritto dell'Unione. Peraltro, la stessa Corte europea ha affermato di conservare il proprio potere di controllo a garanzia dei diritti protetti dalla Convenzione europea quando gli Stati membri conservino un margine di discrezionalità nel procedere all'attuazione delle norme UE.

³³ V. sentenza 27 ottobre 2007 n. 348 che trae origine dalle ordinanze della Corte di Cassazione del 29 maggio e del 19 ottobre 2006, che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente alla disciplina italiana dell'indennità di esproprio per pubblica utilità, in relazione alla tutela del diritto di proprietà come riconosciuto dall'art. 1 del Primo protocollo e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte europea. Il problema era stato in precedenza affrontato nella sentenza della *Grande Chambre* nel caso *Scordino contro Italia* del 29 marzo 2006 (n. 36813/97) in cui la Corte europea aveva affermato la violazione dell'art. 1 Primo Protocollo alla Convenzione in relazione al mancato riconoscimento di un indennizzo pari al valore di mercato del bene espropriato. Cfr. R. CONTI, *Scordino 3: un colpo tremendo alle casse dello Stato*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 695 ss.; R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione. L'Italia condannata dalla CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 541 ss.

L'incompatibilità tra norma interna e norma convenzionale pattizia è una situazione diversa da quella in cui si rilevi l'incompatibilità tra norma interna e norma comunitaria direttamente applicabile: in questo caso il giudice nazionale dovrebbe, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (in particolare caso *Simmenthal*, 9 marzo 1978, C-27/76),

nel caso in cui fosse impossibile dare attuazione diretta ad una sentenza della Corte europea, si sarebbe dovuto proporre la questione di costituzionalità. Sebbene l'art. 117 primo comma Cost.³⁴ non attribuisca rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU, il parametro individuato in tale articolo determina l'obbligo costituzionale del legislatore ordinario di rispettare le norme convenzionali, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con una disposizione della Convenzione e, più in generale con gli 'obblighi internazionali', viola per ciò stesso il parametro costituzionale. Nella prospettazione della Corte costituzionale, l'art. 117 primo comma Cost. realizza «un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente»³⁵, che dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali di volta in volta rilevanti, anche diversi da quelli compresi nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost., in questo modo operando quale norma interposta per la verifica di compatibilità costituzionale: la conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, ad esempio della Convenzione europea, dovrebbe tradursi in una violazione dell'art. 117 primo comma Cost.³⁶.

disapplicare la norma interna, oppure conformemente alla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana (in particolare sentenza 160 del 1984, caso *Granital*) affermare non avere alcun 'rilievo' la norma nazionale contrastante, e di conseguenza disciplinare la fattispecie facendo diretta applicazione della norma comunitaria e quindi, in una situazione analoga, determinare l'indennizzo di espropriazione facendo riferimento alla previsione comunitaria. Cfr., A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario. Note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2419 ss.; R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le leggi comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi int.*, 2009, pp. 437 ss.

³⁴ L'art. 117, primo comma, della Costituzione è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione* (in G.U.R.I. 24 ottobre 2001, n. 248) ed è così formulato «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Cfr. F. BAROLOMEI, *La garanzia costituzionale dei trattati alla luce della legge 5 giugno 2003, n. 131 contenente disposizioni per l'adeguamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 853 ss.; G. GAJA, *La corte costituzionale di fronte al diritto europeo*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 255 ss.; I. VIARENGO, *Corte costituzionale, Corte di giustizia e tutela dei diritti fondamentali in Europa*, *ibidem*, pp. 435 ss.; M. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006; M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 18 ss.; G. SORRENTI, *La Cedu tra vecchie (sostanziali) e nuove (formali) ipotesi di copertura*, *ibidem*, pp. 241 ss.

³⁵ Così par. 6.2 della sentenza 349 del 24 ottobre 2007.

³⁶ Tra i numerosi commenti in dottrina GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "ob-*

Di conseguenza nel caso *Grande Stevens* la questione di costituzionalità potrebbe essere posta relativamente alla legittimità della norma del codice di procedura penale che non consente l'archiviazione del procedimento in applicazione di una sentenza della corte EDU.

Peraltro, nel caso *Grande Stevens* difficilmente potrà farsi leva sull'obbligo di interpretazione conforme che grava sul giudice ordinario italiano, considerato che la situazione portata all'attenzione della CONSOB è oggi coperta dal giudicato, quindi difficilmente potrà essere oggetto di interpretazione conforme alla luce del principio del *ne bis in idem*. Nel caso di una domanda di revisione del giudicato pare oggettivamente difficile prefigurare quale potrebbe essere l'esito, perché un'eventuale questione incidentale di legittimità vedrà la Corte costituzionale muoversi tra il principio del *ne bis in idem*, come tutelato nel quadro della Convenzione europea, e la protezione dei valori sociali che so-

bligghi internazionali": un parametro definito solo parzialmente, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136 ss.; CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv.dir.int.*, 2008, pp. 140 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir.um.dir.internaz.*, 2008, pp. 301 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione (nota a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349)*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con esse confliggenti (Osservazione a Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3475 ss.; R. CALVANO, *La corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: orgoglio o pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 574 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir.um.dir.internaz.*, 2008, pp. 357 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, pp. 333 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3569 ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv.it.dir pubbl.com.*, 2008, 767 ss.; A. BULTRINI, *Le sentenze 348 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 171 ss.; E. SCISO (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Roma, 2008; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pp. 489 ss.; L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, 47 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 133 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2008, 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 2008, 140 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle» (Brevi note a margine delle sentenze nn. 347 e 348/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. soc.*, 2009, 213 ss.; più recente, L.S. ROSSI, *Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court*, in *C.M.L.R.*, 2009, p. 319 ss.

no implicati nelle azioni di manipolazione del mercato ed utilizzo di informazioni privilegiate, in connessione con la più generale tutela della libera concorrenza e la protezione dei consumatori sul mercato finanziario.

7. Conclusioni

La complessità dei piani d'indagine e delle valutazioni coinvolte nel caso *Grande Stevens*, sia sul versante della diversa tutela attribuita al principio del *ne bis in idem* nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza applicativa della Convenzione europea, sia con riferimento all'ordinamento italiano, non pare trovare soluzione nel parere 2/13 reso dalla Corte di giustizia il 18 dicembre 2014³⁷ relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³⁸.

Infatti, riaffermando la peculiarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte di Giustizia ha ricordato che gli Stati membri non possono invocare standard di tutela dei diritti più alti di quelli dell'Unione quando, in un settore oggetto di armonizzazione, si debba decidere sull'applicazione di una norma dell'UE di cui deve essere riconosciuto il primato rispetto alle norme degli ordinamenti nazionali. Precisamente: «*Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»*»³⁹.

³⁷ Parere 2/13 del 18 dicembre 2014, in corso di pubblicazione. Tra i primi commentatori L.S.ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228>.

³⁸ Con il parere 2/13 la Corte di giustizia ha ritenuto contraria al diritto dell'Unione la proposta di accordo che era stata definita nel 2013 dalla Commissione UE. V. Documento 47+1(2013)008rev2 del 10 giugno 2013, *Final report of the ad hoc Group 47+1 to the CDDH (containing the draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Draft explanatory report to the Agreement)*, (cfr. il sito http://www.coe.int/it/web/cahdi/46th-meeting-meeting-documents?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2213476&_101_type=content).

³⁹ V. paragrafo 167 del parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Pare opportuno richiamare anche alcune riflessioni presenti nei successivi paragrafi dello stesso parere «*Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta (...) l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione (...) spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri,*

Alla luce di questo importante parere, da un lato il processo di adesione subisce una secca battuta d'arresto⁴⁰, dall'altro si allontana anche la possibilità di individuare un'interpretazione degli esatti confini del principio del *ne bis in idem* che sia condivisa nei due sistemi internazionali. Non solo. Più complessa appare anche la problematica applicativa con riferimento dell'ordinamento italiano, ove diversi strumenti sono dati all'interprete per dare attuazione ai due strumenti convenzionali, determinando in questo modo un'ulteriore frammentazione della tutela che dovrebbe essere riconosciuta alla posizione individuale.

nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione.».

⁴⁰ Peraltro l'obbligo di adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è previsto nell'art. 6, comma 2, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 2009, nonché dal Protocollo n. 8. Per questa ragione le negoziazioni continueranno, a meno che non si ricorra ad una modifica dei Trattati.

III. I RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO PENALE E PROCESSUALE PENALE

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**

GIOVANNI MARIA FLICK – VALERIO NAPOLEONI

SOMMARIO: 1. Le premesse del cumulo di sanzioni nel *market abuse*. – 2. La natura “convenzionalmente penale” dell’illecito amministrativo di manipolazione del mercato. – 3. Il diritto a un equo processo: il procedimento innanzi alla CONSOB ed il controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate da essa. – 4. (Segue:) la modifica dell’accusa e la legalità e proporzionalità delle sanzioni. – 5. Il cumulo di sanzioni e il *ne bis in idem*. – 6. I problemi che nascono dalla sentenza “per il passato”: a) quanto alla specifica vicenda presa in esame. – 7. (Segue:) b) la pluralità di procedimenti. – 8. (Segue:) c) la pluralità di decisioni irrevocabili. – 9. I problemi che nascono dalla sentenza “per il futuro”: a) con riguardo alla disciplina del *market abuse*. – 10. (Segue:) b) e in generale. – 11. Il cumulo di sanzioni nel settore tributario. – 12. Conclusioni o nuovi dubbi?

1. Le premesse del cumulo di sanzioni nel *market abuse*

La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 4 marzo 2014, sul caso *Grande Stevens e altri c. Italia*¹ – divenuta definitiva a seguito del rigetto della

* Il testo riproduce, con modifiche e integrazioni di aggiornamento, la relazione introduttiva all’incontro di studio organizzato dall’Associazione Bancaria Italiana sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, II Sezione, del 4 marzo 2014, svoltosi in Roma il 4 giugno 2014. Il testo è stato pubblicato in *Riv.soc.*, 2014, 953 ss. Gli Autori hanno nuovamente trattato le questioni sollevate dalla sentenza della Corte EDU in *A un anno di distanza dall’Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum*, in *Riv. Soc.*, 2015, 868.

¹ Sulla decisione si registrano già plurimi commenti: cfr. M. CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 14, 82 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014, 1 ss.; M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza “Grande Stevens”: pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *www.dirittopenaleeuropeo.it*, 1 ss.; P. GAETA, *Gerarchie ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del ne bis in idem*, di prossima pubblicazione in *Cass. pen.*, 2014 (le successive citazioni si riferiscono al dattiloscritto); A. GIOVANNINI, *Il bis*

richiesta del Governo di rinvio alla *Grande Chambre*² – mette in discussione alla radice il sistema sanzionatorio “ipermuscolare” ed “efficientista”, varato dal legislatore italiano con la legge comunitaria 2004 (l. 18 aprile 2005, n. 62) in materia di abusi di mercato. Si tratta, com’è noto, d’un congegno *extra ordinem*, che vede le due figure criminose di settore (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: artt. 184 e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *in de* TUF) “bissate” da altrettanti illeciti amministrativi di egual *nomen* e dai contenuti largamente sovrapponibili (pressoché identico il primo, con qualche tratto differenziale di segno estensivo il secondo: artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF). Il fulcro dell’anomalia sta in ciò: nel caso (del tutto ordinario, stanti le premesse) di convergenza sul medesimo fatto, illecito penale e corrispondente illecito amministrativo concorrono, in deroga al principio di specialità sancito dall’art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689; con conseguente cumulo (salvo il correttivo *in executivis* di cui all’art. 187-*terdecies*) delle rispettive sanzioni. Un *bis in idem* sostanziale, dunque, cui fa da *pendant* un *bis in idem* processuale, neppure “temperato” da un ordine di priorità: processo penale e procedimento sanzionatorio amministrativo, con il conseguente eventuale giudizio di opposizione, marciano ognuno sul proprio binario, in piena autonomia, benché attinenti al medesimo episodio concreto (art. 187-*duodecies* TUF)³. Questo singolare “passo a due” viene d’altronde replicato – con soluzioni ancor più eccentriche ed inedite – anche nei confronti dell’ente per il quale l’autore della violazione abbia operato⁴.

in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico, 1 ss. del dattiloscritto; A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014, 1 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.* 2014, 697; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014, 1 ss. La pronuncia forma, altresì, oggetto della Relazione dell’Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di cassazione n. 35/2014 dell’8 maggio 2014 («*Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*»).

² Rigetto deciso il 7 luglio 2014 dal panel di cinque giudici previsto dall’art. 43, § 2, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il relativo comunicato può leggersi in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2014, con commento di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*.

³ Si tratta di un modello già in precedenza sperimentato – peraltro, con non pochi problemi – in altri ordinamenti: con particolare riguardo all’esperienza francese, cfr. C. DOUCOULUX FAVARD, F. PERNAZZA, *Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della direttiva europea n. 6/2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 159 ss.

⁴ Il legislatore della l. 62/2005 non si è “accontentato”, infatti, di inserire gli abusi di mercato nella lista dei reati suscettibili di innescare la responsabilità degli organismi metaindividuali (art. 25-*sexies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), ma ha affiancato a tale responsabilità (nominalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale già sul piano interno) una inedita e cu-

Al di sotto della costruzione alita un “afflato efficientistico”. L’obiettivo è “garantire un risultato”: colpire prontamente i responsabili degli abusi di mercato con un robusto “pacchetto” di sanzioni, applicate con il più snello procedimento amministrativo (gestito dall’Autorità di vigilanza di settore) e connotate tendenzialmente da un maggior grado di indefettibilità (perché sottratte a meccanismi inibitori sul piano esecutivo, quale la sospensione condizionale), lasciando, poi, al processo penale il compito di “rincarare”, *lento pede*, la dose. Che la soluzione possa essere funzionale all’obiettivo lo dimostra, a suo modo, proprio la vicenda Fiat-Ifil, sottoposta all’attenzione della Corte europea⁵:

mulativa responsabilità, nominalmente e sostanzialmente amministrativa (almeno sul piano interno), collegata all’illecito amministrativo della persona fisica (art. 187-*quinquies* TUF).

⁵ Il caso, di ampio risalto mediatico, attiene ad un fatto di asserita manipolazione informativa del mercato, conseguente all’avvenuta diffusione, nell’agosto 2005, di un comunicato stampa, recante indicazioni ritenute non veritiere in ordine ad un progetto di rinegoziazione di un contratto di *equità swap*, suscettibili di alterare in modo sensibile i prezzi delle azioni FIAT. L’accertamento della violazione da parte della CONSOB dava origine, come di consueto, a due procedimenti sanzionatori paralleli. Il primo – quello amministrativo, relativo all’illecito di cui all’art. 187-*ter* TUF – si concludeva nel 2009, per effetto della sentenza della Corte di cassazione civile che, rigettando i ricorsi proposti dagli interessati nell’ambito del giudizio di opposizione instaurato ai sensi dell’art. 187-*septies* TUF, rendeva definitive le pesanti sanzioni pecuniarie ed interdittive ad essi inflitte dall’Autorità di vigilanza, solo in parte “ammorbidite” dalla Corte d’appello di Torino (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 290, con nota di R. VIGO, *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle Sezioni unite*). Il secondo procedimento – quello penale, avviato in relazione al delitto di cui all’art. 185 TUF – aveva uno svolgimento assai meno lineare, trovando il suo epilogo solo quattro anni più tardi. Dopo una prima pronuncia assolutoria del Tribunale di Torino (Trib. Torino, 21 dicembre 2010, dep. 18 marzo 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2010), annullata dalla Corte di cassazione a seguito di ricorso *per saltum* del pubblico ministero [Cass., 20 giugno 2012 (dep. 15 ottobre 2012), n. 40393, in *Cass. pen.*, 2013, 4623], la Corte d’appello di Torino, in veste di giudice del rinvio, ravvisava la responsabilità degli imputati (App. Torino, App. Torino, 21 febbraio 2013, dep. 28 febbraio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2013, con nota di F. MODUGNO, G. SASSAROLI, T. TRINCHERA, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto*). Le pene inflitte venivano, tuttavia, travolte dalla nuova sentenza di annullamento della Corte di cassazione, questa volta senza rinvio, che dichiarava estinto il reato per intervenuta prescrizione [Cass., 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915]. Nelle more – e precisamente il 27 marzo 2010, già nel corso del giudizio penale di primo grado – le persone fisiche e le società imputate si erano rivolte alla Corte di Strasburgo, lamentando una serie di violazioni delle norme convenzionali.

Esula dai limiti del presente intervento l’analisi dei profili problematici inerenti alla effettiva configurabilità, nell’ipotesi di specie, dei contestati illeciti di manipolazione del mercato. Al riguardo, cfr. G. CHIARAVIGLIO, *A proposito di manipolazione del mercato attraverso la diffusione di notizie idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari: la sentenza 21.12.2010 del Tribunale di Torino*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 681 ss.; F. CONSULICH, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici*, in *Società*, 2011, 823 ss.; D. FALCINELLI, *Il giudice, l’antifasi e una “Fata Morgana”: se il tipo del pericolo concreto esprime un’offesa di danno (di un bene astratto)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 giugno 2011, 1 ss.; C. LENZINI, *Manipolazione di*

mentre la sanzione amministrativa per la contestata manipolazione informativa del mercato ha raggiunto il bersaglio, quella penale è stata vanificata dal sopravvenire della prescrizione in pendenza del processo.

È risaputo, tuttavia, che le “anomalie di sistema”, quanto più sono marcate, tanto più sono foriere di guasti. Nella specie, la (contemporanea) messa in moto di due macchine sanzionatorie, di diverso “livello”, per reprimere la stessa condotta è stata coralmemente denunciata dalla nostra dottrina come “deviante” rispetto a basilari coordinate politico-criminali, quali quelle della sanzione penale come *extrema ratio* e del primato della giurisdizione⁶. Ma oggi il discorso diviene assai più concreto e pregnante, occorrendo fare i conti con la sancita “incompatibilità convenzionale” del congegno.

Per questo verso, l’aspetto forse più allarmante è che il sistema nostrano è figlio del diritto dell’Unione europea. Era, infatti, la direttiva 2003/6/CE (*Market Abuse Directive*, in acronimo *MAD*) a pretendere che gli abusi di mercato fossero repressi con sanzioni amministrative, configurando l’impiego – *aggiuntivo* – di sanzioni penali come una mera facoltà degli Stati membri (art. 14): preferenza – quella per le sanzioni amministrative – legata alla maggiore celerità del procedimento applicativo (tanto più apprezzabile in settore caratterizzato da un mercato “dinamismo”, quale quello dei mercati finanziari), al “tecnicismo” della materia e alla possibilità di realizzare una più efficace cooperazione tra le autorità di vigilanza di settore, competenti all’irrogazione delle misure. La normativa comunitaria, dunque, pur non imponendo il cumulo sanzionatorio, comunque lo contemplava, in sostanza autorizzandolo: direzione che il legislatore italiano ha prontamente imboccato, nel dare attuazione alla direttiva. Né

mercato: inadeguatezza del metodo dell'event study nell'accertamento dell'offesa ed alterazione per stabilizzazione artificiosa, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 925 ss.; E. MOLINARO, *Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3584 ss.; V. NOTARGIACOMO, *La manipolazione del mercato informativa*, in *Cass. pen.*, 2013, 4623 ss.; S. PREZIOSI, *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 379 ss.; M. SCOLETTA, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. merito*, 2011, 844 ss.; F. SPORTA CAPUTI, *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*, in *Società*, 2008, 111 ss. Per un posizione fortemente critica, A. CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 107 ss.; ID., *Le difficili intese sull'aggiotaggio informativo*, *ivi*, 2010, II, 247 ss.

⁶ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 555; M. DOVA, *Gli illeciti amministrativi nel codice civile, nel testo unico bancario e nel testo unico della finanza*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2012, 259; G. GASPARRI, *Art. 187-bis*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, III, Torino, 2012, 2433; M. MIEDICO, *Gli abusi di mercato*, in *Reati in materia economica*, cit., 98; F. MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 137; V. NAPOLEONI, *Insider trading*, in *Dig. disc. pen.*, *Aggiornamento*, I, Torino, 2008, 36 ss.; S. SEMINARA, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 17.

avrebbe potuto fare altrimenti: la rinuncia alla sanzione penale *in subiecta materia* sarebbe stata fonte di inaccettabili sperequazioni e politicamente inaccettabile, stante la tradizionale considerazione penalistica riservata dal nostro ordinamento ad altre manifestazioni del fenomeno dell'aggiotaggio, meno "prompenti" sul piano delle proiezioni offensive rispetto alla manipolazione del mercato (quali l'aggiotaggio comune, societario e bancario: artt. 501 c.p., 2637 c.c.), e tenuto conto, altresì, della particolare contingenza temporale, che imponeva un "messaggio forte" di fronte agli scandali finanziari nostrani di inizio millennio.

L'origine del *vulnus* rischia di collocarsi, perciò, ad un livello più alto di quello della legislazione nazionale: ed è su tale piano che inevitabilmente si proietta la presa di posizione dei Giudici di Strasburgo, avuto riguardo alle innovazioni che, per quanto appresso si vedrà, ci riserva l'immediato futuro.

2. La natura "convenzionalmente penale" dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato

Eppure, che l'epilogo davanti alla Corte europea sarebbe stato di segno negativo – segnatamente quanto alla verifica di conformità all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) – era tutt'altro che imprevedibile. La sentenza *Grande Stevens* – al di là dell'oggetto – non ha nulla, o ha ben poco, di realmente innovativo: i principi in essa affermati rappresentano altrettanti *refrain* nella giurisprudenza europea; la loro applicazione alla fattispecie in discussione appare priva di significative asperità. Il rigetto della richiesta italiana di rinvio alla *Grande Chambre* – malgrado l'indubbia rilevanza del caso – ne è la cartina tornasole: nella prospettiva della Corte, gli approdi della sentenza del marzo 2014 sono scevri da venature problematiche che giustifichino un loro riesame da parte del supremo consesso europeo.

Di certo, nessuno potrebbe dichiararsi sorpreso dal postulato di base della decisione: quello per cui l'illecito «amministrativo» «nostrano» di manipolazione del mercato ha natura «penale» ai fini della Convenzione. Tale approdo preliminare non è che l'esito, ampiamente scontato, dell'applicazione degli "*Engel criteria*"⁷: dei criteri, cioè, tramite i quali si esprime, da quasi un quarantennio, l'approccio "sostanzialistico" e pragmatico dei Giudici di Strasburgo

⁷ Così denominati dal *leading case* cui si deve la loro prima enunciazione: Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; principi successivamente "affinati" da Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta "radicale". Per più recenti sintesi dei criteri in questione, Corte eur. dir. uomo, 16 settembre 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, 18 ottobre 2011, *Tomasovic c. Croazia*.

alla perimetrazione della «*matière pénale*», che segna il limite di operatività di talune delle garanzie riconosciute dalla Convenzione e dai suoi Protocolli⁸. Prime fra tutte, quelle del *fair trial* e del *nullum crimine sine lege praevia* (artt. 6 e 7 CEDU); ma, poi, anche l'altra del *ne bis in idem* processuale, che al presente particolarmente interessa (art. 4 Prot. n. 7)⁹.

Facendo idealmente il paio con la lettura “sostanzialistica” del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU, detto approccio risponde ad esigenze di armonizzazione e “antielusive”: da un lato, è il volano per superare le profonde differenze ordinamentali tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa; dall'altro, lo strumento per evitare che l'operatività delle garanzie convenzionali resti legata alla banderuola delle opzioni classificatorie dei legislatori nazionali. In questa prospettiva, la qualificazione della misura da parte del diritto interno è criterio decisivo «*one way only*». Se per la legge nazionale la violazione ha natura penale, *nulla quaestio*: le garanzie scattano, a prescindere dalle concrete connotazioni dell'illecito e della sanzione. In caso contrario, la partita resta ancora aperta. Entrano difatti in gioco gli altri due “*Engel criteria*”; criteri non più “formali”, ma “sostanziali”, e alternativi tra loro (nel senso che basta che uno solo dei *test* dia esito positivo): da un lato, la natura della violazione, desunta segnatamente dal suo ambito applicativo¹⁰ e dagli scopi (punitivo e deterrente,

⁸ Sul concetto di «materia penale» nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 48 ss.; B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. McDONALD, *Human Rights and Criminal Justice*, Londra, 2007, 192 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008, 820 ss.; D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*², Oxford, 2009, 204 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 38 ss.; ID., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*⁴, a cura di G. Insolera, N. Mazzacupa, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 2012, 198 ss.; ID., *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; P. VAN DICK, M. VIERING, *Right to a Fair and Public Hearing (Article 6)*, in AA.VV., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*⁴, Oxford, 2006, 543 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 74 ss.

⁹ Sulla piena identità tra i canoni di interpretazione dei termini «penalmente» e «procedura penale» che figurano nell'art. 4 Prot. n. 7 e quelli valevoli in rapporto alle espressioni «accusa in materia penale» e «pena», che compiono rispettivamente negli artt. 6 e 7 CEDU, tra le molte, Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zoloutokhine c. Russia*; Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Haarvig c. Norvegia*; Corte eur. dir. uomo, 19 settembre 2004, *Rosenquist c. Svezia*; Corte eur. dir. uomo, 8 aprile 2003, *Manasson c. Svezia*.

¹⁰ Generale, e non limitato agli appartenenti ad ordinamento particolare, assumendo altrimenti l'infrazione natura disciplinare.

e non già meramente riparatorio) per i quali la sanzione è prevista; dall'altro, la natura e la gravità del *malum* cui l'interessato si trova esposto¹¹.

Si tratta di indici connotati da significativi margini di elasticità, che possono rendere controvertibili, in non pochi casi, i relativi risultati applicativi. Così non è, tuttavia, nell'ipotesi in esame, rispetto alla quale la ricorrenza di entrambe le condizioni di "riconoscibilità" dell'illecito "convenzionalmente penale" – malgrado la diversa qualificazione nel diritto interno – risulta di macroscopica evidenza. Per un verso, infatti, la sanzione pecuniaria comminata dall'art. 187-ter TUF ha una funzione inequivocamente repressiva e deterrente – e non certo compensativa delle perdite degli investitori, come sosteneva il Governo italiano – rispetto a fatti che minano l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni: fatti usualmente rientranti nel perimetro di rilevanza penale, come attesta nel modo più eloquente il "gemello diverso" di cui all'art. 185 TUF. Quanto, poi, al profilo "ponderale", la predetta sanzione – benché non convertibile in misura limitativa della libertà personale nel caso di mancato pagamento – può raggiungere importi vertiginosi: il massimo edittale, pari a 5.000.000 di euro all'epoca dei fatti, è passato a 25.000.000 di euro dopo l'impennata disposta dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262; ma può lievitare ancora fino al triplo di tale importo o fino a dieci volte il profitto, se ritenuto – malgrado tutto – «inadeguato» alla gravità dell'illecito commesso. Alla sanzione pecuniaria si coniuga, inoltre, un ventaglio di sanzioni amministrative accessorie a carattere inabilitante, della durata massima di un triennio, suscettibili di pregiudicare pesantemente la collocazione nel mondo del lavoro dei soggetti coinvolti (art. 187-*quater* TUF). Tutto ciò per tacere della misura stigmatizzante della pubblicazione del provvedimento applicativo delle sanzioni (art. 187-*septies*, comma 3, TUF), nonché della confisca amministrativa obbligatoria, anche per equivalente, non solo del profitto dell'illecito, ma anche dei beni (*in primis*, finanziari) utilizzati per commetterlo, spesso di valore largamente superiore al primo (art. 187-*sexies* TUF): misura anch'essa dalla colorazione chiaramente punitiva.

A fronte di un simile "fuoco di fila", una conclusione diversa – rispetto a quella della natura penale dell'illecito «*from the point of view of the Convention*» – sarebbe stata inimmaginabile. Tanto più, poi, che la Corte europea si

¹¹ Come ribadisce la sentenza *Grande Stevens*, rileva, a tal fine, la sanzione minacciata e non quella concretamente inflitta: il che è del tutto logico. Il carattere alternativo, e non cumulativo, del secondo e del terzo criterio comporta, peraltro, che la severità-gravità possa non essere necessaria, ove la sanzione abbia, di per sé, una inequivoca natura deterrente e punitiva. Nel senso che, al di là delle astratte enunciazioni di principio, il criterio della severità non abbia mai, di fatto, giocato un significativo ruolo selettivo nella qualificazione degli illeciti, M. ALLENA (nt. 8), 55, ove ampi riferimenti. Ad esempio, nel caso *Varruzza*, la Corte europea non ha avuto alcun dubbio nel qualificare come di natura penale una comune sanzione amministrativa per eccesso di velocità, dell'ammontare di 62.000 lire (C. eur. dir. uomo, 9 novembre 1999, *Varruzza c. Italia*).

era già espressa in tal senso con riguardo alle sanzioni inflitte non soltanto dalle Autorità di vigilanza di particolari settori economici (e, segnatamente, dei mercati finanziari) di altri Paesi (Francia, in particolare)¹², ma anche dall'italica Autorità *antitrust*¹³.

Con specifico riferimento, poi, agli illeciti di *market abuse*, la Corte di Strasburgo era stata addirittura “anticipata”, sul suo stesso terreno, dalla Corte di Lussemburgo. Già nel 2009 la Corte di giustizia dell'Unione europea non aveva esitato, infatti, ad affermare che le sanzioni previste dagli Stati membri per gli abusi di mercato, in attuazione della direttiva 2003/6/CE, benché qualificate come amministrative, debbono ritenersi «penali» agli effetti della CEDU, tenuto conto della «natura delle violazioni», nonché del «grado di severità delle sanzioni» stesse¹⁴.

3. Il diritto a un equo processo: il procedimento innanzi alla CONSOB ed il controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate da essa

Dalla predicata natura “convenzionalmente penale” dell'illecito di cui si discute discende, anzitutto, l'operatività – quanto all'«accusa» che lo riguardi – del diritto all'equo processo (art. 6 CEDU), nella sua “dimensione penalistica”. Per questo verso, tuttavia, la violazione accertata dalla sentenza *Grande Stevens* appare davvero poca cosa.

In accordo con le doglianze dei ricorrenti, la Corte EDU riconosce che la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla CONSOB (art. 187-*septies* TUF)¹⁵ presenta delle “mende”, sul piano del rispetto del *fair trial*: non vi è “parità delle armi” tra accusa e difesa, né adeguato contraddittorio (essendo la sanzione inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti); non è prevista l'udienza pubblica (stante il carattere “cartolare” della pro-

¹² Per un'ampia panoramica sulle pronunce della Corte di Strasburgo relative alle autorità indipendenti francesi, M. ALLENA (nt. 8), 60 ss.

¹³ C. eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nello stesso senso con riguardo alle sanzioni *antitrust* inflitte dalla Commissione (per il riconoscimento del loro carattere penale, C. giust. 8 luglio 1999, C-199/92 P, *Hüls c. Commissione*; C. giust. 28 giugno 2005, C-189/02P, C-202/02P, da C-205-02P a C-208/02P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S e altri c. Commissione*).

¹⁴ Corte giust., 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group NV e altri*, § 42. Occorre avvertire, peraltro, che la citata pronuncia non è altrettanto cristallina nell'escludere la possibilità del cumulo di dette sanzioni con eventuali sanzioni penali per gli stessi fatti, cumulo che in alcuni passaggi sembrerebbe anzi ammettere. Sul punto, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 628; G. DE AMICIS (nt. 1), 9.

¹⁵ Per una panoramica generale sulle cadenze di tale procedimento, cfr., per tutti, anche per gli ulteriori riferimenti, M. FRATINI, *Art. 195*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini – G. Gasparri, III, Torino, 2012, 2657 ss.; M. VENTORUZZO (nt. 1), 11 ss.

cedura) (§ 123); la CONSOB – pur costituendo un organismo nel suo complesso autonomo e indipendente da altri poteri – non è, però, “sufficientemente imparziale”, stante il cumulo, in capo ad essa, di funzioni di indagine e di giudizio (essendo tali funzioni affidate ad organi che, sebbene distinti, dipendono comunque dallo stesso soggetto, ossia dal Presidente della Commissione) (§ 137). Manchevolezze, in verità, già ampiamente denunciate dalla nostra dottrina¹⁶.

Esse non bastano, tuttavia, a far ritenere violato l'art. 6 (§ 138). Anche a questo proposito, i Giudici di Strasburgo ribadiscono una giurisprudenza costante, e già specificamente applicata nel caso *Menarini*, con riferimento alle sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Una pena – nel senso “convenzionale” del termine – può essere inizialmente imposta anche da un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni dell'art. 6: l'importante è che vi sia, “a valle”, la possibilità di attivare un controllo “pieno” di un organo giurisdizionale (*full jurisdiction*), rispondente ai requisiti di cui citata norma della Convenzione (§ 139)¹⁷. Nella specie, tale possibilità esiste: il

¹⁶ La quale non aveva mancato, in particolare, di denunciare come la singolare concentrazione, in capo alla Commissione, di poteri regolamentari, investigativi e sanzionatori generi delicati problemi di rispetto del principio di separazione delle funzioni, del diritto al giusto processo e del diritto di difesa [F. ANNUNZIATA, *Il recepimento della market abuse directive*, in *Corr. giur.*, 2005, 77; F. DOUCOULOX FAVARD, F. PERNAZZA (nt. 3), 172 s.; F. MUCCIARELLI (nt. 6), 139; G. PAOLOZZI, *Modelli tipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 241; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, 405]. Sul tema, altresì, R. RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981 ss.; ID., *Gli abusi di mercato: sanzioni amministrative e tutela dei diritti*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, atti del convegno, Milano, 2010, 75 ss.

In generale, sull'esigenza di rispetto delle regole del «giusto processo» nei procedimenti sanzionatori che si svolgono davanti alle autorità amministrative indipendenti, M. ALLENA (nt. 8), 130 ss.; F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedimentali e giurisdizionali secondo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschi, Torino, 2012, 32 ss. ID., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell'arte” dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 408 ss.; R. VILLATA, F. GOISIS, *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di L. De Angelis, N. Rondinone, Torino, 2008, 541 ss.

¹⁷ Nel senso che, nel non semplice bilanciamento tra l'esigenza di assicurare il massimo dell'efficacia all'intervento con cui l'autorità di vigilanza contrasta fenomeni d'illegalità e la necessità di garantire appieno i diritti individuali dei destinatari di provvedimenti afflittivi, non sia «irragionevole riconoscere maggior peso [...] alla prima esigenza, finché ci si muove nello stretto ambito del procedimento amministrativo», a condizione «che la contrapposta esi-

provvedimento sanzionatorio della CONSOB è, infatti, opponibile davanti alla corte d'appello, organo certamente indipendente e imparziale e, al tempo stesso, «di giurisdizione piena» (art. 187-*septies*, comma 4, TUF)¹⁸.

L'unico “deficit convenzionale” del procedimento giudiziario di opposizione, riscontrato dalla Corte europea, è la mancanza dell'udienza pubblica innanzi alla corte territoriale (l'udienza pubblica davanti alla Corte di cassazione, nel susseguente giudizio di impugnazione, non basta, trattandosi di giudice di sola legittimità) (§ 161)¹⁹. Poca cosa, si diceva²⁰. Era già dubbio, in punto di fatto, che la violazione si fosse realmente verificata nel caso di specie, attese le discordanti risultanze istruttorie (§ 153). Ancor più dubbio, poi, è che il vizio sussista su un piano normativo, posto che al procedimento in questione si applica la generale disciplina di cui all'art. 23 l. 689/1981 (art. 187-*septies*, comma 6, TUF), cui non appare affatto estranea la pubblicità delle udienze²¹.

Su questo versante, dunque, sembrerebbe che la sentenza *Grande Stevens* non solo non giustifichi soverchi “allarmismi”, ma possa risultare addirittura, per certi versi, “rassicurante”. Tra (o nel)le sue righe può senz'altro leggersi una “sollecitazione” ad omologare pienamente anche la fase amministrativa del procedimento sanzionatorio in parola alle regole del *fair trial*, rendendo effettivo il rispetto di quei «principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti

genza difensiva sia privilegiata, invece, nell'eventuale successiva fase giurisdizionale, in cui la tutela dei diritti deve poter trovare la più soddisfacente esplicazione, essendo quello il suo ambito naturale», R. RORDORF, *Sanzioni amministrative* (nt. 16), 993.

¹⁸ Norma, quella ora citata, rimasta in vita grazie alla sentenza della Corte costituzionale che ha “bocciato”, per eccesso di delega, il tentativo – operato dall'art. 133, comma 1, lett. l), del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) – di trasferire la competenza in materia al giudice amministrativo (Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 245, con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della CONSOB*).

¹⁹ Su questo punto si registrano, peraltro, le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, secondo i quali la violazione dell'art. 6 CEDU deriverebbe anche dal fatto che, nell'ambito del procedimento giurisdizionale, non si è proceduto ad un esame in contraddittorio delle testimonianze contestate, assunte in segreto nella fase amministrativa, e i ricorrenti non sono stati sentiti in un'udienza davanti al tribunale. Le ipotizzate manchevolezze atterrebbero comunque al concreto svolgimento del giudizio oggetto di esame, senza derivare da un difetto “strutturale” della normativa interna.

²⁰ In senso critico, per questo verso, sulla decisione della Corte europea, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 623.

²¹ Nel senso che il citato art. 23 l. 689/1981, non prescrivendo il rito camerale, renda il giudizio di opposizione pienamente conforme alle indicazioni della Corte europea, M. VENTORUZZO cit. nt. 1. Ne danno conferma anche le primissime pronunce giurisprudenziali successive alla sentenza *Grande Stevens*: cfr., così, App. Milano, 12 giugno 2014, nella causa n. 73/2014 R.G.A., che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 TUF, per violazione del principio di pubblicità delle udienze, sul rilievo che il giudizio di opposizione presenta «tutte le caratteristiche richieste dalla CEDU, in ragione della sua pubblicità e oralità».

istruttori, [...] nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie», da cui pure il procedimento dovrebbe essere retto in forza della “dichiarazione programmatica” dell’art. 187-*septies*, comma 1, TUF, e che dovrebbero governare altresì, indistintamente, «i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza del sistema finanziario», in base al disposto dell’art. 24 l. 262/2005. Risultato – quello della piena omologazione alle regole del *fair trial* – che non parrebbe essere stato raggiunto, peraltro, neppure per effetto del recente, nuovo regolamento della CONSOB sul procedimento sanzionatorio, adottato con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750²².

Ma, sul punto, non si va al di là del mero “pungolo”. Per i Giudici di Strasburgo il sistema sanzionatorio amministrativo degli abusi di mercato “tiene”, sul piano procedimentale: così come si era ritenuto rispondere agli *standard* convenzionali – senza che potesse neppure riscontrarsi il “marginale” *vulnus* al principio di pubblicità delle udienze – il procedimento applicativo delle sanzioni *antitrust*, che vede la fase giudiziale di opposizione affidata al giudice amministrativo.

In quest’ottica, va escluso che la sentenza *Grande Stevens* si presti ad incuneare generali fattori di “crisi” nei vigenti meccanismi di applicazione delle sanzioni amministrative gestiti dalle Autorità amministrative indipendenti²³. Meno ancora, poi, potrebbe scorgersi nei *dicta* della Corte europea una “sconfessione” della logica “deflattiva” che sta alla radice degli interventi di depenalizzazione (uno dei quali, e di ampio respiro, è in corso di svolgimento, in virtù della delega legislativa conferita dalla l. 28 aprile 2014, n. 67), avuto riguardo ad una ipotetica “necessità convenzionale” di replicare in capo all’autorità amministrativa investita del potere sanzionatorio e al procedimento da essa gestito i “tratti garantistici”, rispettivamente, del giudice e del processo penale²⁴. La sentenza *Grande Stevens* ribadisce che tale necessità non sussiste: il procedimento giurisdizionale di opposizione, quale delineato dalla l. 689/1981, basta

²² Per una più dettagliata analisi sul punto, F. D’ALESSANDRO (nt. 1), 624 ss.

²³ Per la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 195 TUF per violazione dei principi del giusto processo, di cui all’art. 6 CEDU, facendo leva proprio su quanto affermato dalla sentenza *Grande Stevens*, App. Milano, 12 giugno 2014, nella causa n. 73/2014 R.G.A., cit.

Nel senso che i principi costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo non trovano applicazione nell’ambito del procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative che si svolge davanti alla CONSOB, ai sensi dell’art. 187-*septies* TUF, risultando riferibili solo al procedimento giurisdizionale, si erano già espresse le Sezioni unite della Corte di cassazione con riguardo alla stessa vicenda Fiat-Ifil (Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, cit.). Nel medesimo senso, con riferimento al procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal testo unico bancario, Cass., 18 aprile 2003, n. 6307.

²⁴ Esprimono, per converso, un simile timore P. GAETA (nt. 1), 23; nonché la Relazione dell’Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di cassazione n. 35/2014 dell’8 maggio 2014, 27.

a soddisfare le “richieste” della Convenzione. Già trent’anni addietro i Giudici di Strasburgo avevano, d’altronde, avvertito che la loro lettura del concetto di «*matière pénale*» non equivaleva affatto ad una “bocciatura” dei processi di depenalizzazione²⁵: l’estensione del perimetro di operatività delle garanzie penali dell’art. 6 CEDU non esclude, infatti, la legittimità del ricorso a moduli procedurali più snelli, che vedano tutte o parte delle garanzie differite ad un fase successiva ed eventuale rispetto al provvedimento applicativo della sanzione. Del resto, non prevede forse lo stesso ordinamento processuale penale interno un procedimento a contraddittorio (totalmente) differito – il procedimento per decreto – transitato costantemente indenne al vaglio di legittimità costituzionale?²⁶.

La materia potrebbe nascondere, nondimeno, una “coda velenosa”, sulla quale la Corte di Strasburgo non ha avuto modo di prendere posizione, in quanto il tema non le era stato sottoposto. Si tratta della eventuale violazione della presunzione di innocenza (art. 6, § 2, CEDU), connessa al fatto che il provvedimento sanzionatorio della CONSOB – emesso all’esito di una procedura non conforme al modello del *fair trial* – sia, malgrado ciò, immediatamente esecutivo (l’opposizione giudiziale non ha, infatti, effetto sospensivo, potendo la sospensione essere disposta solo in via eventuale dalla corte d’appello: art. 187-*septies*, comma 2, TUF)²⁷. Se si considera che il carattere non sospensivo dell’opposizione è la regola generale in materia di provvedimenti sanzionatori amministrativi (art. 22, comma 7, l. 689/1981); e se si tiene conto, altresì, del fatto che le altre sanzioni amministrative interne qualificabili come «penali» alla luce dei parametri di Strasburgo sono spesso irrogate all’esito di procedimenti ancor meno “garantiti” di quello previsto per gli abusi di mercato, si comprende come l’ipotizzabile contrarietà del congegno all’art. 6, § 2, CEDU possa rappresentare una prospettiva inquietante. Qui sì, potrebbe annidarsi la remora alla depenalizzazione, stante la rilevanza dell’effetto “deflattivo” correlato all’immediata esecutività del provvedimento sanzionatorio amministrativo, quale disincentivo alla proposizione di opposizioni giudiziarie dilatorie e pretestuose.

²⁵ Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, cit., ove si legge che «*Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6*».

²⁶ *Ex plurimis*, Corte cost., 18 luglio 2003, n. 257; Corte cost., 16 aprile 2003, n. 132; Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 8.

²⁷ Ciò diversamente da quanto accade per il decreto penale di condanna, la cui esecutività è subordinata alla mancata proposizione dell’opposizione (art. 461, comma 5, c.p.p.).

4. (Segue:) la modifica dell'accusa e la legalità e proporzionalità delle sanzioni

La Corte europea esclude, per altro verso, che vi sia stata, nel caso sottoposto al suo vaglio, una violazione dell'art. 6, § 3, lett. *a*) e *b*), CEDU, in relazione ad una asserita modifica "a sorpresa" dell'accusa (profilo che rimarrebbe, in ogni caso, circoscritto all'ipotesi di specie).

Esclude pure che sia ravvisabile la denunciata violazione, di ordine sostanziale, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (in tema di rispetto del diritto di proprietà): le sanzioni inflitte sono "legali" e – pur nella loro severità – non possono considerarsi sproporzionate rispetto al comportamento sanzionato²⁸.

5. Il cumulo di sanzioni e il ne bis in idem

La natura "convenzionalmente penale" dell'illecito "amministrativo" di manipolazione del mercato vale, però, a rendere operante anche un'altra garanzia: quella del *ne bis in idem* (processuale), sancita dall'art. 4 del Protocollo n. 7 (ratificato dall'Italia con l. 9 aprile 1990, n. 98), in forza del quale un soggetto già assolto o condannato in via definitiva non può essere nuovamente processato o condannato per il medesimo fatto²⁹. Diversamente da quanto avviene per l'ordinamento italiano – nel quale il divieto di un secondo giudizio è sancito a livello di legge ordinaria (art. 649 c.p.p.), ma senza trovare un espresso e diretto riconoscimento costituzionale – nel sistema della Convenzione il *ne bis in idem* assurge a diritto fondamentale dell'individuo, strettamente connesso alla generale garanzia del giusto processo penale³⁰: diritto ritenuto a tal se-

²⁸ Di diverso avviso, anche su questo punto, i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, secondo i quali le sanzioni inflitte ai ricorrenti non erano né legali – essendo state inflitte all'esito di procedimenti amministrativi e giudiziari caratterizzati «da gravi mancanze» – né proporzionate.

²⁹ L'art. 4 Prot. n. 7 stabilisce, in specie, 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».

³⁰ La formulazione dell'art. 4 Prot. 7 rappresenta il frutto della mediazione tra la tradizione anglosassone, legata al divieto del *double jeopardy*, che ha per principio ispiratore la tutela dell'individuo dal rischio di una nuove persecuzioni per lo stesso fatto, e la tradizione continentale, nella quale il *ne bis in idem* rappresenta anzitutto un riflesso dell'*auctoritas* del giudicato, mirando a garantire la certezza delle situazioni giuridiche. Sul principio del *ne bis in idem* in ambito Convenzionale, cfr. S. ALLEGREZZA, *Art. 4 Protocollo n. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 894 ss.; F. BIER, *Protocollo 7, Art. 4, Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di C. Defilippi-D. Bosi-R. Harvey, Napoli, 2006, 819 ss.; E. BLEICHRODOT, *Ne bis in idem (Article 4 of Protocol No. 7)*, in AA.VV., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*⁴, Oxford, 2006, 979 ss.; B.

gno pregnante – malgrado la sua estraneità all’originario *menu* della Convenzione³¹ – da non tollerare “affievolimenti” neppure in caso di guerra o di altre pubbliche calamità che minaccino la nazione (art. 4, § 3, Prot. n. 7, che esclude l’applicabilità dell’art. 15 CEDU).

Il discorso, a questo riguardo, è radicalmente diverso. La violazione è riscontrata e il relativo accertamento appare gravido di conseguenze.

“A monte” di tale esito sta la dichiarazione di invalidità della riserva apposta dall’Italia al momento della ratifica del Protocollo, intesa ad escludere dal campo applicativo della norma convenzionale in questione gli illeciti e i procedimenti non qualificati come «penali» dalla legge italiana³². Come in analoghi frangenti³³, la Corte europea rileva che si tratta di una «riserva di carattere generale», non ammessa dall’art. 57 della Convenzione³⁴. È mancata, infatti, la «breve esposizione» – richiesta dal § 2 di tale articolo – delle specifiche disposizioni interne, in vigore al momento della ratifica (l’art. 187-*ter* TUF, peraltro, neppure lo era), incompatibili con la norma convenzionale cui la riserva è riferita (§ 210): «breve esposizione» necessaria onde evitare che la riserva stessa risulti troppo ampia e generica³⁵.

Sgombrato il campo dalla riserva, la Corte EDU “demolisce” prontamente l’argomento difensivo del Governo, basato sul rilievo che – così come la giurisprudenza di legittimità aveva avuto modo di rimarcare – il reato di manipolazione del mercato (art. 185 TUF) e l’omonimo illecito amministrativo (art. 187-*ter* TUF) non sono identici: al di là delle discrepanze nella descrizione della condotta, il primo richiede, infatti, l’idoneità concreta ad alterare il prezzo de-

VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2010, 173 ss.; U. KILKELLY, *Article 4, Seventh Protocol: ne bis in idem*, in D.J. HARRIS, M. O’BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*², Oxford, 2009, 751 ss.; E. NICOSIA (nt. 8), 88 ss.

³¹ Il principio del *ne bis in idem* è peraltro enunciato anche dall’art. 14, § 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre che dall’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen.

³² Conclusione anche questa non certo imprevedibile. Nel senso che la riserva apposta dall’Italia non escludesse comunque un sindacato della Corte europea sulla natura penale del procedimento, S. ALLEGREZZA (nt. 30), 897.

³³ Con riferimento allo stesso art. 4 Prot. n. 7, si veda, ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*.

³⁴ Sul tema, G. C. BRUNO, *Art. 57*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 786 ss.

³⁵ In conformità alla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo [per riferimenti, cfr. G.C. BRUNO (nt. 34), 787], l’invalidità della riserva ha, come conseguenza, che la stessa si considera non apposta e che lo Stato italiano resta vincolato *tout court* alla norma convenzionale cui essa era riferita.

gli strumenti finanziari e il dolo; per il secondo, basta l'idoneità astratta e la colpa³⁶.

Anche a questo riguardo, la Corte di Strasburgo ha buon gioco nel ribadire la propria giurisprudenza, ormai costante dopo la sentenza *Zolotoukhine* della Grande Camera³⁷ e che riflette la visione maggiormente "garantistica" del principio del *ne bis in idem*: malgrado la formulazione linguistica apparentemente contraria dell'art. 4 Prot. n. 7³⁸, quello che conta, ai suoi fini, non è l'«*idem* legale», ma la coincidenza dei fatti in senso storico-naturalistico (*idem factum*). Agli effetti della verifica di compatibilità con la norma convenzionale, non interessa, perciò, se gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte tipizzate dalle due norme sanzionatorie siano identici, ma solo se i fatti concreti che hanno dato luogo ai due procedimenti siano i medesimi: e nel caso di specie certamente lo sono (§ 224)³⁹. Altrettanto avviene, del resto, per il *ne bis in idem* "nostrano", sancito dall'art. 649 c.p.p.⁴⁰: quello che rileva è l'identità del fatto; poco importa che lo si qualifichi diversamente sul piano giuridico, riconducendolo a paradigmi punitivi la cui sfera di prensione non coincide, o coincide solamente in parte⁴¹.

³⁶ Cass., 16 marzo 2006 (dep. 3 maggio 2006), n. 15199, in *Cass. pen.*, 2007, 56, con nota di M. B. MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*; in *Società*, 2007, con nota di M. MIEDICO, *La manipolazione del mercato: illecito penale o illecito amministrativo?*. Sul tema, altresì, anche per ulteriori riferimenti, F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, 393 ss.; F. D'ALESSANDRO, *L'aggiotaggio e la manipolazione del mercato*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia, I, Padova, 2014, 830 ss.; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 704 ss.

³⁷ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*. Tale pronuncia ha posto fine alle pregresse oscillazioni sul tema, per la cui illustrazione cfr., in particolare, S. ALLEGREZZA (nt. 30); B. VAN BOCKEL (nt. 30), 190 ss.

³⁸ Ove si utilizzano i vocaboli «*infraction*», nella versione francese, e «*offence*», in quella inglese – traducibili in italiano come «reato» – che sembrerebbero, *primo visu*, attribuire rilevanza alla sola qualificazione giuridica.

³⁹ Si tratta di una lettura sintonica a quella data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea alle omologhe garanzie previste dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dagli artt. 54 ss. della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (tra le altre, Corte giust., 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*): ed anzi, è proprio la giurisprudenza della Corte di giustizia una delle fonti ispiratrici della "svolta" operata dalla sentenza *Zolotoukhine*. Sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti, S. ALLEGREZZA (nt. 30), 902; B. VAN BOCKEL (nt. 30), 160 ss.

⁴⁰ La norma interna stabilisce, infatti, che l'imputato prosciolto o condannato con provvedimento irrevocabile non può essere sottoposto ad un nuovo procedimento «per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze».

⁴¹ Cfr., in proposito, Cass., sez. un., 28 giugno 2005 (dep. 28 settembre 2005), n. 34655; nel senso che si debba avere riguardo alla «medesima vicenda storica, intesa in relazione ai profili temporali, spaziali e modali, indipendentemente dalla qualificazione giuridica», da ultimo, Cass., 22 maggio 2014 (dep. 26 maggio 2014), n. 21323. In dottrina, sul tema, per tutti,

Vale la pena di soggiungere, peraltro, che la conclusione non sarebbe verosimilmente mutata neppure qualora l'«*idem*» fosse stato inteso nell'accezione «legale». Nonostante la diversa tecnica di descrizione della fattispecie sanzionata – con “formule aperte” («operazioni simulate», «altri artifici») nell'art. 185 TUF, tramite un'elencazione di tipo “casistico” nell'art. 187-*ter* TUF⁴² – appare indubbio che il delitto di manipolazione del mercato si ponga in rapporto di specialità rispetto all'omonima fattispecie sanzionatoria amministrativa, intesa chiaramente a proteggere il medesimo bene giuridico⁴³; dunque, i fatti costitutivi dell'illecito penale integrano necessariamente anche l'illecito amministrativo.

A questo punto, la via è spianata: se la sanzione per l'illecito “amministrativo” di manipolazione del mercato ha natura «penale» agli effetti della Convenzione, l'avvenuta applicazione della sanzione stessa ai ricorrenti con sentenza definitiva impediva che questi ultimi fossero nuovamente processati per il medesimo fatto, qualificato come illecito penale dal diritto interno (§§ 222-223). Non trova eco, in proposito, la tesi del Governo italiano, volta a prospettare l'esistenza di «una tradizione costituzionale comune agli Stati membri», in punto di ricorso ad una doppia sanzione (amministrativa e penale) in particolari ambiti di materia (quali quelli fiscale, ambientale e della sicurezza pubblica)⁴⁴: «tradizione» – quanto all'Italia – in verità già da tempo dismessa, con la generalizzazione del principio di specialità, e men che mai, comunque, di rango costituzionale.

La posizione della Corte di Strasburgo appare, almeno sino ad un certo punto, convergente con quella della Corte di giustizia. Nella sentenza della Grande Sezione relativa al caso *Fransson*⁴⁵ – citata dalla *Grande Stevens* – i

E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 435 ss.; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VI, Torino, 2009, 43 ss. Sulla piena compatibilità, per questo verso, dell'ordinamento interno con l'attuale indirizzo della Corte europea, S. ALLEGREZZA (nt. 30), 902.

⁴² Su tale singolare *Inversionmethode*, che riserva la tecnica maggiormente “tipizzante” all'illecito amministrativo, anziché a quello penale – in teoria più “bisognoso” di determinatezza – cfr. C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, atti del convegno, Milano, 2010, 61 s.

⁴³ F. VIGANÒ (nt. 1), 10. Tale profilo è posto specificamente in evidenza nell'opinione parzialmente dissidente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque (§ 27).

⁴⁴ Tesi che riprende quella sostenuta dall'avvocato generale Cruz Villalòn davanti alla Corte di giustizia in relazione al caso *Fransson*, di cui subito appresso.

⁴⁵ Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 aprile 2013, con nota di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*. A commento della pronuncia, altresì, R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013, 1 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*

Giudici di Lussemburgo hanno, infatti, affermato che l'omologo principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)⁴⁶, non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni tributarie (nella specie, relative ad obblighi dichiarativi in materia di IVA), dapprima una sanzione amministrativa (nella specie, una sovrattassa) e successivamente una sanzione penale: ma ciò solo alla condizione che la prima non debba considerarsi "sostanzialmente" penale (§ 34), alla luce di parametri che ripetono scopertamente gli "Engel criteria" (§ 35).

È ben vero che la sintonia tra la sentenza *Fransson* e giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di divieto di un secondo giudizio è lungi dall'apparire perfetta⁴⁷. Per un verso, infatti, nel caso *Fransson*, la Corte di giustizia non si è espressa direttamente sulla natura «penale» o meno della sovrattassa, ma ha demandato la relativa verifica al giudice nazionale (§ 36 e 38). Resta, peraltro, da stabilire fino a che punto tale soluzione sia giustificata dalla specificità della materia di cui nel frangente si discuteva⁴⁸: nel caso *Spector Pho-*

europaea, in *Riv. dir. int.*, 2013, 883 ss.; S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *Giust. pen.*, 2014, I, 21 ss.; S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2013, 574 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Dir. Unione europea*, 2013, 229 ss. Si tratta di pronuncia emessa a seguito del rinvio pregiudiziale di un'autorità giudiziaria svedese, nell'ambito di un procedimento penale per frode fiscale aggravata promosso nei confronti di un soggetto già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi di dichiarazione in materia di IVA.

⁴⁶ Il solo tratto differenziale tra la previsione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE (in forza del quale «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge») attiene, in pratica, all'ambito territoriale di riferimento del *ne bis in idem*, che risulta confinato in una dimensione nazionale dalla norma della Convenzione, ed esteso invece all'intero ambito europeo da quella della Carta. Sul principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 50 CDFUE, tra gli altri, D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1413 ss.; T. MAGNO, *Il ne bis in idem quale diritto umano soprannazionale*, in *www.europeanrights.eu.*, 1 ss.; A. PISAPIA – M. PIAZZA, *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3272 ss.; B. VAN BOCKEL (nt. 30), 119 ss.

⁴⁷ Sulle discrepanze tra la sentenza *Fransson* della Corte di giustizia e la sentenza *Grande Stevens* della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. G. DE AMICIS (nt. 1), 5 ss.; D. VOZZA (nt. 45), 5 ss.; nonché, con particolare energia, P. GAETA (nt. 1), 10 ss.

⁴⁸ Al riguardo, è stato rilevato come la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fransson* – in verità, tutt'altro che lineare – si differenzi da quella adottata, meno di un anno prima, sul caso *Bonda* (Corte giust., 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*). Si è parlato, in proposito, di una nozione di materia penale «a geometria variabile» nella giurisprudenza eu-rounitaria, le cui linee ricostruttive variano a seconda del contesto normativo e fattuale di riferimento [G. DE AMICIS (nt. 1), 8; D. VOZZA (nt. 45), 9].

to Group – come già ricordato – la Corte di Lussemburgo non aveva avuto, per converso, remore nel qualificare essa stessa come penali, indipendentemente dalla qualificazione “formale”, le sanzioni previste per gli abusi di mercato. In ogni caso, non si vede come il giudice italiano potrebbe mai pervenire ad una conclusione diversa – sulla base degli anzidetti parametri – in rapporto all’illecito delineato dall’art. 187-ter TUF.

Per altro verso, poi, nella medesima pronuncia la Corte di giustizia – con riguardo ai casi in cui la disposizione nazionale attui il diritto dell’Unione – ha subordinato l’esclusione del cumulo tra le “sedicenti” sanzioni amministrative e le sanzioni penali alla condizione – la cui verifica è parimenti affidata al giudice nazionale – che quelle restanti risultino «effettive, proporzionate e dissuasive» (§ 36): condizione affatto estranea alla linea di lettura della Corte di Strasburgo e che non manca di suscitare perplessità, nella misura in cui sembra sottomettere il rispetto di un diritto fondamentale, consacrato dalla Carta, alla realizzazione degli scopi contingenti del diritto eurounitario⁴⁹. Ma, comunque sia, nuovamente non si comprende come il giudice italiano avrebbe potuto contestare che la sventagliata di sanzioni prefigurata per l’illecito “amministrativo” di manipolazione del mercato risponda, già di per sé sola, agli *standard* di effettività, proporzionalità e dissuasività richiesti dalla MAD del 2003, che, come detto, non esige l’impiego di sanzioni penali.

6. I problemi che nascono dalla sentenza “per il passato”: a) quanto alla specifica vicenda presa in esame

Secondo la Corte europea vi è, in conclusione – nel caso *Grande Stevens* – una violazione del *ne bis in idem*, cui lo Stato italiano deve porre fine, rimuovendone le conseguenze (§ 232): in particolare, vigilando affinché il procedimento penale «sia chiuso nei più brevi tempi possibili e senza conseguenze lesive per i ricorrenti» (§ 237).

I Giudici di Strasburgo si limitano, con ciò, a richiedere misure di ordine individuale. Ma è fin troppo evidente che il *vulnus* riscontrato dipende non già da una “cattiva gestione” del singolo caso, quanto piuttosto dalla regolamenta-

⁴⁹ Nel senso che la sentenza *Fransson* adotti una lettura tendenzialmente restrittiva del divieto di un secondo giudizio, richiedendo al giudice nazionale di bilanciare il corrispondente diritto dell’individuo con l’esigenza di adeguate sanzioni residuali, D. VOZZA (nt. 45), 8. La pronuncia si pone, per questo verso, sulla scia della precedente sentenza *Melloni*, con la quale la Corte di giustizia ha escluso che diritti costituzionalmente garantiti possano prevalere sul diritto dell’Unione, paralizzandone l’applicabilità (Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*).

Nel senso che lo *status* accordato ai diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione europea dovrebbe comportare comunque la prevalenza dell’art. 50 della Carta, anche in presenza di lacune repressive, S. MONTALDO (nt. 45), 580.

zione generale della materia a livello legislativo: da un difetto “strutturale” dell’ordinamento interno, quindi, al quale occorre porre rimedio onde evitare una moltiplicazione delle condanne⁵⁰.

Come già anticipato, si tratta, per questo verso, di una decisione gravida di ricadute, sotto un duplice versante: “per il passato” e “per il futuro”. Formule con le quali si allude, rispettivamente, al fatto che il risultato lesivo della normativa convenzionale si sia già prodotto, ovvero rischi di prodursi in avvenire. Il *discrimen*, al riguardo, è segnato dalla circostanza che in almeno uno dei procedimenti paralleli per l’abuso di mercato sia già intervenuta una decisione definitiva, non interessa se di condanna o di assoluzione: questo essendo il presupposto di operatività del *ne bis in idem* convenzionale⁵¹. La semplice pendenza contemporanea dei procedimenti – al di là dell’imbarazzo legato alla consapevolezza che uno di essi finirà prima o poi per rivelarsi inutile – non basta ancora a determinare una situazione di contrasto attuale con il divieto del Protocollo⁵².

Ciò posto, quanto al primo versante – conseguenze “per il passato” – *quid iuris*, anzitutto, in ordine alla vicenda che ha dato esca alla pronuncia? Con sentenza emessa ancor prima della pubblicazione della decisione della Corte europea, ma la cui motivazione è stata depositata successivamente ad essa, la Corte di cassazione ha dichiarato estinto per prescrizione il reato contestato ai ricorrenti, annullando senza rinvio la sentenza di condanna impugnata⁵³. Il primo obiettivo indicato dalla Corte di Strasburgo – chiusura del processo penale nel più breve tempo, quale misura individuale mirante alla *restitutio in integrum* – è stato, quindi, già raggiunto di fatto per altra via⁵⁴.

Ma può dirsi raggiunto anche il secondo (chiusura del processo «senza conseguenze lesive»)? Se si dovesse ragionare in ottica “interna”, il proscioglimento per prescrizione potrebbe essere considerato un esito non scevro da effetti pregiudizievoli (in teoria, la Cassazione avrebbe dovuto prosciogliere ai sensi

⁵⁰ Si duole del fatto che la Corte europea non si sia spinta ad indicare anche le misure generali richieste allo Stato italiano a tale fine, F. D’ALESSANDRO (nt. 1), 624.

⁵¹ Sul concetto di «sentenza definitiva» che compare nell’art. 4 Prot. n. 7, cfr. S. ALLEGREZZA (nt. 30), 902 ss.

⁵² In questa prospettiva, è stata correttamente disattesa una eccezione di illegittimità costituzionale – basata sui principi affermati dalla sentenza *Grande Stevens* – intesa ad arrestare il processo penale per fatti di manipolazione del mercato, proposta da imputati nei cui confronti il parallelo giudizio di opposizione avverso il provvedimento sanzionatorio amministrativo della CONSOB, relativo ai medesimi fatti, risultava ancora pendente davanti alla Corte di cassazione [G.i.p. Trib. Milano, 5 giugno 2014, di cui da notizia F. VIGANÒ (nt. 1), 13].

⁵³ Cass., 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915, cit.

⁵⁴ Il processo penale era, in effetti, già chiuso al momento del deposito della sentenza della Corte di Strasburgo, la cui ingiunzione risulta basata sulle ultime informazioni ricevute dal Governo italiano nel giugno 2013, che qualificavano il processo come ancora pendente a quella data.

dell'art. 649, comma 2, c.p.p., per divieto di un secondo giudizio)⁵⁵. Ne costituisce indice il fatto che l'art. 673 c.p.p. prevede che, nel caso di *abolitio criminis*, debba essere revocata, non solo la sentenza di condanna, ma anche la sentenza, passata in giudicato, di proscioglimento per estinzione del reato. Resterebbe, in ogni caso, da verificare se possa parlarsi di «conseguenza lesiva» anche in ottica “convenzionale”. A questi fini, sul piano del “danno all’immagine” o “reputazionale”, occorrerebbe anche stabilire quale rilievo abbia la circostanza che, nella specie, la sussistenza dell’illecito era già stata accertata in modo definitivo e “convenzionalmente corretto” (salvo sempre il “marginale” *vulnus* connesso al difetto di pubblicità dell’udienza) nel procedimento per l’illecito “amministrativo”.

7. (Segue:) *b) la pluralità di procedimenti*

Al di fuori della specifica vicenda presa in esame dalla sentenza *Grande Stevens*, si presentano – sempre sul piano delle conseguenze “per il passato” – due situazioni problematiche.

La prima è quella in cui, alla data odierna, uno dei procedimenti avviati per il medesimo fatto di *market abuse* – verosimilmente quello relativo all’illecito amministrativo, dalle cadenze più rapide – risulti già chiuso con pronuncia definitiva, mentre l’altro (con ogni probabilità, quello penale) è ancora pendente.

Al riguardo, la prima e più immediata soluzione, per rimuovere la duplicità di processi censurata dai Giudici di Strasburgo, sarebbe l’interpretazione “convenzionalmente conforme” dell’art. 649 c.p.p. Si dovrebbe ritenere, cioè, che il divieto di doppio giudizio ivi sancito scatti anche quando la sentenza definitiva concerna un illecito qualificato come «amministrativo» dal diritto interno, ma da considerare «penale» agli effetti della CEDU, o, quantomeno, già riconosciuto tale dalla Corte di Strasburgo, come nel caso della manipolazione del mercato.

È un percorso indubbiamente accidentato, stante il dato letterale-sistematico con cui occorre confrontarsi⁵⁶: ma non fino al punto di ritenere che si

⁵⁵ Nel senso che si tratti di effetto pregiudizievole, P. GAETA (nt. 1), 25.

⁵⁶ La praticabilità di una interpretazione “convenzionalmente orientata” dell’art. 649 c.p.p. è stata esclusa in modo perentorio dalla pronuncia della Corte di cassazione che ha “chiuso” il caso *Grande Stevens* [Cass., 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915, cit.], ove si legge che, a fronte dell’«incontestabile tenore» di detta disposizione, non è «plausibilmente prospettabile per l’interprete alcuno spiraglio per una diversa ermeneutica». Nel senso che la soluzione interpretativa in discorso debba ritenersi preclusa al giudice nazionale dal principio di stretta legalità, P. GAETA (nt. 1), 26. Scettico anche G. DE AMICIS (nt. 1), 20.

In generale, sull’interpretazione conforme e i suoi limiti, cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 43 ss.

tratti di ipotesi di pura immaginazione⁵⁷. Lo dimostra il fatto che – in una parallela ottica di interpretazione “adeguatrice” – la Corte di cassazione abbia già ritenuto, con giurisprudenza ormai consolidata, che, ai fini dell'applicazione del citato art. 673 c.p.p. (in tema di revoca del giudicato), la dichiarazione di contrarietà di una norma interna al diritto dell'Unione europea ad applicazione diretta, operata dalla Corte di giustizia, equivalga ad un'*abolitio criminis* legislativa o conseguente a declaratoria di illegittimità costituzionale⁵⁸. Con specifico riguardo all'art. 649 c.p.p., d'altra parte, la giurisprudenza di legittimità si è già mostrata “aperta” a letture di tipo analogico, intese a superare il presupposto espresso di operatività della disposizione (esistenza di una sentenza o di un decreto penale di condanna divenuti irrevocabili)⁵⁹: e ciò in considerazione della natura di principio generale della regola da essa sancita.

Se la predetta interpretazione “convenzionalmente orientata” non fosse ritenuta praticabile, la soluzione alternativa che viene immediatamente in considerazione – in assenza, s'intende, di un tempestivo intervento legislativo – sarebbe la proposizione della questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 649 c.p.p., *in parte qua*, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.: questione già prospettata senza successo dalla difesa nell'ambito dei diversi gradi del processo penale relativo alla vicenda Fiat-Ifil⁶⁰, ma che si colora evi-

⁵⁷ Ritengono praticabile l'interpretazione “adeguatrice”, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 629; M. FIDELBO (nt. 1), 6; A. GIOVANNINI (nt. 1), 14; A. F. TRIPODI (nt. 1), 4; F. VIGANÒ (nt. 1), 14.

⁵⁸ Cfr., per tutte, Cass., 28 aprile 2011 (dep. 1° giugno 2011), n. 22105; Cass., 29 aprile 2011 (dep. 20 maggio 2011), n. 20130; Cass., 5 novembre 2010 (dep. 8 marzo 2011), n. 9028.

⁵⁹ Ciò nella prospettiva di estendere il *ne bis in idem* al *bis de eadem rem ne sit actio*: cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005 (dep. 28 settembre 2005), n. 34655, in *Corr. merito*, 2006, 239, con nota di G. LEO, *Ne bis in idem e principio di preclusione nel processo penale*; in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 719, con nota di P. TROSI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*; in *Guida dir.*, 2005, n. 40, 76, con nota di E. AMATO, *Estensione del ne bis in idem sulla base di principi generali*; in *Indice pen.*, 2006, 735, con nota di L. G. VELANI, *Divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto: azione penale improcedibile anche in mancanza di irrevocabilità*, in forza della quale non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del pubblico ministero.

⁶⁰ L'eccezione era stata proposta dagli imputati già nel corso del giudizio di grado davanti al Tribunale di Torino, che l'aveva ritenuta manifestamente infondata sul duplice rilievo della diversità tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter e il delitto di cui all'art. 185 TUF, e della circostanza che la coesistenza tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per i fatti di manipolazione del mercato sarebbe stata imposta dalla direttiva 2003/6/CE (Trib. Torino, 21 dicembre 2010, cit.). Di analogo segno le valutazioni della Corte d'appello di Torino, chiamata a pronunciarsi sulla medesima eccezione quale giudice del rinvio dopo l'annullamento della sentenza assolutoria del Tribunale (App. Torino, 28 febbraio 2013, cit.).

Da ultimo, la Corte di cassazione, con la sentenza che ha chiuso il giudizio, ha ritenuto la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, osservando che, nella circostanza, lo scrutinio di legittimità verteva sulla sentenza pronunciata dalla Corte d'appello in

dentemente di diversa luce dopo l'arresto dei Giudici di Strasburgo. Va da sé che una simile questione troverebbe il suo *ubi consistam* nel noto indirizzo inaugurato dalle “sentenze gemelle” n. 348 e n. 349 del 2007 e puntualizzato dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale: le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, integrano – in veste di “norme interposte” – il parametro costituzionale dianzi indicato, là dove impone al legislatore il rispetto dei «vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali».

Non sembra, d'altro canto, che l'operazione ora ipotizzata possa trovare ostacolo nel limite posto dalla giurisprudenza costituzionale alla “penetrazione” in ambito interno degli arresti della Corte EDU: quello per cui, cioè, le norme della Convenzione, nell'interpretazione datane dai Giudici di Strasburgo, perdono la capacità di integrare l'art. 117, primo comma, Cost. ove risultino in contrasto con norme costituzionali (con *qualunque* norma costituzionale, e non solo con i “principi supremi”, che fungono da “controlimiti” all'ingresso nell'ordinamento nazionale del diritto dell'Unione europea)⁶¹.

Malgrado le contrarie opinioni affacciate, la lettura dell'art. 4 Prot. n. 7 offerta dalla Corte europea non genera, in effetti, reali problemi di compatibilità con alcun parametro costituzionale interno. In particolare, va escluso che possa ravvisarsi un contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.) – che, per noi, è una legalità formale, connessa alla presenza di una legge di matrice parlamentare – nel fatto che la Corte di Strasburgo (come già in molti altri casi) abbia qualificato «penale», agli effetti della Convenzione, una sanzione che la legge interna configura invece come amministrativa⁶². Detta qualificazione è funzionale, infatti, ad un incremento

sede di rinvio, mentre l'incidente in parola avrebbe potuto – e dovuto – essere sollevato nel precedente giudizio davanti alla stessa Corte di cassazione: con la conseguenza che, essendosi formatosi il giudicato, ai sensi dell'art. 624 c.p.p., sull'esclusione della causa di proscioglimento di cui all'art. 649 c.p.p., l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma censurata sarebbe rimasta ininfluente [Cass., 17 dicembre 2013 (dep. 14 maggio 2014), n. 19915, cit.].

⁶¹ Per recenti prese di posizione in senso critico riguardo alla “sistemazione” dei rapporti tra sistema nazionale domestico e normativa convenzionale operata dalla Corte costituzionale, v. peraltro V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 285 ss.; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2014, 1 ss.

⁶² Diversamente, e nel senso che il principio di legalità formale accolto dall'art. 25 Cost. osti all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale in parola, si esprime la Relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di cassazione n. 35/2014 dell'8 maggio 2014, 25.

Il principio di stretta legalità in materia penale è stato richiamato anche da Cass., 13 gennaio 2014, n. 510, al fine di respingere un ricorso volto ad ottenere l'equa riparazione per l'eccessiva durata di una controversia tributaria, basato sull'assunto che alle sanzioni amministrative inflitte al ricorrente, e che costituivano oggetto di detta controversia, dovesse riconoscersi, per la loro particolare gravità, natura sostanzialmente penale alla luce delle indicazioni

del tasso delle garanzie, secondo la logica del sistema “multilivello” di protezione dei diritti fondamentali, che punta alla massima espansione delle tutele. Quello che si richiede, in sostanza, dai Giudici di Strasburgo è che determinati presidi – propri della materia penale – siano resi operanti anche in rapporto a violazioni qualificate come amministrative dal diritto nazionale⁶³.

Si è, dunque, su un piano diverso rispetto all'ipotesi – presa in considerazione dalla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale⁶⁴, e da essa ritenuta non praticabile proprio alla luce dell'esigenza di rispetto dell'art. 25, secondo comma, Cost. – dell'inclusione del c.d. diritto giurisprudenziale fra le fonti della norma penale, patrocinata con particolare riguardo al fenomeno dell'*overruling*, sia pure *in bonam partem*. La stessa Corte costituzionale, d'altro canto, ha già avuto occasione di “puntellare” proprio con il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo circa la necessaria soggezione di «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo [...] alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», la ritenuta riferibilità anche alle sanzioni amministrative del principio di irretroattività della norma sfavorevole⁶⁵: segno evidente che in quella giurisprudenza non si scorgeva alcun profilo di frizione con il parametro costituzionale considerato.

Ancor meno plausibile è che lo sbarramento all'ingresso nell'ordinamento

della giurisprudenza di Strasburgo. Nel disattendere la pretesa, la Cassazione ha fatto specifico riferimento alla sentenza *Fransson* della Corte di giustizia, mostrando peraltro di ritenere che i tre criteri di identificazione della «natura penale» della violazione da essi enunciati (tra cui, anzitutto, quello della qualificazione giuridica nel diritto interno) siano tra loro cumulativi, anziché alternativi.

⁶³ Di analogo avviso F. VIGANÒ (nt. 1), 15, nt. 18, ove il duplice rilievo che, diversamente opinando, si «getterebbero alle ortiche cinquant'anni di giurisprudenza convenzionale, la cui costante – e comprensibile – preoccupazione è stata quella di evitare che gli Stati, attraverso il “classico” espediente dell'*Etikettenschwindel*, si sottraggano alle garanzie convenzionali in materia di diritto e processo penale qualificando come “amministrative” sanzioni che abbiano tutta la sostanza (e la carica lesiva dei diritti fondamentali dell'individuo) di una vera e propria pena»; e che, d'altra parte, «la riserva di legge in materia sostanziale e processuale è una garanzia per l'individuo contro il rischio di arbitri del potere esecutivo e giudiziario», onde «sarebbe assurdo venisse trasformata in un argomento per *limitare* la tutela effettiva dei diritti fondamentali».

⁶⁴ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, a cui commento V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 164 ss.

⁶⁵ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.*, 2011, 528, con nota di V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette*; in *Giur. cost.*, 2010, 2323, con nota di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*. Già in precedenza, peraltro, la Corte costituzionale aveva fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte europea al fine di estendere al contenzioso relativo alle sanzioni amministrative tributarie il principio di ragionevole durata del processo (Corte cost., 27 febbraio 2009, n. 56, in *Foro it.*, 2010, I, 807).

nazionale dei *dicta* della Corte di Strasburgo possa essere rappresentato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.): e ciò in ragione del fatto che, recependo quei *dicta*, l'irretrattabilità dell'azione penale finirebbe per essere sacrificata a fronte dell'iniziativa avviata da un organo amministrativo⁶⁶. Da un lato, infatti, l'azione penale è obbligatoria solo fin tanto che la potestà punitiva statale non sia stata "consumata" in altro procedimento: e, nel frangente, il postulato di base è che – stante la natura sostanzialmente penale dell'illecito di cui all'art. 187-ter TUF – la potestà punitiva statale si sia, giust'appunto, "consumata" con la definizione del procedimento ad esso relativo. Dall'altro lato, l'obbligatorietà dell'azione penale presuppone comunque la legittimità dell'azione stessa: laddove invece, nell'ipotesi considerata, il suo esercizio risulterebbe illegittimo, in quanto lesivo di un diritto fondamentale dell'individuo che l'Italia si è impegnata a rispettare in sede internazionale⁶⁷.

Meno che mai, poi, l'ipotetico "controlimite" potrebbe essere rinvenuto nel fondamento costituzionale degli interessi tutelati dalle norme in materia di abusi di mercato (in particolare, nel principio della tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.). Ovvio la replica: «un processo, esso stesso rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, basta [...] per proteggere gli interessi in gioco, così come [...] basta per tutti gli interessi più rilevanti che l'ordinamento conosca – a cominciare dalla vita umana»⁶⁸.

Una prospettiva particolarmente "fascinosa", sul piano delle implicazioni concettuali, sarebbe quella dell'individuazione dell'ipotetico "controlimite" nell'obbligo di rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (oggi, dell'Unione europea): obbligo che – in tesi – dovrebbe essere considerato peggiore rispetto a quello di adeguamento ai precetti della CEDU, in quanto solo nei confronti dell'Unione europea, e non pure nei confronti del "diritto della Convenzione", lo Stato italiano ha accettato una vera e propria limitazione della propria sovranità, ai sensi dell'art. 11 Cost.⁶⁹.

Si tratta di una prospettiva evocata in qualche modo dalle stesse difese del Governo italiano, volte ad evidenziare come il ricorso al doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo, a fini di contrasto delle pratiche di *market abuse*, fosse stato «autorizzato espressamente» per l'appunto dal diritto dell'Unione, e segnatamente dalla già più volte citata direttiva 2003/6/CE. È chiaro che un simile argomento non avrebbe potuto comunque sortire effetti favorevoli nel giudizio davanti alla Corte europea: dall'angolo visuale di Strasburgo, gli Stati parte della Convenzione restano infatti vincolati al rispetto degli obblighi che dalla stessa discendono anche quando danno attuazione al di-

⁶⁶ Per un accenno in tal senso, G. DE AMICIS (nt. 1), 20.

⁶⁷ Così F. VIGANÒ (nt. 1), 16.

⁶⁸ F. VIGANÒ (nt. 1), 15.

⁶⁹ F. VIGANÒ (nt. 1), 17.

ritto eurounitario⁷⁰. Il problema si sposta, però, sul fronte della configurabilità di un possibile “controlimite” interno all’adeguamento alla giurisprudenza della Corte europea.

Al riguardo, occorre subito dire che l’interrogativo appare “sgonfiato” dall’avvenuta abrogazione della direttiva 2003/6/CE e dalla sua sostituzione con una nuova normativa dell’Unione in materia di abusi di mercato, che – come si vedrà poco più avanti – richiama in modo espresso gli Stati membri all’osservanza del principio del *ne bis in idem* nella configurazione del sistema repressivo dei fenomeni considerati. La previsione cumulativa di sanzioni penali e amministrative, ad ogni modo – come riconosciuto dallo stesso Governo italiano nelle sue difese – non era imposta, ma solo consentita («autorizzata») dalla direttiva abrogata: sicché non potrebbe comunque parlarsi, rispetto a tale opzione, di un vero e proprio «vincolo» derivante dall’ordinamento comunitario⁷¹.

D’altra parte, se la direttiva 2003/6/CE avesse realmente imposto un risultato lesivo dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione (e segnatamente del *ne bis in idem*), essa – lungi dal risultare vincolante per lo Stato italiano – sarebbe stata invalida: tutti gli atti normativi dell’Unione debbono, infatti, rispettare i diritti riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli, i quali costituiscono principi generali del diritto dell’Unione europea [art. 6 del Trattato sull’Unione europea (TUE)] e, al tempo stesso, il contenuto minimo dei corrispondenti diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 52, § 3)⁷².

Proprio quest’ultima previsione fa baluginare, peraltro, una possibile “terza via” di adeguamento dell’ordinamento interno alle indicazioni della *Grande Stevens*, decisamente più “dirompente” delle prime – e, dunque, tutta da verificare – nella misura in cui postula un sindacato diffuso di conformità della legislazione nazionale ai diritti fondamentali. Essa fa leva sulla “trattatizzazione indiretta” delle norme della CEDU – e, conseguentemente, della lettura offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – per il tramite della Carta dei diritti fondamentali.

Nella sostanza, il discorso è questo. Posto che, ai sensi dell’art. 6, § 1, del

⁷⁰ Corte eur. dir. uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*. Nella sentenza *Grande Stevens* – probabilmente soltanto per ragioni di *political correctness* [così F. VIGANÒ (nt. 1), 17] – tale principio non viene esplicitamente richiamato, limitandosi la Corte a rilevare che il proprio compito è quello di interpretare la normativa convenzionale, e non il diritto comunitario (§ 229).

⁷¹ L’impossibilità, per il legislatore italiano, di “rinunciare” alle sanzioni penali – e, dunque, la necessità di prevederle in aggiunta alle sanzioni amministrative (imposte, queste sì, dalla direttiva) – derivava, come già accennato, solo da esigenze di coerenza del sistema interno e di opportunità politica: nulla, dunque, che valesse a far scattare i precetti degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

⁷² F. VIGANÒ (nt. 1), 15.

Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali ha «lo stesso valore giuridico dei trattati», viene in particolare rilievo la «clausola di equivalenza» di cui al citato art. 52, § 3, in base alla quale, ove la Carta preveda diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» (ferma restando la possibilità «che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»). Alla luce di tale clausola, dunque, il livello di protezione offerto dall'art. 50 CDFUE – che enuncia un divieto di *bis in idem* omologo a quello dell'art. 4 Prot. n. 7 della CEDU – non potrebbe essere inferiore a quello offerto dalla norma convenzionale, secondo la lettura datane, nella specifica materia degli abusi di mercato, dalla sentenza *Grande Stevens*⁷³.

Entrerebbe così in gioco l'effetto diretto che le disposizioni della Carta sono suscettibili di produrre nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, allorché rechino precetti chiari, precisi e incondizionati⁷⁴ e, con esso, il poterdovere del giudice nazionale di non applicare la normativa interna incompatibile con il diritto eurounitario direttamente applicabile⁷⁵. La disposizione dell'art. 50 CDFUE risponde, in effetti, senz'altro ai predetti canoni: non si limita ad enunciare un «principio», ma riconosce un vero e proprio «diritto» individuale⁷⁶, e lo fa in termini incondizionati e perfettamente definiti⁷⁷. Nella citata sentenza *Fransson*, d'altra parte, la Corte di giustizia – proprio con specifico riferimento al *ne bis in idem* enunciato dall'art. 50 CDFUE – è stata perentoria nell'affermare che il giudice nazionale, il quale operi in un ambito di

⁷³ Conclusione, peraltro, specificamente confortata dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, ove si afferma a chiare lettere che «per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU». Sul punto, P. GAETA (nt. 1), 5.

⁷⁴ Cfr., tra le altre, Corte giust., 19 gennaio 2010, *Kücükdevici*, C-555/07. Più di recente, altresì, sul tema, Corte giust., 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2014, con nota di V. PICCONE, *Una importante sentenza della Corte di giustizia UE in materia di diretta applicabilità della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*.

⁷⁵ Potere-dovere predicato da una costante giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, Corte cost., 30 aprile 2009, n. 125; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168; Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170.

⁷⁶ Come è noto, in base ad una diffusa convinzione, che fa leva sulla previsione dell'art. 52, § 5, CDFUE, il potere di disapplicazione del giudice sarebbe ipotizzabile solo in rapporto alle disposizioni della Carta che conformano in modo esaustivo una posizione giuridica attiva (i «diritti»), e non pure a quelle che si limitano a prefissare obiettivi, affidandone il perseguimento ad organi politici (i «principi»). Per una critica a tale impostazione, v. peraltro M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011, n. 1, 26 gennaio 2011, 20.

⁷⁷ Così N. LAZZERINI (nt. 45), 883 ss.

materia regolato dal diritto dell'Unione, è tenuto ad assicurare la piena efficacia della Carta, «disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁷⁸.

Ecco allora che il giudice penale italiano si troverebbe abilitato *omisso medio* – senza dover transitare, cioè, per il giudizio di legittimità costituzionale⁷⁹ – a pronunciare una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere in ordine al fatto di *market abuse* già sanzionato in via definitiva sul piano amministrativo, disapplicando l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui collide con gli enunciati dalla *Grande Stevens* (ossia nella parte in cui subordina il divieto del secondo giudizio alla natura “formalmente” penale dell'illecito – nella specie, di manipolazione del mercato – cui si riferisce la sentenza definitiva). Ciò ferma restando la facoltà di adire la Corte di Lussemburgo con rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, nel caso di dubbi⁸⁰.

Ad avvalorare una simile ricostruzione potrebbe essere, in effetti, la stessa sentenza n. 80 del 2011, con la quale pure la Corte costituzionale ha negato che, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice comune sia abilitato a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con la CEDU a prescindere dall'attivazione del sindacato di costituzionalità, facendo aggio sull'evidenziato meccanismo di “trattattizzazione indiretta”⁸¹. A tale conclusione negativa la Corte è, infatti, pervenuta sulla base del rilievo che le disposizioni della Carta dei diritti, ai sensi del suo art. 51, § 1 – e come risulta altresì dall'art. 6, § 1, TUE – vincolano gli Stati membri esclusivamente allorché essi attuino il

⁷⁸ Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., §§ 45 e 47. Sulla base di tale premessa, la Corte di Lussemburgo ha concluso – rispondendo ad uno dei quesiti che le erano stati sottoposti – che «il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima».

Nella giurisprudenza nazionale già si annoverano, del resto, casi di applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE e di correlata disapplicazione di norme interne con esso in assunto contrastanti: cfr., con riguardo alla previsione dell'art. 7 l. 30 settembre 1993, n. 388, G.i.p. Trib. Milano, 2 luglio 2011, in *Cass. pen.*, 2012, 3889, con nota di C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Sulla diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE, altresì, Cass., 22 maggio 2014 (dep. 26 maggio 2014), n. 21323.

⁷⁹ Il quale resterebbe anzi precluso, divenendo la questione inammissibile per difetto di rilevanza, stante l'inapplicabilità della norma censurata.

⁸⁰ F. VIGANÒ (nt. 2), 2.

⁸¹ Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.

diritto dell'Unione⁸²: presupposto, questo, carente in rapporto alla fattispecie di cui discuteva nell'occasione, relativa al difetto di pubblicità delle udienze nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione. *A contrario sensu*, si dovrebbe, dunque, ritenere che di quel potere il giudice invece disponga nella materia degli abusi di mercato, rispetto alla quale il legame con il diritto dell'Unione è innegabile, senza che sia necessario neppure ricorrere a quelle letture "allargate" del concetto cui la più recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si è mostrata incline⁸³: discutendosi di una normativa emanata in attuazione di una direttiva comunitaria⁸⁴.

8. (Segue:) c) la pluralità di decisioni irrevocabili

La seconda ipotesi che viene in considerazione è quella in cui entrambi i procedimenti vertenti sul medesimo fatto di *market abuse* – considerato ora come illecito amministrativo, ora come illecito penale – risultino già definiti con sentenze passate in giudicato.

Tale ipotesi appare decisamente più problematica della prima, occorrendo fare i conti con il principio di intangibilità del giudicato e con il limite alla proponibilità dell'incidente di costituzionalità, legato al fatto che si discuta di "rapporti esauriti". Si apre qui un ulteriore capitolo della delicatissima tematica relativa alla (possibile) "recessività" del giudicato di fronte all'esigenza di rimuovere la compromissione di diritti fondamentali della persona, anche quando si tratti di soggetti diversi da quello che ha proposto ricorso a Strasburgo, ma che versino in situazione consimile: tematica che ha visto la giurisprudenza, tanto costituzionale che ordinaria, attestarsi recentemente su posizioni di significativa apertura in rapporto alla ben nota vicenda dei "fratelli minori di Scoppola"⁸⁵.

L'estensibilità delle soluzioni adottate a quest'ultimo riguardo anche alla materia che qui interessa appare, in verità, tutt'altro che piana e scontata. Am-

⁸² Principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr., al riguardo, la citata sentenza della Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* e le ulteriori pronunce ivi richiamate al § 19.

⁸³ Sul punto, S. MONTALDO (nt. 45), 574 ss.

⁸⁴ In questo senso, F. VIGANÒ (nt. 1), 21.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, 2942, con note di A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, A. MARANDOLA, *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, e C. PAONESSA, *Condizioni e limiti della retroattività della lex mitior. A proposito della riquantificazione in executivis dell'ergastolo inflitto all'esito di giudizio abbreviato*; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2014, con note di M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, e di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*.

messo comunque che si ritenga superabile l'ostacolo, si riproporrebbe un'alternativa analoga a quella dianzi prospettata, con riguardo, non più all'art. 649 c.p., ma all'art. 669 c.p.p., in tema di «pluralità di sentenze [irrevocabili] per il medesimo fatto contro la stessa persona»: evenienza nella quale è previsto che debba essere rimossa la sentenza meno favorevole. O in via di interpretazione “convenzionalmente conforme” (resa, peraltro, qui ancor più ardua dal carattere eccezionale, e dunque tassativo, delle ipotesi di revoca del giudicato)⁸⁶, o a mezzo di una “disapplicazione manipolativa” della norma interna, ovvero ancora – e più verosimilmente – tramite la proposizione di un incidente di legittimità costituzionale, si tratterebbe di estendere anche tale precetto all'ipotesi in cui la sentenza definitiva riguardi un illecito amministrativo per abusi di mercato (da notare, peraltro, che nel caso Fiat-Ifil non potrebbe essere in ogni caso eliminata la sentenza di condanna per l'illecito amministrativo, in quanto la prescrizione è maturata successivamente ad essa: art. 669, comma 8, c.p.p.)⁸⁷.

9. I problemi che nascono dalla sentenza “per il futuro”: a) con riguardo alla disciplina del market abuse

Resta, a questo punto – ed è l'aspetto di maggiore interesse – il problema *de futuro*. Il riferimento è all'ipotesi in cui i procedimenti (amministrativo e penale) per gli illeciti di *market abuse* risultino entrambi pendenti, o debbano addirittura ancora iniziare: come evitare che si ripeta il risultato ritenuto incompatibile con la Convenzione dalla Corte europea?

Il problema che al riguardo si profila sta, in realtà, “a monte” anche delle soluzioni dianzi prospettate. Per garantire la conformità dell'ordinamento interno alla Convenzione, è indispensabile “eliminare” le norme interne che rendono possibile la duplicazione di procedimenti e sanzioni per il medesimo fatto.

In questa direzione, la prima soluzione astrattamente ipotizzabile sarebbe l'interpretazione “convenzionalmente conforme” della clausola di riserva con cui esordiscono le norme sanzionatorie amministrative in materia di *market abuse* («salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»), ritenendo –

⁸⁶ In questo senso, ma avendo di mira la disposizione di cui all'art. 673 c.p.p., A. F. TRIPODI (nt. 1), 5. Reputa possibile l'interpretazione adeguatrice A. GIOVANNINI (nt. 1), 16. Ipotizza che la sentenza di condanna possa essere rimossa tramite una richiesta per revisione ai sensi dell'art. 630 c.p.p., come “manipolato” dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 629.

⁸⁷ Nel senso che la pena irrogata in esito ad un processo che – come quello relativo ad un fatto di abuso di mercato già colpito da una provvedimento sanzionatorio amministrativo divenuto definitivo – non avrebbe dovuto celebrarsi, e dunque in radice illegittimo, non potrebbe non essere considerata a sua volta illegittima, F. VIGANÒ (nt. 1), 25.

come più di qualcuno aveva, in effetti, sin dall'inizio sostenuto⁸⁸ – che essa valga ad escludere il concorso fra illecito penale e illecito amministrativo. L'illecito amministrativo avrebbe, in questa prospettiva, carattere sussidiario: si applicherebbe, cioè, nei soli casi non “coperti” da quello penale⁸⁹.

Si tratta, tuttavia, di una strada in forte salita⁹⁰. Il tenore letterale del predetto *incipit* milita, già di per sé, in direzione contraria. Non si utilizza, in effetti, la consueta locuzione eccettuativa «salvo che il fatto che costituisca reato», ma si fanno al contrario salve le «sanzioni penali» previste in tale ipotesi, sancendone così la congiunta applicabilità⁹¹. Al di là di ciò, vi sono poi altre norme specifiche che dimostrano inequivocabilmente la volontà legislativa di operare il cumulo dei procedimenti e delle sanzioni: l'art. 187-*duodecies* TUF stabilisce che il procedimento amministrativo non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale; l'art. 187-*terdecies* TUF regola l'applicazione congiunta della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa, prevedendo la detrazione della seconda dalla prima.

La forte problematicità della soluzione di tipo ermeneutico porterebbe a ritenere che qui l'alternativa sia ristretta all'intervento del legislatore, ovvero, in suo difetto, alla proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Ma quale dovrebbe essere, poi, il contenuto dell'intervento? La soluzione in linea di principio più semplice e logica è analoga a quella cui conduce

⁸⁸ Cfr. E. A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, IX, *I reati del mercato finanziario*, Padova, 2007, 153; A. MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 671 ss.; G. PAOLOZZI (nt. 16), 252; nonché, limitatamente gli illeciti di manipolazione del mercato, C. E. PALIERO, «Market abuse» e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. merito*, 2005, 810 s.

⁸⁹ Ritiene praticabile una simile interpretazione adeguatrice A. F. TRIPODI (nt. 1), 4. Dubbioso F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 630.

⁹⁰ Conforme F. VIGANÒ (nt. 1), 27. Nel senso che i delitti in materia di abuso di mercato concorrano con i corrispondenti illeciti amministrativi, E. AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato tra reato e illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1000; ID., *La disciplina degli abusi di mercato*, in N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, 404; F. ANNUNZIATA, *Abusi di mercato*, Torino, 2006, 72; S. BARTOLOMUCCI, *Market abuse e «le» responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Società*, 2005, 922; F. D'ALESSANDRO (nt. 36), 850 ss.; M. DOVA (nt. 6), 259; L. FOFFANI, *Borsa*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*², a cura di F. C. Palazzo – C. E. Paliero, Padova, 2007, 721; A. GARGANI, *Art. 9 co. 2 lett. a) l. 18.4.2005, n. 62*, in *Legisl. pen.*, 2006, 102; S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio-L. D. Cerqua-L. Luparia, I, Padova, 2014, 762; R. GRANATA, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo sistema*, in *Guida dir.*, 2005, dossier n. 5, 102; F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1473; V. NAPOLEONI (nt. 6), 37; A. ROSSI, *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 1, 89; R. ZANNOTTI (nt. 16), 399 s.

⁹¹ Non si tratta, dunque, di una clausola di sussidiarietà espressa, ma di una deroga al principio di specialità: cfr. F. CONSULICH (nt. 36), 398.

l'ipotetica interpretazione "convenzionalmente orientata": ossia, stabilire normativamente, o tramite sentenza "manipolativa" della Corte costituzionale, che la sanzione amministrativa si applichi nei soli casi in cui il fatto non costituisce illecito penale. Casi, in verità, piuttosto marginali, specie per quanto attiene all'abuso di informazioni privilegiate, le cui fattispecie sanzionatorie – penale e amministrativa (artt. 184 e 187-*bis* TUF) – si presentano praticamente sovrapposte, almeno sul piano oggettivo (che è quello che concretamente conta, vista la natura delle operazioni).

Sino a qualche mese fa, una simile soluzione si sarebbe trovata ad inciampare nel rischio di un contrasto con il diritto dell'Unione. Come già ricordato, infatti, la direttiva 2003/6/CE, sul *market abuse*, prescriveva agli Stati membri di reprimere i relativi illeciti con sanzioni amministrative, configurando l'impiego – aggiuntivo – di sanzioni penali come una mera facoltà (art. 14).

La situazione appare, tuttavia, significativamente mutata a seguito dell'adozione della nuova direttiva sugli abusi di mercato 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE, e del coevo regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014, che abroga la prima MAD (provvedimenti entrambi pubblicati nella *G.U.U.E.* del 12 giugno 2014, n. L 173). Sul presupposto della riscontrata insufficienza delle sanzioni amministrative a contrastare efficacemente i fenomeni considerati, anche sul piano dello stigma ("considerando" n. 5 e 6), la MAD2 chiede, infatti, agli Stati membri di reprimere con sanzioni penali i fatti di *insider trading*, "*tipping*" e *market manipulation* da essa descritti, almeno nei «nei casi gravi» e ove commessi con dolo (artt. 3, 4 e 5). Dal canto suo, il regolamento continua a stabilire che le omologhe violazioni, da essa autonomamente definite, debbano essere colpite con sanzioni amministrative (art. 30, § 1, lett. *a*, in riferimento agli artt. 14 e 15). Peraltro, pur contemplando l'ipotesi della comminatoria cumulativa (come si desume dalla clausola di salvezza posta in testa allo stesso art. 30), il regolamento consente agli Stati membri di astenersi dall'impiego delle sanzioni amministrative allorché le violazioni risultino già soggette a sanzioni penali nel loro diritto nazionale entro il termine di adozione della MAD2 (3 luglio 2016: art. 30, § 1, secondo comma). Al di là della tortuosità del congegno, appare sufficientemente chiaro come la situazione risulti, nella sostanza, ribaltata: il vincolo eurounitario – quanto alle violazioni più gravi – è oggi di prevedere sanzioni penali, mentre "degrada" a semplice facoltà la comminatoria congiunta di sanzioni amministrative.

D'altra parte, anche nei casi in cui sia prefigurata una doppia risposta sanzionatoria, gli Stati membri sono comunque chiamati al rispetto del divieto del *double jeopardy*. Lo chiariscono i "considerando" della nuova direttiva, che, per un verso, sottolineano l'esigenza che l'irrogazione delle sanzioni penali, ai sensi della MAD2, e delle sanzioni amministrative, ai sensi del regolamento, «non violi il principio del *ne bis in idem*» ("considerando" n. 23); per un altro verso, affermano che la direttiva stessa «rispetta i diritti fondamentali e osserva

i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», tra cui, in particolare, il «diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato (art. 50)» (“considerando” n. 27).

Il *ne bis in idem* di cui si sta discutendo è, in effetti, quello processuale. In linea di principio, la comminatoria di due diverse tipologie di sanzioni per gli stessi fatti – penali e amministrative, secondo la qualificazione del diritto interno, ma entrambe penali agli effetti della CEDU e della Carta dei diritti (*bis in idem* sostanziale) – non comporta necessariamente la violazione del divieto considerato, ove siano contemplati meccanismi che evitino la sottoposizione del presunto autore dell'illecito ad un duplice giudizio (o, più precisamente, che evitino l'avvio o la prosecuzione di un secondo giudizio dopo che il primo è stato chiuso con decisione definitiva).

Il quadro in tal modo delineato dai nuovi strumenti del diritto dell'Unione – che prefigura, in prima battuta, una doppia risposta sanzionatoria (penale e amministrativa), consente poi agli Stati membri di amputare quella amministrativa e richiede comunque loro, ove non lo facciano, di industriarsi per evitare conflitti con il divieto di un secondo giudizio – appare, in verità, tutt'altro che lineare. Esso dà chiaramente l'impressione di una correzione di rotta *in itinere*, rispetto ad un problema verosimilmente sottostimato, a fronte dell'“onda d'urto” proveniente da Strasburgo⁹². Ma tant'è. Quello che conta è che, rispetto al nostro ordinamento, non sembra praticabile una soluzione diversa da quella dell'utilizzo della facoltà, prevista dall'art. 30 del regolamento, di evitare già “a monte” la sovrapposizione delle risposte punitive, attribuendo alle sanzioni amministrative un ruolo sussidiario, che le renda operanti nei soli spazi “sgombri” da sanzioni penali. Il “valore aggiunto” della duplicazione di sanzioni, contemplata dalla normativa interna attualmente in vigore, sta tutto, infatti – per quanto si è avuto modo di accennare – nel corrispondente “doppio binario” procedimentale. Né, d'altra parte, è pensabile un sistema che preveda la concorrenza di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto, rendendo applicabile, fra esse, solo quella che “arriva per prima” (nel senso che la sentenza che passa in giudicato per prima “paralizzerebbe” l'altra)⁹³. A parte l'inutile (e dunque irragionevole) dispendio di energie processuali connesso al duplice procedimento, un simile assetto sarebbe chiaramente lesivo del principio di eguaglianza: a parità di condotta illecita, la natura della sanzione – penale o amministrativa, sotto il profilo della qualificazione interna (che certamente “pesa”, perché solo la sanzione penale incide sulla libertà personale) – verrebbe, infatti, a dipendere da fattori puramente casuali (maggiore celerità dell'uno o dell'altro procedimento). Con il rischio, peraltro, che ciò si risolva in una si-

⁹² Così anche F. VIGANÒ (nt. 1), 20.

⁹³ Su una simile ipotesi di intervento, con riferimento al modello britannico, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 630.

stematica vanificazione della sanzione penale, vista l' "istituzionale" maggiore lentezza del relativo procedimento applicativo.

Ma, se così è, tutti tasselli del mosaico tornano alla fine a posto: l'attuazione della nuova direttiva diviene, anzi, la sede "elettiva" per adeguare l'ordinamento interno ai *dicta* di Strasburgo⁹⁴. È inutile dire, peraltro, che l'urgenza di rimuovere l'attuale situazione di contrasto con la Convenzione, foriera di conseguenze palesemente irrazionali – processi penali di particolare complessità, che rischiano di rimanere travolti dalla sopravvenuta definitività del provvedimento applicativo delle sanzioni amministrative – dovrebbe suggerire un recepimento delle nuove indicazioni europee più sollecito possibile, e dunque fortemente anticipato rispetto al termine di trasposizione del 3 luglio 2016.

10. (Segue:) *b*) e in generale

Le ricadute della sentenza *Grande Stevens*, in punto di riscontrata violazione del *ne bis in idem*, non restano, peraltro, confinate entro il "recinto" del *market abuse*, ma si espandono, a raggiera, sull'intero universo del diritto penale-amministrativo.

L'art. 9 l. 689/1981 assume il principio di specialità come regola generale in tema di rapporti tra norme sanzionatorie penali e amministrative⁹⁵: il che normalmente impedisce (o dovrebbe impedire, ove di detto principio si faccia un'applicazione "avveduta") che si creino situazioni di cumulo, con parallela duplicazione di procedimenti per il medesimo fatto, del genere di quella che è caduta sotto il maglio dei Giudici di Strasburgo.

Bisogna fare i conti, però, con le eccezioni ancora sparse negli angoli dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla previsione dell'art. 3 l. 23 dicembre 1986, n. 898, in tema di frodi in danno del Fondo europeo agricolo di garanzia, in forza della quale, «indipendentemente dalla sanzione penale» prevista dal precedente art. 2 (*ergo*, in aggiunta ad essa), il percettore dell'indebito contributo è tenuto, oltre che alla sua restituzione, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari al contributo percepito: sanzione la cui irrogazione da parte dell'autorità amministrativa non resta sospesa nel caso in cui per il fatto sia promosso procedimento penale. È evidente che, ove a tale sanzione si riconosca – come non è inverosimile che avvenga – carattere "convenzionalmente penale", vi sarebbero tutti i presupposti per violazioni del *ne bis in idem* analoghe a quella riscontrata dalla sentenza *Grande Stevens*.

⁹⁴ Al riguardo, F. D'ALESSANDRO (nt. 1), 631.

⁹⁵ Su tale principio, per tutti, M. COLUCCI, D. DIMA, *Il principio di specialità*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschi, Torino, 2012, 353 ss.

11. *Il cumulo di sanzioni nel settore tributario*

Un settore che sollecita particolare attenzione è, peraltro, quello tributario. Detto settore era, in effetti, sino ad un passato relativamente recente, il terreno “elettivo” di applicazione del regime del cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per il medesimo fatto (espressamente sancito, da ultimo, dall’art. 10 d.l. 7 agosto 1982, n. 516, conv., con modif., in l. 7 agosto 1982, n. 516): regime pure ritenuto, a suo tempo, legittimo dalla Corte costituzionale, in riferimento all’art. 3 Cost.⁹⁶.

Diversa la posizione della Corte di Strasburgo, secondo la quale occorre distinguere tra la materia fiscale in generale (esclusa dall’ambito applicativo dell’art. 6 CEDU, perché relativa al “nocciolo duro” delle prerogative pubblicistiche) e le sanzioni amministrative tributarie, le quali – ove aventi una finalità deterrente e punitiva, e non semplicemente risarcitoria – danno luogo invece anch’esse a procedimenti soggetti alle garanzie del giusto processo, in quanto riconducibili alla materia penale⁹⁷. La medesima conclusione vale ovviamente, *mutatis mutandis*, in rapporto al divieto del *double jeopardy*, come attesta la recentissima sentenza sul caso *Nykänen*, in base alla quale l’avvenuta applicazione al contribuente, con provvedimento definitivo, di una sanzione amministrativa tributaria (nella specie, una soprattassa) – di importo pure assai contenuto (nella specie, euro 1.700), ma avente comunque una connotazione punitiva⁹⁸ – impedisce di avviare o di proseguire un procedimento penale per la medesima violazione, qualificata come frode fiscale⁹⁹.

In teoria, il pericolo di frizioni con la garanzia convenzionale in parola dovrebbe rimanere attualmente scongiurato, nell’ordinamento italiano, dal fatto che il principio di specialità tra disposizioni sanzionatorie penali e disposizioni sanzionatorie amministrative è stato esteso anche alla materia tributaria dall’art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Malgrado ciò, non mancano profili di criticità, connessi, come di consueto, a previsioni *extra ordinem*.

Come è noto, caduto il vecchio regime della pregiudiziale tributaria, i rapporti tra procedimento penale e processo tributario sono ora regolati all’insegna del principio del “doppio binario”: il procedimento di accertamento tributario non può essere sospeso, cioè, per la pendenza del procedimento penale

⁹⁶ Corte cost., 12 novembre 1991, n. 409.

⁹⁷ C. eur. dir. uomo, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*.

⁹⁸ Già in precedenza, la Corte europea aveva negato che la *levitas* della sanzione tributaria costituisca un fattore decisivo per escludere la natura penale dell’illecito: cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, §§ 29-39.

⁹⁹ Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*. Sul medesimo tema, v. altresì le coeve Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia* e Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Häkkinen c. Finlandia*.

inerente ai medesimi fatti (art. 20 d.lgs. 74/2000), e viceversa. Fino a che il procedimento di accertamento verta sul solo debito d'imposta, *nulla quaestio*. Il fatto è che, per specifica previsione normativa, l'amministrazione finanziaria, oltre ad accertare il tributo, deve anche irrogare le sanzioni amministrative relative alle violazioni accertate, benché ritenute di rilevanza penale, e può, quindi, anche "difenderle" nel successivo contenzioso tributario. Dette sanzioni non potranno, peraltro, essere eseguite, salvo che il procedimento penale venga definito con formula di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21 d.lgs. 74/2000).

La *ratio* dell'anomalo congegno è, anche in questo caso, "efficientistica": l'amministrazione finanziaria si "precostituisce" un "titolo" che potrà mettere prontamente in esecuzione ove, all'esito del processo penale, emerga che il fatto non integra alcuna ipotesi di reato e che, dunque, non sussistono i presupposti per l'applicazione del principio di specialità. Si evita così l'apertura, "in coda" al processo penale, di una nuova fase, intesa all'applicazione delle sanzioni amministrative, suscettibile di sviluppi in sede contenziosa.

Il meccanismo assicura il rispetto del *ne bis in idem* sul piano sostanziale: diversamente da quanto avviene per gli illeciti di *market abuse*, le sanzioni penali e quelle amministrative comunque non si cumulano in capo al responsabile. Rimane, però, il problema processuale: può accadere, infatti, che un soggetto si trovi sottoposto a procedimento penale dopo che, per il medesimo illecito fiscale, gli è già stata inflitta in via definitiva una sanzione amministrativa. Al riguardo, è dubbio che, ad evitare il contrasto con il divieto convenzionale di un secondo giudizio, basti la circostanza che l'accertamento in sede "amministrativa" abbia una funzione solo "cautelare" e "sussidiaria" rispetto all'ipotesi in cui quello penale si concluda con un "nulla di fatto"¹⁰⁰.

Un ulteriore profilo critico si connette ai meccanismi "premiali" connessi alla definizione "bonaria" del contenzioso fiscale. La circostanza attenuante speciale prevista dall'art. 13 d.lgs. 74/2000 nel caso di «pagamento del debito tributario», anche a seguito di procedure conciliative o di adesione all'accertamento, richiede, infatti, che il pagamento riguardi anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, benché non applicabili all'imputato in base al principio di specialità. A seguito di una novella del 2011, la fruizione di detta attenuante costituisce, d'altro canto, condizione per accedere al patteggiamento. Il *bis in idem*, in questo frangente, è dunque anche sostanziale: vero è, però, che si tratta di un pagamento volontario, e non coatto, finalizzato ad ottenere un beneficio in sede penale, secondo una logica che evoca quella del "traffico delle indulgenze" (condoni).

Ulteriori problemi possono sorgere, non come conseguenza diretta degli assetti normativi, ma per effetto di determinate soluzioni interpretative giuri-

¹⁰⁰ Nello stesso senso, F. VIGANÒ (nt. 1), 28. Nel senso che il congegno si ponga senz'altro in frizione con i principi affermati dalla Corte europea, A. GIOVANNINI (nt. 1), 7 ss.

sprudenziali. La mente corre, in particolare, all'indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale il principio di specialità non si applicherebbe nei rapporti tra i reati di omesso versamento di ritenute certificate o di omesso versamento dell'IVA (artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000), da un lato, e gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA, dall'altro. Tra i primi e i secondi intercorrerebbe, infatti, un rapporto, non di specialità, ma di «progressione», posto che il reato si consuma con il mancato pagamento delle ritenute o dell'imposta, per un ammontare superiore a 50.000 euro, alla scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale (nel caso delle ritenute) o del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo (nel caso dell'IVA), mentre l'illecito amministrativo si perfeziona con l'omesso versamento periodico alle singole scadenze, mensili o trimestrali a seconda dei casi. Di conseguenza, al trasgressore dovrebbero essere applicate entrambe le sanzioni¹⁰¹. Sulla base del medesimo ragionamento – ossia che i fatti sono diversi – la Cassazione ha recentemente escluso che detto cumulo contrasti con i principi affermati dalla *Grande Stevens*¹⁰².

Le ricordate posizioni giurisprudenziali non sono, peraltro, scovre da margini di opinabilità¹⁰³. Non lo è il postulato di partenza: la fattispecie illecita *maior* (reato di omesso versamento annuale) implica necessariamente il passaggio attraverso l'illecito o gli illeciti minori (omesso versamento periodico mensile o trimestrale), corrispondendo ad uno stadio crescente di offesa al medesimo interesse; questi ultimi dovrebbero rimanere, pertanto, assorbiti dalla prima, proprio sulla base dei postulati della progressione illecita. Sul piano, poi, del rispetto dell'art. 4 Prot. n. 7, non sembra azzardato ritenere che l'orientamento giurisprudenziale considerato prefiguri una duplicazione di sanzioni per fatti la cui “medesimezza” deve riconoscersi almeno su un piano sostanziale, che è quello che rileva nella prospettiva dei Giudici di Strasburgo. L'omesso versamento delle ritenute o dell'imposta, già sanzionato in via amministrativa, viene nuovamente sanzionato in via penale, solo perché protratto nel tempo¹⁰⁴.

Il problema sarebbe ovviamente rimosso alla radice dalla eventuale abrogazione delle norme incriminatrici dell'omesso versamento di ritenute e dell'IVA, che più d'uno pronostica (specie quanto all'omesso versamento dell'IVA) co-

¹⁰¹ Cass., sez. un., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424, in *Corr. trib.*, 2013, 3487, con nota di A. TRAVERSI, *Interpretazione rigorosa delle Sezioni Unite sull'omesso versamento dell'IVA e delle ritenute*; in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10-bis e 10-ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*.

¹⁰² Cass., 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266.

¹⁰³ Dello stesso parere M. DOVA (nt. 99), 4.

¹⁰⁴ Di questo avviso anche F. VIGANÒ (nt. 1), 28.

me possibile esito della riforma del sistema penale tributario richiesta dalla norma di delega legislativa di cui all'art. 5 l. 11 marzo 2014, n. 23¹⁰⁵.

12. Conclusioni o nuovi dubbi?

Su un piano più generale, la decisa presa di posizione della Corte EDU non può non sollecitare, una volta di più, un ripensamento dei rapporti tra le due grandi categorie di sanzioni a carattere punitivo conosciute dal nostro ordinamento (penale e amministrativo, appunto), la cui linea differenziale tende sempre di più a scolorirsi: occorrendo chiedersi, in specie, se non siano ormai maturi i tempi per la costruzione di una «teoria generale dell'illecito», comunque sanzionato.

Si tratta, come è agevole intendere, di un capitolo della più ampia problematica relativa all'esigenza di smussare la frizione tra la concezione “formale” della legalità penale, propria del nostro sistema (sulla scia della tradizione continentale) – concezione che trova un naturale riflesso nelle definizioni puramente “nominalistiche” del «reato» tuttora fornite dalla dottrina dominante, quale illecito cui la legge ricollega una sanzione “formalmente” penale – e la visione “sostanzialistica” del medesimo concetto della quale si fa invece portatrice la Corte europea, in rapporto alle sue diverse sfaccettature (a cominciare da quelle relative agli enunciati principi di «accessibilità» e «prevedibilità» della norma penale).

La prospettiva da perseguire – ma il discorso può essere solo accennato in questa sede, perché il suo sviluppo porterebbe troppo lontano – è, come in analoghi frangenti, quella di una combinazione “virtuosa” delle due prospettive: e ciò anche in vista del ruolo del principio di legalità di supporto agli interventi del diritto dell'Unione europea finalizzati all'adozione di strumenti di tutela penale da parte degli Stati membri. Il canone, di rilievo costituzionale, della legalità formale rappresenta, in effetti, una paratia alla penetrazione in ambito

¹⁰⁵ Solo “occasionalmente” collegata alla materia tributaria è, per converso, la questione – del pari recentemente sottoposta all'esame della Corte di cassazione – concernente il cumulo tra la sanzione accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, prevista dall'art. 12, comma 2, d.lgs. 74/2000 in rapporto ai delitti di dichiarazione fraudolenta, e quella (applicata, nella specie, dal Senato) dell'incandidabilità o decadenza dal mandato parlamentare, prevista dall'art. 13 d.lgs. 235/2012: cumulo del quale è stata prospettata l'incompatibilità con l'art. 4 Prot. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Grande Stevens*, oltre che con la parallela disposizione dell'art. 50 CDFUE. Tesi disattesa dalla Cassazione sul rilievo che, nella specie, si tratta, in realtà, di applicazione contestuale di sanzioni di contenuto identico *in parte qua* (perdita del diritto di elettorato passivo), salva la diversa durata, regolate da distinte fonti normative [Cass., 18 marzo 2014 (dep. 14 aprile 2014), n. 16206]. In materia pende, peraltro, un ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (ricorso *Berlusconi c. Italia*, n. 58428/13).

nazionale degli arresti della giurisprudenza di Strasburgo solo nella misura in cui si traduce in una “valvola di garanzia” aggiuntiva, correlata all’esigenza della “legittimazione democratica” del soggetto investito del potere di normazione *in subiecta materia*.

Un invito in tal senso si rende, peraltro, tanto più necessario in quanto, non di rado, l’esperienza applicativa sembra muoversi in una direzione diversa. Per questo verso, è quasi un segno del destino la coincidenza tra la data della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Grande Stevens*, che muove dalla concezione sostanziale del principio di legalità in materia penale, e quella di deposito della sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che – facendo leva, invece, sulla concezione formale legata al principio della riserva di legge – ha risolto il conflitto di giurisprudenza in ordine all’ammissibilità della confisca (e, dunque, del sequestro preventivo ad essa finalizzato) nei confronti di una persona giuridica in rapporto al profitto di reati tributari commessi dal suo legale rappresentante¹⁰⁶. La prima concezione, apparentemente meno garantista per le oscillazioni cui può dar luogo, ha portato, in realtà, ad un ampliamento delle garanzie. La seconda, invece, all’apparenza più garantista in termini di certezza del diritto, ha portato ad escludere – in nome del principio di tassatività e del divieto di analogia *in malam partem* – la confisca «per equivalente» in danno della persona giuridica, ma non ha impedito una lettura “dilatata” della nozione di confisca «diretta», viceversa ammissibile nei confronti dell’ente: lettura che svuota, in fatto, di significato la precedente affermazione.

¹⁰⁶ Cass., sez un., 30 gennaio 2014 (dep. 4 marzo 2014), n. 10561, in *Società*, 2014, 862, con nota di R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un’occasione perduta dalle Sezioni Unite*.

IV.
RIFLESSI SULL'ORDINAMENTO ITALIANO
DEL MERCATO FINANZIARIO

**ABUSI DI MERCATO E PROCEDIMENTO CONSOB:
IL CASO GRANDE STEVENS E LA SENTENZA CEDU***

PAOLO MONTALENTI

SOMMARIO: 1. Il caso Grande Stevens. – 2. Informazione e mercato. Profili generali. – 3. La disciplina dell'informazione al mercato. Fattispecie, sanzioni, imputabilità: i problemi irrisolti. – 4. Sanzioni penali e sanzioni amministrative nella Direttiva *Market Abuse* 2014: i problemi irrisolti. – 5. I vizi del procedimento CONSOB. La posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il procedimento avanti alla CONSOB non è un processo equo ai sensi dell'art. 6 della CEDU. – 6. La posizione della CEDU sul mancato rispetto del principio del contraddittorio e sulla mancata separazione fra funzioni istruttorie e decisorie. – 7. Gli effetti delle statuizioni della CEDU sul Regolamento CONSOB. – 8. Il caso Banca Profilo. – 9. Le Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia e il Regolamento IVASS. – 10. Recenti sviluppi: il Consiglio di Stato e il nuovo Regolamento CONSOB. – 11. Conclusioni.

1. Il caso Grande Stevens

Il caso¹ che ha dato origine alla sentenza della Corte di Strasburgo, cioè della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 4 marzo 2014, trae origine da un'operazione societaria di Fiat s.p.a. risalente all'anno 2002.

Il 26 luglio 2002 Fiat stipulò il c.d. prestito convertendo con otto banche, in cui si pattuì che in caso di mancato rimborso le banche avrebbero sottoscritto il 28% del capitale sociale di Fiat. In tale ipotesi Ifil si sarebbe diluita dal 30,6% al 22%.

Il 26 aprile 2005 Fiat stipulò un contratto di *equity SWAP* con Merrill Lynch su circa 90 milioni di azioni Fiat, senza clausola di *physical settlement*.

* Questo scritto riproduce, il saggio pubblicato in *Giur. Comm.* 2015, I, 478.

¹ Una più compiuta ricostruzione dei fatti può ricavarsi dai provvedimenti sanzionatori pubblicati in varie riviste: si vedano i riferimenti in DESANA, *Procedimento CONSOB* e ne bis in idem: *respinta l'istanza di rinvio*, in *Giur. it.*, 2014, 1642 ss., note 2-5 e altresì BARRA CARACCILO, *Le problematiche sollevate dalla sentenza EDU nel caso Grande Stevens (e altri) contro Italia. Il comunicato stampa sul convertendo FIAT e le sanzioni amministrative e penali nella sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014*, in *Giustizia civile.com*, 4 novembre 2014, 3-7.

Il 12 agosto 2005 l'avvocato Grande Stevens formula un quesito alla CONSOB in materia di OPA obbligatoria consistente nell'interrogativo se l'acquisto di azioni da un intermediario possa ritenersi equivalente all'esercizio di diritti inizialmente esistenti, ipotesi che la normativa vigente qualifica come causa di esclusione dell'opa obbligatoria.

Si ipotizza, sempre in agosto, con Merrill Lynch, una modificazione del contratto di *equity swap*, diretta ad introdurre la clausola di *physical settlement*.

Il 23 agosto 2005 la CONSOB chiede a IFIL e alla GIOVANNI AGNELLI S.a.p.az. di emettere un comunicato *ex art.* 114, comma 5 t.u.f. circa le iniziative in vista della scadenza del convertendo.

In quel momento, almeno tre elementi non erano ancora certi né agevolmente prevedibili: (i) la risposta della CONSOB al quesito; (ii) la negoziazione del *physical settlement* con MERRILL LYNCH; (iii) il consenso dell'accomandita.

Il 24 agosto il comunicato informa che non vi sono iniziative ma conferma la volontà di mantenere il controllo.

Il 14 settembre 2005 l'accomandita approva l'operazione; il 15 settembre si conclude l'accordo sulla modifica dell'*equity swap*; il 17 settembre la CONSOB dà parere favorevole alla non sussistenza dell'opa; il 20 settembre si delibera l'aumento del capitale di FIAT.

La CONSOB avvia il procedimento sanzionatorio *ex art.* 187-*septies* t.u.f. ed irroga, il 9 febbraio 2007, pesanti sanzioni amministrative per violazione dell'art. 187-*ter* t.u.f. (*Manipolazione del mercato*), sino a 5 milioni di Euro.

Su ricorso dei sanzionati la Corte d'Appello di Torino riduce l'importo delle sanzioni; la Cassazione respinge i ricorsi.

In sede penale il Tribunale di Torino assolve gli imputati. Il Pubblico Ministero ricorre *per saltum* in Cassazione che cassa con rinvio alla Corte d'Appello di Torino. La Corte emette sentenza di condanna per due imputati. Contro di essa è proposto ricorso in Cassazione che, con sentenza n. 19915 del 17 dicembre 2013-14 maggio 2014, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata «perché il reato è estinto per prescrizione».

Viene proposto altresì ricorso alla CEDU il 27 marzo 2010² che conduce alla pronuncia del 4 marzo 2014 oggetto di queste riflessioni.

² La sentenza ha già avuto qualificati commenti. Si vedano DESANA, (nt. 1); VENTORUZZO, *Abusi di mercato sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 693 ss. 2014, ID., *Do Market Abuse Rules Violate Human Rights? Grande Stevens v. Italy*, in corso di pubblicazione; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss. Per i profili penalistici: FLICK, NAPOLEONI, *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 *AIC*, n° 3/2014, 11.07.2014, 1 ss. nonché in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss., anche per altre indicazioni bibliografiche. Da ultimo si veda BARRA CARACCILO, *Le problematiche sollevate dalla sentenza EDU nel caso Grande Stevens (e altri) contro Italia. Il comunicato stampa sul convertendo Fiat e le sanzioni amministrative e penali nella sentenza della Corte EDU del 4*

Il caso, qui sommariamente ricordato, suscita problemi di notevole rilievo, di ordine esegetico, sistematico e altresì di *policy* legislativa e processuale.

In sintesi:

- (i) il rapporto tra Convenzione sui Diritti Umani, Corte di Strasburgo e processo interno;
- (ii) sanzioni penali, sanzioni amministrative e principio del *ne bis in idem*;
- (iii) diritto italiano, diritto europeo e sistema sanzionatorio;
- (iv) illegittimità del procedimento CONSOB.

Non intendo occuparmi dei primi due temi, terreno elettivo di costituzionalisti e penalisti; mi limito ad alcune riflessioni sulle aree di argomenti più direttamente ricompresi nella prospettiva giuscommercialistica.

2. *Informazione e mercato. Profili generali*

In uno scritto di qualche anno addietro³ segnalavo delicate questioni in materia di informazione e mercati finanziari che mi paiono ancora attuali e problemi ancora oggi irrisolti nella disciplina degli abusi di mercato.

In primo luogo credo che, ancora oggi, il nodo cruciale, e più difficile da sciogliere, consista nella opposizione immanente al sistema societario e finanziario tra diritto all'informazione e diritto alla riservatezza, tra tutela della trasparenza e tutela del segreto aziendale.

Uno dei temi più delicati – in particolare all'interno dei gruppi dove il problema, come nel caso di specie, assume particolare rilievo – consiste nella individuazione dell'area di legittima circolazione dell'informazione, da un lato “libera”, all'interno del perimetro del gruppo, dall'altro tuttavia “riservata”, all'esterno: un tema classico che assume, come dirò, profili inediti alla luce della disciplina del *market abuse*.

Con una disposizione fortemente innovativa, contenuta nel comma 4 dell'art. 114 t.u.f., introdotto dalla l. 18 aprile 2005, n. 62, il legislatore ha aperto nuovi spazi di circolazione dell'informazione e cioè nuovi spazi per una regolamentazione pattizia della circolazione dell'informazione (sia in generale sia, in particolare, per le ipotesi in cui il problema si pone in via permanente come, ad esempio, nei gruppi).

In base a tale disposizione emittenti, loro rappresentanti, loro consulenti,

marzo 2014, cit.; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, I, 2014, 855 ss.

³ MONTALENTI, *Società quotata, mercati finanziari e tecniche di regolazione*, in AA.VV., *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, a cura di Luigi Arturo Bianchi, Federico Ghezzi, Mario Notari, Milano, Università Bocconi Editore, 2010, 437 ss. Vedilo anche in ID., *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011, 20 ss.

loro dipendenti possono comunicare informazioni *price sensitive* a un terzo purché legato da un vincolo di riservatezza anche contrattuale.

Si deve dunque inferire, a contrario, che la previsione contrattuale di un vincolo di riservatezza con un soggetto terzo, sia pure qualificato, consente una circolazione selettiva dell'informazione privilegiata, senza obbligo di divulgazione al pubblico.

Dalla disposizione si evince che (i) deve ricorrere una causa di giustificazione, (che ben può ravvisarsi nella relazione di gruppo), (ii) che deve esservi obbligo di riservatezza *ex lege* o contrattualizzato ed infine, a mio parere, (iii) che devono predisporre misure idonee a garantire la segregazione dell'informazione⁴.

In questo più ampio quadro sistematico la regolazione dei flussi informativi può trovare idonea e puntuale collocazione, disegnando con precisione l'ambito della "estensione circolatoria" delle informazioni riservate e dei correlativi obblighi di segretezza.

Ma a fronte di queste apprezzabili disposizioni la materia registra una disciplina sanzionatoria assolutamente criticabile.

3. La disciplina dell'informazione al mercato. Fattispecie, sanzioni, imputabilità: i problemi irrisolti

Il primo problema consiste nell'individuazione del grado di *specificità*, di *completezza* e di *probabilità di verifica* necessario perché l'informazione privilegiata debba essere comunicata al pubblico. La CONSOB lo ha individuato nella soglia più prossima alla *definitività*, da un lato, alla certezza, dall'altro lato, allo scopo, come il Presidente della CONSOB ebbe a precisare nella relazione al mercato del 2007, di correggere sì le asimmetrie informative, ma di evitare dall'altro lato, di "alimentare l'incertezza con la diffusione continua di notizie non mature o incomplete", osservando, nella relazione dell'anno successivo, che potrebbe essere opportuna una riconsiderazione di ordine sistematico del vigente regime sanzionatorio amministrativo, al fine di verificare la complessiva coerenza, funzionalità ed adeguatezza".

Non si può non convenire: ma la disciplina è rimasta immutata.

La stessa individuazione delle fattispecie che costituiscono le fondamenta della disciplina è problematica.

Un tema che pare ancora inesplorato – rispetto al più arato terreno delle informazioni privilegiate – è rappresentato dalle "informazioni e documenti necessari per l'informazione del pubblico" che la CONSOB può richiedere "anche

⁴ Ad esempio la regolamentazione delle informazioni intragruppo e della loro circolazione selettiva, e riservata, può essere contenuta nel regolamento di gruppo oppure essere contrattualmente disciplinata di volta in volta in relazione a specifiche operazioni.

in via generale” agli emittenti e ai soggetti qualificati indicati nel comma 5 dell’art. 114 t.u.f.

Si tratta di una fattispecie atipica dai confini indeterminati oppure invece – come io credo – di una fattispecie il cui perimetro deve essere attentamente definito assegnando il dovuto valore tipizzante al vincolo funzionale di “necessarietà” ?

La *disciplina sanzionatoria*, poi, è un florilegio di incongruenze sistematiche.

In primo luogo il legislatore, con norme sospette di incostituzionalità e di violazione del principio del *ne bis in idem*, commina sanzione penale e sanzione amministrativa, per una condotta identica: si tratta dell’abuso di informazioni privilegiate nel *dettato testualmente identico* degli artt. 184 e 187-*bis* t.u.f.

E il problema si ripropone, sia pure in termini diversi, per la manipolazione del mercato sanzionata sia penalmente (art. 185 t.u.f.) sia con sanzione amministrativa (art. 187-*ter* t.u.f.), con fattispecie identicamente nominate – “*manipolazione del mercato*” – anche se, in parte, diversamente descritte.

Si osservi infine *l’ampiezza dello spazio discrezionale di quantificazione delle sanzioni*. Le sanzioni amministrative pecuniarie, da euro ventimila a cinque milioni (art. 187-*ter*, comma 1), quintuplicate dall’art. 39.3, L. 28 dicembre 2005, n. 262 (e pari quindi ad un *range* tra centomila e venticinque milioni di euro), «sono aumentate sino al triplo o fino al maggior importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito...» (art. 187-*ter*, comma 5) –: un *range* talmente vasto da suscitare il forte sospetto di contrarietà alla direttiva comunitaria per violazione del principio di proporzionalità.

*L’imputazione dell’informazione alla società*⁵ è poi un problema aperto e poco indagato.

L’art. 114 t.u.f. impone agli emittenti quotati di comunicare al pubblico, senza indugio, le informazioni privilegiate di cui all’art. 181 che riguardano direttamente detti emittenti e le società controllate.

In molti casi – come in quello di specie – si pone l’interrogativo di stabilire quando le informazioni «*riguardino direttamente*» l’emittente (o una società controllata).

Una lettura sistematica della norma ora ricordata con l’art. 181, comma 3, t.u.f. conduce, a mio parere, a ritenere che il carattere di precisione debba ricollegarsi al *nesso di riferibilità all’emittente* che l’art. 114 impone.

Ne consegue che *studi interni* di operazioni societarie, negoziazioni per acquisizioni, contratti commerciali rilevanti, transazioni finanziarie e quant’altro – che nella grande impresa sono realtà quotidiana – possono ritenersi informazioni privilegiate a carattere preciso soltanto quando sono riferibili a soggetti che – nell’organizzazione d’impresa e societaria – siano dotati di poteri deci-

⁵ Sul problema in generale si veda M. CAMPOBASSO, *L’imputazione di conoscenza nelle società*, Giuffrè, Milano, 2002.

sionali e/o rappresentativi, relativi all'operazione o al segmento di operazione e che abbiano carattere di compiutezza sufficiente a concretare il connotato della precisione. Il mero studio interno affidato agli uffici non riveste, a mio parere, il carattere di informazione privilegiata, salvo che attenga ad una definizione esecutiva di decisioni già adottate da organi o soggetti dotati di poteri decisionali.

In conclusione la disciplina deve, a mio parere, essere rimeditata (i) ricercando un punto di equilibrio tra l'interesse all'informazione e la tutela della riservatezza; (ii) riportando ai principi il rapporto tra illecito amministrativo e illecito penale; (iii) riassegnando alle sanzioni caratteri di proporzionalità.

E ricordando che il mercato ha bisogno di essere informato, non disinformato per eccesso di informazione; che il mercato ha bisogno sì di regole severe, ma anche certe, trasparenti e proporzionate.

4. Sanzioni penali e sanzioni amministrative nella Direttiva Market Abuse 2014: i problemi irrisolti

L'Unione Europea è nuovamente intervenuta in materia approvando la nuova Direttiva *Market Abuse* (Direttiva 2014/57 UE del 16 aprile 2014) e il relativo Regolamento [Regolamento (UE N. 596/2014 del 16 aprile 2014)].

La Direttiva prevede che gli Stati membri qualifichino come *reati* le condotte di *abuso di informazioni privilegiate* (art. 3), la *comunicazione illecita di informazioni privilegiate* (art. 4), la *manipolazione del mercato* (art. 5), «*almeno nei casi gravi*» e se commesse con dolo. Precisa (art. 7) che i reati devono essere puniti con sanzioni *proporzionate*, oltretutto efficaci e dissuasive (art. 7).

D'altra parte il Regolamento (art. 30) prevede che gli Stati Membri introducano appropriate sanzioni amministrative e altre misure amministrative in caso di *insider dealing* e *unlawful disclosure* (art. 14), *market manipulation* (art. 15), *misure preventive del market abuse* (art. 16) e altre violazioni (diverse da quelle per cui si impone la sanzione penale).

Il legislatore europeo fa salva, nell'articolo 30, la comminazione di sanzioni penali – «*without prejudice to any criminal sanctions*» – *ma non detta alcun criterio per distinguere le fattispecie amministrative dalle fattispecie di reato, salvo limitarsi al criterio, del tutto generico e indefinito, dei casi gravi.*

La clausola di distinzione – i «*casi gravi*» – lascia seri margini di indeterminatezza, perché invece di individuare criteri precisi di perimetrazione della fattispecie affida il *discrimen* al criterio della gravità, che, se non circostanziato, potrebbe attenere all'entità dell'operazione, al profitto o anche soltanto all'incisività sul valore dei titoli, con incertezze applicative non accettabili nella logica di una razionalizzazione delle regole a presidio dell'efficienza del mercato.

Inoltre, per le sanzioni amministrative [art. 30, comma 2, lett. (i) Reg.], il legislatore comunitario ha posto sì *limiti minimi, ma non ha posto alcun tetto*.

Vi è il rischio che i problemi attuali di distinzione tra reato e illecito amministrativo rimangano irrisolti e che si resti ancorati agli incerti criteri CEDU dalla sanzione amministrativa di carattere fortemente afflittivo da equipararsi alla sanzione penale.

Il rischio che prosegua la «truffa delle etichette» non mi pare scongiurato.

5. I vizi del procedimento CONSOB. La posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il procedimento avanti alla CONSOB non è un processo equo ai sensi dell'art. 6 della CEDU

La Corte di Strasburgo è stata chiamata dai destinatari delle sanzioni CONSOB a verificare se sussistessero violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, sia sotto il profilo del c.d. principio del *ne bis in idem* sia con riguardo al principio del contraddittorio. Come qui di seguito dimostrato la sentenza CEDU bolla inequivocabilmente di illegittimità il Regolamento CONSOB (Reg. CONSOB 17 novembre 1994, n. 8674 e s.m; ora Reg. CONSOB 19 dicembre 2013, n. 18750, invariato sul punto) per violazione del principio del contraddittorio.

Tre precisioni si impongono.

In primo luogo si deve osservare che l'illegittimità per contrasto con la decisione CEDU è già stata dichiarata da una Corte italiana: più precisamente il Consiglio di Stato, con ordinanza del 2 ottobre 2014, nel caso Banca Profilo, ha “ordina(to) alla CONSOB di adeguare il regolamento alla sentenza CEDU”; tesi non accolta, nel giudizio di merito, dal TAR Lazio che ha pronunciato la propria sentenza il 27 novembre 2014; decisione, tuttavia, sospesa con decreto del Consiglio di Stato del 2 dicembre 2014⁶.

In ogni caso, anche qualora si ritenesse che la sentenza CEDU non abbia un'efficacia diretta nell'ordinamento interno, l'illegittimità consiste nella violazione della norma, di *diritto interno*, che impone – all'art. 187-*septies*, comma 2 t.u.f. – 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. La sentenza CEDU si pone – sotto questo profilo – come “interprete autorevole” di una norma italiana.

In terzo luogo si deve sottolineare che l'udienza pubblica, per le medesime ragioni, 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.

⁶ Sul punto vedi *infra, amplius*, § 8.

6. *La posizione della CEDU sul mancato rispetto del principio del contraddittorio e sulla mancata separazione fra funzioni istruttorie e decisorie*

La sentenza CEDU è netta nello statuire che il procedimento che si snoda avanti alla CONSOB *non garantisce il rispetto del principio del contraddittorio, in particolare della parità di armi fra difesa e accusa*, con specifico riferimento al mancato invio della Relazione Conclusiva all'interessato e alla mancanza di un'udienza pubblica: *“à la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la procédure devant la CONSOB ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention, notamment en ce qui concerne l'égalité des armes entre l'accusation et la défense et la tenue d'une audience publique permettant une confrontation orale”⁷*.

La conclusione è che la CONSOB non può neppure considerarsi un “Giudice” ai sensi dell'art. 6 della CEDU e il relativo procedimento non integra l'equo processo prescritto dalla medesima disposizione.

Analoghe conclusioni valgono con riferimento alla mancanza di effettiva separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nel procedimento CONSOB su cui, egualmente, si è abbattuta la scure della CEDU. I giudici di Strasburgo hanno infatti riconosciuto che la separazione fra i diversi uffici dell'Autorità di Vigilanza non è idonea a garantire quei requisiti di imparzialità e indipendenza che la CEDU richiede. Benché il regolamento CONSOB preveda una certa separazione fra gli organi incaricati dell'inchiesta (Divisione competente e U.S.A.) e l'organo competente a decidere sull'esistenza dell'infrazione (la Commissione), nondimeno si tratta di divisioni di una stessa Autorità amministrativa, che agiscono sotto l'autorità e la vigilanza di uno stesso presidente: *“il n'en demeure pas moins que le bureau IT [la Divisione procedente], la direction [l'USA] et la commission ne sont que des branches du même organe administratif, agissant sous l'autorité et la supervision d'un même président”⁸*.

Sul punto la stessa Corte si era già pronunciata in termini analoghi, censurando le disposizioni applicate in Francia ai giudizi volti all'irrogazione di sanzioni amministrative simili a quelle comminate nel caso di specie⁹.

⁷ Così al paragrafo 123: *“alla luce di quanto precede, il Tribunale ritiene che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfi tutti i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione, con particolare riguardo alla parità delle armi tra l'accusa e la difesa e la tenuta di una udienza pubblica che permetta un confronto orale”*.

⁸ *“Resta il fatto che l'ufficio IT [Insider Trading], la direzione [l'USA] e la commissione non sono che delle divisioni dello stesso organo amministrativo che agisce sotto l'autorità e la supervisione dello stesso presidente”*.

Si precisa che l'ufficio Insider Trading, nel caso esaminato dalla Corte di Strasburgo, era la Divisione competente per materia che aveva avviato il procedimento sanzionatorio.

⁹ Il riferimento è in particolare alla decisione nel c.d. caso *Vernes* (Corte europea dei diritti dell'Uomo n. 30183/06 *Vernes c. Francia*, 20 gennaio 2011).

7. Gli effetti delle statuizioni della CEDU sul Regolamento CONSOB

Se – come riconosciuto dai Giudici di Strasburgo – il procedimento avanti CONSOB non garantisce il rispetto del contraddittorio, così come disegnato dall'art. 6 della CEDU e CONSOB non può considerarsi un Giudice imparziale e indipendente ai sensi della Carta internazionale, *a fortiori* devono ritenersi violati i corrispondenti principi sanciti nel nostro ordinamento dalla legge ordinaria (art. 187-*septies*, 2° comma, t.u.f. e art. 24 della l. 262 del 2005).

In altre parole, come si è anticipato, nel nostro ordinamento l'assoggettamento di CONSOB al rispetto del principio del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie (racchiuso nella nozione di equo processo di cui all'art. 6 della convenzione CEDU), è *direttamente disposto dalla legge ordinaria*, rispetto alla quale la lettura da parte dei Giudici di Strasburgo è una conferma autorevole e dirimente della tesi qui sostenuta.

Sul tema la dottrina italiana si era del resto già espressa criticamente sottolineando la funzione primaria della garanzia del contraddittorio¹⁰.

Il punto a mio parere più critico del procedimento consiste nella *mancata comunicazione ai destinatari della Relazione Conclusiva*, che, lo si ripete è trasmessa dall'USA solo alla Commissione, punto su cui si sono appuntati gli strali della Corte di Strasburgo. In proposito è stato autorevolmente osservato che ciò “*appare, innegabilmente, un punto debole del procedimento, come disegnato nel regolamento, ed ha fatto dubitare della sua effettiva conformità al rispetto sostanziale del principio del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento improntato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi prima, durante e dopo il compimento dell'attività processuale preordinata alla decisione*”¹¹.

Diverse decisioni dei giudici italiani hanno invece avallato piuttosto acriticamente l'interpretazione minimalista del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie¹². Non si dubita però che tale orientamento sarà oggetto di ripensamento alla luce della decisione della Corte di Strasburgo¹³.

¹⁰ CLARICH, ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 358 e ss. (sul punto p. 359). Per analoghe conclusioni, in dottrina, v. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della CONSOB*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1227, sul punto 1231 e ss.

¹¹ RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Le Società*, 2010, 991.

¹² Anche se con qualche pronuncia più garantista, tra cui Appello di Genova 21 febbraio 2008, in *Società*, 2008, 860, con nota di Grossi, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 339, con nota di Zucconi Galli Fonseca, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2011, II, 76, con nota di Lener e Galantucci.

¹³ “[...] La sentenza – si è scritto – assesta dunque un duro colpo sia alla legittimità dei procedimenti sanzionatori della CONSOB, sia alla disciplina degli abusi di mercato. Sia ben chiaro: l'efficace repressione dell'insider trading e delle manipolazioni di mercato sono un irrinunciabile pilastro della tutela degli investitori, e non si può che auspicare che CONSOB e magistratura pos-

Quanto alla garanzia del contraddittorio, si è correttamente ribadito¹⁴ che non è sufficiente – come vorrebbe la riduttiva opinione della ora ricordata giurisprudenza di merito – porre l’interessato in condizione di difendersi attraverso la contestazione della violazione di cui è accusato e la possibilità di conoscere le prove alla base dell’accusa; tale tutela pare infatti già garantita dal principio di trasparenza e dal principio di accesso e conoscenza degli atti istruttori. L’instaurazione del contraddittorio sembra, invece, implicare il diritto dell’interessato di interagire con l’accusa secondo una particolare modalità, conforme ad un principio generale dei procedimenti accusatori per cui spetta all’accusato l’ultima parola prima che il procedimento si concluda¹⁵.

8. Il caso Banca Profilo

La tesi della illegittimità del procedimento sanzionatorio CONSOB è stata ora, come si è ricordato, autorevolmente accolta dal Consiglio di Stato.

La Banca Profilo e Arepo hanno impugnato l’ordinanza del TAR Lazio, che rigettò la domanda cautelare presentata per la sospensione del regolamento sanzionatorio CONSOB.

Con ordinanze del 2 ottobre 2014 il Consiglio di Stato «in riforma dell’ordinanza impugnata, accoglie l’istanza cautelare presentata in primo grado, relativamente all’obbligo della CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni “penali” alla sentenza CEDU».

L’illegittimità del regolamento è, dunque, nuovamente confermata.

Con sentenza del 27 novembre 2014, n. 11886, il TAR Lazio ha invece respinto il ricorso.

Pur ammettendo che «le sentenze della Corte EDU producono l’effetto di fornire un’interpretazione vincolata delle norme della Convenzione EDU, le quali nell’ordinamento interno assumono una forza passiva superiore alle leggi ordinarie», pur riconoscendo che la Corte EDU nella sentenza n. 18640 del 2014 ha constatato che il procedimento CONSOB «non è conforme ai corollari del principio del giusto processo di cui all’art. 6, comma 1 della Convenzione EDU», il TAR Lazio ha concluso che la violazione sussiste soltanto là dove non

*sano svolgere al meglio i propri compiti di controllo, ma altrettanto sacri sono il diritto alla difesa e ad un equo processo, purtroppo sovente negletti dai vari poteri dello Stato italiano. Nel XVIII secolo un mugnaio di Potsdam, vistosi espropriato del proprio mulino, riuscì a ottenere giustizia solo in sede di appello ad una corte della non lontana Berlino: a lui è attribuita la celebre frase ‘ci sarà pure un giudice a Berlino’. Oggi forse dovrebbe fare un po’ più di strada, e arrivare sino a Strasburgo. Pare ancora che vi sia un foro europeo in cui i cittadini possono vedere tutelati i propri diritti fondamentali, anche nei confronti dello Stato-nazione e delle sue autorità». Così G. ROSSI, *Ci sarà pure un Giudice a Berlino*, articolo del 30 marzo 2014, in *Il Sole 24 Ore*.*

¹⁴ RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 991.

¹⁵ ID., *op. loc. cit.*

vi sia «un'udienza pubblica» e che la Corte EDU ha «escluso la necessità di un intervento normativo strutturale sulla disciplina del procedimento... di cui all'Art. 187-ter del T.U.F.».

Ma il Consiglio di Stato, con decreto del 2 dicembre 2014, ha sospeso integralmente l'efficacia della sentenza impugnata.

In ogni caso, quale che sia l'esito finale della vicenda, il punto decisivo consiste, a mio parere, nella circostanza che il procedimento CONSOB è comunque *contrario alla norma di diritto interno* – l'art. 187-*septies*, comma 2, t.u.f. (e vedi, con identica formulazione art. 195, comma 2, t.u.f.) – la quale impone che il regolamento rispetti il *principio del contraddittorio*; principio che, come si è detto, indipendentemente dall'udienza pubblica, non è comunque rispettato.

E il problema si estende ai procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e dell'IVASS.

9. Le Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia e il Regolamento IVASS

La questione del principio del contraddittorio si pone infatti in modo analogo con riferimento sia alle *Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa* della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012 sia al *Regolamento n. 1 dell'8 ottobre 2013 concernente la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie* approvato dall'IVASS.

Le Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia richiamano l'art. 145 T.U.B. in tema di procedura sanzionatoria che, per il vero, nulla dispone, espressamente, in tema di contraddittorio. Disciplinano poi analiticamente la contestazione delle violazioni (par. 1.2), la presentazione delle controdeduzioni (par. 1.3), l'istruttoria e la proposta al Direttorio (par. 1.5), richiamando «la pienezza del diritto di difesa», «il principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo», l'obbligo del servizio REA di «verifica che sia correttamente instaurato il contraddittorio», «il principio di separazione tra fase istruttoria e la fase decisoria».

Ciononostante anche le Disposizioni di vigilanza di BANCA D'ITALIA sono viziate, a mio parere, sotto il medesimo profilo e per le medesime ragioni che costituiscono il fondamento della censura CEDU e della predominante dottrina al Regolamento CONSOB.

Le Disposizioni di Banca d'Italia stabiliscono infatti che «*le conclusioni istruttorie confluiscono in una proposta motivata per il Direttorio*» (par. 1.5, p. 11) ma non prevedono che la proposta sanzionatoria sia trasmessa all'inculpato, consentendogli così di replicare adeguatamente alle contestazioni nella loro configurazione ultima sia sotto il profilo degli illeciti ascritti sia sotto il profilo dell'entità della sanzione.

Con violazione, dunque, del principio del contraddittorio e in particolare

del principio della «previa contestazione degli addebiti agli interessati» imposto espressamente – per le sanzioni applicate dalla BANCA D’ITALIA (e anche dalla CONSOB) – dall’art. 195 t.u.f.

Avverso le sanzioni applicate dalla BANCA D’ITALIA è ammessa opposizione avanti la Corte d’Appello che decide sull’opposizione in *camera di consiglio* (ex art. 145, comma 7, T.U.B.) e quindi, in ogni caso, non in pubblica udienza.

Disposizione identica – peraltro – a quanto previsto per le sanzioni CONSOB di cui al Titolo II del t.u.f., all’art. 195, comma 7, t.u.f.¹⁶.

Per questa ragione anche l’*escamotage* di alcune Corti d’Appello che, nella procedura sanzionatoria di cui all’art. 187-*septies*, hanno disposto – comunque irritualmente – la “trasformazione” dell’udienza in udienza pubblica, non può sanare l’illegittimità del regolamento “estrapolando” la sanatoria dalla sentenza CEDU là dove ritiene sanata l’irregolarità del procedimento qualora la materia sia poi discussa in pubblica udienza, perché qui il rito è disposto dalla legge, e il giudice non può, in base, ad una sentenza se pur autorevole, modificare la legge ordinaria.

Anche il Regolamento IVASS, dell’8 ottobre 2013, contiene disposizioni che impongono «la pienezza del diritto difesa» «nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo» (art. 8.3.) e «che sia correttamente instaurato il contraddittorio» (art. 10.1), articolato nella contestazione formale delle violazioni (art. 6), nella facoltà di presentare controdeduzioni (art. 8), nella facoltà di presentare istanza per la sospensione della procedura sanzionatoria, (art. 9).

Ma, nuovamente, anche il Regolamento IVASS contiene una disposizione che viola, a mio parere, il principio del contraddittorio.

Infatti l’atto finale di incolpazione, con la precisa, ed ultima, qualificazione delle violazioni ascritte e con la quantificazione della sanzione irroganda non è trasmesso al sanzionando, impedendo così l’esercizio del diritto di difesa rispetto alla definitiva precisazione degli illeciti che l’Autorità di vigilanza ritiene essere stati compiuti e altresì la difesa in punto di entità della sanzione che il Servizio Sanzioni richiede al Direttorio di irrogare.

Infatti il Servizio Sanzioni «predispone il provvedimento conclusivo da sottoporre alla decisione contenente la proposta motivata di irrogazione della sanzione o di archiviazione del procedimento» (art. 10.5); «il Direttorio integrato acquisito, se ritenuto necessario, il parere dell’Ufficio Consulenza Legale per i casi di particolare complessità, adotta con ordinanza il provvedimento motiva-

¹⁶ Ricordo che i commi da 4 a 8 dell’art. 187-*septies* e i commi da 4 a 8 dell’art. 195 abrogati dall’art. 4.1., n. 19 dell’Allegato 4, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 sono in realtà vigenti in forza della pronuncia della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014 n. 94 che ha statuito l’incostituzionalità del d.lgs. 2010 n.104 con cui era stata attribuita la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo.

to conclusivo di irrogazione della sanzione o dispone l'archiviazione del procedimento» (art. 12.2).

In conclusione anche nel procedimento IVASS l'atto finale e decisivo della fase istruttoria – la proposta di provvedimento – perviene al giudicante, il Direttore, senza che il sanzionando ne sia posto a conoscenza.

Con violazione, dunque, del principio del contraddittorio.

10. Recenti sviluppi: il Consiglio di Stato e il nuovo Regolamento CONSOB

10.1 Si sono verificati due eventi particolarmente significativi.

Il 26 marzo 2015 è stata depositata la sentenza del Consiglio di Stato nel caso Banca Profilo che, pur respingendo il ricorso per carenza di interesse (essendo il procedimento sanzionatorio sospeso), ha chiaramente dichiarato, *incidenter, illegittimità* del procedimento CONSOB per violazione del principio del contraddittorio.

Il Consiglio di Stato ha puntualizzato che «nella fase istruttoria non viene...garantito un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno», che «non è previsto...che la proposta dell'Ufficio Sanzioni Amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio Sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva sia davanti alla Commissione» e conclude nel senso che l'«*iter* procedimentale, così come disegnato nel regolamento impugnato, determina...una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore».

Una giurisprudenza autorevole accoglie, finalmente, quanto sostenuto da maggioritaria dottrina e nei medesimi termini argomentativi sviluppati in questo scritto.

10.2 Il 29 maggio 2015, con delibera n. 19158, sono state approvate le *Modifiche al Regolamento sul Procedimento sanzionatorio della CONSOB*.

Il documento posto in consultazione il 22 aprile 2015 premetteva alcune considerazioni, a mio parere opinabili, dirette a sostenere che il procedimento attuale non presenta profili di illegittimità e che quindi le riforme proposte costituiscono un mero perfezionamento del sistema vigente.

Si sottolineava infatti che il Consiglio di Stato aveva statuito, in via incidentale, che «il regolamento CONSOB non presenta motivi di contrasto con l'art. 6, par. 1, della CEDU» e neppure «rispetto ai principi costituzionali» (p. 3); si afferma che la tesi della contrarietà del regolamento con le previsioni degli art. 187-*septies* e 195 del t.u.f. «rappresenta una voce isolata nel panorama giurisprudenziale», richiamando il contrario rescritto contenuto nelle «sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 30 settembre 2009 n.n. 20935 – 20939» (p. 4); si concludeva sostenendo che la decisione del Consiglio di Stato

non «incide sulla validità ed efficacia della regolamentazione sanzionatoria CONSOB», attualmente vigente.

Le innovazioni sono essenzialmente, le seguenti. Anzitutto la «*facoltà di chiedere con istanza separata*» – non il diritto, dunque, di ricevere – «*da parte dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti che abbiano presentato le deduzioni scritte... la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative...al fine di presentare proprie controdeduzioni scritte alla Commissione...*» (art. 4, comma 2, f-bis).

Inoltre si introduce, a favore di chi abbia usufruito della facoltà ora descritta, il diritto di ricevere «*la relazione finale predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative...*», con facoltà di «*presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica*», con obbligo di «*indice*» e di «*sintesi*» in caso di superamento delle «*15 pagine*» (art. 8, commi 1, 2, 4).

Un passo in avanti – sicuramente apprezzabile – anche se non è prevista la discussione avanti la Commissione, che, a mio parere, costituisce una tessera necessaria per completare un mosaico “a formazione progressiva”. Una conferma, a mio parere dell’illegittimità del Regolamento previgente.

In ogni caso un ripensamento generale del sistema sanzionatorio pare a me necessario anche in punto di (i) proporzionalità delle sanzioni e di (ii) superamento dell’aporia di sanzioni, in alcuni casi, comminabili al collegio sindacale – ex art. 149, comma 3, t.u.f. – anche se non irrogabili ai soggetti autori dell’irregolarità.

11. Conclusioni

In conclusione ritengo che la materia debba essere rivisitata in modo sistematico sotto il profilo vuoi del diritto sostanziale vuoi del diritto sanzionatorio, vuoi del diritto “processuale”.

Sotto il profilo sostanziale è da auspicare una più chiara determinazione delle fattispecie con particolare attenzione alla qualificazione di «*notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico*» (art. 114, comma 5, t.u.f.) altri e diversi rispetto alle «*informazioni privilegiate*» (ex art. 181 t.u.f.).

La partizione tra «*illeciti amministrativi*» e «*illeciti penali*» deve poi essere ancorata a criteri puntuali, al fine di garantire quelle istanze di “certezza del diritto” di cui mercati finanziari e operatori hanno esigenza irrinunciabile.

Infine i procedimenti sanzionatori CONSOB, BANCA D’ITALIA, IVASS, dovrebbero essere rettificati anche in punto di discussione avanti l’Autorità di Vigilanza. È auspicabile che – essendo i procedimenti diversamente regolati non solo quanto all’autorità giurisdizionale competente, ma anche sul piano del procedimento – si provveda ad introdurre una disciplina omogenea.

Lo stimolo della sentenza CEDU e della pronuncia del Consiglio di Stato mi paiono una buona occasione.

PROCEDIMENTO CONSOB E *NE BIS IN IDEM*: RESPINTA L'ISTANZA DI RINVIO¹

EVA DESANA

SOMMARIO: 1. La violazione dell'art. 6 della CEDU. – 2. Il rilievo dell'art. 187-*septies*. – 3. La posizione della dottrina e della giurisprudenza. – 4. Il nuovo regolamento. – 5. Conclusioni.

1. La violazione dell'art. 6 della CEDU

La Corte europea dei diritti dell'Uomo, oltre ad aver accertato la violazione del c.d. principio del *ne bis in idem*, ha affermato che il procedimento che si snoda avanti alla CONSOB non garantisce il rispetto del principio del contraddittorio, in particolare della parità di armi fra difesa e accusa e che la CONSOB non può considerarsi un Giudice imparziale e indipendente ai sensi dell'art. 6 della Carta internazionale, che a tal fine impone altresì lo svolgimento di un'udienza pubblica.

Per meglio comprendere la questione, occorre ricordare che l'articolazione del procedimento in corso all'epoca dei fatti era scandita dall'art. 187-*septies* TUF e dalla normativa di rango secondario adottata dalla CONSOB con la delibera n. 15086/2005, recentemente sostituita dalla delibera n. 18750 del 28 dicembre 2013, che non ha però emendato i vizi rilevati dalla Corte internazionale².

Dispone il 2° comma dell'art. 187-*septies* che “il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, (...) nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie”. I principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sono altresì sanciti dall'art. 24, comma 1° della l. 262/2005, che così dispone: “(...) i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, (...) nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione delle sanzioni (...)”.

¹ Si tratta di una rivisitazione dell'articolo pubblicato all'indomani della pronuncia della Corte EDU in *Giurisprudenza italiana*, 2014, fasc. luglio, 1642.

² Neppure la normativa recentemente adottata, infatti, prevede il contraddittorio e la celebrazione di un'udienza pubblica avanti alla Commissione. Una parte dei vizi è stata emendata solo con la delibera Consob del 29 maggio 2015, n. 19158.

Quanto alla normativa secondaria, contenuta nella delibera n. 15086/2005, essa disponeva lo sdoppiamento del procedimento amministrativo in due fasi³: (i) la “fase istruttoria”, nella quale venivano contestati gli addebiti agli interessati e questi potevano svolgere le proprie difese in parziale contraddittorio con alcuni degli organi “inquirenti”, ovvero la Divisione procedente⁴ e l’Ufficio Sanzioni Amministrative, “U.S.A.”, entrambi Uffici della CONSOB e (ii) la “fase decisoria”, di fronte ai Commissari, Giudici del procedimento, che assumevano la delibera a definizione del procedimento sanzionatorio, senza sentire i destinatari delle sanzioni. La “fase istruttoria”, a sua volta, era costituita da due sottofasi: (i) la “parte istruttoria di valutazione delle deduzioni”, che si svolgeva avanti alla Divisione CONSOB competente per materia⁵ e (ii) la “parte istruttoria della decisione”, che si svolgeva avanti all’U.S.A. di Roma; tale seconda sottofase si concludeva con la trasmissione alla Commissione di apposita relazione, c.d. relazione conclusiva (contenente, *inter alia*, la proposta di decisione e la proposta di determinazione della sanzione) che non veniva tuttavia trasmessa all’interessato ma direttamente inviata alla Commissione⁶.

In base al sistema delineato dalla delibera n. 15086 del 2005, quindi, la Commissione decideva (i) sulla base di una relazione conclusiva proveniente dall’U.S.A. che l’imputato non aveva il diritto di conoscere prima dell’irrogazione della sanzione, relazione che per la prima volta indicava la misura della sanzione proposta e (ii) senza che l’interessato fosse ammesso a difendersi dalle accuse mosse al cospetto dei suoi giudici, ovvero i Commissari, non essendo previsto e consentito lo svolgimento di una pubblica udienza, né un’audizione di fronte ai medesimi.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che il procedimento così articolato non offrisse le garanzie dell’equo processo di cui all’art. 6 della CEDU avanti la CONSOB, anche se ha introdotto il temperamento di cui si darà conto fra breve.

In ordine al rispetto del principio del contraddittorio, in particolare della parità di armi fra difesa e accusa, la Corte ha infatti affermato, al paragrafo 123, con riferimento al mancato invio al destinatario della relazione conclusiva

³ Procedimento che non poteva protrarsi per oltre 360 giorni dalla data della contestazione.

⁴ Nel caso giunto all’esame della Corte Europa si trattava della Divisione Abusi di Mercato, nei confronti della quale pare essere stato assicurato il contraddittorio, che era invece mancato nella fase decisoria svoltasi di fronte ai commissari, non essendosi tenuta di fronte ai medesimi un’udienza pubblica.

⁵ Fase che a) iniziava con la contestazione della violazione agli interessati, b) proseguiva con la presentazione da parte degli interessati di memorie difensive e c) terminava con la trasmissione all’U.S.A. della relazione istruttoria della Divisione competente per materia.

⁶ Tale sottofase a) iniziava con il ricevimento da parte dell’U.S.A. della relazione istruttoria formulata dalla Divisione competente per materia, b) proseguiva con la presentazione da parte degli interessati di ulteriori memorie difensive (relative a quanto dedotto nella relazione istruttoria) e c) terminava con la trasmissione alla Commissione della relazione per la decisione formulata dall’U.S.A.

dell'U.S.A. e all'assenza di un'udienza di fronte ai commissari, che “*la procédure devant la CONSOB ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention, notamment en ce qui concerne l'égalité des armes entra l'accusation et la défense et la tenue d'une audience publique permettant une confrontation orale*”.

Analoghe conclusioni sono state espresse con riferimento all'imparzialità e indipendenza della CONSOB: i Giudici di Strasburgo hanno infatti affermato che, benché la normativa prevedesse una certa separazione fra gli organi incaricati dell'inchiesta (Divisione competente e U.S.A.) e l'organo competente a decidere sull'esistenza dell'infrazione (la Commissione), nondimeno si trattasse di divisioni di una stessa Autorità amministrativa, che agisce sotto l'autorità e la vigilanza di uno stesso presidente (“*il n'en demeure pas moins que le bureau IT [la Divisione procedente], la direction [l'USA] et la commission ne sont que des branches du même organe administratif, agissant sous l'autorité et la supervision d'un même président*”).

I Giudici hanno tuttavia mitigato la portata della statuizione, affermando che ai fini della sussistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU era necessario verificare che le garanzie dell'equo processo non fossero state assicurate neppure nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB. Verifica che ha avuto esito negativo, essendo risultata la carenza del requisito della pubblica udienza imposto dal citato articolo: i Giudici hanno infatti rilevato che l'udienza celebratasi innanzi alla Corte d'Appello di Torino non rivestiva tale requisito dal momento che il processo di impugnazione si era svolto in camera di Consiglio; ad avviso della Corte, inoltre, tanto meno poteva ritenersi pubblica ai sensi dell'art. 6 della CEDU l'udienza avanti alla Cassazione, data la natura di giudice di sola legittimità e non di merito della Suprema Corte.

2. Il rilievo dell'art. 187-septies

Vi è ancora un punto su cui occorre soffermarsi, rimasto ai margini della sentenza della Corte europea, e concernente il rapporto tra normativa secondaria CONSOB e fonti primarie che regolano il procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative.

La norma di rango primario che disciplina il procedimento CONSOB è costituita dall'art. 187-septies TUF che, come si è visto, impone il rispetto del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie. L'art. 187-septies TUF è stato riscritto ad opera della L. n. 62/2005, di attuazione di alcune direttive comunitarie (tra cui la Dir. 2003/6/CE in materia di abusi di mercato), che ha introdotto accanto ai reati di *insider trading* e di manipolazione del mercato (artt. 184 e 185 TUF) le corrispondenti fattispecie di illeciti ammini-

strativi (artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF) e ha attribuito penetranti poteri alla CONSOB, poteri che necessitavano di un bilanciamento, a garanzia della posizione dei soggetti ritenuti responsabili degli illeciti amministrativi⁷.

Nello stesso periodo è stata adottata la L. n. 262/2005, cosiddetta legge sulla tutela del risparmio, il cui art. 24 dispone che: “1. Ai procedimenti della Banca d’Italia, della CONSOB, dell’ISVAP e della COVIP volti all’emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull’individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull’accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all’irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell’istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all’irrogazione della sanzione”. La L. n. 262/2005 è stata adottata all’indomani di alcuni scandali che hanno colpito il mercato finanziario italiano: con essa è stato rafforzato il sistema dei controlli interni ed esterni alle società quotate, ampliandosi i poteri delle Autorità di Vigilanza (tra cui *in primis* quelli della CONSOB) e inasprendosi le sanzioni amministrative e penali per le violazioni delle norme dettate a tutela del mercato; in particolare con le relative disposizioni sono state quintuplicate le sanzioni previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato; a loro temperamento è stato introdotto l’art. 24, volto ad assicurare, appunto, che tali poteri venissero esercitati nel rispetto dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie⁸.

⁷ Dispone l’art. 9, 2° comma, L. n. 62/2005 che “Al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche recanti nuove disposizioni in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: a) nella parte V, titolo I, la partizione «Capo IV – Abusi di informazioni privilegiate e aggioaggio su strumenti finanziari» comprendente gli articoli da 180 a 187-*bis* è sostituita dal seguente titolo: “TITOLO I-*bis* Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato”.

⁸ Il citato bilanciamento fra inasprimento delle sanzioni e garanzie dei destinatari delle contestazioni è stato efficacemente illustrato da autorevole dottrina, che ha osservato, al riguardo, come “[...] si debba senz’altro salutare con favore la scelta compiuta pochi anni fa dal legislatore, con la L. n. 262/2005, di disciplinare meglio il procedimento sanzionatorio di competenza della CONSOB [...]. Ed è certamente positivo l’intento di fornire maggiori garanzie ai soggetti nei cui confronti il procedimento si svolge, in concomitanza con un rilevante ampliamento dei poteri istruttori e decisorie della CONSOB e con un inasprimento dell’entità delle sanzioni che detta autorità può irrogare”; RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981 e ss. La circostanza che l’osservanza di tali

La nozione di contraddittorio e quella di separazione fra funzioni istruttorie e decisorie presupposte dall'art. 187-*septies* TUF, anche per la loro genesi, legata all'esigenza di rafforzare le garanzie difensive degli incolpati a fronte di un'Autorità dotata di poteri amplissimi, dovrebbero essere interpretate alla luce di quella accolta dalla CEDU, cosicché i relativi contorni non potrebbero che essere quelli indicati dalla Corte di Strasburgo e non quelli, minimalisti, adottati dalla normativa secondaria CONSOB, di cui alla delibera n. 15086/2005. Pare quindi che il contrasto con la normativa CEDU riguardi non tanto le norme primarie presenti nell'ordinamento italiano (art. 187-*septies* TUF e art. 24, L. n. 262/2005), quanto la normativa di attuazione adottata dalla CONSOB.

3. *La posizione della dottrina e della giurisprudenza*

Va peraltro dato atto che le statuizioni della Corte europea hanno trovato terreno fertile, quanto meno in dottrina, posto che, seppure naturalmente con diverse sfumature, la maggior parte degli Autori che si erano occupati dell'argomento, aveva messo in dubbio l'effettivo rispetto dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie all'interno del procedimento CONSOB. Senza voler indugiare sull'argomento, è sufficiente riportare quanto affermato recentemente in tema di contraddittorio: "Il contraddittorio costituisce una fonte succedanea di legittimazione (la cosiddetta democrazia procedurale) atta a bilanciare, sia pure in modo imperfetto, la mancanza di un collegamento diretto delle Autorità al circuito Parlamento-Governo (la democrazia rappresentativa) e dunque a compensare, sotto forma di garanzie del contraddittorio (legalità procedurale) la caduta di legalità sostanziale"⁹; occorrerebbe quindi che vi fosse "un rapporto direttamente proporzionale tra ampiezza dei poteri delle autorità e ampiezza delle garanzie del contraddittorio, soprattutto di quello verticale. In uno Stato di diritto, infatti, il

principi fosse prescritta dalla normativa primaria pareva anche troncato il dibattito relativo all'applicabilità, nei procedimenti avanti alle Autorità di vigilanza, dei sovraordinati principi costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.) o di quelli internazionali dell'equo processo sanciti, tra le altre, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo ("CEDU") e, in particolare, dal suo art. 6. In altre parole, posto che il legislatore primario aveva imposto *expressis verbis* il rispetto delle garanzie suddette in tali procedimenti amministrativi (lato sensu giurisdizionali), non sembrava più necessario dibattere sull'invocabilità delle garanzie costituzionali o internazionali sancite dalla Carta costituzionale o dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo a garanzia dei cittadini nei processi.

⁹ CLARICH, ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 358 (sul punto 359). Per analoghe conclusioni, in dottrina, v. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della CONSOB*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 1227, sul punto, 1231.

potere amministrativo richiede contrappesi adeguati e proporzionati [...]. Da auspicare infine è una prassi operativa delle autorità che consideri le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori, non già come un appesantimento da ridurre al minimo, bensì come il metodo migliore per raggiungere una decisione corretta con un grado di ‘accettabilità’ da parte degli interessati”¹⁰. In termini analoghi è stato affermato che “Garantire il contraddittorio e la partecipazione del privato alla fase procedimentale che precede l’eventuale irrogazione della sanzione significa altresì favorire una più precoce emersione delle possibili ragioni difensive, mettendo così la stessa autorità in condizione di tenerne conto ai fini della propria decisione [...]”¹¹. Quanto alla mancata comunicazione ai destinatari della relazione conclusiva redatta dall’Ufficio Sanzioni Amministrative è stato affermato che ciò “appare, innegabilmente, un punto debole del procedimento, come disegnato nel regolamento, ed ha fatto dubitare della sua effettiva conformità al rispetto sostanziale del principio del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento improntato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi prima, durante e dopo il compimento dell’attività processuale preordinata alla decisione”¹².

Al contrario, i Giudici italiani, come si evince dalla sentenza in commento, avevano ritenuto che i vizi lamentati non sussistessero; il precedente più rilevante in argomento era costituito proprio dalle cinque decisioni a sezioni unite della Cassazione del 30 settembre 2009, pronunciate in sede civile nella vicenda giunta infine avanti i Giudici di Strasburgo. In particolare, quanto al rispetto del contraddittorio, la Suprema Corte ne aveva escluso la violazione, stabilendo come “l’intero procedimento sanzionatorio disciplinato dalla Delib. CONSOB n. 15086, risultasse pienamente idoneo ad assicurare l’invocato contraddittorio, proprio in conseguenza della distinzione in due parti della fase istruttoria e dello svolgimento di una seconda fase ‘di confronto’ dinanzi all’Ufficio sanzioni dell’autorità di vigilanza, ove all’interessato venne riconosciuta piena facoltà di difesa in merito ai fatti contestati, specie sotto il già ricordato profilo della piena disponibilità delle nuove acquisizioni probatorie, a lui rimesse integralmente a seguito di comunicazione da parte dello stesso Ufficio sanzioni. La pronuncia impugnata si pone, pertanto, rigorosamente in asse con principi, più volte espressi da questa stessa corte di legittimità, a mente dei quali il contraddittorio – e il diritto di difesa – nella fase amministrativa prodromica all’emanazione dell’ordinanza-ingiunzione resta incentrata sul fatto, individuato in tutte le circostanze concrete che valgono a caratterizzarlo e siano rilevanti ai fini della pronuncia del provvedimento finale (così Cass. 6408/96; 6838/95; in particola-

¹⁰ CLARICH, ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., 358 e 359.

¹¹ RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 981 e ss., sul punto 987.

¹² RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 991.

re, Cass. 7262/90 analiticamente ricostruisce, nei termini che precedono, gli aspetti procedurali afferenti al contenuto della contestazione, specificando come, a base del provvedimento, l'autorità procedente abbia l'obbligo di porre il nucleo del fatto contestato inteso nella sua fenomenologia obbiettiva e subbiettiva e non anche nella definizione giuridica ivi conferitagli)".

Conclusioni (minimaliste) che, come si è visto, sono state disattese dalla Corte di Strasburgo, adita proprio contro le determinazioni in essa contenute¹³.

4. Il nuovo regolamento

La delibera n. 18750 del 28 dicembre 2013, che ha sostituito la delibera Consob 15086 del 2005, non ha emendato i vizi lamentati. L'art. 5 dedicato al *diritto di difesa* stabilisce che "1. I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati" e con riferimento all'audizione prevede che, ove sia stata richiesta dai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, l'Ufficio Sanzioni Amministrative comunica la data dell'audizione che, a quanto si ricava dal 3 comma dell'art. 5 ha luogo di fronte a tale ufficio e non avanti la Commissione. Nulla viene disposto in ordine alla natura pubblica dell'audizione, richiesta invece dalla CEDU.

Del pari non paiono superati i vizi relativi al difetto di separazione fra funzioni istruttorie e decisorie, né tanto meno la violazione del contraddittorio stigmatizzata dalla stessa Corte di Strasburgo, relativa alla mancata previsione

¹³ Merita comunque osservare che, anche prima della pronuncia della Corte di Strasburgo, l'orientamento piuttosto riduttivo delle nostre Corti sul principio del contraddittorio era già stato stigmatizzato da Renato Rordorf, che aveva persuasivamente sostenuto che l'"opinione che sembra si stia consolidando in giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame è adeguatamente assicurato dalla previa contestazione dell'addebito all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, appare frutto di un approccio piuttosto riduttivo" (R. Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 991). Quanto alla garanzia del contraddittorio, il medesimo Autore ha ribadito che non pare possa limitarsi – come vorrebbe la riduttiva opinione della giurisprudenza citata – a porre l'interessato in condizione di difendersi attraverso la contestazione della violazione di cui è accusato e la possibilità di conoscere le prove alla base dell'accusa; tale tutela pare infatti già garantita dal principio di trasparenza e dal principio di accesso e conoscenza degli atti istruttori. L'instaurazione del contraddittorio sembra, invece, implicare il diritto dell'interessato di interagire con l'accusa secondo una particolare modalità, conforme ad un principio generale dei procedimenti accusatori per cui spetta all'accusato l'ultima parola prima che il procedimento si concluda (Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 981).

della trasmissione della Relazione conclusiva redatta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative ai destinatari della sanzione¹⁴.

5. Conclusioni

La decisione della Corte di Strasburgo è stata efficacemente paragonata da Guido Rossi al Giudice di Berlino a cui intendeva rivolgersi il mugnaio di Potsdam per ottenere ragione del suo buon diritto: “[...] la sentenza assesta dunque un duro colpo sia alla legittimità dei procedimenti sanzionatori della CONSOB, sia alla disciplina degli abusi di mercato. Sia ben chiaro: l’efficace repressione dell’insider trading e delle manipolazioni di mercato sono un irrinunciabile pilastro della tutela degli investitori, e non si può che auspicare che CONSOB e magistratura possano svolgere al meglio i propri compiti di controllo, ma altrettanto sacri sono il diritto alla difesa e ad un equo processo, purtroppo sovente negletti dai vari poteri dello Stato italiano. Nel XVIII secolo un mugnaio di Potsdam, vistosi espropriato del proprio mulino, riuscì a ottenere giustizia solo in sede di appello ad una corte della non lontana Berlino: a lui è attribuita la celebre frase ‘ci sarà pure un giudice a Berlino’. Oggi forse dovrebbe fare un po’ più di strada, e arrivare sino a Strasburgo. Pare ancora che vi sia un foro europeo in cui i cittadini possono vedere tutelati i propri diritti fondamentali, anche nei confronti dello Stato-nazione e delle sue autorità”¹⁵.

Quanto alla violazione del principio del *ne bis in idem*, occorrerà quindi un ripensamento del quadro normativo italiano in materia di abusi di mercato, con l’adozione di disposizioni che non confliggano con i principi internazionali ai cui rispetto l’Italia è vincolata in forza dell’art. 117 Cost.¹⁶. Appare infatti necessario quanto meno ridisegnare i rapporti fra illecito amministrativo e corrispondente reato in modo da assicurare il rispetto del principio del *ne bis in idem* imposto dalla CEDU, introducendo anche in questo campo il principio di specialità e distinguendo fra comportamenti che integrano il solo illecito ammini-

¹⁴ All’audizione possono partecipare, su richiesta dell’Ufficio Sanzioni Amministrative, funzionari della Divisione che ha formulato le contestazioni. Dell’audizione è formato apposito processo verbale che viene sottoscritto dai soggetti partecipanti. La trasmissione della Relazione conclusiva all’interessato è stata imposta soltanto dalla delibera Consob del 29 maggio 2015, n. 19158.

¹⁵ G. ROSSI, *Ci sarà pure un Giudice a Berlino*, articolo del 30 marzo 2014, in *Il Sole 24 Ore*.

¹⁶ L’art. 46 della Convenzione impone alle Alte Parti contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti e dispone che la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’esecuzione: quindi “occorrono misure legislative o giurisprudenziali di carattere generale, idonee a evitare che violazioni simili abbiano a ripetersi” (V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. It.*, 2014, 1200).

strativo e fatti più gravi, ai quali riservare la sanzione penale¹⁷. I necessari interventi riformatori dovranno naturalmente tenere conto del nuovo quadro comunitario conseguente all'entrata in vigore della Dir. 2014/57/UE del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato e al coevo Reg. n. 596/2014 che abroga, a far data dal 3 luglio 2016, la Dir. 2003/6/CE¹⁸.

Con riferimento al procedimento CONSOB, sembra ineludibile una modifica della normativa secondaria in modo che avanti all'Autorità di vigilanza sia assicurato il pieno rispetto del principio del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie, come peraltro imposto dall'art. 187 *septies* TUF, interpretato alla luce degli insegnamenti della Corte di Strasburgo¹⁹.

¹⁷ Si segnala che il 22 novembre 2013 è stato presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge che prevede la delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria di alcuni settori, in attuazione di alcune Direttive comunitarie.

¹⁸ L'art. 3 della Dir. 2014/57, a cui gli Stati dovranno conformarsi entro il 3 luglio 2016, prevede all'art. 3, par. 1 che "Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'abuso di informazioni privilegiate, la raccomandazione o l'induzione di altri alla commissione di un abuso di informazioni privilegiate costituiscano reati, almeno nei casi gravi e allorquando siano commessi con dolo"; l'art. 30 del Regolamento n. 596/2014 (applicabile, salvo alcune disposizioni, a partire dal 3 luglio 2016) detta alcune regole in ordine ai rapporti fra sanzioni amministrative e penali che andrebbero vagliate anche alla luce delle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

¹⁹ Un primo intervento è stato effettuato con la Delibera Consob n. 19158 del 2015, che ha previsto l'invio al destinatario della sanzione che abbia svolto attività difensiva della Relazione conclusiva.

ILLEGITTIMITÀ DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO CONSOB DALLA SENTENZA GRANDE STEVENS AL CASO BANCA PROFILO: CRONACA DI UNA MORTE ANNUNCIATA?

EVA DESANA

SOMMARIO: 1. I termini della questione e il precedente della Corte di Strasburgo. – 2. Il caso Profilo e le statuizioni dei Giudici amministrativi. – 3. Illegittimità del procedimento CONSOB per violazione delle norme primarie. – 4. Le recentissime modifiche al regolamento CONSOB. Luci e ombre.

1. I termini della questione e il precedente della Corte di Strasburgo

La sentenza 26 marzo 2015 n. 1595 del Consiglio di Stato (e la coeva sentenza gemella n. 1596)¹ si colloca nella scia della decisione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014, resa nell'”*affaire Grande Stevens et autres contre Italie*”² con cui i Giudici europei hanno escluso che i procedimenti

¹ Si pubblica qui di seguito, con qualche adattamento, il commento alla sentenza del Consiglio di Stato pronunciata successivamente alla Tavola Rotonda del 17 aprile 2014; il commento è già stato pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, 1434. Si riportano per comodità di lettura le massime redazionali della sentenza: “*il regolamento CONSOB che disciplina i procedimenti amministrativi per l'accertamento dell'illecito di manipolazione del mercato si pone al di sotto dello standard di contraddittorio fissato dal legislatore (prima massima). Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla sanzione adottata dalla CONSOB a conclusione del procedimento sanzionatorio amministrativo; tale giurisdizione viene tuttavia meno nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto amministrativo o regolamentare adottato dall'Autorità di vigilanza nell'esercizio di un potere discrezionale che si colloca a monte del procedimento sanzionatorio (seconda massima). In pendenza del procedimento amministrativo sanzionatorio e prima dell'adozione di un'eventuale sanzione non sussiste interesse al ricorso in capo ai soggetti incolpati (terza massima).*”

² Pubblicata in *Giur. It.*, 2014, 1196, con nota di V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, e di E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, in *Giur. It.*, 2014, 1642, nonché in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 1053, con nota di Allena. Sugli effetti delle sentenza v. l'ampio commento di P. MONTALENTI, *Abuso di mercato e procedimento CONSOB: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, I, 2015, 478, nonché i commenti di G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *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 *AIC*, n° 3/2014, 11.07.2014, p. 1 ss. nonché in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 697; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario”*

sanzionatori celebrati avanti alla CONSOB rispondessero ai requisiti del giusto processo sanciti dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU), seppur con i temperamenti di cui si darà conto.

2. Il caso Profilo e le statuizioni dei Giudici amministrativi

La sentenza della Corte Europea è stata infatti immediatamente invocata nella vicenda decisa dal Consiglio di Stato, che ha visto contrapposta alla CONSOB la Banca Profilo SpA³. La Banca, nel corso di un procedimento avviato dall'Autorità di vigilanza per manipolazione del mercato contro la stessa (e contro alcune persone fisiche incolpate della commissione dell'illecito) ha impugnato alcuni atti dell'Autorità di fronte al Tar Lazio, tra cui il regolamento che disciplinava il procedimento sanzionatorio, chiedendo che ne fosse accertata l'illegittimità proprio sulla scorta delle statuizioni della Corte EDU. L'azione è stata proposta innanzi al giudice amministrativo in quanto il procedimento non si era ancora concluso con l'eventuale irrogazione di sanzioni (che ai sensi dell'art. 187-*septies* TUF sono invece impugnabili avanti la Corte d'Appello e dunque di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria).

La prospettazione è stata però respinta in prima battuta dal Tar Lazio (con la sentenza del 27 novembre 2014) secondo il quale la Corte di Strasburgo avrebbe, sì ammesso che nell'*"affaire Grande Stevens"* *"la procédure devant la CONSOB ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention [...]"*, ma avrebbe attenuato il rilievo di tali affermazioni stabilendo che l'art. 6 CEDU sia violato soltanto allorquando le garanzie dell'equo processo non sia-

sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014, 1 ss.; M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *www.dirittopenaleeuropeo.it*, 1 ss. A. GIOVANNINI, L. MURCIANO, *Il principio del "ne bis in idem" sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, 1548 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014, 1 ss. La pronuncia forma, altresì, oggetto della Relazione dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di cassazione n. 35/2014 dell'8 maggio 2014 («Considerazioni sul principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia»).

³ La vicenda ha dato luogo a due paralleli procedimenti amministrativi, poi sfociati in due controversie giudiziarie, l'uno che vede contrapposta alla CONSOB la Banca Profilo e alcuni suoi esponenti, l'altro in cui si fronteggiano, con gli stessi argomenti, il socio di controllo di Banca Profilo, Arepo Spa e l'Autorità di vigilanza. In questa sede si commenta la sentenza resa dal Consiglio di Stato nella controversia tra CONSOB e Banca Profilo.

no osservate neppure nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni applicate dalla CONSOB. Pertanto il Tar Lazio ha escluso che la sentenza della Corte EDU comportasse “l’obbligo della CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni ‘penali’ alla sentenza CEDU su menzionata” in quanto “il sistema di irrogazione e impugnazione delle sanzioni relative agli illeciti di cui all’art. 187-ter del TUF ha superato indenne lo scrutinio operato dalla Corte EDU”. Il Tar Lazio in via preliminare ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo e riconosciuto l’esistenza di un interesse dei ricorrenti all’azione.

Diversa è stata la decisione del Consiglio di Stato avanti al quale era stata impugnata la sentenza; contro di essa la CONSOB aveva proposto, a sua volta, un appello incidentale condizionato in quanto, pur essendo risultata vittoriosa nel merito in primo grado, aveva visto rigettate, tra l’altro, le sue eccezioni di difetto di giurisdizione e di mancanza di un interesse attuale dei ricorrenti all’impugnazione, in pendenza del procedimento. I Giudici di secondo grado, affrontando dapprima i temi sollevati nell’appello principale, lo hanno dichiarato fondato e hanno dunque acclarato l’illegittimità del procedimento sanzionatorio CONSOB (seppure nei termini di seguito precisati). Nondimeno, trattando dell’appello incidentale, hanno respinto le domande della Banca Profilo, ritenendo che prima della conclusione del procedimento sanzionatorio e dell’adozione di un’eventuale sanzione difettesse un interesse al ricorso. Hanno invece confermato le statuizioni del Tar Lazio quanto alla sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo prima dell’adozione del provvedimento conclusivo da parte dell’Autorità, impugnabile quest’ultimo avanti al Giudice ordinario a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 162 del 2012⁴.

⁴ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 1003, che ha dichiarato “costituzionalmente illegittimi gli artt. 133, comma 1, lett l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) del c.p.a. – D.Lgs. n. 104 del 2010 – (Attuazione dell’art. 44 della legge n. 69 del 2009, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), laddove attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio – sede di Roma, le controversie concernenti le sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB)”, dichiarando altresì “costituzionalmente illegittimo l’art. 4, comma 1, n. 19) dell’Allegato numero 4, del medesimo D.Lgs. n. 104 del 2010, ove abroga le disposizioni del D.Lgs. n. 58 del 1998 (TUF) che attribuiscono alla Corte di Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla CONSOB” in quanto “la delega, sui cui sono state emanate le norme censurate, abilitava il legislatore delegato ad intervenire, oltre che sul processo amministrativo, sulle azioni e le funzioni del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni ed in riferimento alla giurisdizione estesa al merito, ma sempre entro i limiti del riordino della normativa vigente. Di talché, il legislatore delegato, intervenendo in modo innovativo sul riparto tra giudici ordinari e giudici amministrativi ed attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (con la competenza funzionale del T.A.R. Lazio – sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), non ha

3. *Illegittimità del procedimento CONSOB per violazione delle norme primarie*

La sentenza del Consiglio di Stato riveste particolare interesse in quanto i giudici amministrativi, accogliendo le prospettazioni della dottrina⁵ hanno puntualizzato che l'illegittimità dell'impianto sanzionatorio CONSOB, pur adombrata dalla Corte EDU, discende non tanto da un contrasto tra la disciplina italiana e la CEDU, quanto da un conflitto tra normativa secondaria CONSOB (in particolare il regolamento adottato dalla CONSOB con la delibera n. 15086 del 21 giugno 2005 all'epoca in vigore) e la legge ordinaria.

Quanto al possibile conflitto con le fonti internazionali, ad avviso del collegio della Sesta sezione, l'art. 6 della CEDU non imporrebbe la celebrazione di un "processo equo" già avanti all'Autorità amministrativa, ma richiederebbe soltanto che nella fase processuale che ne segua, ovvero quella dell'impugnazione avanti all'Autorità giudiziaria dell'eventuale sanzione irrogata a conclusione del procedimento amministrativo, siano garantiti i canoni del giusto processo. Tale norma, infatti, "presuppone che la decisione di un'Autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione".

La disciplina italiana dei procedimenti sanzionatori, tuttavia, risulta egualmente illegittima in quanto le regole dettate dalla CONSOB (e cristallizzate nel regolamento adottato con la Delibera n. 15086 del 2005) confliggono con le previsioni della legge ordinaria, che impongono il rispetto dei principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti istruttori e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie: in particolare, il Consiglio di Stato ha rilevato "come il regolamento CONSOB si ponga al di sotto dello *standard* di contraddittorio fissato dal legislatore". In altre parole, sono le norme secondarie adottate dalla CONSOB a non assicurare i principi sanciti dal legislatore e cristallizzati negli articoli 187-*septies* TUF e 24 della l. 262 del 2005.

tenuto conto, come avrebbe dovuto fare sulla base della legge delega, della giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori ed, in particolar modo, della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione, secondo cui la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni irrogate dalla CONSOB ai promotori finanziari appartiene all'Autorità giudiziaria ordinaria, avendo escluso che l'irrogazione delle predette sanzioni fosse espressione di mera discrezionalità amministrativa. Di conseguenza, il legislatore delegato, limitatamente all'attribuzione di giurisdizione oggetto di censura, ha superato i limiti della delega conferitagli, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost."

⁵ Tra cui V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, cit., E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, cit., L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della CONSOB dinanzi alle corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno *40 anni della legge istitutiva della CONSOB. Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance*, Milano, Università Bocconi, 29 e 30 ottobre 2014.

Per meglio comprendere le questioni giuridiche sottese a tali statuizioni occorre ricordare che la normativa italiana applicabile al caso di specie era costituita dall'art. 187-*septies* TUF e dalle delibere CONSOB n. 15086 del 2005 e n. 12697 del 2 agosto 2000, queste ultime recentemente sostituite dalla delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013, da ultimo modificata – proprio in conseguenza delle statuizioni della decisione in commento – con la delibera n. 19158 del 29 maggio 2015⁶. La norma di rango primario, rappresentata dall'art. 187-*septies* TUF e tuttora in vigore, impone il rispetto del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie. L'art. 187-*septies* TUF era stato introdotto ad opera della L. n. 62/2005, di attuazione di alcune direttive comunitarie (tra cui la Dir. 2003/6/CE in materia di abusi di mercato⁷): l'originario capo Capo IV – Abusi di informazioni privilegiate e aggio su strumenti finanziari che regolava soltanto i reati di *insider trading* e di manipolazione del mercato è stato così sostituito dal nuovo TITOLO I-bis “Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato” che introduce sia le “Sanzioni penali” (artt. 184- 187), sia le “Sanzioni amministrative”, contemplando sia i predetti reati (artt. 184 e 185 TUF), sia i corrispondenti illeciti amministrativi (artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF)⁸. Nello stesso anno, all'indomani di alcuni scandali che avevano colpito il mercato finanziario italiano, era stata adottata la L. n. 262/2005, cosiddetta legge sulla tutela del risparmio, con cui erano stati attribuiti penetranti poteri alla CONSOB: con essa si è rafforzato il sistema dei controlli interni ed esterni alle società con azioni quotate, sono stati ampliati i poteri delle Autorità di Vigilanza (tra cui *in primis* quelli della CONSOB) e sono

⁶ Ed infatti, la decisione in commento, pur pronunciandosi sul previgente regolamento, ha messo a nudo aspetti critici del procedimento sanzionatorio riferibili anche alla più recente disciplina adottata dalla CONSOB con la delibera 18750 del 2013, soltanto da ultimo modificata il 29 maggio 2015 con la delibera CONSOB 19158 adottata proprio sulla scorta della decisione in commento.

⁷ La direttiva 2003/6/CE è stata recentemente abrogata dal regolamento 596 del 2014 che entrerà in vigore il 3 luglio 2016 e comporterà l'armonizzazione delle regole adottate dai diversi Stati membri per la repressione degli illeciti amministrativi consistenti in abusi di mercato (manipolazione e *insider trading*); accanto a tale regolamento l'Unione Europea ha emanato anche la direttiva n. 57 del 2014 volta a armonizzare la normativa penale in materia. In argomento, v. MONTALENTI, *Abuso di mercato e procedimento CONSOB: il caso Grande Stevens e la sentenza Cedu, cit.*

⁸ Dispone l'art. 9, comma 2°, della L. 62 del 2005 che “Al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche recanti nuove disposizioni in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: a) nella parte V, titolo I, la partizione «Capo IV – Abusi di informazioni privilegiate e aggio su strumenti finanziari» comprendente gli articoli da 180 a 187-*bis* è sostituita dal seguente titolo: “TITOLO I-bis Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato” che a sua volta si suddivide in Capo I – Disposizioni generali (artt. 180-183), Capo II- Sanzioni penali (184-187), Capo III- Sanzioni amministrative (187-*bis* – 187-*septies*, Capo IV Poteri della CONSOB (artt. 187-*octies* 187-*decies*- 187-*quinquiesdecies*).

state inasprite le sanzioni amministrative e penali per la violazione delle norme dettate a tutela del mercato; in particolare sono state quintuplicate le sanzioni previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. Allo stesso tempo, proprio per bilanciare i poteri delle autorità amministrative indipendenti che venivano decisamente irrobustiti, sono state introdotte alcune garanzie a favore dei soggetti ritenuti responsabili degli illeciti amministrativi, volte ad assicurare, appunto, che tali poteri venissero esercitati nel rispetto dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie⁹. Il riferimento è all'art. 24 della citata legge in forza del quale "1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione [...]".

Senonchè l'attuazione di questi principi da parte delle autorità di vigilanza è stata indubbiamente riduttiva, come ha riconosciuto la decisione in commento. A fronte del chiaro disposto degli artt. 187-*septies* e 24 l. 262 del 2005, la CONSOB ha regolato il proprio procedimento sanzionatorio con la delibera n. 15086 del 2005 senza che fosse assicurato né un contraddittorio pieno, né una perfetta separazione fra uffici inquirenti e giudice, né tanto meno la celebrazione di un "processo" pubblico come richiesto dall'art. 6 della CEDU.

Ed infatti, il regolamento CONSOB adottato con la delibera n. 15086 del 2005 (poscia sostituito dalla delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013) non prevedeva né la trasmissione agli incolpati della relazione conclusiva formata dall'Ufficio Sanzioni Amministrative della CONSOB (l'"U.S.A."), ovvero uno dei due Uffici inquirenti (la Divisione *Insider Trading* poi divenuta Ufficio Abusi di mercato e l'U.S.A.), che veniva trasmessa direttamente ai Commissari, chiamati ad assumere la delibera sanzionatoria (o ad archiviare il procedimento). Né era assicurata una netta separazione fra gli uffici "inquirenti" e i "giudici", ovvero i Commissari CONSOB, chiamati a pronunciarsi sulla sussistenza dell'illecito amministrativo contestato¹⁰.

⁹ Sul punto v. RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981, nonché W. TROISE MANGONI, *Il procedimento sanzionatorio della CONSOB*, Milano 2012, *passim*.

¹⁰ La delibera CONSOB n. 15086/2005 disponeva lo sdoppiamento del procedimento amministrativo CONSOB in due fasi (procedimento che non poteva protrarsi per oltre 360 giorni dalla data della contestazione, come previsto dalla delibera n. 12697 del 2000): (i) la

Proprio su questi profili si è soffermata l'attenzione del Consiglio di Stato che ha accolto le suggestioni che provenivano da una parte della dottrina¹¹, re-

“fase istruttoria”, nella quale venivano contestati gli addebiti agli interessati e questi potevano svolgere le proprie difese in parziale contraddittorio con alcuni degli organi “inquirenti” di CONSOB, ovvero la Divisione procedente e l'Ufficio Sanzioni Amministrative, “U.S.A.” e (ii) la “fase decisoria”, di fronte ai Commissari di CONSOB, Giudici del procedimento, che assumevano invece la delibera a definizione del procedimento sanzionatorio, senza avere neppure sentito i destinatari della contestazione, a loro discolpa. La “fase istruttoria”, a sua volta, era costituita da due sottofasi: (i) la “parte istruttoria di valutazione delle deduzioni”, che si svolgeva avanti alla Divisione CONSOB competente per materia e (ii) la “parte istruttoria della decisione”, che si svolgeva avanti all'U.S.A.; tale seconda sottofase doveva iniziare 150 giorni prima del termine del procedimento e si concludeva con la trasmissione alla Commissione di apposita relazione, relazione conclusiva (contenente, *inter alia*, la proposta di decisione e la proposta di determinazione della sanzione).

¹¹ Prima della citata sentenza erano state pronunciate alcune decisioni favorevoli ad un'interpretazione minimalista della garanzia del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie nel procedimento *ex art. 187-septies*. Si tratta di decisioni che sono state tuttavia oggetto di puntali e rigorose critiche espresse dalla dottrina unanime. Ed infatti, seppure naturalmente con diverse sfumature, tutti gli Autori che si sono occupati dell'argomento hanno manifestato riserve sull'effettivo rispetto dei suddetti principi all'interno del procedimento CONSOB. È sufficiente riportare quanto affermato in tema di contraddittorio: “Il contraddittorio costituisce una fonte succedanea di legittimazione (la cosiddetta democrazia procedurale) atta a bilanciare, sia pure in modo imperfetto, la mancanza di un collegamento diretto delle Autorità al circuito Parlamento-Governo (la democrazia rappresentativa) e dunque a compensare, sotto forma di garanzie del contraddittorio (legalità procedurale) la caduta di legalità sostanziale” (M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 358 e ss. (sul punto p. 359). Per analoghe conclusioni, in dottrina, v. A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della CONSOB*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 1227, sul punto pp. 1231 e ss.; occorrerebbe quindi che vi fosse “un rapporto direttamente proporzionale tra ampiezza dei poteri delle autorità e ampiezza delle garanzie del contraddittorio, soprattutto di quello verticale. In uno Stato di diritto, infatti, il potere amministrativo richiede contrappesi adeguati e proporzionati [...]. Da auspicare infine è una prassi operativa delle autorità che consideri le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori, non già come un appesantimento da ridurre al minimo, bensì come il metodo migliore per raggiungere una decisione corretta con un grado di ‘accettabilità’ da parte degli interessati” (M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., pp. 358 e 359). In termini analoghi si è espresso RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981 e ss., sul punto 987, secondo cui la mancata comunicazione ai destinatari della Relazione Conclusiva, punto su cui si sono scagliati gli strali della Corte di Strasburgo, “appare, innegabilmente, un punto debole del procedimento, come disegnato nel regolamento, ed ha fatto dubitare della sua effettiva conformità al rispetto sostanziale del principio del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento improntato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi prima, durante e dopo il compimento dell'attività processuale preordinata alla decisione”, RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 991. Il contrasto fra la normativa adottata dalla CONSOB e le disposizioni della legge (art. 187-septies, 2° comma TUF) era stato rilevato anche da chi scrive (E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, cit., 1647, cui si si permette di rinviare).

spingendo invece l'orientamento prevalente in giurisprudenza, incline a dare un'interpretazione minimalista dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie, orientamento suggellato proprio dalle Sezioni unite della Cassazione nell'“*affaire Grande Stevens*”¹² giunto di fronte alla Corte EDU.

Due sono i punti dolenti messi a nudo dal Giudice amministrativo con riferimento al procedimento sanzionatorio disegnato dalla Delibera 15086 del 2005 – che rimanevano critici anche con riguardo alla scansione del “nuovo” procedimento CONSOB di cui alla Delibera del 19 dicembre 2013 n. 18750: i) il mancato invio all'incolpato della relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, trasmessa direttamente ai Commissari; ii) l'assenza di uno spazio per replicarvi, secondo un modello procedimentale che imporrebbe invece di assegnare all'incolpato l'ultima parola.

A questi si aggiungono due ulteriori criticità rimaste sullo sfondo nelle sentenze del Consiglio di Stato che richiedevano però un intervento legislativo: l'assenza di un'udienza pubblica e la non completa separazione tra i diversi uffici della CONSOB.

Riguardo all'udienza pubblica, il Consiglio di Stato ha chiarito che in ossequio all'art. 6 della CEDU non sarebbe richiesto lo svolgimento di un dibattito a porte aperte avanti all'Autorità di Vigilanza, ma sarebbe sufficiente che sia assicurata la celebrazione di un'udienza pubblica nell'eventuale causa di opposizione alla sanzione amministrativa adottata a conclusione del procedimento; senonché il nostro ordinamento fino all'emanazione del D.lgs. n. 72 del 2015 imponeva la tenuta di un'udienza “a porte aperte” soltanto nell'opposizione a sanzioni CONSOB in materia di abusi di mercato (art. 187-*septies* TUF), mentre gli altri giudizi avverso sanzioni CONSOB si svolgevano in Camera di Consiglio (art. 195 TUF). Sul punto è però intervenuto recentemente il D.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che ha tra l'altro modificato le disposizioni del TUF prevedendo la celebrazione di un'udienza pubblica anche nei giudizi di opposizione alle sanzioni CONSOB disciplinati dall'art. 195 TUF¹³.

¹² Si tratta delle cinque sentenze pronunciate dalle Sezioni Unite della Cassazione il 30 settembre 2009, nn. 20935-20939 (alcune delle quali pubblicate in *Corriere Giur.*, 2010, 352 con nota di Consolo e in *Foro It.*, 2010, 1, 3128. Tra le pronunce più garantiste si segnala invece Appello Genova 21 febbraio 2008, in *Società*, 2008, 860, con nota di Grossi, in *Giur. Comm.*, 2009, 2, 339/II, con nota di Zucconi Galli Fonseca, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2011, 1, 76/II, con nota di Lener e Galantucci.

¹³ Il riferimento è al D.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, “Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”. La questione della incompatibilità della tenuta di un'udienza in Camera di Consiglio con i principi della CEDU (per il filtro dell'art. 117 Cost.) era stata sollevata alla Corte Costituzionale dalla Corte d'Appello di Genova, con ordinanza dell'8 gennaio 2015, e, più recentemente, dalla Corte d'Appello di Firenze con ordinanza 23 marzo 2015.

Con riferimento alla separazione tra uffici all'interno dell'Autorità di Vigilanza il discorso è più complesso: come statuito al par. 127 della sentenza EDU nell' "*affaire Grande Stevens*" la CONSOB non è un Giudice imparziale e indipendente ai sensi dell'art. 6 della CEDU; anche in questo caso la norma convenzionale sembra richiedere soltanto che il successivo giudizio di impugnazione delle sanzioni si svolga di fronte ad un Giudice che presenti tali connotati (quale è indubbiamente la Corte d'Appello). Più difficile è assicurare il rispetto della normativa interna, dal momento che l'art. 24 della l. 262 del 2005 (ma anche gli art. 187-*septies* e 195 TUF) richiede espressamente che il principio della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie sia assicurato nello stesso procedimento amministrativo. A tal fine parrebbe opportuno un ripensamento dell'articolazione della CONSOB con riferimento all'esercizio del suo potere sanzionatorio (e delle altre Autorità di Vigilanza egualmente contemplate dall'art. 24 della l. 262 del 2005).

4. *Le recentissime modifiche al regolamento CONSOB. Luci e ombre*

All'indomani delle sentenze del Consiglio di Stato, la CONSOB ha, almeno in parte, posto rimedio ai vizi lamentati.

L'Autorità di vigilanza, dopo aver diffuso il 22 aprile 2015 un documento di consultazione e aver raccolto suggerimenti dal pubblico, ha adottato la delibera n. 19158 del 29 maggio 2015, con cui ha modificato il proprio procedimento sanzionatorio. E' stato così introdotto l'obbligo per la CONSOB di inviare preventivamente la Relazione Conclusiva dell'USA ai soggetti incolpati, assegnando loro un termine per difendersi, dopodiché la decisione passa ai Commissari (che continuano però a decidere senza che siano previamente sentiti in un'udienza pubblica i soggetti incolpati).

Nel frattempo la battaglia giudiziaria tra la CONSOB e Banca Profilo, che ha condotto alle modifiche del regolamento CONSOB, è ancora in corso: le statuizioni del Consiglio di Stato sono state infatti impugnate in Cassazione, cosicché occorrerà attendere il verdetto della Suprema Corte, che potrebbe ancora esprimersi sui possibili vizi del procedimento CONSOB (seppure nei limiti della questione di giurisdizione posto che contro le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso ricorrere in Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione). Il tema dei vizi del procedimento era già stato affrontato dalle Sezioni Unite del 30 settembre 2009 che avevano negato la sussistenza di profili critici; si trattava però delle decisioni rese nell'*affaire Grande Stevens* su cui è successivamente intervenuta la Corte EDU. Non è dunque improbabile che, mutato lo scenario e maturati i tempi, il Giudice di legittimità torni sui suoi passi.

Ad ogni modo, mentre un fronte sembra essersi chiuso con l'adozione delle modifiche al regolamento CONSOB, un altro si è aperto. E' infatti emerso che

nell'attesa che il Consiglio di Stato si pronunciasse sulla compatibilità del regolamento CONSOB con le norme della CEDU e con le disposizioni di legge italiane nel caso Banca Profilo, la CONSOB ha rinviato la trattazione di tutti i procedimenti sanzionatori *ex artt.* 187-*septies* e 195 TUF in corso a quella data (senza però darne comunicazione agli interessati), lasciando così scadere il termine di conclusione di molti procedimenti (termine che nella versione anteriore alle modifiche apportate dalla delibera 19158 del 29 maggio 2015 era di centoottanta giorni a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla notifica dell'avvio del procedimento). Soltanto una volta messe in cantiere le modifiche del regolamento, la CONSOB ha ripreso la celebrazione di tali procedimenti, inviando ai soggetti incolpati – in molti casi a procedimento ormai scaduto – la relazione conclusiva dell'USA e dando termine per replicare alla stessa. La tesi dell'Autorità di vigilanza è, naturalmente, che i termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori (indicati dalla stessa Autorità nelle lettere di contestazione) siano meramente ordinatori e non perentori, cosicchè sarebbe stato del tutto legittimo un “congelamento” dei procedimenti nell'attesa delle sentenze dei Giudici amministrativi nel caso Banca Profilo. Diversa opinione nutrono invece i soggetti sanzionandi, ad avviso dei quali si tratta di termini perentori, dettati a garanzia dei diritti di difesa degli incolpati, con la conseguenza che il loro decorso ha determinato l'inesorabile estinzione dei relativi procedimenti, che non possono quindi più essere proseguiti dalla CONSOB.

Non vi è dubbio che sulla questione saranno chiamati a pronunciarsi i Giudici.

MATERIALI

1) AFFAIRE GRANDE STEVENS ET AUTRES c. ITALIE

(Requêtes n^{os} 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10)

En l'affaire Grande Stevens et autres c. Italie,
La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de:

Işıl Karakaş, *présidente*,
Guido Raimondi,
Peer Lorenzen,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 28 janvier 2013,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date:

PROCÉDURE

(*Omissis*)

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Le contexte de l'affaire

6. À l'époque des faits, M. Gianluigi Gabetti était le président des deux sociétés requérantes et M. Virgilio Marrone était le fondé de pouvoir (*procuratore*) de la société Giovanni Agnelli & C. s.a.a.

7. Le 26 juillet 2002, la société anonyme FIAT (*Fabbrica Italiana Automobili Torino*) signa un contrat de financement (*prestito convertendo*) avec huit banques. Ce contrat expirait le 20 septembre 2005 et prévoyait qu'en cas de non-remboursement du prêt de la part de FIAT, les banques auraient pu compenser leur créance en souscrivant à une augmentation du capital de la société. Ainsi, les banques auraient acquis 28 % du capital social de FIAT, alors que la participation de la société anonyme IFIL Investments (devenue par la suite, le 20 février 2009, Exor s.p.a., dénomination sous laquelle elle sera désignée ci-après) serait passée de 30,06 % à 22 % environ.

8. M. Gabetti souhaite obtenir un conseil juridique pour rechercher une façon de permettre à Exor de rester l'actionnaire ayant le contrôle de FIAT, et s'adressa dans cette perspective à un avocat spécialisé en droit des sociétés, M^e Grande Stevens. Ce dernier considéra qu'une possibilité à cette fin était de renégocier un contrat d'*equity swap* (c'est-à-dire, un contrat permettant d'échanger la performance d'une action contre un taux d'intérêt, sans avoir à avancer d'argent) en date du 26 avril 2005 portant sur environ 90 millions d'actions FIAT qu'Exor avait conclu avec une banque d'affaires anglaise, Merrill Lynch International Ltd, et dont l'échéance était fixée au 26

décembre 2006. De l'avis de M^c Grande Stevens, c'était là l'une des voies pour éviter le lancement d'une offre publique d'achat (« OPA ») sur les actions FIAT.

9. Sans mentionner Merrill Lynch International Ltd par crainte de violer ses devoirs de confidentialité, le 12 août 2005 M^c Grande Stevens demanda à la Commission nationale des sociétés et de la bourse (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* – la « CONSOB », qui dans le système juridique italien, a pour but, entre autres, d'assurer la protection des investisseurs et l'efficacité, la transparence et le développement des marchés boursiers) si, dans l'hypothèse qu'il envisageait, une OPA pourrait être évitée. En même temps, M^c Grande Stevens commença à s'informer auprès de Merrill Lynch International Ltd quant à la possibilité de modifier le contrat d'*equity swap*.

10. Le 23 août 2005, la CONSOB demanda aux sociétés Exor et Giovanni Agnelli de diffuser un communiqué de presse faisant état de toute initiative prise en vue de l'échéance du contrat de financement avec les banques, de tout fait nouveau concernant la société FIAT et de tout fait utile pour expliquer les fluctuations des actions FIAT sur le marché.

11. M. Marrone expose que ce jour-là, il était en congé. Il avait informé M^c Grande Stevens de la demande de la CONSOB, et lui en avait fait parvenir une copie. M. Marrone soutient qu'il n'a pas participé à la rédaction des communiqués de presse décrits aux paragraphes 13 et 14 ci-après.

12. M. Gabetti expose que le 23 août 2005, il était hospitalisé aux États-Unis. Il avait reçu un projet de communiqué de presse et avait contacté par téléphone M^c Grande Stevens, qui lui avait confirmé qu'au vu des nombreuses données restant incertaines, l'hypothèse d'une renégociation du contrat d'*equity swap* ne pouvait pas être considérée comme une option concrète et actuelle. Dans ces circonstances, M. Gabetti approuva le projet de communiqué.

13. Le communiqué de presse émis en réponse, approuvé par M^c Grande Stevens, se bornait à indiquer qu'Exor n'avait « ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement » et qu'elle souhaitait « rester l'actionnaire de référence de FIAT ». Aucune mention ne fut faite de l'éventuelle renégociation du contrat d'*equity swap* avec Merrill Lynch International Ltd, considérée par les requérants comme une simple hypothèse future faute d'un fondement factuel et juridique clair.

14. La société Giovanni Agnelli confirma le communiqué de presse d'Exor.

15. Du 30 août au 15 septembre 2005, M^c Grande Stevens poursuivit ses pourparlers avec Merrill Lynch International Ltd pour vérifier la possibilité de modifier le contrat d'*equity swap*.

16. Le 14 septembre 2005, au cours d'une réunion de la famille Agnelli, il fut décidé que le projet étudié par M^c Grande Stevens devait être soumis à l'approbation du conseil d'administration d'Exor. Le même jour, la CONSOB reçut une copie du contrat d'*equity swap* et fut informée des pourparlers en cours afin de l'utiliser pour permettre à Exor d'acquérir des actions FIAT.

17. Le 15 septembre 2005, en exécution de délibérations de leurs conseils d'administration respectifs, Exor et Merrill Lynch International Ltd conclurent l'accord modifiant le contrat d'*equity swap*.

18. Le 17 septembre 2005, répondant à la question qui lui avait été posée par M^e Grande Stevens le 12 août 2005 (paragraphe 9 ci-dessus), la CONSOB indiqua que dans l'hypothèse envisagée, il n'y avait pas d'obligation de lancer une OPA.

19. Le 20 septembre 2005, FIAT augmenta son capital ; les nouvelles actions émises furent acquises par les huit banques en compensation de leurs créances. Le même jour, l'accord modifiant le contrat d'*equity swap* prit effet. Par conséquent, Exor maintint sa participation de 30 % dans le capital de FIAT.

B. La procédure devant la CONSOB

20. Le 20 février 2006, la division des marchés et des avis économiques – bureau *Insider Trading* (*Divisione mercati e consulenza economica – ufficio Insider Trading* – ci-après le « bureau IT ») de la CONSOB reprocha aux requérants la violation de l'article 187 *ter* § 1 du décret législatif n° 58 du 24 février 1998. Aux termes de cette disposition, intitulée « manipulation du marché »,

« Sans préjudice des sanctions pénales lorsque la conduite est constitutive d'une infraction, toute personne qui, par le biais de moyens d'information, y compris Internet ou tout autre moyen, diffuse des informations, des nouvelles ou des bruits faux ou trompeurs de nature à fournir des indications fausses ou trompeuses à propos d'instruments financiers est punie d'une sanction administrative allant de 20 000 à 5 000 000 d'euros (EUR). »¹

21. Selon la thèse du bureau IT, l'accord modifiant l'*equity swap* avait été conclu ou était en passe de l'être avant la diffusion des communiqués de presse du 24 août 2005, de sorte qu'il était anormal que ceux-ci n'en fissent aucune mention. Les requérants furent invités à présenter leur défense.

22. Le bureau IT transmet ensuite le dossier à la direction des sanctions administratives (*ufficio sanzioni amministrative* – ci-après, « la direction ») de la CONSOB, accompagné d'un rapport (*relazione istruttoria*) daté du 13 septembre 2006, qui faisait état des éléments à charge et des arguments des inculpés. Selon ce rapport, les défenses avancées par les requérants n'étaient pas de nature à permettre de classer le dossier.

23. La direction communiqua ce rapport aux requérants et les invita à présenter par écrit, dans un délai de trente jours expirant le 23 octobre 2006, les arguments qu'ils estimaient nécessaires pour leur défense. Entre-temps, le bureau IT continua à examiner l'affaire des requérants, en obtenant des informations orales et en analysant les documents reçus le 7 juillet 2006 de Merrill Lynch International Ltd. Le 19 octobre 2006, il transmit à la direction une « note complémentaire » dans laquelle il affirmait que les nouveaux documents examinés n'étaient pas de nature à modifier ses conclusions. Le 26 octobre 2006, les requérants reçurent une copie de la note complémentaire du 19 octobre 2006 et de ses annexes ; un nouveau délai de trente jours leur fut octroyé pour présenter d'éventuelles observations.

24. Sans le communiquer aux requérants, la direction présenta son rapport (daté du 19 janvier 2007 et contenant ses conclusions) à la commission – la CONSOB proprement dite –, c'est-à-dire à l'organe chargé d'adopter la décision sur d'éventuelles sanctions. Celle-ci se composait, à l'époque des faits, d'un président et de quatre

¹ Le montant de cette sanction a été multiplié par cinq par l'article 39 § 3 de la loi n° 262 du 28 décembre 2005, entrée en vigueur après la diffusion des communiqués de presse incriminés.

membres, nommés par le président de la République sur proposition (*su proposta*) du président du Conseil des ministres. Leur mandat durait cinq ans et ne pouvait être renouvelé qu'une seule fois.

25. Par une délibération n° 15760 du 9 février 2007, la CONSOB infligea aux requérants les amendes administratives suivantes :

- 5 000 000 EUR à M. Gabetti,
- 3 000 000 EUR à M. Grande Stevens,
- 500 000 EUR à M. Marrone,
- 4 500 000 EUR à la société Exor,
- 3 000 000 EUR à la société Giovanni Agnelli.

26. MM. Gabetti, Grande Stevens et Marrone furent frappés d'une interdiction d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées en bourse, pour des durées, respectivement, de six, quatre et deux mois.

27. La CONSOB estima notamment qu'il ressortait du dossier que le 24 août 2005, date des communiqués de presse incriminés, le projet visant à conserver une participation de 30 % dans le capital de FIAT sur la base d'une renégociation du contrat d'*equity swap* signé avec Merrill Lynch International Ltd avait déjà été étudié et était en cours d'exécution. Il s'ensuivait que les communiqués de presse donnaient une fausse représentation (*rappresentazione falsa*) de la situation de l'époque. La CONSOB souligna également la position occupée par les personnes concernées, la « gravité objective » de l'infraction et l'existence d'un dol.

C. L'opposition devant la cour d'appel

28. Les requérants firent opposition à cette sanction devant la cour d'appel de Turin. Ils alléguèrent, entre autres, que le règlement de la CONSOB était illégal car, contrairement à ce qui était exigé par l'article 187 *septies* du décret législatif n° 58 de 1998 (paragraphe 52 ci-après), il ne respectait pas le principe d'un examen contradictoire de l'affaire.

29. M. Grande Stevens nota en outre que la CONSOB l'avait inculpé et puni pour avoir pris part à la publication du communiqué de presse du 24 août 2005 en sa qualité d'administrateur d'Exor. Devant la CONSOB, l'intéressé avait excipé sans succès de ce qu'il ne possédait pas cette qualité et qu'il était simplement l'avocat et le consultant du groupe Agnelli. Devant la cour d'appel, M. Grande Stevens maintint que, n'étant pas administrateur, il ne pouvait pas avoir participé à la décision de publier le communiqué de presse incriminé. Dans un mémoire du 25 septembre 2007, M. Grande Stevens indiqua qu'au cas où la cour d'appel aurait considéré insuffisants ou non utilisables les documents versés au dossier, il demandait de convoquer et examiner des témoins « sur les faits relatés dans les documents susmentionnés ». Il n'indiqua clairement dans ce mémoire ni les noms de ces témoins ni les circonstances sur lesquelles ils auraient dû témoigner. Dans un mémoire du même jour, M. Marrone cita deux témoins, dont les déclarations auraient prouvé qu'il n'avait pas participé à la rédaction des communiqués de presse, et précisa que la cour d'appel aurait pu, si nécessaire (*ove occorresse*), les auditionner.

30. Par des arrêts déposés au greffe le 23 janvier 2008, la cour d'appel de Turin réduisit pour certains des requérants le montant des amendes administratives infligées par la CONSOB, de la manière suivante :

- 600 000 EUR pour Giovanni Agnelli s.a.a. ;

- 1 000 000 EUR pour Exor s.p.a. ;

- 1 200 000 EUR pour M. Gabetti.

Il était indiqué dans l'entête des arrêts rendus envers MM. Gabetti et Marrone et envers Exor S.p.a. que la cour d'appel avait siégé en chambre du conseil (*riunita in camera di consiglio*). La partie « procédure » des arrêts rendus contre M. Grande Stevens et Giovanni Agnelli & C. S.a.s. mentionnait que les parties avaient été convoquées en chambre du conseil (*disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio*).

31. La durée de l'interdiction d'assumer des responsabilités d'administration, de direction ou de contrôle de sociétés cotées en bourse infligée à M. Gabetti fut réduite de six à quatre mois.

32. La cour d'appel rejeta toute autre doléance des intéressés. Elle nota entre autres que, même après la transmission du dossier à la direction, le bureau IT restait en droit de continuer ses activités d'investigation, le délai de 210 jours prévu pour les délibérations de la CONSOB n'étant pas contraignant. Par ailleurs, le principe du contradictoire était respecté dès lors que, comme en l'espèce, les inculpés avaient été informés des éléments nouvellement recueillis par le bureau IT et avaient eu la possibilité de présenter leurs répliques.

33. La cour d'appel observa également qu'il était vrai que la CONSOB avait d'un côté infligé les sanctions prévues par l'article 187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998, et de l'autre dénoncé au parquet la commission de l'infraction pénale décrite à l'article 185 § 1 du même décret. Aux termes de cette disposition,

« Quiconque diffuse de fausses nouvelles ou procède à des opérations simulées ou emploie d'autres artifices (*artifizi*) objectivement susceptibles de provoquer une modification sensible de la valeur d'instruments financiers est puni d'une réclusion de un à six ans et d'une amende de 20 000 à 5 000 000 d'euros. »

34. Selon la cour d'appel, ces deux dispositions avaient pour objet la même conduite (la « diffusion de fausses informations ») et poursuivaient le même but (éviter des manipulations du marché), mais différaient quant à la situation de danger censée avoir été engendrée par cette conduite : pour l'article 187 *ter*, il était suffisant en soi d'avoir donné des indications fausses ou trompeuses concernant des instruments financiers, tandis que l'article 185 exigeait en outre que ces informations aient été de nature à provoquer une altération sensible du prix des instruments en question. Comme la Cour constitutionnelle l'avait indiqué dans son ordonnance n° 409 du 12 novembre 1991, il était loisible au législateur de punir un comportement illégal à la fois par une sanction administrative pécuniaire et par une sanction pénale. De plus, l'article 14 de la directive 2003/6/CE (paragraphe 55 ci-après), qui invitait les États membres de l'Union européenne à appliquer des sanctions administratives à l'encontre des personnes responsables d'une manipulation du marché, contenait lui-même la mention « sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales ».

35. Sur le fond, la cour d'appel observa qu'il ressortait du dossier que la renégociation de l'*equity swap* avait à l'époque litigieuse été examinée dans les moindres détails et que la conclusion à laquelle la CONSOB était parvenue (à savoir, que ce projet existait déjà un mois avant le 24 août 2005) était raisonnable à la lumière des faits établis et de la conduite des personnes concernées.

36. Quant à M. Grande Stevens, il était vrai qu'il n'était pas administrateur d'Exor s.p.a. Il n'en demeurait pas moins que l'infraction administrative punie par l'article

187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998 pouvait être commise par « quiconque », donc en quelque qualité que ce soit ; or, M. Grande Stevens avait bien participé au processus décisionnel ayant amené à la publication du communiqué de presse en sa qualité d'avocat consulté par les sociétés requérantes.

D. Le pourvoi en cassation

37. Les requérants se pourvurent en cassation. Dans leurs troisième et quatrième moyens de leur pourvoi, ils alléguèrent notamment une violation des principes du procès équitable, consacrés par l'article 111 de la Constitution, en raison notamment : de l'absence de caractère contradictoire de la phase d'instruction devant la CONSOB ; de la non-transmission aux accusés du rapport de la direction ; de l'impossibilité selon eux de déposer des mémoires et des documents et d'être entendus en personne par la commission ; du fait que le bureau IT avait continué son enquête et transmis une note complémentaire après l'échéance du délai fixé à cet effet.

38. Par des arrêts du 23 juin 2009, dont le texte fut déposé au greffe le 30 septembre 2009, la Cour de cassation rejeta leurs pourvois. Elle estima notamment que le principe d'un examen contradictoire de l'affaire avait été respecté dans la procédure devant la CONSOB, relevant que celle-ci avait indiqué aux intéressés la conduite qui leur était reprochée et tenu compte de leur défense respective. L'omission d'entendre les requérants et de leur transmettre les conclusions de la direction ne violait pas ce principe, les dispositions constitutionnelles en matière de procès équitable et de droit à la défense n'étant applicables qu'aux procédures judiciaires, et non à la procédure pour l'infliction de sanctions administratives.

E. Les poursuites pénales contre les requérants

39. Aux termes du décret législatif n° 58 de 1998, la conduite en cause des requérants pouvait faire l'objet non seulement d'une sanction administrative infligée par la CONSOB, mais également des sanctions pénales prévues par l'article 185 § 1, cité au paragraphe 28 ci-dessus.

40. Le 7 novembre 2008, les requérants furent renvoyés en jugement devant le tribunal de Turin. Ils étaient accusés d'avoir déclaré, dans les communiqués de presse du 24 août 2005, qu'Exor souhaitait rester l'actionnaire de référence de FIAT et qu'elle n'avait ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement, alors que l'accord modifiant l'*equity swap* avait déjà été examiné et conclu, information qui aurait été cachée afin d'éviter une probable chute du prix des actions FIAT.

41. La CONSOB se constitua partie civile, comme il lui était loisible de le faire aux termes de l'article 187 *undecies* du décret législatif n° 58 de 1998.

42. Après le 30 septembre 2009, date du dépôt au greffe de l'arrêt rejetant le pourvoi en cassation des requérants contre la condamnation infligée par la CONSOB (paragraphe 33 ci-dessus), les intéressés demandèrent l'abandon des poursuites pénales à leur encontre en vertu du principe *ne bis in idem*. En particulier, à l'audience du 7 janvier 2010, ils excipèrent de l'inconstitutionnalité des dispositions pertinentes du décret législatif n° 58 de 1998 et de l'article 649 du code de procédure pénale (le « CPP » – voir le paragraphe 54 ci-après), à raison de leur incompatibilité selon eux avec l'article 4 du Protocole n° 7.

43. Le représentant du parquet s'opposa à cette exception, alléguant que le « double procès » (administratif et pénal) était imposé par l'article 14 de la directive

2003/6/CE du 28 janvier 2003 (paragraphe 55 ci-dessus), à laquelle le législateur italien avait donné exécution en introduisant les articles 185 et 187^{ter} du décret législatif n° 58 de 1998.

44. Le tribunal de Turin ne se prononça pas immédiatement sur la question incidente de constitutionnalité soulevée par la défense. Il ordonna une expertise pour déterminer les fluctuations des actions FIAT entre décembre 2004 et avril 2005 et pour évaluer les effets des communiqués de presse du 24 août 2005 et des informations diffusées le 15 septembre 2005.

45. Par un jugement du 21 décembre 2010, dont le texte fut déposé au greffe le 18 mars 2011, le tribunal de Turin relaxa M. Marrone au motif qu'il n'avait pas contribué à la publication des communiqués de presse, et relaxa également les autres requérants au motif qu'il n'avait pas été prouvé que leur conduite eût été de nature à provoquer une altération significative du marché financier. Il observa que le fait que les communiqués de presse contenaient de fausses informations avait déjà été sanctionné par l'autorité administrative. De l'avis du tribunal, la conduite reprochée aux intéressés visait, probablement, à cacher à la CONSOB la renégociation du contrat d'*equity swap*, et non à faire augmenter le prix des actions FIAT.

46. Le tribunal déclara manifestement mal fondée la question incidente de constitutionnalité soulevée par les requérants. Il nota que la loi italienne (article 9 de la loi n° 689 de 1981) interdisait un « double procès » (*doppio giudizio*), pénal et administratif, sur un « même fait ». Or, les articles 185 et 187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998 ne punissaient pas le même fait : seule la disposition pénale (l'article 185) exigeait que la conduite ait été de nature à provoquer une altération importante de la valeur d'instruments financiers (voir Cour de cassation, sixième section, arrêt du 16 mars 2006, n° 15199). En outre, l'application de la disposition pénale supposait l'existence d'un dol, alors que la disposition administrative s'appliquait en présence d'un simple comportement fautif. Par ailleurs, les poursuites pénales qui avaient suivi le prononcé de la sanction pécuniaire prévue par l'article 187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998 étaient autorisées par l'article 14 de la directive 2003/6/CE.

47. Quant à la jurisprudence de la Cour citée par les requérants (*Gradinger c. Autriche* (23 octobre 1995, série A n° 328-C), *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* ([GC], n° 14939/03, CEDH 2009-...), *Maresti c. Croatie* (n° 55759/07, 25 juin 2009), et *Ruotsalainen c. Finlande* (n° 13079/03, 16 juin 2009)), elle n'était pas pertinente en l'espèce, car elle se rapportait à des cas où un même fait était puni par des sanctions pénales et administratives et où ces dernières avaient un caractère punitif et pouvaient comprendre des privations de liberté ou bien (affaire *Ruotsalainen*) étaient d'un montant supérieur à l'amende pénale.

48. Le parquet se pourvut en cassation, alléguant que l'infraction reprochée aux requérants était « de danger » (*reato di pericolo*) et non « de préjudice » (*reato di danno*). Elle pouvait dès lors être constituée même en l'absence de préjudice pour les actionnaires.

49. Le 20 juin 2012, la Cour de cassation accueillit en partie le pourvoi du parquet et cassa la relaxe des sociétés Giovanni Agnelli et Exor, ainsi que de MM. Grande Stevens et Gabetti. Elle confirma en revanche l'acquiescement de M. Marrone, dès lors que celui-ci n'avait pas pris part à la conduite incriminée.

50. Par un arrêt du 28 février 2013, la cour d'appel de Turin condamne MM. Gabetti et Grande Stevens pour l'infraction prévue à l'article 185 § 1 du décret législatif n° 58 de 1998, estimant qu'il était hautement probable que, sans les fausses informations incluses dans le communiqué de presse émis le 24 août 2005, la valeur des actions FIAT se serait abaissée de manière beaucoup plus significative. Elle acquitta en revanche les sociétés Exor et Giovanni Agnelli, estimant qu'il n'y avait pas de faits délictueux pouvant leur être imputés.

51. La cour d'appel exclut toute apparence de violation du principe du *ne bis in idem*, en confirmant, pour l'essentiel, le raisonnement suivi par le tribunal de Turin.

52. Selon les informations fournies par le Gouvernement le 7 juin 2013, MM. Gabetti et Grande Stevens se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et la procédure restait pendante à cette date. Dans leurs pourvois, ces deux requérants ont invoqué la violation du principe *ne bis in idem* et demandé de soulever une question incidente de constitutionnalité vis-à-vis l'article 649 du CPP.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET EUROPÉENS PERTINENTS

A. Le droit interne

1. Le décret législatif n° 58 du 24 février 1998

53. Comme indiqué plus haut (paragraphe 15 ci-dessus), l'article 187 *ter* § 1 de ce décret prévoit des amendes administratives pour les personnes responsables d'une manipulation du marché. Aux termes du paragraphe 5 de cette même disposition, lorsque leur niveau ordinaire apparaît inadéquat par rapport à la gravité de la conduite en cause, ces amendes peuvent être augmentées jusqu'à trois fois leur montant maximum ordinaire ou jusqu'à dix fois le produit ou le profit obtenu grâce au comportement illicite. La CONSOB doit indiquer les éléments et les circonstances qu'elle prend en considération pour évaluer les comportements constitutifs d'une manipulation du marché au sens de la directive 2003/6/CE (paragraphe 55 ci-après) et de ses dispositions d'exécution.

54. L'article 187 *quater* précise que l'infliction des sanctions administratives pécuniaires susmentionnées entraîne la perte temporaire de leur honorabilité pour les représentants des sociétés impliquées. Si la société est cotée en bourse, ses représentants sont frappés d'une incapacité temporaire d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées. Ces sanctions accessoires ont une durée allant de deux mois à trois ans. Eu égard à la gravité de la conduite en cause et au degré de la faute commise, la CONSOB peut aussi interdire aux sociétés cotées, aux sociétés de gestion et aux sociétés de révision de se prévaloir de la collaboration de l'auteur de l'infraction, pour une durée maximale de trois ans. Elle peut également demander aux ordres professionnels la suspension temporaire de l'intéressé de l'exercice de son activité professionnelle.

55. Selon l'article 187 *quinquies*, lorsque des infractions commises dans son intérêt et à son avantage par les administrateurs, directeurs ou managers d'une société commerciale ont valu à ceux-ci une sanction administrative, la société en question est tenue de payer une somme d'un montant identique à la sanction infligée auxdites personnes. Si ces infractions ont engendré un produit ou un profit important, la sanction appliquée à la société est augmentée jusqu'à totaliser dix fois ce produit ou ce profit. Toutefois, la responsabilité de la société est exclue si elle prouve que ses administrateurs, di-

recteurs ou managers ont agi exclusivement dans leur propre intérêt ou pour favoriser des tiers.

56. Selon l'article 187 *sexies*, l'application des sanctions administratives pécuniaires en question entraîne toujours la confiscation du produit ou du profit de la conduite illicite et des biens au moyen desquels elle a été possible. Aux termes de l'article 187 *septies*, la délibération appliquant les sanctions est publiée par extraits dans le bulletin de la CONSOB, qui peut ordonner, aux frais de l'auteur de l'infraction, des formes supplémentaires de publicité.

57. L'article 187 *septies* décrit la procédure d'application des sanctions par la CONSOB. Notamment, la conduite reprochée doit être notifiée aux intéressés dans un délai de 180 jours à partir de sa découverte, les intéressés peuvent demander à être entendus et la procédure doit s'inspirer des principes d'un examen contradictoire, de la connaissance des actes d'instruction, de l'oralité ainsi que de la distinction entre fonctions d'instruction et fonctions de décision (*distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*).

58. Aux termes de l'article 3 du décret législatif n° 58 de 1998, la CONSOB est autorisée à fixer les délais et les procédures pour l'adoption des actes qui relèvent de sa compétence.

2. Le CPP

59. L'article 649 du CPP se lit ainsi :

« 1. Tout prévenu ayant été acquitté ou condamné par un jugement ou une ordonnance pénale devenus définitifs ne peut être à nouveau soumis à une procédure pénale pour le même fait, même appréhendé différemment quant à sa qualification juridique, son degré ou ses circonstances (...).

2. Lorsqu'une nouvelle procédure pénale est ouverte en dépit [de cette interdiction], le juge, en tout état et à tout stade du procès, prononce un jugement d'acquiescement ou un non-lieu, en indiquant la cause dans le dispositif. »

B. Le droit et la pratique européens

60. L'article 14 de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché – *Journal officiel n° L 096 du 12/04/2003 p. 0016–0025*) dispose :

« 1. Sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, les États membres veillent à ce que, conformément à leur législation nationale, des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de la présente directive. Les États membres garantissent que ces mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives.

2. La Commission établit, pour information, conformément à la procédure visée à l'article 17, paragraphe 2, une liste des mesures et sanctions administratives visées au paragraphe 1.

3. Les États membres déterminent les sanctions applicables en cas de défaut de coopération dans le cadre d'une enquête relevant de l'article 12.

4. Les États membres prévoient que l'autorité compétente concernée peut rendre publiques les mesures ou sanctions qui seront appliquées pour non-respect des dispositions adoptées en application de la présente directive, excepté dans les cas où leur

publication perturberait gravement les marchés financiers ou causerait un préjudice disproportionné aux parties en cause. »

61. Dans l'affaire *Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck c/ Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen* (CBFA) (affaire C-45/08) du 23 décembre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est exprimée comme suit :

« 40. Il convient, à cet égard, de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, point 283).

41. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci (arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, précité, point 284).

42. Certes, l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2003/6 n'impose pas aux États membres de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des auteurs d'opérations d'initiés mais se limite à énoncer que ces États sont tenus de veiller à ce que « des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de [cette] directive », les États membres étant, en outre, tenus de garantir que ces mesures sont « effectives, proportionnées et dissuasives ». Néanmoins, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'au degré de sévérité des sanctions qu'elles sont susceptibles d'entraîner, de telles sanctions peuvent être, aux fins de l'application de la CEDH, qualifiées de sanctions pénales (voir, par analogie, arrêt du 8 juillet 1999, *Hüls/Commission*, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, point 150, ainsi que Cour eur. D. H., arrêts *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, série A n° 22, § 82, *Öztürk c. Allemagne* du 21 février 1984, série A n° 73, § 53, et *Lutz c. Allemagne* du 25 août 1987, série A n° 123, § 54).

43. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit et la CEDH n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais, en matière pénale, elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil. Ainsi, le principe de la présomption d'innocence, consacré à l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, ne se désintéresse pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense (voir Cour eur. D. H., arrêts *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, série A n° 141-A, § 28, et *Pham Hoang c. France* du 25 septembre 1992, série A n° 243, § 33).

44. Il convient de considérer que le principe de la présomption d'innocence ne s'oppose pas à la présomption prévue à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6, par laquelle l'intention de l'auteur d'une opération d'initié se déduit implicitement des éléments matériels constitutifs de cette infraction, dès lors que cette présomption est réfragable et que les droits de la défense sont assurés.

45. L'instauration d'un régime efficace et uniforme de prévention et de sanction des opérations d'initiés dans le but légitime de protéger l'intégrité des marchés financiers a ainsi pu conduire le législateur communautaire à retenir une définition objective des éléments constitutifs d'une opération d'initié interdite. Le fait que l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6 ne prévoit pas expressément d'élément moral ne signifie pas pour autant qu'il faille interpréter cette disposition de telle sorte que tout initié primaire en possession d'une information privilégiée qui effectue une opération de marché tombe automatiquement sous le coup de la prohibition des opérations d'initiés. »

62. Pour un plus ample panorama du droit de l'Union européenne dans le domaine boursier, voir également *Soros c. France*, n° 50425/06, §§ 38-41, 6 octobre 2011.

EN DROIT

I. LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

A. L'exception du Gouvernement tirée de la nature abusive de la requête

(*Omissis*)

3. *Appréciation de la Cour*

66. La Cour observe qu'aux termes de l'article 47 § 6 de son règlement, les requérants doivent l'informer de tout fait pertinent pour l'examen de leur requête. Elle rappelle qu'une requête peut être rejetée comme étant abusive si elle a été fondée sciemment sur des faits controvés (*Řehák c. République tchèque* (déc.), n° 67208/01, 18 mai 2004, et *Keretchashvili c. Géorgie* (déc.), n° 5667/02, 2 mai 2006) ou si le requérant a passé sous silence des informations essentielles concernant les faits de l'affaire afin d'induire la Cour en erreur (voir, entre autres, *Hüttner c. Allemagne* (déc.), n° 23130/04, 19 juin 2006, et *Basileo et autres c. Italie* (déc.), n° 11303/02, 23 août 2011).

67. La Cour a déjà affirmé, en outre, que « tout comportement du requérant manifestement contraire à la vocation du droit de recours et entravant le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle, peut [en principe] être qualifié d'abusif » (*Miroļubovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, § 65, 15 septembre 2009), la notion d'abus, aux termes de l'article 35 § 3 a) de la Convention, devant être comprise dans son sens ordinaire retenu par la théorie générale du droit – à savoir le fait, par le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable (*Miroļubovs et autres*, précité, § 62 ; *Petrović c. Serbie* (déc.), n° 56551/11 et dix autres, 18 octobre 2011).

68. En l'espèce, le Gouvernement reproche aux requérants d'avoir omis de préciser de manière claire certains faits pertinents pour l'examen de leur affaire (énumérées au paragraphe 63 – b) – g) ci-dessus) et d'avoir faussement affirmé qu'il n'y avait pas eu d'audience publique devant la cour d'appel de Turin (paragraphe 63 a) ci-dessus).

69. La Cour observe tout d'abord que cette dernière circonstance est un point de fait controversé entre les parties et que les requérants ont produit des documents pour étayer leur affirmation selon laquelle l'audience en question a eu lieu en chambre du conseil (paragraphe 142 ci-après). Quant aux autres faits énumérés par le Gouvernement, la Cour estime qu'il s'agit, pour l'essentiel, d'éléments pouvant être utilisés dans le débat sur le bien-fondé des griefs des requérants, que le Gouvernement aura le loisir de développer dans ses observations. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que l'omission, par les requérants, de mentionner explicitement ces éléments est

de nature à rendre abusive la requête ou que celle-ci se fondait sciemment sur des faits controuvés.

70. Il s'ensuit que l'exception du Gouvernement tirée du caractère selon lui abusif de la requête doit être rejetée.

B. L'exception du Gouvernement tirée de l'absence de préjudice important

(Omissis)

3. Appréciation de la Cour

73. Selon la jurisprudence de la Cour, le principal élément du critère de recevabilité prévu à l'article 35 § 3 b) de la Convention est la question de savoir si le requérant n'a subi aucun « préjudice important » (*Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie* (déc.), n° 36659/04, § 32, 1^{er} juin 2010). La notion de « préjudice important », issue du principe de *minimis non curat praetor*, renvoie à l'idée que la violation d'un droit doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction internationale. L'appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce (*Korolev c. Russie* (déc.), n° 25551/05, 1^{er} juillet 2010). Cette appréciation doit tenir compte tant de la perception subjective du requérant que de l'enjeu objectif du litige. Elle renvoie ainsi à des critères tels que l'impact monétaire de la question litigieuse ou l'enjeu de l'affaire pour le requérant (*Adrian Mihai Ionescu*, précitée, § 34).

74. La Cour observe d'emblée que l'affaire a eu un enjeu financier significatif. Les requérants ont été condamnés par la CONSOB et la cour d'appel de Turin à payer des amendes allant de 500 000 à 3 000 000 EUR (paragraphes 20 et 25 ci-dessus) et MM. Gabetti et Grande Stevens risquent d'encourir, devant les juridictions pénales, une peine privative de liberté et une amende allant de 20 000 à 5 000 000 EUR (paragraphe 28 ci-dessus). De plus, l'importance subjective de la question paraît évidente pour MM. Gabetti, Grande Stevens et Marrone (voir, *a contrario*, *Shefer c. Russie* (déc.), n° 45175/04, 13 mars 2012). Ces derniers ont en effet été frappés d'une interdiction d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées, respectivement, de six, quatre et deux mois (paragraphes 21 et 26 ci-dessus), ce qui pourrait être vu comme portant atteinte à leur honorabilité professionnelle (voir, *mutatis mutandis*, *Eon c. France*, n° 26118/10, § 34, 14 mars 2013).

75. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la première condition de l'article 35 § 3 b) de la Convention, à savoir l'absence de préjudice important pour les requérants, n'est pas remplie et qu'il y a lieu de rejeter l'exception du Gouvernement.

76. À titre surabondant, la Cour précise que la poursuite de l'examen de l'affaire s'impose également au nom du respect des droits de l'homme (voir, *mutatis mutandis*, *Nicoleta Gheorghe c. Roumanie*, n° 23470/05, § 24, 3 avril 2012, et *Eon*, précité, § 35). À cet égard, elle relève que la requête soulève notamment la question de la nature et de l'équité de la procédure devant la CONSOB et de la possibilité de commencer un procès pénal pour des faits déjà sanctionnés par cette dernière. Il s'agit de la première affaire de ce type que la Cour est appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie et une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales.

C. L'exception du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes

(Omissis)

3. *Appréciation de la Cour*

81. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. La finalité de cette règle est de ménager aux États contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que la Cour n'en soit saisie (voir, parmi d'autres, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, § 15, CEDH 2002-VIII, et *Simons c. Belgique* (déc.), n° 71407/10, § 23, 28 août 2012).

82. Les principes généraux relatifs à la règle de l'épuisement des voies de recours internes se trouvent exposés dans l'arrêt *Sejdovic c. Italie* ([GC], n° 56581/00, §§ 43-46, CEDH 2006-II). La Cour rappelle que l'article 35 § 1 de la Convention ne prescrit que l'épuisement des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Un recours est effectif lorsqu'il est disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire lorsqu'il est accessible, susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présente des perspectives raisonnables de succès. À cet égard, le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné qui n'est pas de toute évidence voué à l'échec ne constitue pas une raison valable pour justifier la non-utilisation de recours internes (*Brusco c. Italie* (déc.), n° 69789/01, CEDH 2001-IX ; *Sardinas Albo c. Italie* (déc.), n° 56271/00, CEDH 2004-I ; et *Alberto Eugénio da Conceicao c. Portugal* (déc.), n° 74044/11, 29 mai 2012).

83. En l'espèce, dans leur opposition devant la cour d'appel de Turin, les requérants ont excipé du non-respect, par la CONSOB, du principe du contradictoire (paragraphe 23 ci-dessus). Ils ont réitéré leurs allégations en ce sens devant la Cour de cassation, en invoquant les principes du procès équitable, garantis par l'article 111 de la Constitution (paragraphe 32 ci-dessus). Ils ont donc épuisé, à cet égard, les voies de recours qui leur étaient ouvertes en droit italien. Quant aux questions relatives aux pouvoirs du président de la CONSOB et à la tenue d'une audience à huis clos devant la cour d'appel de Turin, il s'agissait, selon les requérants, de l'application de règles contenues dans des dispositions législatives internes. Par ailleurs, toute exception des requérants à ces égards aurait été dépourvue de perspectives raisonnables de succès, compte tenu notamment du fait que la Cour de cassation a estimé que les dispositions constitutionnelles en matière de procès équitable et de droit à la défense n'étaient pas applicables à la procédure pour l'infliction de sanctions administratives (paragraphe 33 ci-dessus).

84. La Cour relève également qu'après la confirmation, par la Cour de cassation, de la condamnation infligée par la CONSOB, les requérants ont invoqué, dans la procédure pénale, le principe *ne bis in idem* et ont excipé, sans succès, de l'inconstitutionnalité des dispositions pertinentes du décret législatif n° 58 de 1998 et de l'article 649 du CPP, à raison de leur incompatibilité avec l'article 4 du Protocole n° 7 (paragraphe 37 ci-dessus).

85. Pour ce qui est, enfin, de la circonstance que la procédure pénale était, à la date des dernières informations reçues par la Cour (7 juin 2013 – paragraphe 47 ci-dessus), encore pendante en cassation à l'égard de MM. Gabetti et Grande Stevens, il suffit d'observer que les requérants se plaignent d'avoir été « poursuivis pénalement » pour une infraction pour laquelle ils avaient été déjà condamnés par un jugement définitif. Dans ces circonstances, on ne saurait considérer leur grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 7 comme étant prématuré.

86. Il s'ensuit que l'exception du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes ne saurait être retenue.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

87. Les requérants allèguent que la procédure devant la CONSOB n'a pas été équitable et dénoncent un manque d'impartialité et indépendance de cet organe.

Ils invoquent l'article 6 de la Convention, qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [et] publiquement (...), par un tribunal indépendant et impartial (...), qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; (...). »

88. Le Gouvernement conteste la thèse des requérants.

A. Sur la recevabilité

1. *Sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention s'applique dans son volet pénal*

(*Omissis*)

b) Appréciation de la Cour

94. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle il faut, afin de déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », avoir égard à trois critères : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction » (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82, série A n° 22). Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs : pour que l'article 6 § 1 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale ». Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une

conclusion claire quant à l'existence d'une « accusation en matière pénale » (*Jussila c. Finlande* [GC], n° 73053/01, §§ 30 et 31, CEDH 2006-XIII, et *Zaicevs c. Lettonie*, n° 65022/01, § 31, CEDH 2007-IX (extraits)).

95. En l'espèce, la Cour constate d'abord que les manipulations du marché reprochées aux requérants ne constituent pas une infraction pénale en droit italien. Ces comportements y sont en effet sanctionnés par une sanction qualifiée d'« administrative » par l'article 187 *ter* § 1 du décret législatif n° 58 de 1998 (paragraphe 15 ci-dessus). Cela n'est toutefois pas décisif aux fins de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention dans son volet pénal, les indications que fournit le droit interne n'ayant qu'une valeur relative (*Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, § 52, série A n° 73, et *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, § 39).

96. Quant à la nature de l'infraction, il apparaît que les dispositions dont la violation a été reprochée aux requérants visaient à garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions. La Cour rappelle que la CONSOB, autorité administrative indépendante, a comme but d'assurer la protection des investisseurs et l'efficacité, la transparence et le développement des marchés boursiers (paragraphe 91 ci-dessus). Il s'agit là d'intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal (voir, *mutatis mutandis*, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, § 40 ; voir également *Société Stenuit c. France*, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 30 mai 1991, § 62, série A no 232-A). En outre, la Cour est d'avis que les amendes infligées visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la récidive. Elles étaient donc fondées sur des normes poursuivant un but à la fois préventif, à savoir de dissuader les intéressés de recommencer, et répressif, puisqu'elles sanctionnaient une irrégularité (voir, *mutatis mutandis*, *Jussila*, précité, § 38). Elles ne visaient donc pas uniquement, comme le prétend le Gouvernement (paragraphe 91 ci-dessus), à réparer un préjudice de nature financière. À cet égard, il convient de noter que les sanctions étaient infligées par la CONSOB en fonction de la gravité de la conduite reprochée et non du préjudice provoqué aux investisseurs.

97. Quant à la nature et à la sévérité de la sanction « susceptible d'être infligée » aux requérants (*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X), la Cour constate avec le Gouvernement (paragraphe 90 ci-dessus) que les amendes en question ne pouvaient pas être remplacées par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (voir, *a contrario*, *Anghel c. Roumanie*, n° 28183/03, § 52, 4 octobre 2007). Cependant, l'amende pouvant être infligée par la CONSOB pouvait aller jusqu'à 5 000 000 EUR (paragraphe 15 ci-dessus), ce plafond ordinaire pouvant dans certaines circonstances être triplé ou porté à dix fois le produit ou le profit obtenu grâce au comportement illicite (paragraphe 48 ci-dessus). L'infliction des sanctions administratives pécuniaires susmentionnées entraîne la perte temporaire de leur honorabilité pour les représentants des sociétés impliquées, et si ces dernières sont cotées en bourse, leurs représentants sont frappés d'une incapacité temporaire d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées pour une durée allant de deux mois à trois ans. La CONSOB peut également interdire aux sociétés cotées, aux sociétés de gestion et aux sociétés de révision de se prévaloir de la collaboration de l'auteur de l'infraction, pour une durée maximale de trois ans, et demander aux ordres professionnels la suspension temporaire de l'intéressé de l'exercice de son

activité professionnelle (paragraphe 49 ci-dessus). Enfin, l'application des sanctions administratives pécuniaires entraîne la confiscation du produit ou du profit de la conduite illicite et des biens au moyen desquels elle a été possible (paragraphe 51 ci-dessus).

98. Il est vrai qu'en l'espèce les sanctions n'ont pas été appliquées dans leur montant maximum, la cour d'appel de Turin ayant réduit certaines des amendes infligées par la CONSOB (paragraphe 25 ci-dessus), et aucune confiscation n'ayant été ordonnée. Cependant, la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée (*Engel et autres*, précité, § 82), et non à la gravité de la sanction finalement infligée (*Dubus S.A.*, précité, § 37). De plus, en l'espèce les requérants ont finalement été sanctionnés par des amendes comprises entre 500 000 et 3 000 000 EUR, et MM. Gabetti, Grande Stevens et Marrone ont été frappés d'une interdiction d'administrer, diriger ou contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées comprises entre deux et quatre mois (paragraphe 20-21 et 25-26 ci-dessus). Cette dernière sanction était de nature à porter atteinte au crédit des personnes concernées (voir, *mutatis mutandis*, *Dubus S.A.*, *loc. ult. cit.*), et les amendes étaient, par leur montant, d'une sévérité indéniable, entraînant pour les intéressés des conséquences patrimoniales importantes.

99. À la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé des amendes infligées et de celles que les requérants encouraient, la Cour estime que les sanctions en cause relèvent, par leur sévérité, de la matière pénale (voir, *mutatis mutandis*, *Öztürk*, précité, § 54, et, *a contrario*, *Inocencio c. Portugal* (déc.), n° 43862/98, CEDH 2001-I).

100. Au demeurant, la Cour rappelle également qu'à propos de certaines autorités administratives françaises compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction, elle a jugé que l'article 6, dans son volet pénal, s'appliquait notamment dans le cas de la Cour de discipline budgétaire et financière (*Guisset c. France*, n° 33933/96, § 59, CEDH 2000-IX), du Conseil des marchés financiers (*Didier c. France* (déc.), n° 58188/00, 27 août 2002), du Conseil de la concurrence (*Lilly France S.A. c. France* (déc.), n° 53892/00, 3 décembre 2002), de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (*Messier c. France* (déc.), n° 25041/07, 19 mai 2009), et de la Commission bancaire (*Dubus S.A.*, précité, § 38). Il en a été de même pour l'autorité italienne de régulation de la concurrence et du marché (l'AGCM – *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ; voir *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, § 44).

101. Compte tenu des divers aspects de l'affaire, dûment pondérés, la Cour estime que les amendes infligées aux requérants ont un caractère pénal, de sorte que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer, en l'occurrence, sous son volet pénal (voir, *mutatis mutandis*, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, *loc. ult. cit.*).

2. Autres motifs d'irrecevabilité

102. Le Gouvernement considère que ce grief devrait être déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement, au motif qu'il relève essentiellement de la quatrième instance, les questions relatives à la qualification juridique des faits reprochés aux requérants et à l'existence des éléments constitutifs des infractions rentrant dans la compétence exclusive des juridictions nationales.

103. En tout état de cause, les sanctions infligées par la CONSOB sont de nature administrative, la CONSOB est un organe indépendant et impartial qui juge selon une

procédure respectueuse des droits de la défense et ses décisions peuvent être attaquées devant les juridictions judiciaires (cour d'appel et Cour de cassation).

104. Les requérants considèrent que leurs griefs ne sauraient relever de la « quatrième instance ». En effet, ils demandent le respect des garanties prévues par l'article 6 de la Convention – ce qui rentre dans la compétence contentieuse de la Cour et a affecté la légalité des sanctions qui leur ont été infligées.

105. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Sur la question de savoir si la procédure devant la CONSOB a été équitable (Omissis)

b) Appréciation de la Cour

116. La Cour est prête à admettre que, comme souligné par le Gouvernement, la procédure devant la CONSOB a permis aux accusés de présenter des éléments pour leur défense. En effet, l'accusation formulée par le bureau IT a été communiquée aux requérants, qui ont été invités à se défendre (paragraphe 15 et 16 ci-dessus). Les requérants ont également eu connaissance du rapport et de la note complémentaire du bureau IT, et ont disposé d'un délai de trente jours pour présenter d'éventuelles observations par rapport à ce dernier document (paragraphe 18 ci-dessus). Ce délai n'apparaît pas manifestement insuffisant et les requérants n'en ont pas demandé la prorogation.

117. Il n'en demeure pas moins que, comme reconnu par le Gouvernement (paragraphe 114 ci-dessus), le rapport contenant les conclusions de la direction, appelé à servir ensuite de base à la décision de la commission, n'a pas été communiqué aux requérants, qui n'ont donc pas eu la possibilité de se défendre par rapport au document finalement soumis par les organes d'investigation de la CONSOB à l'organe chargé de décider sur le bien-fondé des accusations. De plus, les intéressés n'ont pas eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger les personnes éventuellement entendues par le bureau IT.

118. La Cour relève également que la procédure devant la CONSOB était essentiellement écrite et que les requérants n'ont pas eu la possibilité de participer à la seule réunion tenue par la commission, qui ne leur était pas ouverte. Ceci n'est pas contesté par le Gouvernement. À cet égard, la Cour rappelle que la tenue d'une audience publique constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 (*Jussila*, précité, § 40).

119. Pourtant, il est vrai que l'obligation de tenir une audience publique n'est pas absolue (*Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, § 66, série A n° 171-A) et que l'article 6 n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Tel est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits rendant nécessaire une confrontation orale, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions écrites des parties et des autres pièces du dossier (voir, par exemple, *Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37, 12 novembre 2002 ; *Pursiheimo c. Finlande* (déc.), n° 57795/00, 25 novembre 2003 ; *Jussila*, précité, § 41 ; et *Subadolc c. Slovénie* (déc.), n° 57655/08, 17 mai 2011, où la Cour a estimé que

l'absence d'audience orale et publique ne créait aucune apparence de violation de l'article 6 de la Convention dans une affaire d'excès de vitesse et de conduite en état d'ivresse dans laquelle les éléments à la charge de l'accusé avaient été obtenus grâce à des appareils techniques).

120. Même si les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale, la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience. S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les « accusations en matière pénale » n'ont pas toutes le même poids (*Jussila*, précité, § 43).

121. Il convient également de préciser que l'importance considérable que l'enjeu de la procédure litigieuse peut avoir pour la situation personnelle d'un requérant n'est pas décisive pour la question de savoir si une audience est nécessaire (*Pirinen c. Finlande* (déc.), n° 32447/02, 16 mai 2006). Il n'en demeure pas moins que le rejet d'une demande tendant à la tenue d'une audience ne peut se justifier qu'en de rares occasions (*Miller c. Suède*, n° 55853/00, § 29, 8 février 2005, et *Jussila*, précité, § 42).

122. Pour ce qui est de la présente affaire, aux yeux de la Cour, une audience publique, orale et accessible aux requérants était nécessaire. À cet égard, la Cour observe qu'il y avait une controverse sur les faits, notamment en ce qui concernait l'état d'avancement des négociations avec Merrill Lynch International Ltd, et que, par-delà leur gravité d'un point de vue financier, les sanctions que certains des requérants risquaient d'encourir avaient, comme noté plus haut (paragraphes 64, 78 et 79 ci-dessus), un caractère infamant, étant susceptibles de porter préjudice à l'honorabilité professionnelle et au crédit des personnes concernées.

123. À la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la procédure devant la CONSOB ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention, notamment en ce qui concerne l'égalité des armes entre l'accusation et la défense et la tenue d'une audience publique permettant une confrontation orale.

2. *Sur la question de savoir si la CONSOB était un tribunal indépendant et impartial (Omissis)*

b) Appréciation de la Cour

132. La Cour rappelle sa jurisprudence bien établie aux termes de laquelle il faut, pour déterminer si un « tribunal » peut passer pour « indépendant », prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], n°s 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 190, CEDH 2003-VI).

133. Eu égard aux modalités et conditions de nomination des membres de la CONSOB, et en l'absence du moindre élément permettant de dire que les garanties contre d'éventuelles pressions extérieures ne sont pas suffisantes et adéquates, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de douter de l'indépendance de la CONSOB par rapport à tout autre pouvoir ou autorité, et en particulier par rapport au pouvoir exécutif. À cet égard, elle fait siennes les observations du Gouvernement quant à l'autonomie de la

CONSOB et aux garanties entourant la nomination de ses membres (paragraphe 127 et 128 ci-dessus).

134. La Cour rappelle ensuite les principes généraux concernant les démarches pour évaluer l'impartialité d'un « tribunal », qui sont exposés, entre autres, dans les arrêts suivants : *Padovani c. Italie*, 26 février 1993, § 20, série A n° 257-B ; *Thomann c. Suisse*, 10 juin 1996, § 30, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, § 58, *Recueil* 1996-III ; *Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, § 45, *Recueil* 1998-VIII ; *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 44, CEDH 2000-XII ; *Morel c. France*, n° 34130/96, § 42, CEDH 2000-VI ; et *Cianetti c. Italie*, n° 55634/00, § 37, 22 avril 2004.

135. En ce qui concerne l'aspect subjectif de l'impartialité de la CONSOB, la Cour constate que rien n'indique en l'espèce un quelconque préjugé ou parti pris de la part de ses membres. Le fait qu'ils aient pris des décisions défavorables aux requérants ne saurait à lui seul mettre en doute leur impartialité (voir, *mutatis mutandis*, *Previti c. Italie* (déc.), n° 1845/08, § 53, 12 février 2013). La Cour ne peut donc que présumer l'impartialité personnelle des membres de la CONSOB, y compris de son président.

136. Quant à l'impartialité objective, la Cour note que le règlement de la CONSOB prévoit une certaine séparation entre les organes chargés de l'enquête et l'organe compétent pour décider de l'existence d'une infraction et de l'application des sanctions. Notamment, l'accusation est formulée par le bureau IT, qui accomplit également des investigations, dont les résultats sont résumés dans le rapport de la direction contenant des conclusions et des propositions quant aux sanctions à appliquer. La décision finale quant à l'infliction de ces dernières revient uniquement à la commission.

137. Il n'en demeure pas moins que le bureau IT, la direction et la commission ne sont que des branches du même organe administratif, agissant sous l'autorité et la supervision d'un même président. Aux yeux de la Cour, ceci s'analyse en l'exercice consécutif de fonctions d'enquête et de jugement au sein d'une même institution ; or en matière pénale un tel cumul n'est pas compatible avec l'exigence d'impartialité voulue par l'article 6 § 1 de la Convention (voir, notamment et *mutatis mutandis*, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, §§ 30-32, série A n° 53, et *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, §§ 24-30, série A n° 86, où la Cour a conclu à un manque d'impartialité objective du « tribunal » en raison, dans la première de ces affaires, du fait qu'une cour d'assises était présidée par un conseiller qui, auparavant, avait dirigé la section du parquet de Bruxelles saisie du cas de l'intéressé ; et, dans la seconde, de l'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond par un même magistrat dans une même cause).

3. *Sur la question de savoir si les requérants ont eu accès à un tribunal doté de la plénitude de juridiction*

138. Les constats qui précèdent, relatifs au manque d'impartialité objective de la CONSOB et à la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable ne suffisent pourtant pas pour conclure à la violation de l'article 6 en l'espèce. À cet égard, la Cour observe que les sanctions dont les requérants se plaignent n'ont pas été infligées par un juge à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire, mais par une autorité administrative, la CONSOB. Si confier à de telles autorités la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que les requérants doivent pouvoir saisir de

toute décision ainsi prise à leur encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (*Kadubec c. Slovaquie*, 2 septembre 1998, § 57, *Recueil* 1998-VI ; *Čanády c. Slovaquie*, n° 53371/99, § 31, 16 novembre 2004 ; et *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, § 58).

139. Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (*Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche*, arrêts du 23 octobre 1995, respectivement §§ 34, 37, 42 et 39, 41 et 38, série A nos 328 A-C et 329 A-C). Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (*Chevrol c. France*, no 49636/99, § 77, CEDH 2003-III ; *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, § 27, 4 mars 2004 ; et *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, § 59).

140. En l'espèce, les requérants ont eu la possibilité, dont ils se sont prévalus, de contester les sanctions infligées par la CONSOB devant la cour d'appel de Turin et de se pourvoir en cassation contre les arrêts rendus par cette dernière. Il reste à établir si ces deux juridictions étaient des « organes judiciaires de pleine juridiction » au sens de la jurisprudence de la Cour.

(*Omissis*)

b) Appréciation de la Cour

148. La Cour note tout d'abord qu'en l'espèce, rien ne permet de douter de l'indépendance et de l'impartialité de la cour d'appel de Turin. Les requérants ne le contestent d'ailleurs pas.

149. La Cour observe de surcroît que la cour d'appel était compétente pour juger de l'existence, en fait comme en droit, de l'infraction définie à l'article 187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998, et avait le pouvoir d'annuler la décision de la CONSOB. Elle était également appelée à apprécier la proportionnalité des sanctions infligées par rapport à la gravité du comportement reproché. De fait, elle a d'ailleurs réduit le montant des amendes et la durée de l'interdiction prononcées pour certains des requérants (paragraphes 25 et 26 ci-dessus) et s'est penchée sur leurs différentes allégations d'ordre factuel ou juridique (paragraphes 32-36 ci-dessus). Sa compétence n'était donc pas limitée à un simple contrôle de légalité.

150. Il est vrai que les requérants se plaignent du fait que la cour d'appel n'a pas interrogé de témoins (paragraphe 142 ci-dessus). Cependant, ils n'indiquent aucune règle de procédure qui aurait empêché un tel interrogatoire. De plus, la demande d'audition des témoins formulée par M. Grande Stevens dans son mémoire du 25 septembre 2007 n'indiquait ni les noms des personnes dont l'intéressé souhaitait la convocation ni les circonstances sur lesquelles celles-ci auraient dû témoigner. Cette demande avait en outre été formulée de manière purement éventuelle, étant à examiner uniquement dans le cas où la cour d'appel aurait considéré insuffisants ou non utilisables les documents déjà versés au dossier. Il en va de même pour la demande formulée par M. Marrone, qui prospectait la possibilité d'auditionner les témoins dont il citait les déclarations seulement « si nécessaire » (paragraphe 24 ci-dessus). En tout état

de cause, devant la Cour les requérants n'ont pas indiqué avec précision les témoins dont l'audition aurait été refusée par la cour d'appel et les raisons pour lesquelles leur témoignage aurait été décisif pour l'issue de leur affaire. Ils n'ont donc pas étayé leur grief tiré de l'article 6 § 3 d) de la Convention.

151. À la lumière de ce qui précède, la Cour considère que la cour d'appel de Turin était bien un « organe de pleine juridiction » au sens de sa jurisprudence (voir, *mutatis mutandis*, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, précité, §§ 60-67). Les requérants eux-mêmes ne semblent pas le contester (paragraphe 141 ci-dessus).

152. Il reste à déterminer si les audiences sur le fond tenues devant la cour d'appel de Turin ont été publiques, question de fait sur laquelle les affirmations des parties divergent (paragraphe 142 et 145-146 ci-dessus). À cet égard, la Cour ne peut que rappeler ses conclusions quant à la nécessité, en l'espèce, d'une audience publique (paragraphe 93 ci-dessus).

153. La Cour note que les parties ont produit des documents contradictoires quant à la manière dont les audiences litigieuses se seraient déroulées ; selon les déclarations écrites du directeur administratif du greffe de la cour d'appel de Turin, produites par les requérants, ces audiences se seraient tenues en chambre du conseil, alors que selon les déclarations écrites du président de la cour d'appel, produites par le Gouvernement, seules les audiences portant sur les mesures d'urgence auraient eu lieu en chambre du conseil, toutes les autres audiences ayant été publiques. La Cour n'est guère en mesure de dire laquelle des deux versions est vraie. Quoi qu'il en soit, face à ces deux versions, toutes deux plausibles et provenant de sources qualifiées, mais opposées, la Cour estime qu'il y a lieu de s'en tenir au contenu des actes officiels de la procédure. Or, comme les requérants l'ont à juste titre souligné (paragraphe 142 ci-dessus), les arrêts rendus par la cour d'appel indiquent que celle-ci avait siégé en chambre du conseil ou que les parties avaient été convoquées en chambre du conseil (paragraphe 30 *in fine* ci-dessus).

154. Sur la foi de ces mentions, la Cour parvient dès lors à la conclusion qu'aucune audience publique n'a eu lieu devant la cour d'appel de Turin.

155. Il est vrai qu'une audience publique s'est tenue devant la Cour de cassation. Cependant, cette dernière n'était pas compétente pour connaître du fond de l'affaire, établir les faits et apprécier les éléments de preuve ; le Gouvernement ne le conteste d'ailleurs pas. Elle ne pouvait donc être regardée comme un organe de pleine juridiction au sens de la jurisprudence de la Cour.

4. Sur les autres allégations des requérants

156. Les requérants affirment également que les communiqués de presse du 24 août 2005 contenaient des informations véridiques et que leur condamnation en dépit des preuves à décharge contenues dans le dossier a été le résultat d'une « présomption de culpabilité » à leur encontre. De leur avis, ils n'avaient aucune obligation de relater dans ces communiqués de simples projets ou des accords hypothétiques non encore parfaits. Du reste, dans les instructions publiées par la CONSOB, il était précisé que les informations pouvant être diffusées au public devaient être liées à des circonstances réelles ou à un événement certain, et non à de simples hypothèses sur des actions futures et éventuelles, qui n'avaient pas d'intérêt pour les marchés. Or, à la date de la diffusion des communiqués de presse, aucune initiative concrète n'avait été entreprise par les sociétés requérantes par rapport à l'échéance du prêt convertible. À cette

époque, l'hypothèse envisagée était incertaine car elle restait subordonnée à l'approbation de Merrill Lynch International Ltd et à l'éventuelle absence d'obligation de lancer une OPA. Un fonctionnaire de la CONSOB avait participé à la rédaction d'un des communiqués, et le texte de celui-ci avait reçu l'accord préalable de la CONSOB.

157. En dépit de cela, estiment les requérants, la CONSOB aurait formulé ses accusations en partant de la présomption arbitraire que l'accord modificatif du contrat d'*equity swap* avait été conclu avant le 24 août 2005, et ce malgré l'absence de toute preuve écrite ou orale corroborant cette présomption. Selon les requérants, leur condamnation a été prononcée sans aucune preuve en ce sens.

158. La Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (*Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, § 34, CEDH 2000-V), et que c'est en principe aux juridictions nationales qu'il revient d'apprécier les faits et d'interpréter et appliquer le droit interne (*Pacifico c. Italie* (déc.), n° 17995/08, § 62, 20 novembre 2012). Or, la Cour a examiné les décisions internes critiquées par les requérants sans déceler de signes d'arbitraire propres à révéler un déni de justice ou un abus manifeste (voir, *a contrario*, *De Moor c. Belgique*, 23 juin 1994, § 55 *in fine*, série A n° 292-A, et *Barac et autres c. Monténégro*, n° 47974/06, § 32, 13 décembre 2011).

159. La Cour rappelle également que le principe de la présomption d'innocence exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. En outre, il incombe à l'autorité de poursuite d'indiquer à l'intéressé de quelles charges il fera l'objet – afin de lui fournir l'occasion de préparer et de présenter sa défense en conséquence – et d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité (voir, notamment, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, § 77, série A n° 146 ; *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 54, *Recueil* 1996-I ; et *Telfner c. Autriche*, n° 33501/96, § 15, 20 mars 2001).

160. En l'espèce la condamnation des intéressés a été prononcée sur la base d'un faisceau d'indices jugés précis, graves et concordants produits par le bureau IT, et qui donnaient à penser qu'à l'époque de la diffusion des communiqués de presse du 24 août 2005, l'accord modifiant l'*equity swap* avait été conclu ou était en passe de l'être. Dans ces circonstances, aucune violation du principe de la présomption d'innocence ne saurait être décelée (voir, *mutatis mutandis*, *Previti c. Italie* (déc.), n° 45291/06, § 250, 8 décembre 2009).

6. Conclusion

161. À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que, même si la procédure devant la CONSOB n'a pas satisfait aux exigences d'équité et d'impartialité objective voulues par l'article 6 de la Convention, les requérants ont bénéficié du contrôle ultérieur d'un organe indépendant et impartial de pleine juridiction, en l'occurrence la cour d'appel de Turin. Cependant, cette dernière n'a pas tenu d'audience publique, ce qui, en l'espèce, a constitué une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 3 a) ET c) DE LA CONVENTION

162. Invoquant l'article 6 § 3 a) et c) de la Convention, M. Grande Stevens allègue qu'il y a eu une mutation à son insu de l'accusation portée contre lui.

163. Le Gouvernement conteste cette thèse.

164. La Cour relève que ce grief est lié à celui examiné ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable.

(*Omissis*)

B. Appréciation de la Cour

167. La Cour rappelle que les dispositions de l'article 6 § 3 a) de la Convention traduisent la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l'« accusation » à l'intéressé. L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales : à compter de sa signification, la personne mise en cause est officiellement avisée par écrit de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre elle (*Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989, § 79, série A n° 168). Par ailleurs, l'article 6 § 3 a) reconnaît à l'accusé le droit d'être informé non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi, d'une manière détaillée, de la qualification juridique donnée à ces faits (*Pélissier et Sassi c. France* [GC], n° 25444/94, § 51, CEDH 1999-II).

168. La portée de cette disposition doit notamment s'apprécier à la lumière du droit plus général à un procès équitable que garantit le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention (*Sadak et autres c. Turquie* (n° 1), nos 29900/96, 29901/96, 29902/96 et 29903/96, § 49, CEDH 2001-VIII). La Cour considère qu'en matière pénale une notification précise et complète à l'accusé des charges pesant contre lui – y compris la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre – est une condition essentielle de l'équité de la procédure (*Pélissier et Sassi*, précité, § 52).

169. Il existe par ailleurs un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6 § 3 et le droit à être informé de la nature et de la cause de l'accusation doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense (*Pélissier et Sassi*, précité, § 54).

170. En l'espèce, la Cour relève que les doléances de M. Grande Stevens tiennent au fait que la CONSOB avait indiqué qu'il avait agi en sa qualité d'administrateur d'Exor et que la cour d'appel de Turin, tout en admettant qu'il ne possédait pas la qualité en question, a néanmoins confirmé sa condamnation (paragraphe 24 et 31 ci-dessus).

171. La Cour note que la qualité d'administrateur d'une société cotée en bourse ne figure pas parmi les éléments constitutifs de l'infraction reprochée à M. Grande Stevens, l'article 187 *ter* du décret législatif n° 58 de 1998 punissant « toute personne » qui diffuse des informations fausses ou trompeuses de nature à fournir des indications fausses ou trompeuses à propos d'instruments financiers (paragraphe 15 ci-dessus). La cour d'appel de Turin l'a souligné à juste titre, en estimant que la question à trancher n'était pas celle de savoir si l'intéressé était ou non l'un des administrateurs d'Exor, mais de déterminer s'il avait participé au processus décisionnel ayant amené à la publication du communiqué de presse litigieux (paragraphe 31 ci-dessus).

172. Il s'ensuit que la qualité d'administrateur d'Exor ne faisait pas partie de l'« accusation » notifiée à M. Grande Stevens. Elle n'était pas non plus un « élément intrinsèque de l'accusation initiale » que l'accusé aurait dû connaître dès le début de la

procédure (voir, *a contrario*, *De Salvador Torres c. Espagne*, 24 octobre 1996, § 33, *Recueil* 1996-V).

173. Par ailleurs, dans la mesure où l'on pourrait estimer que la qualité d'administrateur d'Exor était l'un des éléments utilisés par les autorités internes afin d'apprécier si M. Grande Stevens s'était rendu coupable de l'infraction reprochée, il convient d'observer que l'intéressé a eu connaissance en temps utile du fait qu'une telle qualité lui avait été attribuée, et a pu présenter des arguments factuels et juridiques sur ce point tant devant la CONSOB que devant la cour d'appel (paragraphe 24 ci-dessus ; voir, *mutatis mutandis*, *D.C. c. Italie* (déc.), n° 55990/00, 28 février 2002, et *Dallos c. Hongrie*, n° 29082/95, §§ 49-53, 1^{er} mars 2001). Et cette dernière a finalement reconnu que M. Grande Stevens ne possédait pas la qualité en question (paragraphe 31 ci-dessus).

174. Dès lors, la Cour ne constate aucune atteinte au droit, garanti au requérant par l'article 6 § 3 a) et b) de la Convention, d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui et de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

175. Enfin, dans la mesure où M. Grande Stevens invoque l'alinéa c) du troisième paragraphe de l'article 6, la Cour ne voit pas en quoi l'intéressé aurait été privé de son droit à se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

176. Les requérants se plaignent d'une violation de leur droit au respect de leurs biens, tel que garanti par l'article 1 du Protocole n° 1.

Cette disposition est ainsi libellée :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

177. Le Gouvernement conteste la thèse des requérants.

178. La Cour relève que ce grief est lié à ceux examinés ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable.

(*Omissis*)

B. Appréciation de la Cour

1. Sur l'existence d'une ingérence, et sur la norme applicable

183. La Cour observe que les requérants ont été condamnés par la CONSOB et la cour d'appel de Turin au paiement de lourdes amendes, allant de 500 000 à 3 000 000 EUR (paragraphe 20 et 25 ci-dessus), ce qui s'analyse en une ingérence dans le droit des intéressés au respect de leurs biens. Ceci n'est d'ailleurs pas contesté par le Gouvernement.

184. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la subor-

donne à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États contractants le pouvoir de réglementer l'usage des biens, conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes (voir, entre autres, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 78, *Recueil* 1997-VII).

185. La Cour considère que les amendes infligées aux requérants relèvent du deuxième alinéa de l'article 1, et notamment du pouvoir de l'État de réglementer l'usage des biens pour assurer le paiement des amendes.

2. Sur la légalité de l'ingérence

186. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale (*Varesi et autres c. Italie* (déc.), n° 49407/08, § 36, 12 mars 2013) : la seconde phrase du premier alinéa de cet article n'autorise une privation de propriété que « dans les conditions prévues par la loi » ; le second alinéa reconnaît aux États le droit de réglementer l'usage des biens en mettant en vigueur des « lois » (*OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, n° 14902/04, § 559, 20 septembre 2011). De plus, la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 58, CEDH 1999-II, et *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n° 49429/99, § 133, ECHR 2005-XII (extraits)).

187. Pour répondre à cette exigence de légalité, le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique au droit au respect des biens (*Capital Bank AD*, précité, § 134 ; *Zlinsat, spol. s r.o. c. Bulgarie*, n° 57785/00, § 98, 15 juin 2006 ; *Družstevní Záložna Pria et autres c. République tchèque*, n° 72034/01, § 89, 31 juillet 2008 ; et *Forminster Enterprises Limited c. République tchèque*, n° 38238/04, § 69, 9 octobre 2008).

188. Nonobstant le silence de l'article 1 du Protocole n° 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition (*Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, § 96, CEDH 2002-VII ; *Anbeuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], n° 73049/01, § 83, CEDH 2007-I ; *J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni* [GC], n° 44302/02, § 57, CEDH 2007-III ; *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, n° 22603/02, § 51, 22 novembre 2007 ; *Zehentner c. Autriche*, n° 20082/02, § 75, 16 juillet 2009 ; et *Shesti Mai Engineering OOD et autres c. Bulgarie*, n° 17854/04, § 79, 20 septembre 2011 ; voir également, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif c. Bulgarie*, n° 50963/99, § 123, 20 juin 2002). Pour s'assurer du respect de cette condition, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général (voir *Jokela c. Finlande*, n° 28856/95, § 45, CEDH 2002-IV, et *Družstevní Záložna Pria et autres*, précité, § 89).

189. La Cour relève que les parties s'accordent à reconnaître que les amendes infligées aux requérants avaient une base légale suffisamment claire et accessible en droit italien, à savoir l'article 187 *ter* du décret législatif n° 58 du 24 février 1998 (paragraphe 15 ci-dessus). Cette disposition punit, entre autres, toute personne qui diffuse des informations fausses ou trompeuses à propos d'instruments financiers. Or, selon les

autorités internes, les requérants ont eu un comportement de cette nature à travers les communiqués de presse décrits aux paragraphes 8 et 9 ci-dessus.

190. La Cour note de surcroît que les amendes en question ont été infligées par la CONSOB à l'issue d'une procédure au cours de laquelle les requérants ont pu présenter leurs défenses. Même si la procédure devant la CONSOB n'a pas satisfait à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention, comme noté plus haut (paragraphe 107 ci-dessus), les requérants ont ensuite disposé d'un accès à un organe judiciaire de pleine juridiction, en l'occurrence la cour d'appel de Turin, compétente pour examiner toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le sort de leur cause. De plus, ils ont eu le loisir de se pourvoir en cassation contre les arrêts de la cour d'appel (paragraphe 32 ci-dessus), et ont ainsi disposé d'un contrôle supplémentaire de légalité.

191. Dans ces conditions, la Cour ne saurait conclure que les requérants n'ont pas disposé de garanties procédurales adéquates contre l'arbitraire ou qu'ils n'ont pas eu la possibilité de contester les mesures ayant affecté leur droit au respect de leurs biens.

192. Il est vrai que la Cour vient de conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison du fait que les audiences devant la cour d'appel de Turin n'ont pas été publiques (paragraphe 117 ci-dessus). Cependant, cette circonstance ne saurait, à elle seule, affecter la légalité des mesures litigieuses ou être constitutive d'un manquement aux obligations positives de l'État découlant de l'article 1 du Protocole n° 1.

193. Il reste à déterminer si l'ingérence était conforme à l'intérêt général et proportionnée aux buts légitimes poursuivis.

3. *Sur la question de savoir si l'ingérence était conforme à l'intérêt général*

194. La Cour observe que l'interdiction de diffuser des informations fausses ou trompeuses à propos d'instruments financiers vise à garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions.

195. Il ne fait pas de doutes pour la Cour qu'il s'agit là d'un but d'intérêt général. La Cour est consciente de l'importance que revêt pour les États membres la lutte contre les abus de marché et observe que des normes communautaires (à savoir la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 – paragraphe 55 ci-dessus) visent à mettre en place des dispositifs efficaces contre les opérations d'initiés et les manipulations de marché.

4. *Sur la proportionnalité de l'ingérence*

196. Il reste à établir si les autorités ont en l'espèce ménagé un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, et donc un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et celles de la protection des droits fondamentaux de l'individu (*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 107, CEDH 2000-I, et *Air Canada c. Royaume-Uni*, 5 mai 1995, § 36, série A n° 316-A). Ce juste équilibre est rompu si la personne concernée doit supporter une charge excessive et exorbitante (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §§ 69-74, série A n° 52, et *Maggio et autres c. Italie*, nos 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 et 56001/08, § 57, 31 mai 2011).

197. En l'espèce, faisant usage de leur droit d'établir les faits, les autorités internes ont estimé que le 24 août 2005, date des communiqués de presse incriminés, le projet visant à une renégociation du contrat d'*equity swap* avec Merrill Lynch International Ltd existait et était en cours d'exécution, et que les requérants ont sciemment omis de

mentionner cette circonstance, donnant par là une fausse représentation de la situation de l'époque (paragraphe 22 et 30 ci-dessus).

198. La Cour observe que par la conclusion de l'accord modifiant le contrat d'*equity swap*, Exor a maintenu sa participation de 30 % dans le capital de FIAT (paragraphe 2 ci-dessus), l'un de plus importants constructeurs d'automobiles du monde. Ainsi, la perspective d'une acquisition de 28 % du capital social par des banques a été écartée, et avec elle toutes les conséquences qu'une telle acquisition aurait pu avoir sur le contrôle de FIAT (paragraphe 2 ci-dessus). Aux yeux de la Cour, il s'agissait de questions revêtant, à l'époque, un intérêt primordial pour les investisseurs, et la circonstance que des informations fausses ou trompeuses aient été diffusées à cet égard présentait une gravité indéniable.

199. Dès lors, les amendes infligées aux requérants, bien que sévères, n'apparaissent pas disproportionnées par rapport à la conduite qui leur a été reprochée. À cet égard, la Cour observe que dans la fixation du montant des sanctions, la CONSOB a pris en considération la position occupée par les personnes concernées et l'existence d'un dol (paragraphe 22 ci-dessus) et que la cour d'appel a réduit les amendes infligées à trois des requérants (paragraphe 25 ci-dessus). Dès lors, on ne saurait considérer que les autorités internes ont appliqué les sanctions sans tenir compte des circonstances particulières de l'espèce ou que les requérants ont été contraints de supporter une charge excessive et exorbitante.

5. Conclusion

200. À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les sanctions infligées aux requérants étaient « légales » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 et qu'elles s'analysaient en des mesures nécessaires pour assurer le paiement des amendes.

201. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 7

202. Les requérants s'estiment victimes d'une violation du principe *ne bis in idem*, tel que garanti par l'article 4 du Protocole n° 7.

Cette disposition se lit ainsi :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention. »

203. Le Gouvernement conteste cette thèse.

A. Sur la recevabilité

1. La réserve de l'Italie relative à l'article 4 du Protocole n° 7

204. Le Gouvernement note que l'Italie a fait une déclaration selon laquelle les articles 2 à 4 du Protocole n° 7 ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne. Or, la loi italienne ne qualifie pas de pénales les infractions sanctionnées par la CONSOB. De plus, la déclaration de l'Italie

serait similaire à celles faites par d'autres États (notamment, l'Allemagne, la France et le Portugal).

205. Les requérants rétorquent que l'article 4 du Protocole n° 7, auquel aucune dérogation ne peut être faite au sens de l'article 15 de la Convention, concerne un droit relevant de l'ordre public européen. Selon eux, la déclaration faite par l'Italie lors du dépôt de l'instrument de ratification du Protocole n° 7 n'aurait pas la portée d'une réserve au sens de l'article 57 de la Convention, qui n'autorise pas les réserves de caractère général. De plus, la déclaration litigieuse ne se rattache pas à « une loi » en vigueur au moment de sa formulation et ne renferme pas un « bref exposé » de cette loi. La déclaration en question serait donc sans incidence quant aux obligations assumées par l'Italie.

206. La Cour observe que le Gouvernement allègue avoir émis une réserve quant à l'application des articles 2 à 4 du Protocole n° 7 (paragraphe 154 ci-dessus). Indépendamment de la question de l'applicabilité de cette réserve, la Cour doit examiner sa validité ; en d'autres termes, elle doit déterminer si la réserve satisfait aux exigences de l'article 57 de la Convention (*Eisenstecken c. Autriche*, n° 29477/95, § 28, CEDH 2000-X).

Cette disposition est ainsi libellée :

« 1. Tout État peut, au moment de la signature de la (...) Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause. »

207. La Cour rappelle que, pour être valable, une réserve doit répondre aux conditions suivantes : 1) elle doit être faite au moment où la Convention ou ses Protocoles sont signés ou ratifiés ; 2) elle doit porter sur des lois déterminées en vigueur à l'époque de la ratification ; 3) elle ne doit pas revêtir un caractère général ; 4) elle doit comporter un bref exposé de la loi visée (*Pöder et autres c. Estonie* (déc.), n° 67723/01, CEDH 2005-VIII, et *Liepājnieks c. Lettonie* (déc.), n° 37586/06, § 45, 2 novembre 2010).

208. La Cour a eu l'occasion de préciser que l'article 57 § 1 de la Convention exige de la part des États contractants « précision et clarté », et qu'en leur demandant de soumettre un bref exposé de la loi en cause, cette disposition n'expose pas une « simple exigence de forme » mais édicte une « condition de fond » qui constitue « à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique » (*Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, §§ 55 et 59, série A n° 132 ; *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, § 38, série A n° 177 ; et *Eisenstecken*, précité, § 24).

209. Par « réserve de caractère général », l'article 57 entend notamment une réserve rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts. Le libellé de la déclaration doit permettre de mesurer au juste la portée de l'engagement de l'État contractant, en particulier quant aux catégories de litiges visés, et ne doit pas se prêter à différentes interprétations (*Belilos*, précité, § 55).

210. En l'espèce, la Cour relève l'absence dans la réserve en question d'un « bref exposé » de la loi ou des lois prétendument incompatibles avec l'article 4 du Protocole n° 7. On peut déduire du libellé de la réserve que l'Italie a entendu exclure du champ d'application de cette disposition toutes les infractions et les procédures qui ne sont pas qualifiées de « pénales » par la loi italienne. Il n'empêche qu'une réserve qui n'invoque ni ne mentionne les dispositions spécifiques de l'ordre juridique italien excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7, n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État contractant (voir, *mutatis mutandis*, *Chorherr c. Autriche*, 25 août 1993, § 20, série A n° 266-B ; *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995, § 51, série A n° 328-C ; et *Eisenstecken*, précité, § 29 ; voir également, *a contrario*, *Kozlova et Smirnova c. Lettonie* (déc.), n° 57381/00, CEDH 2001-XI). À cet égard, la Cour rappelle que même des difficultés pratiques importantes dans l'indication et la description de toutes les dispositions concernées par la réserve ne sauraient justifier le non-respect des conditions édictées à l'article 57 de la Convention (*Liepājnieks*, décision précitée, § 54).

211. Par conséquent, la réserve invoquée par l'Italie ne satisfait pas aux exigences de l'article 57 § 2 de la Convention. Cette conclusion suffit à fonder l'invalidité de la réserve, sans qu'il s'impose de se pencher de surcroît sur le respect des autres conditions formulées dans l'article 57 (voir, *mutatis mutandis*, *Eisenstecken*, précité, § 30).

2. Autres motifs d'irrecevabilité

212. La Cour constate que le présent grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

(*Omissis*)

2. Appréciation de la Cour

219. La Cour rappelle que dans l'affaire *Sergueï Zolotoukhine* (précité, § 82), la Grande Chambre a précisé que l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits qui sont en substance les mêmes.

220. La garantie consacrée à l'article 4 du Protocole n° 7 entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquiescement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée. À ce stade, les éléments du dossier comprendront forcément la décision par laquelle la première « procédure pénale » s'est terminée et la liste des accusations portées contre le requérant dans la nouvelle procédure. Normalement, ces pièces renfermeront un exposé des faits concernant l'infraction pour laquelle le requérant a déjà été jugé et un autre se rapportant à la seconde infraction dont il est accusé. Ces exposés constituent un utile point de départ pour l'examen par la Cour de la question de savoir si les faits des deux procédures sont identiques ou sont en substance les mêmes.

Peu importe quelles parties de ces nouvelles accusations sont finalement retenues ou écartées dans la procédure ultérieure, puisque l'article 4 du Protocole n° 7 énonce une garantie contre de nouvelles poursuites ou le risque de nouvelles poursuites, et non l'interdiction d'une seconde condamnation ou d'un second acquiescement (*Sergueï Zolotoukhine*, précité, § 83).

221. La Cour doit donc faire porter son examen sur les faits décrits dans ces exposés, qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées (*Sergueï Zolotoukhine*, précité, § 84).

222. Faisant application de ces principes en l'espèce, la Cour note tout d'abord qu'elle vient de conclure, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, qu'il y avait bien lieu de considérer que la procédure devant la CONSOB portait sur une « accusation en matière pénale » contre les requérants (paragraphe 82 ci-dessus) et observe également que les condamnations infligées par la CONSOB et partiellement réduites par la cour d'appel ont acquis l'autorité de la chose jugée le 23 juin 2009, lors du prononcé des arrêts de la Cour de cassation (paragraphe 33 ci-dessus). À partir de ce moment, les requérants devaient donc être considérés comme ayant été « déjà condamnés en raison d'une infraction par un jugement définitif » au sens de l'article 4 du Protocole n° 7.

223. En dépit de cela, les nouvelles poursuites pénales qui avaient entre-temps été ouvertes à leur encontre (paragraphe 34-35 ci-dessus) n'ont pas été arrêtées, et ont conduit au prononcé de jugements de première et deuxième instance.

224. Il reste à déterminer si ces nouvelles poursuites avaient pour origine des faits qui étaient en substance les mêmes que ceux ayant fait l'objet de la condamnation définitive. À cet égard, la Cour note que, contrairement à ce que semble affirmer le Gouvernement (paragraphe 217 ci-dessus), il ressort des principes énoncés dans l'affaire *Sergueï Zolotoukhine* précitée que la question à trancher n'est pas celle de savoir si les éléments constitutifs des infractions prévues par les articles 187 *ter* et 185 § 1 du décret législatif n° 58 de 1998 sont ou non identiques, mais celle de déterminer si les faits reprochés aux requérants devant la CONSOB et devant les juridictions pénales se référaient à la même conduite.

225. Devant la CONSOB, les requérants étaient accusés, pour l'essentiel, de ne pas avoir mentionné dans les communiqués de presse du 24 août 2005 le projet visant à une renégociation du contrat d'*equity swap* avec Merrill Lynch International Ltd alors que ce projet existait déjà et se trouvait à un stade avancé de réalisation (paragraphe 15 et 16 ci-dessus). Ils ont ensuite été condamnés pour cela par la CONSOB et par la cour d'appel de Turin (paragraphe 22 et 30 ci-dessus).

226. Devant les juridictions pénales, les intéressés ont été accusés d'avoir déclaré, dans les mêmes communiqués, qu'Exor n'avait ni entamé ni étudié d'initiatives concernant l'échéance du contrat de financement, alors que l'accord modifiant l'*equity swap* avait déjà été examiné et conclu, information qui aurait été cachée afin d'éviter une probable chute du prix des actions FIAT (paragraphe 33 ci-dessus).

227. Aux yeux de la Cour, il s'agit clairement d'une seule et même conduite de la part des mêmes personnes à la même date. Par ailleurs, la cour d'appel de Turin elle-même, dans ses arrêts du 23 janvier 2008, a admis que les articles 187 *ter* et 185 § 1 du décret législatif n° 58 de 1998 avaient pour objet la même conduite, à savoir la diffusion de fausses informations (paragraphe 29 ci-dessus). Il s'ensuit que les nouvelles poursuites concernaient une seconde « infraction » ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet de la première condamnation définitive.

228. Ce constat suffit pour conclure à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7.

229. Par ailleurs, dans la mesure où le Gouvernement affirme que le droit de l'Union européenne aurait ouvertement autorisé le recours à une double sanction (administrative et pénale) dans le cadre de la lutte contre les conduites abusives sur les marchés financiers (paragraphe 216 ci-dessus), la Cour, tout en précisant que sa tâche n'est pas celle d'interpréter la jurisprudence de la CJUE, relève que dans son arrêt du 23 décembre 2009, rendu dans l'affaire *Spector Photo Group*, précité, la CJUE a indiqué que l'article 14 de la directive 2003/6 n'impose pas aux États membres de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des auteurs d'opérations d'initiés, mais se limite à énoncer que ces États sont tenus de veiller à ce que des sanctions administratives soient appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de cette directive. Elle a également alerté les États sur le fait que de telles sanctions administratives étaient susceptibles, aux fins de l'application de la Convention, de se voir qualifiées de sanctions pénales (paragraphe 56 ci-dessus). De plus, dans son arrêt *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, précité, relatif au domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, la CJUE a précisé qu'en vertu du principe *ne bis in idem*, un État ne peut imposer une double sanction (fiscale et pénale) pour les mêmes faits qu'à la condition que la première sanction ne revête pas un caractère pénal (paragraphe 92 ci-dessus).

VI. SUR L'APPLICATION DES ARTICLES 41 ET 46 DE LA CONVENTION

230. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

231. Dans ses parties pertinentes, l'article 46 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution (...) »

A. Indication de mesures générales et individuelles

1. Principes généraux

232. Tout arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences, de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 41 habilite la Cour à accorder à la partie lésée s'il y a lieu la satisfaction qui lui semble appropriée. Il en découle notamment que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne (*Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 47, CEDH 2004-I ; *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 198, CEDH 2004-II ; et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 487, CEDH 2004-VII).

233. La Cour rappelle que ses arrêts ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel et qu'en général c'est au premier chef à l'État en cause qu'il appartient de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (voir, entre autres, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n^{os} 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII ; *Brumărescu c. Roumanie* (satisfaction équitable) [GC], n^o 28342/95, § 20, CEDH 2001-I ; et *Öcalan c. Turquie* [GC], n^o 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV). Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis (*Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (Article 50), 31 octobre 1995, § 34, série A n^o 330-B).

234. Cependant, à titre exceptionnel, pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour cherche à indiquer le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation structurelle qu'elle constate. Dans ce contexte, elle peut formuler plusieurs options dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'État concerné (voir, par exemple, *Broniowski c. Pologne* [GC], n^o 31443/96, § 194, CEDH 2004-V). Dans certains cas, il arrive que la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures propres à y remédier, auquel cas la Cour peut décider de n'indiquer qu'une seule mesure de ce type (voir, par exemple, *Assanidzé*, précité, §§ 202 et 203 ; *Alexanian c. Russie*, n^o 46468/06, § 240, 22 décembre 2008 ; *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n^o 40984/07, §§ 176 et 177, 22 avril 2010 ; et *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, n^o 21722/11, § 208, 9 janvier 2013).

2. Application de ces principes en l'espèce

235. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, la Cour n'estime pas nécessaire d'indiquer des mesures générales que l'État devrait adopter pour l'exécution du présent arrêt.

236. Pour ce qui est, en revanche, des mesures individuelles, la Cour estime qu'en l'espèce, la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier.

237. Dans ces conditions, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire et au besoin urgent de mettre fin à la violation de l'article 4 du Protocole n^o 7 (paragraphe 172 ci-dessus), la Cour estime qu'il incombe à l'État défendeur de veiller à ce que les nouvelles poursuites pénales ouvertes contre les requérants en violation de cette disposition et encore pendantes, à la date des dernières informations reçues, à l'égard de MM. Gabetti et Grande Stevens, soient clôturées dans les plus brefs délais et sans conséquences préjudiciables pour les requérants (voir, *mutatis mutandis*, *Assanidzé*, précité, § 203, et *Oleksandr Volkov*, précité, § 208).

B. Dommage

238. Au titre du préjudice matériel qu'ils auraient subi, les requérants demandent la restitution des sommes payées à la CONSOB à titre de sanction pécuniaire (pour un total de 16 000 000 EUR), augmentées des intérêts légaux. Ils demandent en outre une réparation pour préjudice moral – dont ils demandent à la Cour de fixer le montant en équité – et soulignent leur volonté de rétablir leur honorabilité professionnelle, grave-

ment atteinte selon eux par la publication de leur condamnation dans le bulletin de la CONSOB et par le retentissement médiatique de leurs vicissitudes.

239. Le Gouvernement ne présente pas d'observations à ce sujet.

240. La Cour observe qu'elle vient de conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention à cause de l'absence d'une audience publique devant la cour d'appel de Turin et de l'article 4 du Protocole n° 7 en raison du fait que de nouvelles poursuites pénales ont été ouvertes après la condamnation définitive des requérants. Ces constats n'impliquent pas que les sanctions infligées par la CONSOB étaient en elles-mêmes contraires à la Convention ou à ses Protocoles. À cet égard, la Cour observe qu'elle a estimé qu'il n'y avait pas eu violation du droit au respect des biens des requérants, tels que garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 (paragraphe 151 ci-dessus). Dans ces circonstances, la Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre les violations constatées et le dommage matériel allégué et rejette la demande y afférente.

241. Pour ce qui est du préjudice moral lié à l'absence d'audience publique devant la cour d'appel de Turin et à l'ouverture de nouvelles poursuites envers les requérants, la Cour, statuant en équité, décide d'allouer 10 000 EUR à chacun des requérants à ce titre.

C. Frais et dépens

242. S'appuyant sur les notes de frais de leurs avocats, les requérants demandent également la somme totale de 20 638 980,69 EUR pour les frais et dépens engagés tant devant les juridictions internes que devant la Cour.

243. Le Gouvernement n'a pas présenté de commentaires à ce sujet.

244. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession, de sa jurisprudence et du fait que les requérants ont été contraints de se défendre au cours d'une procédure pénale entamée et poursuivie en violation de l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour estime raisonnable la somme de 40 000 EUR tous frais confondus et l'accorde aux requérants conjointement.

D. Intérêts moratoires

245. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, le restant des requêtes recevables ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 3 a) et c) à l'égard de M. Grande Stevens ;
4. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 ;

6. *Dit*, à l'unanimité, que l'État défendeur doit veiller à ce que les nouvelles poursuites pénales ouvertes contre les requérants en violation de l'article 4 du Protocole n° 7 et encore pendantes, à la date des dernières informations reçues, à l'égard de MM. Gabetti et Grande Stevens, soient clôturées dans les plus brefs délais (paragraphe 181 ci-dessus) ;

7. *Dit*, à l'unanimité,

a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :

i) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à chaque requérant pour dommage moral ;

ii) 40 000 EUR (quarante mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, aux requérants conjointement pour frais et dépens ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

8. *Rejette*, par cinq voix contre deux, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 4 mars 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTES DES JUGES KARAKAŞ ET PINTO DE ALBUQUERQUE.

Omissis

2) DELIBERA CONSOB 21 GIUGNO 2005 N. 15086 (ABROGATA)*(Omissis)***Art. 1 (procedura sanzionatoria)**

1. L'istruttoria dei procedimenti di applicazione delle sanzioni amministrative previste dal decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 e dagli articoli 17, comma 7, e 26 del decreto legislativo del 27 gennaio 2010, n. 39 è di competenza delle strutture operative individuate nella tabella allegata alla delibera n. 12697 del 2 agosto 2000, e successive modificazioni.

2. Le decisioni in ordine all'applicazione delle sanzioni sono adottate dalla Commissione.

Art. 2 (inizio del procedimento sanzionatorio)

1. Il procedimento sanzionatorio ha inizio con la formale contestazione degli addebiti formulata sulla base degli elementi comunque acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza svolta dall'Istituto.

2. L'inizio del procedimento sanzionatorio è disposto dal responsabile della Divisione competente per materia d'intesa con il funzionario generale incaricato delle funzioni previste dall'art. 1, lett. a), della delibera n. 13144 del 30 maggio 2001, come modificata dalla delibera n. 15085 del 21 giugno 2005.

Art. 3 (istruttoria del procedimento sanzionatorio)

1. La divisione competente per materia, ricevute le deduzioni o scaduto il termine per la loro presentazione, trasmette all'Ufficio Sanzioni Amministrative, di cui al successivo art. 4, gli atti del procedimento con proprie valutazioni. La trasmissione avviene almeno centocinquanta giorni prima della scadenza del termine di conclusione del procedimento.

2. L'ufficio Sanzioni Amministrative, esaminati gli atti del procedimento con particolare riguardo alle deduzioni difensive prodotte dagli interessati, formula le proprie conclusioni in ordine alla sussistenza o meno della violazione contestata e alla quantificazione della eventuale sanzione da applicare.

3. La relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative è trasmessa alla Commissione, per la decisione, dall'Ufficio d'intesa con il funzionario generale incaricato delle funzioni previste dall'art. 1, lett. c), della delibera n. 13144 del 30 maggio 2001, come modificata con delibera n. 15085 del 21 giugno 2005, con proposte motivate.

Art. 4 (Istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative)

1. E' istituito in Roma l'Ufficio Sanzioni Amministrative, con i compiti e le funzioni indicati nel precedente art. 3.

La presente delibera ha efficacia immediata ed è pubblicata nel sito Internet e nel Bollettino della CONSOB.

Roma, 21 giugno 2005

3) DELIBERA N. 18750 DEL 19 DICEMBRE 2013 (NEL TESTO ORIGINARIO)

Adozione del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB, ai sensi dell'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e successive modificazioni

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa

VISTA la legge 7 giugno 1974, n. 216 e successive modificazioni;

VISTO il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante "Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", e successive modificazioni nonché i relativi Regolamenti attuativi emanati dalla CONSOB;

VISTO l'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", e successive modificazioni;

VISTI gli articoli 17, comma 7, e 26 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, di attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle "revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati", e successive modificazioni;

VISTO il "Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa", adottato con deliberazione n. 8674 del 17 novembre 1994 e successive modificazioni;

VISTA la propria delibera n. 12697 del 2 agosto 2000, recante "Regolamento concernente la determinazione dei termini di conclusione e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti sanzionatori della CONSOB", e successive modificazioni;

VISTA la propria delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, recante "Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative";

VISTA la propria delibera n. 17581 del 7 luglio 2011, recante "Ridefinizione dell'assetto organizzativo dell'Istituto", come modificata dalle delibere n. 18287 del 25 luglio 2012 e n. 18312 del 12 settembre 2012;

VISTA la propria delibera n. 17582 del 7 luglio 2011, recante "Definizione delle funzioni e dei compiti demandati alle Unità Organizzative a seguito della ridefinizione dell'assetto organizzativo dell'istituto", come modificata dalle delibere n. 18287 del 25 luglio 2012 e n. 18312 del 12 settembre 2012;

RITENUTA la necessità di attuare i principi contenuti nell'articolo 24 della citata legge 28 dicembre 2005, n. 262, e, per l'effetto, operare una complessiva revisione della disciplina relativa al procedimento sanzionatorio della CONSOB, informando la stessa a canoni di semplificazione e tempestività e pienezza dei diritti di difesa;

VALUTATE le osservazioni formulate dai soggetti e dagli organismi in risposta al documento di consultazione pubblicato in data 5 agosto 2013, recante il testo del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB;

D E L I B E R A:

Art. 1 – (Adozione del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB)

È adottato il “Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB ai sensi dell’articolo 24 della legge 28 dicembre 2005 e successive modificazioni”. Il Regolamento consta di nove articoli.

Art. 2 – (Disposizioni finali)

1. La presente delibera e l’annesso Regolamento sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana [G.U. n. 5 dell’8.1.2014. Il regolamento è stato poi modificato dalla delibera n. 18774 del 29.1.2014, pubblicata nella G.U. n. 33 del 10.2.2014] e nel Bollettino della CONSOB.

2. Dalla data di entrata in vigore del Regolamento approvato con la presente delibera è abrogato il “Regolamento concernente la determinazione dei termini di conclusione e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti sanzionatori della CONSOB”, adottato dalla CONSOB con delibera n. 12697 del 2 agosto 2000 e successive modificazioni.

3. Dalla data di entrata in vigore del Regolamento approvato con la presente delibera sono altresì abrogati gli articoli 1, 2 e 3 della delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, recante “Disposizioni organizzative e procedurali relative all’applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell’Ufficio Sanzioni Amministrative” e modificato l’articolo 4, comma 1, della medesima delibera con la sostituzione delle parole “nell’articolo 3” con “nella delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013, recante “Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB”.

Roma, 19 dicembre 2013

IL PRESIDENTE

Giuseppe Vegas

CAPO I – Disposizioni generali

Art. 1 – (Finalità e ambito di applicazione)

1. Il presente regolamento reca la disciplina generale del procedimento sanzionatorio della CONSOB in applicazione dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all’irrogazione della sanzione.

Art. 2 – (Responsabilità del procedimento)

1. L’unità organizzativa responsabile del procedimento sanzionatorio è l’Ufficio Sanzioni Amministrative.

2. Il responsabile del procedimento sanzionatorio è il Responsabile dell’Ufficio Sanzioni Amministrative. Esso può assegnare la responsabilità di singoli procedimenti ad altro dipendente della stessa unità organizzativa. Di tale assegnazione è data comunicazione ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti.

3. Il responsabile del procedimento sanzionatorio assicura il legittimo, adeguato, completo e tempestivo svolgimento dell’istruttoria, garantendo l’effettività del diritto di difesa dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti e del contraddittorio.

Art. 3 – (Comunicazioni relative al procedimento sanzionatorio)

1. Le comunicazioni e le notificazioni relative al procedimento sanzionatorio sono effettuate presso la casella di posta elettronica certificata (PEC) indicata alla CONSOB dai soggetti interessati o nelle altre forme previste dall’ordinamento vigente.

CAPO II – Procedimento

Art. 4 – (Avvio del procedimento)

1. L'avvio del procedimento sanzionatorio è disposto a mezzo di lettera di contestazione degli addebiti sottoscritta congiuntamente dal responsabile della Divisione competente e dal Direttore Generale o, su delega di quest'ultimo, dal Vice Direttore Generale. La contestazione degli addebiti è effettuata entro il termine di centottanta giorni, ovvero di trecentosessanta giorni se gli interessati risiedono o hanno la sede all'estero, dall'accertamento compiuto sulla base degli elementi comunque acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza svolta dalla CONSOB e delle successive valutazioni.

2. Il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito in centottanta giorni e decorre dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti.

3. La lettera di contestazione degli addebiti contiene:

a) il riferimento all'attività di vigilanza, alle eventuali verifiche ispettive o alla documentazione comunque acquisita dalla quale sia emersa la violazione;

b) la descrizione della violazione;

c) l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie;

d) l'indicazione dell'unità organizzativa responsabile del procedimento;

e) l'indicazione dell'unità organizzativa presso la quale può essere presa visione ed estratta copia dei documenti istruttori e le modalità di presentazione della relativa istanza;

f) l'indicazione della facoltà per i soggetti destinatari delle contestazioni di presentare eventuali deduzioni e documenti, nonché di chiedere l'audizione personale nel termine di trenta giorni;

g) l'indicazione della casella di posta elettronica certificata (PEC) presso la quale effettuare le comunicazioni relative al procedimento sanzionatorio;

h) l'invito a comunicare con il primo atto utile l'eventuale casella di posta elettronica certificata (PEC) presso la quale il soggetto interessato intende ricevere le comunicazioni e le notificazioni relative al procedimento sanzionatorio.

4. Nell'ipotesi in cui alle violazioni si applichi l'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e successive modifiche, la lettera di contestazione degli addebiti contiene anche l'indicazione delle modalità con le quali l'interessato potrà effettuare il pagamento in misura ridotta.

Art. 5 – (Diritto di difesa)

1. I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati.

2. Le deduzioni scritte e i documenti sono inviati all'Ufficio Sanzioni Amministrative entro il termine di legge di trenta giorni dalla data di perfezionamento per il destinatario della notifica di della lettera di contestazione degli addebiti. Tale termine può essere prorogato, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, a seguito di motivata richiesta dei soggetti interessati.

3. I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti possono chiedere, con istanza separata, di avere accesso agli atti del procedimento sanzionatorio. Ove l'istanza sia presentata entro il termine previsto dal comma 2, primo periodo, il termine per la presentazione di deduzioni scritte e documenti è sospeso, per una sola volta, dalla data di presentazione dell'istanza fino alla data in cui è consentito l'accesso.

4. Entro il termine di cui al comma 2, primo periodo, i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti possono chiedere, con istanza separata, di essere sentiti personalmente. L'Ufficio Sanzioni Amministrative comunica agli istanti la data dell'audizione. Tale data, anche a fronte di istanze di differimento reiterate, può essere differita, su richiesta motivata, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni. In caso di accoglimento della richiesta di differimento, il termine di conclusione del procedimento è sospeso per il periodo intercorrente tra la data inizialmente stabilita per l'audizione e la data di effettivo svolgimento della stessa ovvero, in caso di mancata audizione, per il termine massimo di trenta giorni. All'audizione possono partecipare, su richiesta dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, funzionari della Divisione che ha formulato le contestazioni. Dell'audizione è formato apposito processo verbale che viene sottoscritto dai soggetti partecipanti.

Art. 6 – (Istruttoria del procedimento)

1. L'Ufficio Sanzioni Amministrative, ricevute le deduzioni e i documenti dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti o scaduto il termine per la loro presentazione, procede all'esame degli atti del procedimento sanzionatorio.

2. L'Ufficio Sanzioni Amministrative può chiedere alla Divisione che ha formulato le contestazioni, nonché ad ogni altra unità organizzativa il cui supporto sia ritenuto utile, una relazione tecnica sulle difese svolte dai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti e su ogni altro aspetto meritevole di approfondimento. Le relazioni tecniche predisposte dalle unità organizzative interessate sono trasmesse dall'Ufficio Sanzioni Amministrative ai predetti soggetti, i quali hanno facoltà di presentare, entro trenta giorni dalla ricezione, proprie osservazioni in replica.

3. Nel caso previsto al comma 2, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è sospeso per un periodo pari a trenta giorni decorrenti dalla data di protocollazione della nota con la quale l'Ufficio Sanzioni Amministrative trasmette la relazione tecnica ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti.

4. All'esito dell'esame degli atti del procedimento, l'Ufficio Sanzioni Amministrative predisponde una relazione nella quale formula proposte motivate in merito alla sussistenza della violazione contestata e alla quantificazione della relativa sanzione ovvero in merito all'archiviazione, e la trasmette alla Commissione entro trenta giorni precedenti alla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Art. 7 – (Riunione e separazione di procedimenti)

1. L'Ufficio Sanzioni Amministrative, a condizione che ciò non determini un ritardo nella definizione dei procedimenti, può disporre la riunione di procedimenti nei casi in cui la violazione contestata sia stata commessa da più persone, in concorso o in cooperazione fra loro, ovvero se essa sia stata commessa da più persone con condotte indipendenti. La riunione dei procedimenti può essere altresì disposta qualora per la natura delle violazioni contestate sia opportuna una valutazione congiunta delle singole posizioni dei soggetti interessati.

2. Nel caso di procedimento avviato nei confronti di più soggetti, l'Ufficio Sanzioni Amministrative può disporre la separazione delle singole posizioni dei soggetti interessati qualora ciò sia ritenuto necessario per assicurare il corretto e adeguato esercizio dell'attività istruttoria.

Art. 8 – (Fase decisoria)

1. Il procedimento sanzionatorio si conclude con l'adozione da parte della Commissione del provvedimento sanzionatorio, dell'atto di archiviazione ovvero della proposta di applicazione di misura sanzionatoria di competenza di altra Amministrazione o Autorità.

2. I provvedimenti o gli atti previsti dal comma 1 sono notificati o comunicati ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti.

CAPO III – Disposizioni finali

Art. 9 – (Entrata in vigore)

1. Il presente regolamento entra in vigore il sessantesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Esso si applica ai procedimenti sanzionatori avviati successivamente alla sua entrata in vigore. Ai procedimenti sanzionatori avviati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel "Regolamento concernente la determinazione dei termini di conclusione e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti sanzionatori della CONSOB", adottato dalla CONSOB con delibera n. 12697 del 2 agosto 2000 e successive modificazioni, nonché quelle contenute nella delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, recante "Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative", nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del regolamento medesimo [comma così modificato con delibera n. 18774 del 29.1.2014].

4) DELIBERA CONSOB DEL 29 MAGGIO 2015, N. 19158 – (CHE HA MODIFICATO IL REGOLAMENTO SUL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO DI CUI ALLA DELIBERA N. 18750 DEL 2013)

LA COMMISSIONE NAZIONALE
PER LE SOCIETÀ E LA BORSA

Vista la *legge 7 giugno 1974, n. 216* e successive modificazioni;

Visto il *decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*, recante «Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli *articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*», e successive modificazioni;

Visto l'*art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», e successive modificazioni;

Visto il «Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento della Commissione nazionale per le società e la borsa», adottato con deliberazione n. 8674 del 17 novembre 1994 e successive modificazioni;

Visto il «Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB, ai sensi dell'*art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262* e successive modificazioni», adottato con *delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013*, entrata in vigore in data 10 marzo 2014, e successivamente modificato con *delibera n. 18774 del 29 gennaio 2014* e *n. 19016 del 3 settembre 2014* (di seguito anche il «Regolamento sul procedimento sanzionatorio»);

Vista la propria delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, recante «Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio sanzioni amministrative» e successivamente modificata con *delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013*;

Vista la propria delibera n. 17582 del 7 luglio 2011, recante «Definizione delle funzioni e dei compiti demandati alle Unità organizzative a seguito della ridefinizione dell'assetto organizzativo dell'istituto», come modificata dalle delibere n. 18287 del 25 luglio 2012 e n. 18312 del 12 settembre 2012;

Ritenuto opportuno modificare il testo del Regolamento sul procedimento sanzionatorio al fine di consentire ai soggetti destinatari delle lettere di contestazione degli addebiti la facoltà di instaurare, nell'ambito del procedimento di applicazione di sanzioni amministrative di competenza della CONSOB, una ulteriore fase di contraddittorio avente ad oggetto il contenuto della relazione finale predisposta dall'Ufficio sanzioni amministrative;

Considerato che nel documento di consultazione pubblicato in data 22 aprile 2015, fra l'altro, si rappresentava la determinazione della Commissione di prevedere un regime transitorio per l'applicazione delle nuove disposizioni ai procedimenti pendenti all'entrata in vigore delle modifiche regolamentari, nonché, nelle more dell'entrata in vigore delle suddette modifiche, di procedere all'invio della relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative in relazione ai procedimenti pendenti per i quali si fosse conclusa la fase istruttoria del procedimento;

Valutate le osservazioni formulate in risposta al documento di consultazione;

Considerato che nel documento sugli esiti della consultazione si rappresentano, tra l'altro, le determinazioni della Commissione in ordine all'invio ai soggetti destinatari

delle lettere di contestazione ai quali è già stata trasmessa la relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative, dell'integrazione relativa alla proposta di determinazione della sanzione;

Considerato che:

nelle more dell'adozione delle modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio, si è provveduto a trasmettere, ai soggetti destinatari delle lettere di contestazione che abbiano formulato deduzioni difensive e per i quali si è conclusa la fase istruttoria del procedimento, le Relazioni finali dell'Ufficio sanzioni amministrative, successivamente integrate con la comunicazione della parte relativa alla proposta di determinazione della sanzione;

con specifico riferimento ai casi di procedimenti plurisoggettivi, le relazioni finali dell'Ufficio sanzioni amministrative sono state trasmesse a tutti i soggetti destinatari purché almeno uno di essi abbia formulato deduzioni difensive;

Delibera:

Art. 1. Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB

1. Il «Regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB, ai sensi dell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e successive modificazioni», adottato con *delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013* e successive modificazioni, è modificato come segue:

1) All'art. 4 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. Il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito in duecento giorni e decorre dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti. Nel caso di procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di più soggetti, il predetto termine, da considerarsi unico per tutti i destinatari della lettera di contestazione, decorre dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento dell'ultima notificazione. La data di conclusione dei procedimenti sanzionatori è resa nota nel sito internet dell'Istituto con modalità idonee a garantire la riservatezza.»;

b) al comma 3 sono apportate le seguenti modificazioni:

i. dopo la lettera c) è aggiunta la seguente: «c-bis) l'indicazione del numero univoco del procedimento;»;

ii. dopo la lettera d) è aggiunta la seguente: «d-bis) la comunicazione che la data di conclusione del procedimento è consultabile nel sito internet della CONSOB, successivamente all'espletamento delle procedure di notificazione della lettera di contestazione degli addebiti;»;

iii. dopo la lettera f) è aggiunta la seguente: «f-bis) l'indicazione della facoltà per i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'art. 5, comma 2, ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'art. 5, comma 4, di presentare proprie deduzioni finali scritte alla Commissione nei trenta giorni successivi alla data di ricezione della relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative prevista dall'art. 6, comma 4;».

2) All'art. 5, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa nella fase istruttoria, anche con l'assistenza di terzi, mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contesta-

ti. Inoltre, ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'art. 5, comma 2 ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'art. 5, comma 4, è trasmessa la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative per l'esercizio della facoltà prevista dall'art. 8, comma 2.».

3) All'art. 6, il comma 4 è sostituito dal seguente: «4. All'esito dell'esame degli atti del procedimento e a conclusione della fase istruttoria, l'Ufficio Sanzioni Amministrative predispose una relazione finale nella quale formula proposte motivate in merito alla sussistenza della violazione contestata e alla specifica determinazione della sanzione ovvero in merito all'archiviazione, e la trasmette alla Commissione entro trentacinque giorni precedenti alla scadenza del termine di conclusione del procedimento.».

4) L'art. 8 è sostituito dal seguente:

«Art. 8 (Fase decisoria). – 1. Contestualmente alla trasmissione alla Commissione, fatti salvi i tempi occorrenti per l'eventuale traduzione in lingua straniera, la relazione finale predisposta dall'Ufficio sanzioni amministrative, con l'omissione delle parti sottratte all'esercizio del diritto di accesso, è trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'art. 5, comma 2, ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'art. 5, comma 4.

2. Entro il trentesimo giorno successivo alla data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, gli stessi possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'Ufficio sanzioni amministrative. Qualsiasi documento presentato successivamente a tale termine non sarà preso in considerazione.

3. Nel caso previsto al comma 1, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è sospeso dalla data di protocollazione della relazione dell'Ufficio sanzioni amministrative fino alla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni scritte da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la relazione dell'Ufficio sanzioni amministrative.

4. Le controdeduzioni scritte previste al comma 2 replicano sinteticamente alle considerazioni dell'Ufficio sanzioni amministrative in merito alla sussistenza e alla gravità della violazione contestata. Qualora, in presenza di motivate ragioni, superino le 15 pagine, esse riportano un indice e una sintesi delle argomentazioni difensive presentate.

5. Il procedimento sanzionatorio si conclude con l'adozione da parte della Commissione del provvedimento sanzionatorio, dell'atto di archiviazione ovvero della proposta di applicazione di misura sanzionatoria di competenza di altra Amministrazione o Autorità.

6. I provvedimenti o gli atti previsti dal comma 5 sono notificati o comunicati ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti.

7. La disciplina prevista dal presente articolo si applica anche nel caso in cui la Commissione richieda all'Ufficio sanzioni amministrative una relazione integrativa. L'Ufficio sanzioni amministrative provvede alla trasmissione della relazione integrativa entro 45 giorni dalla richiesta, salve motivate ragioni. In tale ipotesi, il termine di conclusione del procedimento è sospeso dalla data della richiesta della relazione integrativa fino al ventesimo giorno successivo alla scadenza del termine per la presentazione

delle controdeduzioni scritte da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la relazione integrativa.».

Art. 2. Disposizioni transitorie e finali

1. La presente delibera è pubblicata nel Bollettino della CONSOB e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Essa entra in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

2. Con riguardo ai procedimenti sanzionatori per i quali la fase istruttoria si è conclusa prima della entrata in vigore della presente delibera, sono confermate le determinazioni assunte dalla Commissione al fine di consentire ai destinatari delle lettere di contestazione la conoscenza della relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative, comprensiva della parte relativa alla determinazione della sanzione, e l'esercizio delle connesse facoltà difensive.

3. Ai procedimenti sanzionatori avviati anteriormente alla data del 10 marzo 2014 per i quali non si sia ancora conclusa la fase istruttoria e nell'ambito dei quali i destinatari abbiano già presentato deduzioni scritte ovvero abbiano partecipato all'audizione personale, si applica l'art. 8, commi 1, 2, 3, 4 e 7 del Regolamento sul procedimento sanzionatorio, come modificato dalla presente delibera. Ai procedimenti sanzionatori avviati successivamente alla data del 10 marzo 2014 per i quali parimenti non si sia ancora conclusa la fase istruttoria e nell'ambito dei quali i destinatari abbiano già presentato deduzioni scritte ovvero abbiano partecipato all'audizione personale, si applicano, altresì, l'art. 4, comma 2, l'art. 5, comma 1, e l'art. 6, comma 4, del medesimo Regolamento, come modificati dalla presente delibera.

4. La relazione finale dell'Ufficio sanzioni amministrative viene altresì trasmessa ai soggetti che, non trovandosi nelle condizioni previste dai commi 2 e 3, ne facciano richiesta con apposita istanza, entro 15 giorni dall'entrata in vigore della presente delibera.

5) CORTE D'APPELLO DI GENOVA, SEZ. I, 8 GENNAIO 2015*(Omissis)***SVOLGIMENTO DEL PROCESSO, MOTIVI DELLA DECISIONE**

C.P., già sindaco effettivo della società Abbacus Sim, con sede in Genova, dal 29/3/2007 al 18/10/2012, data in cui ha rassegnato le proprie dimissioni, ha proposto opposizione avverso il provvedimento di applicazione di sanzioni amministrative emesso nei suoi confronti dal Governatore della Banca d'Italia con delibera dell'8/4/2014 ai sensi dell'art. 195 Tuf.

Nella narrativa il ricorrente ha fatto riferimento a due ispezioni disposte dalla Banca d'Italia nei confronti di Abbacus Sim. La prima, tra il dicembre 2011 e il gennaio 2012, che aveva avuto un esito parzialmente sfavorevole, avendo la Banca d'Italia evidenziato l'esigenza di potenziare l'organizzazione in materia di controlli e di rendere più incisiva l'azione del collegio sindacale, la seconda occasionata dal decesso per suicidio di P.M., vicepresidente di Abbacus Sim, all'esito della quale è stato poi promosso il procedimento sanzionatorio amministrativo conclusosi con il provvedimento impugnato.

In particolare sono state rilevate, dalla Banca d'Italia, le seguenti irregolarità:

1. carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte di componenti ed ex componenti il disciolto Consiglio di Amministrazione (art. 6, 2 bis co., D.Lgs. n. 58 del 1998; parte 2, tit. I, Regolamento B.I. e CONSOB 29.10.07);

2. carenze nei controlli da parte di componenti ed ex componenti il disciolto Collegio sindacale (art. 6, 2 bis co., D.Lgs. n. 58 del 1998; parte 2, tit. I, Regolamento B.T. e CONSOB 29.10.07).

L'accertamento ha condotto all'irrogazione di sanzioni a tutti i predetti soggetti.

Il ricorrente, nell'impugnare il provvedimento della Banca d'Italia, ha in primo luogo sollevato eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 190 e 195 D.Lgs. n. 58 del 1998 per contrasto con l'art. 6 par. 1 della Convenzione dei diritti dell'uomo, in relazione all'art. 117 Cost.

A sostegno della propria eccezione ha richiamato la sentenza 4/3/2014 della Corte EDU, la quale avrebbe accertato la natura sostanzialmente penale delle sanzioni previste dall'art. 190 Tuf, anche se qualificate amministrative dal diritto interno, sulla scorta della propria consolidata giurisprudenza, che a partite dalla sentenza 8/6/76, Engel e altri contro Paesi Bassi, ha elaborato, in tale prospettiva, alcuni parametri alternativi di valutazione, che investono la qualificazione giuridica della misura da parte del diritto nazionale, la natura della sanzione e il grado di severità.

Ha richiamato altresì la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale avrebbe stabilito che le sanzioni amministrative, qualificate penali dalla CEDU ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Convenzione, devono considerarsi penali anche per l'ordinamento interno.

Ciò premesso, ha sostenuto che l'art. 195, 7° comma Tuf, nel prevedere che la Corte d'Appello decide sull'opposizione in camera di consiglio, è in contrasto con l'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo che prescrive la pubblicità del procedimento.

Ha sostenuto altresì che i commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 195 sono costituzionalmente illegittimi per contrasto con l'art. 3 della Costituzione in quanto, pur avendo natura di norme sanzionatorie penali, prevedono una tutela giudiziaria irragionevolmente limi-

tata ad un unico grado di merito, oltretutto con rito camerale; inoltre perché la sanzione è irrogata dallo stesso organo che ha posto le norme di procedura e che ha provveduto all'istruttoria e perché la riduzione delle garanzie di difesa non è funzionale alla tutela di altri interessi di rilievo costituzionale.

Con il secondo motivo di impugnazione il ricorrente ha eccepito la nullità del provvedimento per violazione dell'art. 3 L. n. 241 del 1990 per essere state ivi acriticamente recepite le motivazioni esposte nella proposta di applicazione delle sanzioni.

Con il terzo motivo ha sostenuto la nullità del provvedimento per indeterminatezza e genericità delle contestazioni. Secondo il ricorrente il provvedimento si fonda sulla violazione di norme generali, di amplissima previsione (l'art. 6 comma 2-bis del Tuf, il regolamento Banca d'Italia e CONSOB, l'art. 190 del Tuf) richiamate in modo del tutto generico, in contrasto con il principio della tipicità delle condotte, senza l'indicazione dei comportamenti sanzionati e delle disposizioni in concreto violate. Da ciò deriverebbe, altresì, la violazione del principio di leale collaborazione e della effettività del contraddittorio.

Il ricorrente ha poi eccepito, con il quarto motivo, la nullità derivata del provvedimento in ragione della genericità delle violazioni contestate con l'iniziale atto di contestazione degli addebiti, che avrebbe inciso pregiudizievolemente sull'esercizio del diritto di difesa da parte dei soggetti incolpati e sulla effettività del contraddittorio. Siffatta genericità sarebbe desumibile dal fatto che le medesime contestazioni sono state formulate nei confronti di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale di Abacus Sim, totalmente prescindendo dalle funzioni svolte, dalla titolarità di deleghe operative, dall'assegnazione di compiti particolari e dal periodo di svolgimento dell'incarico. Il particolare ha sostenuto che nell'atto di contestazione non vi fosse alcun riferimento a fatti o condotte ad esso ricorrente specificamente addebitabili.

Nel quinto motivo è denunciata la nullità del provvedimento per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e legittimo affidamento. Premessa la sostanziale identità tra gli oggetti degli accertamenti ispettivi compiuti dalla Banca d'Italia alla fine del 2011 e alla fine del 2012, ha sostenuto in primo luogo il ricorrente che il procedimento sanzionatorio, avviato dopo la seconda ispezione, sarebbe tardivo, essendosi già verificato l'effetto preclusivo per la scadenza del termine di 180 giorni dalla prima ispezione; in secondo luogo che la Banca d'Italia avrebbe violato in principio del ne bis in idem e avrebbe comunque omesso di valutare le misure adottate dall'organo amministrativo e dal Collegio sindacale della società a seguito della prima ispezione. In particolare il ricorrente, dopo aver elencato a fini esemplificativi, numerose iniziative assunte da Abacus in ottemperanza alle richieste di Bankitalia al fine di eliminare alcune criticità rilevate nella prima ispezione, ha sostenuto che tale attività sarebbe stata del tutto ignorata anche nella valutazione dell'elemento soggettivo, nonostante i richiami contenuti nelle proprie controdeduzioni.

Nel merito il ricorrente, in relazione alla contestata violazione degli obblighi imposti dall'art. 2391 cod. civ. agli amministratori, ha sostenuto che la responsabilità del collegio sindacale non sarebbe, in relazione a tale fattispecie, apprezzabile in mancanza di contestazioni di specifiche omissioni; analogamente la contestazione relativa alla mancata valutazione dei rischi derivanti dalla sovrapposizione di ruoli e incarichi

avrebbe come destinatari i soli amministratori e le contestazioni indirizzate ai sindaci sarebbero generiche e svincolate dai risultati dell'ispezione.

Sulla base di analoghe argomentazioni il ricorrente ha censurato il provvedimento impugnato nella parte in cui ha sanzionato i sindaci per il rilievo di cui al punto 4, di cui sarebbe destinatario G.P.M., e quelli di cui al punto 5, attinenti all'attività di un soggetto estraneo ad Abbacus Sim, alla quale l'accomunerebbe la sola presenza del M.

In relazione agli ulteriori rilievi il ricorrente ha denunciato l'infondatezza del provvedimento, il difetto di istruttoria, l'assenza dei presupposti, la genericità degli addebiti.

Il ricorrente ha poi denunciato la nullità del provvedimento per essersi adeguato acriticamente alla proposta in relazione alle sanzioni comminate, senza alcuna autonoma valutazione, evidenziando altresì che la sanzione applicata nei suoi confronti è stata motivata, nella proposta, con la duplice carica da esso C. rivestita all'interno dell'Abbacus Sim e della Auditors, di per sé inidonea a giustificare la decisione adottata. A sostegno della propria tesi il ricorrente ha evidenziato la mancata indicazione di specifici fatti ai quali ricondurre la responsabilità ascrittagli e la mancata considerazione di situazioni riconducibili alla espressa previsione dell'art. 24 del Regolamento della Banca d'Italia e della CONSOB, che prevede i conflitti di interesse rilevanti.

Con l'ultimo motivo ha denunciato la sproporzione delle sanzioni irrogate, la cui determinazione in misura più di venti volte superiore al minimo editale non sarebbe sostenuta da alcuna motivazione, in violazione dell'art. 11 L. n. 689 del 1981, che indica i criteri soggettivi ed oggettivi della quantificazione.

La Banca d'Italia si è costituita nel presente procedimento contestando la fondatezza dei motivi di impugnazione del ricorrente.

In relazione alle eccezioni di illegittimità costituzionale ha evidenziato in primo luogo che la citata sentenza 4/3/2014 della CEDU non ha sancito, come sostenuto dal ricorrente, la natura penale delle sanzioni di cui all'art. 190 Tuf in quanto ha preso in esame quelle previste dall'art. 187-ter per atti di manipolazione del mercato. In secondo luogo ha rimarcato che il carattere penale di una disposizione non qualificata come tale dall'ordinamento nazionale è connesso alla gravità della sanzione cui è in astratto esposta la persona interessata, che nelle ipotesi disciplinate dall'art. 187-ter è, nel massimo, di 5.000.000 di Euro, in talune circostanze suscettibile di essere elevato fino a dieci volte, con previsione di gravi sanzioni accessorie, per cui sarebbe arbitraria la pretesa del ricorrente di estendere i principi enunciati dalla CEDU alle sanzioni oggetto del provvedimento impugnato, diverse sia per l'entità dell'importo, sia per l'assenza di misure accessorie, sia perché solo le violazioni sanzionate dall'art. 187-ter rilevano anche sotto il profilo penale. La resistente ha anche richiamato il principio di stretta legalità di cui all'art. 25 della Costituzione per sostenere che la natura penale di una sanzione è necessariamente collegata alla sua qualificazione come tale da parte dell'ordinamento.

Inoltre per la resistente la Corte EDU ha precisato che l'art. 6 della Convenzione non esige in tutti i casi lo svolgimento di una pubblica udienza, dovendosi valutare in concreto se la sua mancanza implica una compressione del diritto di difesa dell'interessato, nella fattispecie insussistente e comunque non allegato dal ricorrente.

Sulla base degli stessi motivi – in particolare negando la natura penale delle sanzioni oggetto del provvedimento impugnato – la Banca d'Italia ha sostenuto l'infon-

datezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 commi 4, 5, 6 e 7 Tuf per contrasto con l'art. 3 Cost. Ha poi negato, richiamando la giurisprudenza della Corte Suprema, che possa integrare una lesione dei diritti dell'Opponente il fatto che la sanzione sia irrogata dalla stessa Autorità cui è affidata l'istruttoria.

La resistente ha infine contestato la fondatezza, nel merito, di ciascuno dei motivi di impugnazione.

In relazione alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente, rileva la Corte che la sentenza 4/3/2014 della Corte EDU non riguarda gli articoli 190 e seguenti del D.Lgs. n. 58 del 1998. Nondimeno la questione appare rilevante e non manifestamente infondata.

Nel caso esaminato dalla Corte EDU, i ricorrenti, ai quali erano state applicate dalla CONSOB sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 187-ter del D.Lgs. n. 58 del 1998, erano stati sottoposti a procedimento penale e condannati in grado di appello. La Corte ha ritenuto, nella sentenza menzionata, che il procedimento davanti alla CONSOB disciplinato dal regolamento congiunto del 22 ottobre 2013, che si applica anche ai procedimenti che si svolgono davanti alla Banca d'Italia – non avesse soddisfatto le esigenze di equità e di imparzialità oggettiva richieste dall'articolo 6 della CEDU e che la mancanza di una pubblica udienza nel procedimento di opposizione davanti alla Corte di Appello di Torino costituisse una violazione del par. 1 del medesimo articolo; ha ritenuto inoltre che l'avvio di un procedimento penale per gli stessi fatti oggetto delle sanzioni amministrative integrasse una violazione del fondamentale principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione.

Tali affermazioni traggono origine da una preventiva valutazione della natura delle sanzioni previste dall'art. 187-ter del D.Lgs. n. 58 del 1998, le quali, benché definite amministrative dall'ordinamento nazionale, sono da considerarsi, a tutti gli effetti, come sanzioni penali, in ragione della loro rilevante severità, della previsione di sanzioni accessorie, delle loro ripercussioni complessive sugli interessi del condannato. Siffatta valutazione è inoltre rafforzata dallo scopo chiaramente repressivo e preventivo rintracciabile nella ratio della disciplina, che si salda con quello riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta, nonché dalla correlazione delle sanzioni alla gravità della condotta ascritta piuttosto che al danno provocato agli investitori.

Il giudizio della Corte di Strasburgo si pone nella scia di una consolidata giurisprudenza, dalla stessa Corte richiamata nella propria sentenza, che, a partire dalla pronuncia "*Engel e altri c. Paesi Bassi*" dell'8 giugno 1976, ha fissato alcuni criteri utili ad accertare la sussistenza di una "accusa in materia penale", stabilendo che occorre avere riguardo: 1) alla qualificazione giuridica interna, 2) alla natura dell'infrazione, 3) alla natura e al grado di severità della sanzione. Si tratta di criteri alternativi e non cumulativi, per cui affinché si possa parlare di accusa in materia penale ai sensi dell'articolo 6 par. 1, è sufficiente che la fattispecie sia qualificata come penale rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, "per natura e livello di gravità", rientri in linea generale nell'ambito della "materia penale". L'alternatività dei criteri ermeneutici enucleati non impedisce tuttavia di adottare un approccio unitario allorché l'analisi separata di ciascuno di essi non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una "accusa in materia penale" (sentenza "*Bendenoun c. Francia*" del 24/2/1994).

Secondo la Banca d'Italia il giudizio della Corte di Strasburgo sulla natura sostanzialmente penale delle sanzioni previste dall'art. 187-ter del D.Lgs. n. 58 del 1998 non sarebbe applicabile alle sanzioni oggetto del presente procedimento, essendo quelle comminate per la manipolazione del mercato molto più gravi, oltre che accompagnate da misure accessorie.

Ritiene il Collegio che la maggiore afflittività delle sanzioni previste dall'art. 187-ter sia incontestabile ma non significativa, in quanto la loro misura non costituisce un parametro di riferimento per l'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte EDU. Non è dubbio che la gravità delle sanzioni previste dall'art. 187-ter abbia reso agevole alla Corte il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della norma; tuttavia, se si esaminano le precedenti pronunce in materia, si constata che la medesima qualificazione è stata data, sul presupposto della loro afflittività, a disposizioni che prevedono sanzioni di gran lunga più lievi.

Dei tre criteri enucleati dai giudici di Strasburgo ai fini dell'accertamento della sussistenza di una "accusa in materia penale", il primo è applicabile solo in positivo, in quanto la qualificazione di una norma come penale è sufficiente all'operatività delle garanzie previste dalla Convenzione, mentre una diversa qualificazione non impedisce alla Corte di stabilirne l'applicabilità, non potendo ovviamente consentirsi che l'effettività delle tutele sia correlata ad un'operazione meramente classificatoria posta in essere da singoli Stati. Il secondo criterio attiene, almeno stando alla sua applicazione nel caso *Engel*, alla sfera di operatività della disposizione, essendo stato ivi osservato che la norma penale è rivolta alla generalità dei cittadini a differenza di quella disciplinare, che regola la condotta di una cerchia ristretta di individui, assoggettati ad un particolare ordinamento. Il terzo criterio presenta indubbiamente una certa indeterminatezza allorché la sanzione sia di carattere pecuniario, in quanto l'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo non consente di individuare parametri di riferimento certi.

Nel caso *Ozturc c. Germania* e nel caso *Lutz c. Germania* si trattava della irrogazione di non gravi sanzioni pecuniarie collegate ad infrazioni delle norme sulla circolazione stradale, in relazione alle quali tuttavia la Corte ha ritenuto operanti le garanzie della Convenzione per la funzione, ad un tempo preventiva e repressiva, delle norme sanzionatorie, in quanto dirette a dissuadere e nello stesso tempo a reprimere.

Il caso *Dubus* è per certi versi simile alla vicenda sottoposta all'esame di questo Collegio: nel 1997 la società ricorrente *Dubus s.a.* fu oggetto di un controllo da parte della Commissione bancaria, ordinato dalla Banca di Francia. Il controllo pose in evidenza un certo numero di miglioramenti da apportare all'organizzazione amministrativa e contabile della società. Nel 2000 la Commissione bancaria ordinò una nuova ispezione, a seguito della quale la Segreteria generale della Commissione bancaria inviò alla ricorrente una serie di raccomandazioni, chiedendole di regolarizzare la sua situazione con riferimento alle disposizioni regolamentari relative al capitale minimo delle imprese di investimento. Successivamente, sulla base del rapporto definitivo di ispezione, la Commissione bancaria decise di aprire una procedura disciplinare nei confronti della ricorrente, che si concluse con l'irrogazione di una nota di biasimo. La Corte EDU, nel riconoscere la natura penale della norma sanzionatrice, ha evidenziato che in astratto la società sarebbe potuta incorrere nella cancellazione o in una sanzione pecuniaria, misure che avrebbero potuto provocare conseguenze finanziarie rilevanti e

che comunque la nota di biasimo era di natura tale da ledere il credito della società sanzionata.

Nel caso *Nicoleta Gheorghe c. Romania*, alla ricorrente era stata inflitta una sanzione amministrativa pari a circa 17 Euro per aver turbato la tranquillità degli altri locatari dell'immobile nel quale viveva. La Corte aveva rilevato che la norma giuridica violata si proponeva di mantenere la pace tra i vicini di casa; in quanto tale, si rivolgeva a tutti i cittadini e non a un gruppo specifico avente un particolare statuto. Inoltre, l'ammenda inflitta alla ricorrente non era finalizzata alla riparazione pecuniaria di un danno ma essenzialmente diretta ad impedire il ripetersi di atti simili. Aveva quindi un carattere punitivo, quale contraddistingue generalmente le sanzioni di carattere penale.

Dai precedenti menzionati e in generale dall'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo si evince un orientamento diretto ad allargare l'area di applicabilità dell'art. 6 della Convenzione, sebbene, talvolta, con motivazioni non del tutto rigorose e coerenti.

Ritiene il Collegio che, ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, non possa escludersi, alla luce della giurisprudenza richiamata, l'applicabilità dei principi posti dall'art. 6 della Convenzione al procedimento previsto dall'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 1998. Le non lievi sanzioni pecuniarie previste dall'art. 190 del D.Lgs. n. 58 del 1998 (fino ad Euro 250.000,00) non sono infatti correlate alla riparazione di un pregiudizio economico ma hanno natura dissuasiva e repressiva e sono indubbiamente idonee ad incidere gravemente sul patrimonio dei soggetti colpiti e sulla vita e la capacità patrimoniale delle società cui detti soggetti appartengono, in quanto responsabili in solido e quindi soggette, nei casi in cui siano sanzionati, come nella fattispecie, tutti gli amministratori e i sindaci, al pagamento di somme anche di molto superiori al massimo edittale.

L'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione comporta la necessità di verificare se il procedimento previsto dall'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 1998, che stabilisce, in sede di impugnazione davanti alla Corte di Appello, la decisione in camera di consiglio, sia compatibile con le garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione, segnatamente con il principio della pubblicità delle udienze.

Nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* la Corte EDU, pur avendo ritenuto che il procedimento davanti alla CONSOB non garantisse pienamente il diritto di difesa degli accusati, ha evidenziato che il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non è incompatibile con la possibilità che una pena sia inizialmente inflitta da un'autorità amministrativa, purché la sua decisione "subisca il controllo ulteriore di un organo giudiziario dotato di pieni poteri di giurisdizione", quale indubbiamente è da considerarsi la Corte d'Appello di Torino. Tuttavia, essendo la Corte EDU giunta alla conclusione che nessuna udienza pubblica si è svolta davanti alla Corte di Appello di Torino e che la Corte di Cassazione, davanti alla quale si è tenuta una pubblica udienza, non ha le competenze per conoscere il merito della causa, ha concluso per la sussistenza della lamentata violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione, per il quale "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale".

In realtà la Corte, nella propria motivazione, ha affermato, richiamando alcuni precedenti, che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto e che l'articolo 6 non richiede necessariamente la tenuta di un'udienza in tutti i procedimenti, non es-

sendo tale formalità necessaria nelle “cause che non sollevano questioni di credibilità o che non suscitano controversie sui fatti rendendo necessario un confronto orale, e per le quali i tribunali possono pronunciarsi in modo equo e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e del resto del dossier”, anche se “il rigetto di una domanda che tende alla tenuta di un’udienza non può essere giustificata se non molto raramente”. Ha nondimeno ritenuto che nel caso sottoposto al suo giudizio l’udienza pubblica fosse necessaria.

È evidente una certa confusione, nel ragionamento della Corte, tra il principio dell’oralità, posto a presidio della effettività del contraddittorio e della piena realizzazione del diritto di difesa, cui fa riferimento, nella sostanza, la motivazione della sentenza quando tratta della necessità di un confronto orale, ed il diverso principio di pubblicità dell’udienza, che soddisfa l’esigenza che la giustizia sia amministrata in modo trasparente.

La commistione tra i due principi si manifesta peraltro sovente nella giurisprudenza della Corte EDU.

Nella sentenza *Lorenzetti c. Italia* del 10 aprile 2012 la Corte si è soffermata sulla questione, sottolineando che l’art. 6 par. 1 della Convenzione consacra il principio fondamentale della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, il quale “tutela coloro che sono sottoposti alla giustizia da una giustizia segreta, che sfugge al controllo pubblico: contribuisce altresì a mantenere la fiducia della collettività negli organi giudiziari. Attraverso la trasparenza che conferisce all’amministrazione della giustizia, la pubblicità aiuta a raggiungere l’obiettivo dell’art. 6, par. 1, ovvero il processo equo, la cui garanzia figura tra i principi di ogni società democratica”.

La motivazione illustra in modo chiaro e consapevole il principio di pubblicità delle udienze, sancito dall’art. 6, della Convenzione, per cui non può non suscitare perplessità il passo successivo, nel quale la Corte afferma che “un’udienza pubblica può non essere necessaria, tenuto conto delle circostanze eccezionali del caso, in particolare quando non sono sollevate questioni di fatto o di diritto che non possono essere risolte sulla sola base del fascicolo disponibile o delle osservazioni delle parti”, precisando che “ciò avviene specialmente quando si tratta di questioni altamente tecniche”. È infatti evidente che la possibilità che la decisione sia presa sulla base della documentazione acquisita e la natura tecnica delle questioni controverse sono fatti che non hanno alcuna correlazione con le esigenze che la pubblicità dell’udienza è diretta a soddisfare nella previsione dell’art. 6 della Convenzione; le eccezioni alla regola della pubblicità sono indicate dallo stesso articolo e sono funzionali alla tutela di interessi – quale la morale, l’ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la protezione dei minori – che trascendono le questioni di fatto o giuridiche oggetto della controversia.

Ritiene il Collegio che, dovendosi tenere distinti il principio dell’oralità e quello della pubblicità delle udienze, ed essendo quest’ultimo l’oggetto della tutela predisposta dall’art. 6 par. 1 della CEDU, debba prescindersi, nella valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, da un esame in concreto della possibilità che un’udienza pubblica non sia necessaria in ragione delle questioni trattate e della completezza dell’istruttoria documentale. In ogni caso non ricorrono nella fattispecie le eccezionali condizioni alle quali la Corte EDU ha ricollegato la non necessità dell’udienza pubblica, essendo oggetto di controversia, così come nel caso *Grande Stevens c. Italia*, questioni di fatto, oltre che giuridiche.

Ciò posto, non può revocarsi in dubbio la sussistenza di seri problemi di compatibilità della procedura prevista dall'art. 195 del D.Lgs. n. 58 del 1998 con i principi stabiliti dall'art. 6 della Convenzione.

Secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale di una norma presuppone che il giudice dimostri di avere esaminato la possibilità di una interpretazione tale da renderla compatibile coi parametri costituzionali invocati, laddove l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale lo sforzo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (Cfr sentenze n. 78 del 2012, n. 26 del 2010 e n. 219 del 2008).

Nel caso di specie ritiene il Collegio che l'adozione di misure dirette a rendere pubblica l'udienza di discussione si scontrerebbe con la inderogabilità della disciplina dei riti processuali. Il procedimento in camera di consiglio previsto dall'art. 195 del D.Lgs. n. 58 del 1998 è infatti per definizione un procedimento non pubblico; oltretutto quello pubblico si articola a sua volta in diverse sottocategorie, l'applicazione di ciascuna delle quali è rigidamente regolata dalla legge e non può essere rimessa alla scelta del giudice.

In relazione al requisito della rilevanza si osserva che il ricorrente, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 per carenza del requisito della pubblicità dell'udienza davanti alla Corte di Appello, ha inequivocabilmente manifestato il proprio interesse allo svolgimento dell'udienza in sede di merito secondo la forma pubblica.

Sulla base delle considerazioni esposte il presente procedimento deve essere sospeso con trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

P.Q.M.

La Corte, visto l'art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, 7° comma D.Lgs. n. 58 del 1998, per contrasto con l'art. 117, 1 comma della Costituzione, in relazione all'art. 6 par. 1 della Convenzione dei diritti dell'uomo, nella parte in cui prevede che la Corte d'Appello decide sull'opposizione in camera di consiglio;

- sospende il giudizio in corso sino all'esito del giudizio di legittimità costituzionale;

- dispone che, a cura della Cancelleria, gli atti siano immediatamente trasmessi alla Corte costituzionale e che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Pubblico Ministero, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, e che sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

6) CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE PENALE V, 15 GENNAIO 2015*(Omissis)*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza deliberata in data 20/12/2011, il Tribunale di Milano aveva dichiarato C.C.R. colpevole del reato – commesso in data antecedente e prossima al 23/01/2006 – di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 184, comma 1, lett. b), (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi della L. 6 febbraio 1996, n. 52, artt. 8 e 21: d'ora in poi, TUF), perché, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione dell'esercizio dell'attività lavorativa o professionale di analista finanziario presso la sede londinese di Citigroup Global Markets Ltd., comunicava tali informazioni ad altri al di fuori del normale esercizio del lavoro o professione; segnatamente, a conoscenza dell'imminente pubblicazione da parte di Citigroup di una ricerca dello stesso C. redatta su Banca Italease, contenente una "raccomandazione *buy*" e un "*target price*" delle azioni Italease, quotate sul MTA di Milano, pari ad Euro 39 (ovvero sensibilmente superiore al prezzo di mercato, pari ad Euro 26,73 nella seduta MTA del 23/01/2006), comunicava tali informazioni, al di fuori del normale esercizio del lavoro e violando le regole di riservatezza della stessa Citigroup in materia di ricerche finanziarie, a sette operatori di mercato. L'imputato era stato condannato, con la sospensione condizionale della pena, a un anno di reclusione e a 50.000 Euro di multa e alle pene accessorie, nonché al risarcimento dei danni, liquidati in Euro 100.000, in favore della parte civile Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (d'ora in poi, CONSOB).

2. Con sentenza deliberata in data 16/01/2013, la Corte di appello di Milano ha concesso all'imputato il beneficio della non menzione della condanna, confermando nel resto la sentenza di primo grado.

3. Avverso l'indicata sentenza della Corte di appello di Milano ha proposto ricorso per cassazione, nell'interesse di C.C. R., il difensore avv. R. Olivo, articolando quattro motivi. Il primo motivo denuncia inosservanza delle norme processuali e vizio di motivazione in riferimento al rigetto delle eccezioni di cui alle ordinanze del Tribunale di Milano del 15/03/2011 (relativa alla dedotta inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate in sede di audizione dinanzi alla CONSOB da varie persone e delle registrazioni effettuate da Citigroup delle conversazioni intercorse tra i soggetti coinvolti) e del 20/09/2011 (relativa alla revoca dell'ammissione di alcuni testimoni della difesa). Il secondo motivo denuncia inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione in relazione alla sussistenza dell'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 184 TUF. Il terzo motivo denuncia vizio di motivazione in relazione all'asserita comunicazione dell'imminente pubblicazione della ricerca su Banca Italease e alla sussistenza, con riguardo alla stessa, dei presupposti di cui all'art. 181 TUF. Il quarto motivo denuncia vizio di motivazione in relazione alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

4. Ribadendo le conclusioni di una precedente memoria, la difesa della parte civile CONSOB ha depositato, in data 08/10/2014, una memoria con la quale ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o sia comunque rigettato. La parte civile, oltre ad evidenziare il mancato decorso del termine di prescrizione del reato, ha esaminato il tema della compatibilità della disciplina italiana rispetto all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU alla luce della sentenza della Corte EDU, sez. 2, 04/03/2014, Grande Ste-

vens ed altri: richiamata, anche sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la disciplina di cui all'art. 14, par. 1, della Direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 e quella più recente dettata dal Regolamento UE n. 596/2014, la memoria esclude l'operatività, nel caso in esame, del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., comma 1, in considerazione del principio di stretta legalità formale sancito in materia penale dall'art. 25 Cost., comma 2, (che implica una nozione formale di reato, dovendosi considerare reato solo ciò che è previsto dalla legge come tale) e del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., posto che il passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio sulle sanzioni amministrative verrebbe a paralizzare la prosecuzione obbligatoria dell'azione penale da parte del P.M. nel presente processo.

5. Con note di udienza depositate il 15/10/2014, la difesa dell'imputato ha prodotto la sentenza della Corte di appello di Roma deliberata il 07/11/2011 che ha rigettato l'opposizione proposta da C.C.R. avverso la delibera della CONSOB che aveva applicato la sanzione pecuniaria per la violazione dell'art. 187 bis TUF; la sentenza prodotta reca l'attestazione in data 28/03/2014 con la quale il cancelliere certifica che avverso la sentenza stessa non risulta proposto ricorso per cassazione. Conclude la difesa chiedendo in via preliminare l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e, in subordine, eccependo, anche sulla base di una nota scritta depositata in pari data, l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 4 prot. 7 della CEDU.

Motivi della decisione

1. Sono rilevanti e non manifestamente infondate:

a) in via principale: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187-bis, comma 1, (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi della L. 6 febbraio 1996, n. 52, artt. 8 e 21) nella parte in cui prevede "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "Salvo che il fatto costituisca reato";

b) in via subordinata: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli.

2. Entrambe le questioni sono rilevanti nel presente giudizio.

2.1. All'esito della delibazione dei motivi di ricorso e delle richieste avanzate dalla difesa del ricorrente, rileva il Collegio che risulta pregiudiziale l'esame della eccepita violazione del ne bis in idem. Al riguardo, non è di ostacolo alla rilevanza delle questioni la circostanza che detta violazione sia stata dedotta per la prima volta dinanzi a questa Corte. Pur consapevole dell'esistenza di un difforme indirizzo (Sez. 4, n. 35831

del 27/06/2013 – dep. 30/08/2013, Maini, Rv. 256883; Sez. 5, n. 5099 del 11/12/2012 – dep. 31/01/2013, Bisconti, Rv. 254654; Sez. 2, n. 2662 del 15/10/2013 – dep. 21/01/2014, Galiano, Rv. 258593), il Collegio ritiene di dover aderire all'orientamento, che, come si vedrà, ha già incontrato l'avallo delle Sezioni unite, secondo cui è deducibile nel giudizio di cassazione la preclusione derivante dal giudicato formatosi sul medesimo fatto, fermo restando l'onere del ricorrente di allegare la sentenza irrevocabile che la determina, atteso che la violazione del divieto del bis in idem si risolve in un errore in procedendo, che, in quanto tale, consente al giudice di legittimità l'accertamento di fatto dei relativi presupposti (Sez. 6, n. 47983 del 27/11/2012 – dep. 12/12/2012, D'Alessandro, Rv. 254279; conformi: Sez. 6, n. 44632 del 31/10/2013 – dep. 05/11/2013, Pironti, Rv. 257809; Sez. 6, n. 14991 del 30/01/2013 – dep. 02/04/2013, Barbato e altri, Rv. 256221;

Sez. 1, n. 26827 del 05/05/2011 – dep. 08/07/2011, P.C. e Santoro, Rv. 250796; Sez. 6, n. 44484 del 30/09/2009 – dep. 19/11/2009, P., Rv. 244856). Né, alla luce di quanto si dirà, la decisione della questione comporta la necessità di accertamenti di fatto, ipotesi, questa, nella quale la stessa questione dovrebbe essere proposta al giudice dell'esecuzione (Sez. 5, n. 1131 del 29/11/2012 – dep. 09/01/2013, Siano, Rv. 254837): qualora, infatti, come nel caso di specie, “la fattispecie non proponga alcun (ulteriore) accertamento di merito e sia, invece, definitivamente definibile alla stregua della sola documentazione prodotta ed acquisita agli atti, non v'è ragione alcuna perché il giudice di legittimità non sia investito, con poteri definitivi, di una questione – sostanzialmente rinviandola al giudice della esecuzione – che ha, invece, il dovere di proporsi e rilevare, ponendosi la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. come impeditiva della possibilità di (ulteriormente) rendere statuizioni decisorie” (Sez. U, n. 15983 del 11/04/2006 – dep. 10/05/2006, Sepe ed altro).

Ricorre questa ipotesi, come si è anticipato, nel caso di specie, posto che l'identità del fatto imputato al ricorrente nel presente procedimento rispetto a quello ascrittogli in sede amministrativa risulta univocamente – e senza necessità di ulteriori accertamenti preclusi a questa Corte di legittimità – dalla sentenza della Corte di appello di Roma acquisita (recante l'attestazione in data 28/03/2014 già richiamata): la sentenza dà atto dell'applicazione a C.C.R. della sanzione pecuniaria di Euro 350.000,00, oltre che della sanzione accessoria ex art. 187-*quater*, comma 1, TUF per la durata di dodici mesi, avendolo ritenuto responsabile della violazione dell'art. 187-*bis*, comma 1, TUF, perché, quale analista di ricerca operante presso la sede di Londra di Citigroup, comunicava tra il 13/01/2006 e il 23/01/2006, al di fuori del normale esercizio del lavoro, a sette operatori di mercato l'informazione privilegiata relativa all'imminente pubblicazione, da parte di Citigroup, di una ricerca di mercato dello stesso C. C. predisposta su Banca Italease s.p.a., contenente una raccomandazione di acquisto per un *target price* significativamente superiore al prezzo di mercato del titolo azionario della stessa società. Alla luce di quanto rilevato al punto 1 del Ritenuto in fatto, risulta univocamente l'identità del fatto contestato in sede penale e di quello definitivamente accertato in sede amministrativa.

2.2. Deve altresì rilevarsi che il fatto oggetto di imputazione risulta commesso nella vigenza della disciplina di cui alla L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 39 sicché non è decorso il termine di legge per la prescrizione del reato.

2.3. La questione sollevata in via principale è rilevante nel presente giudizio, in quanto, qualora fosse accolta, l'applicabilità della norma "manipolata" dal Giudice delle leggi farebbe venir meno il presupposto del *ne bis in idem*. Non è di ostacolo al riconoscimento della rilevanza della questione l'irrevocabilità della pronuncia che ha rigettato l'opposizione dell'imputato avverso l'applicazione della sanzione amministrativa da parte della CONSOB.

Per un verso, infatti, la declaratoria di illegittimità costituzionale della base legale della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata all'imputato ex art. 187-bis TUF determinerebbe l'applicazione della L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, con la conseguente adozione, da parte della CONSOB, delle necessarie determinazioni; l'applicazione dell'art. 30, comma 4, cit. in caso di accoglimento della questione, sarebbe imposta, ad avviso del Collegio, dal riconoscimento della natura "sostanzialmente" penale della sanzione irrogata dalla CONSOB, sicché l'interpretazione dell'art. 30 cit. orientata alla disciplina convenzionale alla luce della giurisprudenza della Corte EDU – interpretazione non preclusa dal tenore letterale della disposizione, né dalla ratio di ampia tutela dell'individuo rispetto a norme punitive dichiarate incostituzionali – conduce a ricostruirne la sfera applicativa in termini tali da includere in essa la norma in forza della quale è stata inflitta all'imputato la sanzione solo "formalmente" amministrativa, secondo i dettami della CEDU così come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Per altro verso, viene in rilievo il peculiare atteggiarsi, nella materia degli abusi di mercato, del rapporto tra procedimento penale e procedimento relativo all'applicazione della sanzione amministrativa e, in particolare, il "collegamento" tra gli esiti dei due procedimenti stabilito dall'art. 187-terdecies TUF. Al riguardo, mette conto osservare che pur facendo espresso riferimento la disposizione appena richiamata all'ipotesi (senz'altro statisticamente più frequente) in cui la sanzione amministrativa pecuniaria sia già stata applicata e, dunque, la pena pecuniaria (così come la sanzione pecuniaria dipendente da reato) debba essere limitata, in sede di esazione, alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa, deve ritenersi, in accordo con molteplici voci dottrinali, che il meccanismo "compensativo" ivi stabilito debba trovare applicazione anche quando la sequenza risulti invertita. Il carattere, dunque, "biunivoco" della disciplina limitativa degli effetti del cumulo fa sì che, nella specifica materia in esame, l'effetto proprio dell'irrogazione della pena pecuniaria o della sanzione amministrativa continui a dispiegarsi, pur dopo il passaggio in giudicato della relativa pronuncia applicativa, in relazione alla "seconda" sanzione, determinando, di quest'ultima, il concreto ammontare. Con riguardo a casi analoghi a quello di specie, dunque, l'irrevocabilità dell'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria non circoscrive la sfera di incidenza dei relativi effetti tipici alla sua esecuzione, in quanto tali effetti sono destinati a proiettarsi sulla concreta determinazione del quantum della pena pecuniaria definitivamente accertata all'esito del procedimento penale: di conseguenza, in casi del genere, la declaratoria di illegittimità costituzionale della base legale della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata all'imputato ex art. 187-bis TUF determinerebbe – in forza dell'applicazione della L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, come sopra evidenziata – la possibile esazione in toto della multa, il che conferma l'inerenza della questione di legittimità costituzionale e, quindi, della norma impugnata rispetto alla regiodicanda all'esame di questa Corte.

2.4. Anche la questione sollevata in via subordinata è rilevante nel presente giudizio, posto che, in caso di accoglimento di essa, questa Corte potrebbe definire il giudizio sulla base dell'art. 649 cod. proc. pen. così come manipolato dalla pronuncia additiva richiesta.

2.5. In relazione alle due norme oggetto delle questioni proposte non sono praticabili interpretazioni costituzionalmente orientate.

L'inciso di apertura dell'art. 187-bis, comma 1, TUF non può essere interpretato in senso diverso dalla previsione del cumulo della sanzione penale e di quella amministrativa: oltre al tenore letterale dell'incipit, depone nel senso indicato la complessiva disciplina delineata dal Titolo 1-bis del TUF e, in particolare, il meccanismo "compensativo" già richiamato (art. 187-terdecies) e la previsione dell'autonomia del procedimento amministrativo in pendenza di quello penale (art. 187-duodecies), l'uno e l'altra compatibili solo con il concorso delle due sanzioni.

Anche l'art. 649 cod. proc. pen. non si presta ad un'interpretazione conforme nella prospettiva della questione proposta in via subordinata. Il divieto di un secondo giudizio e la disciplina dettata dal secondo comma dell'art. 649 cod. proc. pen. si pongono all'interno di un sistema – quello delineato dal codice di rito – che appresta una serie di strumenti volti a prevenire lo svolgimento di più procedimenti per il medesimo fatto (la disciplina dei conflitti positivi di competenza ex artt. 28 ss. cod. proc. pen., nonché quella dei contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero ex art. 54 bis cod. proc. pen.) o a porvi rimedio in sede esecutiva quando i più procedimenti hanno dato luogo a sentenze irrevocabili di condanna (la disciplina di cui all'art. 669 cod. proc. pen.): come ha rilevato questa Corte, l'art. 649 cod. proc. pen., al pari delle norme sui conflitti positivi di competenza e dell'art. 669 cod. proc. pen., costituisce espressione del generale principio di *ne bis in idem*, che tende ad evitare che per lo stesso fatto-reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti anche non irrevocabili, l'uno indipendente dall'altro, e a porre rimedio alle violazioni del principio stesso (Sez. 5, n. 1919 del 10/07/1995 – dep. 02/10/1995, Pandolfo, Rv. 202653). Gli strumenti preventivi e riparatori che compongono il quadro sistematico all'interno del quale si colloca la disciplina di cui all'art. 649 cod. proc. pen. presuppongono tutti la comune riferibilità dei più procedimenti per il medesimo fatto all'autorità giudiziaria penale: è dunque tale quadro sistematico, in uno con la considerazione del tenore letterale della disposizione codicistica, che preclude un'interpretazione di quest'ultima che ne estenda l'ambito applicativo a sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un'autorità amministrativa.

3. Le questioni proposte non sono manifestamente infondate.

3.1. La violazione del parametro convenzionale interposto di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e, per il suo tramite, dell'art. 117 Cost., comma 1, si ricollega alla sentenza della Corte EDU, sez. 2, 04/03/2014, Grande Stevens ed altri (diventa irrevocabile il 07/07/2014). Richiamati gli scopi della CONSOB ("assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici"), la Corte di Strasburgo ritiene che le sanzioni pecuniarie da essa inflitte "mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva", sicché erano basate "su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità" e, diversamente da quanto sostenuto dal Governo italiano, non si prefiggevano unicamente di riparare un danno di

natura finanziaria; inoltre, “le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori” (par. 96). Ricostruita la disciplina sanzionatoria amministrativa prevista dal TUF e dato atto che, nel caso di specie, le sanzioni non erano state applicate nel loro ammontare massimo, la sentenza Grande Stevens sottolinea, richiamando la propria giurisprudenza, che “il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (...), e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta” (par. 98), giungendo così alla conclusione che “le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell’ambito della materia penale” (par. 99).

Muovendo dal riconoscimento della riconducibilità nella materia penale della sanzione inflitta dalla CONSOB in relazione all’illecito di cui all’art. 187-ter TUF, la Corte EDU mette in luce la portata del principio convenzionale del *ne bis in idem* sotto un duplice profilo: la Corte precisa, infatti, che, per un verso, “(l)a garanzia sancita all’art. 4 del Protocollo n. 7 entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato” (par. 220) e che, per altro verso, “la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dal D.Lgs. n. 58 del 1998, artt. 187 ter e 185 punto 1 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta” (par. 224). Risolte in termini positivi le verifiche relative alla sussistenza dei presupposti di operatività del principio convenzionale, la Corte EDU conclude, all’unanimità, nel senso della violazione dell’art. 4 del Prot. n. 7.

3.2. La Corte EDU ha dunque rilevato l’incompatibilità con il divieto convenzionale di *ne bis in idem* del regime del “doppio binario” sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli abusi di mercato. La conclusione non può essere ridimensionata, nella sua portata, sulla base della circostanza che la pronuncia in esame risulta adottata da una sezione semplice della Corte Europea. Al riguardo, infatti, ritiene questa Corte decisivo il rilievo che la pronuncia fa leva su due solidi orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo: quanto al riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa comminata dal TUF per gli abusi di mercato, la sentenza Grande Stevens valorizza criteri interpretativi (i cc.dd. “criteri di Engel”) largamente consolidati nella giurisprudenza convenzionale; anche l’approccio che, nello scrutinio dell’identità del fatto, fa leva su un accertamento “in concreto” e non sulla disamina degli elementi costitutivi delle fattispecie astratte può dirsi (almeno a far tempo dall’ultimo quinquennio) ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo. A quest’ultimo proposito, peraltro, può aggiungersi che mentre la sentenza Grande Stevens riguardava una fattispecie concreta di manipolazione del mercato (e, dunque, il rapporto tra le sanzioni – penali e “amministrative” – comminate dall’art. 185 e dall’art. 187-ter TUF), la vicenda in esame riguarda un fatto di abuso di informazioni privilegiate, le cui fattispecie legali – gli artt. 184 e 187-bis TUF – risultano anche sul piano astratto largamente sovrapponibili.

Non contraddice il giudizio di non manifesta infondatezza delle questioni proposte il rilievo che la sentenza Grande Stevens non ha indicato misure di carattere generale che lo Stato italiano dovrebbe adottare ex art. 46 CEDU (par. 235): la pronuncia, infatti, ha comunque accertato una violazione del principio del *ne bis in idem*, ossia un’incompatibilità – tra sanzione penale e sanzione amministrativa comminate dal

TUF – di tipo sistemico, rilevando una situazione interna di contrarietà alla Convenzione derivante dalla normativa in questione, ossia dal cumulo, per il medesimo fatto, delle due sanzioni: eloquente, in tal senso, è l’affermazione che sottolinea come “le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti abbiano carattere penale, di modo che il profilo penale dell’art. 6 1 sia applicabile nel caso di specie” (par. 101).

Sotto questo profilo, la sentenza Grande Stevens si presenta affine alla sentenza della Grande Camera 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, sicché, per riprendere i rilievi formulati dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale (che alla sentenza Scoppola faceva riferimento), il “contenuto rilevante” della pronuncia della Corte EDU “ha una portata più ampia di quella che, per quanto concerne specificamente la violazione riscontrata, emerge dal dispositivo”: in questa prospettiva, posto che “le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento”, non è necessario, sottolinea ancora la sentenza n. 210 del 2013, che “le sentenze della Corte EDU specifichino le “misure generali” da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge nazionale”.

Individuato, dunque, il “contenuto rilevante” della sentenza Grande Stevens nel riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate dalla CONSOB in materia di abusi di mercato e nella conseguente incompatibilità con il principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 4 del Protocollo n. 7 del regime del “doppio binario” sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per detti illeciti, è necessario mettere in luce una differenza tra le violazioni strutturali riscontrate dalle due pronunce della Corte di Strasburgo: nella vicenda Scoppola, infatti, veniva in rilievo una singola norma contraria alla CEDU, laddove, nel caso in esame, è l’applicabilità cumulativa in relazione al medesimo fatto delle sanzioni previste dalle due norme (art. 184 e 187-bis TUF, per riferirsi al caso oggi in esame) a violare, secondo la Corte Europea dei diritti dell’uomo, il divieto di *ne bis in idem*, sicché è tale “risultato” che, determinando la lesione del parametro interposto e, quindi, della norma costituzionale, deve essere normativamente escluso. Il problema di costituzionalità posto dalla violazione strutturale accertata dalla Corte EDU trova soluzione, secondo questa Corte, nelle questioni di legittimità costituzionale prospettate, il cui rapporto di subordinazione sarà di seguito esaminato.

3.3. Né la violazione dell’art. 117 Cost., comma 1, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, può essere esclusa sulla base del principio di stretta legalità formale sancito in materia penale dall’art. 25 Cost. e del principio di obbligatorietà dell’azione penale di cui all’art. 112 Cost. cui ha fatto riferimento la difesa della parte civile CONSOB. Detti principi sarebbero destinati ad operare come una sorta di generalizzata preclusione al “recepimento”, nell’ordinamento interno, della riconducibilità nel *genus* della sanzione penale, così come delineato dalla CEDU, di sanzioni formalmente non qualificate come tali; una preclusione del genere, tuttavia, non è in linea, ad avviso del Collegio, con la giurisprudenza costituzionale che, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, formatasi in particolare sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ha richiamato il principio – desumibile anche dall’art. 25 Cost., comma 2, – secondo

cui “tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto” (sentenza n. 196 del 2010).

Vero è, come si avrà modo di mettere in luce più oltre, che la titolarità, sul terreno degli abusi di mercato, dell’iniziativa dei procedimenti destinati all’applicazione della sanzione penale e di quella amministrativa pertiene, rispettivamente, al pubblico ministero e all’autorità amministrativa e che da questo peculiare atteggiarsi della duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto discendono rilevanti conseguenze sistematiche: tali conseguenze, tuttavia, se possono contribuire ad orientare l’individuazione della soluzione del problema di costituzionalità in esame, non consentono di escludere il vulnus individuato dalla Corte EDU, dovendo l’ordinamento interno (fermo il “margine di apprezzamento” nazionale, sul quale pure si tornerà infra) apprestare soluzioni idonee a rimuovere la violazione strutturale conseguente alla riconosciuta natura “penale” delle sanzioni amministrative in tema di abusi di mercato. Un vulnus, quello messo in luce dalla sentenza Grande Stevens, che, peraltro, era stato segnalato in dottrina a seguito dell’introduzione del “doppio binario” sanzionatorio. Resta dunque confermata la non manifesta infondatezza delle questioni proposte.

4. Per una compiuta ricostruzione del quadro normativo (nonché per dar conto del rapporto di subordinazione prospettato con riguardo alla seconda questione rispetto alla prima) è necessario richiamare, in estrema sintesi, la disciplina in materia di abusi di mercato stabilita dal diritto dell’Unione Europea.

Sotto un primo profilo, deve rilevarsi che l’assetto sanzionatorio delineato dal legislatore italiano sulla base del “doppio binario” non deriva da vincolanti disposizioni in tal senso della normativa Europea. Dirimente, al riguardo è la considerazione dell’art. 14, comma 1, della Direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, ai sensi del quale “(f)atto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive”. La direttiva, dunque, individua la sanzione amministrativa quale risposta indicata in via generale per gli abusi di mercato, fermi restando, per un verso, il vincolo di risultato, che deve assicurare la previsione di misure efficaci, proporzionate e dissuasive, e, per altro verso, la possibilità – non l’obbligo – per il singolo Stato membro di comminare sanzioni penali per gli illeciti in questione, come evidenziato anche dalla Corte di giustizia, con la sentenza della Terza sezione 23/12/2009 *Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonk vs. Commissie voor het Bank-, Finantie – en Assurantiewezen (CBFA)* – C-45/08, ove si è chiarito che “l’art. 14, n. 1, della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali nei confronti degli autori di abusi di informazioni privilegiate”, ma si limita ad affermare che tali Stati sono tenuti a garantire che “possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione di tale direttiva”, essendo gli Stati membri, inoltre, tenuti a garantire che queste misure siano “efficaci, proporzionate e dissuasive” (par. 42). Il “cumulo” di sanzioni amministrative e penali, pur non imposto dal diritto dell’Unione Europea, è senz’altro consentito dalla direttiva 2003/6/CE, sic-

ché la possibile interferenza della normativa sanzionatoria degli abusi di mercato con il principio del *ne bis in idem* si ricollega alla stessa disciplina stabilita dal diritto dell'Unione Europea: il che, se certo non comporta la "neutralizzazione" del principio, impone, tuttavia, all'interprete una valutazione dei rimedi necessari a far fronte a violazioni di tale principio che tengano conto anche delle istanze di efficacia, proporzionalità e dissuasività della risposta sanzionatoria prescritte dal diritto dell'Unione Europea. E' questa l'indicazione che si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea 26/02/2013 *Aklagarene vs. Akeberg Fransson* – C-617/10 (richiamata anche dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens) ha infatti chiarito che "quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (par. 29); richiamati i tre criteri in base ai quali occorre valutare, con riferimento al "principio del *ne bis in idem*", la natura penale di una sanzione, nel caso di specie, tributaria (i criteri della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, della natura dell'illecito e della natura nonché del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere), la Grande Sezione ha sottolineato che "(s)petta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive" (par. 36).

Nella definizione, secondo il diritto dell'Unione Europea, della portata del principio del *ne bis in idem*, la Corte di giustizia – in ciò distinguendosi dalla Corte EDU – fa dunque riferimento alla necessaria valutazione dell'adeguatezza delle "rimanenti" sanzioni rispetto ai già richiamati canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività: tale valutazione, come si vedrà nel successivo paragrafo, contribuisce, nel giudizio di questa Corte, ad individuare come principale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, comma 1, TUF nel senso indicato. Il rilievo giova ad evidenziare l'impraticabilità di un'applicazione diretta, nel caso di specie, dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: il differente approccio delle due Corti Europee nella definizione della portata del principio del *ne bis in idem* impedisce che il principio delineato dal diritto dell'Unione Europea (secondo l'interpretazione della Corte di giustizia) possa condurre alla "inapplicazione" di norme interne sulla base di una valutazione della sussistenza dei presupposti del *ne bis in idem* svolta esclusivamente nella prospettiva indicata dalla Corte EDU, laddove la valutazione dell'esistenza di tali presupposti – anche – alla luce del diritto dell'Unione Europea e delle indicazioni offerte dalla Corte di Lussemburgo e, quindi, sulla base della necessaria valorizzazione dei canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività della risposta sanzionatoria conduce alla proposizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis,

comma 1, TUF, norma rispetto alla quale questa Corte non potrebbe procedere alla “non applicazione”, restando affidata – in caso di accoglimento della questione – all’autorità amministrativa l’adozione dei necessari provvedimenti, secondo quanto si è segnalato *supra* al par. 2.3.

Il quadro del diritto dell’Unione Europea in materia di abusi di mercato, peraltro, ha conosciuto di recente profonde innovazioni. Il regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, oltre a stabilire l’abrogazione della direttiva 2003/6/CE con effetto dal 03/07/2016, ha previsto la comminatoria di sanzioni amministrative per una serie di fattispecie di abusi di mercato (art. 30, comma 1), precisando che “gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al comma 1 se le violazioni di cui alle lett. a) o b) di tale comma sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016”. La disciplina del regolamento si salda con quella dettata dalla direttiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 (che dovrà essere recepita entro il 03/07/2016), la cui impostazione di fondo è volta, in sintesi, a “capovolgere” il rapporto tra sanzione penale e sanzione amministrativa delineato dalla direttiva del 2003: le principali fattispecie di abuso di mercato, almeno nei casi gravi e qualora siano commesse con dolo, devono essere sanzionate a titolo di reato (artt. 3 ss.) e le relative sanzioni penali devono essere effettive, proporzionate e dissuasive (art. 7), mentre “gli obblighi previsti nella presente direttiva di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall’obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento (UE) n. 596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale” (Considerando 22).

L’opzione di fondo della direttiva 2014/57/UE, tesa a privilegiare la risposta sanzionatoria penale, muove da una valutazione di sicuro rilievo anche ai fini dello scrutinio del problema di legittimità costituzionale in esame: “l’adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire e combattere gli abusi di mercato” (Considerando 5).

5. Plurime ragioni convergono nell’individuare come principale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 187-bis, comma 1, TUF nella parte in cui prevede “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”.

5.1. Sostituendo la clausola che prevede il cumulo sanzionatorio con quella che attribuirebbe carattere sussidiario alla fattispecie amministrativa, la pronuncia manipolativa invocata assicurerebbe (con riguardo all’abuso di informazioni privilegiate, oggetto della questione in esame) l’immediato adeguamento della disciplina interna alla direttiva 2014/57/UE, che il legislatore Europeo, come si è visto, ha espressamente orientato ai canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività della risposta sanzionatoria. Di conseguenza, al recepimento della nuova disciplina di diritto dell’Unione Europea si accompagnerebbe la migliore rispondenza ai predetti canoni (individuati dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell’Unione Europea con la citata sentenza 26/02/2013 *Aklagarems vs. Akeberg Fransson*) dell’assetto normativo che scaturirebbe

dall'accoglimento della questione sollevata in via principale e, dunque, della previsione in via esclusiva, per le principali figure di abuso di mercato (*recte*, di abuso di informazioni privilegiate), della sanzione penale, con conseguente esclusione in radice di possibili interferenze con il principio del *ne bis in idem*.

Nella stessa prospettiva, può osservarsi che i canoni della dissuasività e della proporzionalità troverebbero riscontro anche nelle opzioni sanzionatorie del legislatore italiano rispetto alle diverse manifestazioni del fenomeno della manipolazione dei mercati; la disciplina penalistica di cui all'art. 185 TUF (figura affine, sul piano del bene protetto e della previsione delle risposte sanzionatorie rispetto all'abuso di informazioni privilegiate, che viene in rilievo nel caso di specie, sicché la considerazione della complessiva configurazione della tipologia di illecito di cui è espressione la prima offre valide indicazioni anche in ordine al secondo) si associa, infatti, a quelle, pure di impianto penalistico (anche se con diversi livelli della comminatoria edittale), previste per l'aggiotaggio comune (art. 501 cod. pen.) e per l'aggiotaggio societario e bancario (art. 2637 cod. civ.): l'omogeneità della previsione della sanzione penale per le diverse figure di aggiotaggio è indicativa della valutazione del legislatore interno circa l'adeguatezza, sul piano della prevenzione generale e con riguardo alla proporzionalità, di siffatta risposta sanzionatoria rispetto ad illeciti sotto molteplici profili assimilabili.

Anche il canone dell'effettività risulterebbe meglio salvaguardato dall'assetto normativo conseguente all'accoglimento della questione sollevata in via principale. A questo proposito, vengono in rilievo, sotto un primo profilo, i rilevanti poteri di acquisizione della prova e di tutela, anche attraverso misure cautelari, della sua genuinità di cui è titolare l'autorità giudiziaria penale (si pensi all'inclusione dell'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato nel catalogo dei reati per i quali è espressamente prevista la possibilità di effettuare intercettazioni di conversazioni o comunicazioni: art. 266 c.p.p., comma 1, lett. f), come modificato dalla L. n. 62 del 2005, art. 9), in linea, ancora una volta, con la direttiva 2014/57/UE, che ha espressamente fatto riferimento a metodi più efficaci di indagine e ad una più efficace cooperazione a livello nazionale e di Stati membri (Considerando 7).

Più in generale, è la certezza del tipo di risposta sanzionatoria prevista dall'ordinamento per l'abuso di informazioni privilegiate che rafforzerebbe l'effettività della risposta stessa: sotto questo profilo, dunque, viene in rilievo l'incongruenza sistematica sottesa, ad avviso del Collegio, alla soluzione che fa leva sulla pronuncia manipolatoria avente ad oggetto l'art. 649 cod. proc. pen., ossia un ordine di considerazioni che contribuisce ulteriormente a individuare come principale la prima delle questioni proposte.

5.2. Interrogandosi sulla portata della disciplina di cui all'art. 649 cod. proc. pen., la giurisprudenza di questa Corte ha messo in luce la ratio composita del *ne bis in idem*, per un verso, "presidio al principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile" e, per altro verso, espressione di "un diritto civile e politico dell'individuo, sicché il divieto deve ritenersi sancito anche a tutela dell'interesse della persona, già prosciolta o condannata, a non essere nuovamente perseguita" (Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005 – dep. 28/09/2005, P.G. in proc. Donati ed altro). Per assecondare questa ratio composita, il codice di rito, come si è anticipato, appresta una serie di strumenti preventivi (ossia,

finalizzati a prevenire la duplicazione dei procedimenti relativi al medesimo fatto: la disciplina dei conflitti positivi di competenza ex artt. 28 ss. cod. proc. pen., nonché quella dei contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero ex art. 54 bis cod. proc. pen.) e riparatori (la disciplina di cui all'art. 669 cod. proc. pen. e la stessa disciplina ex art. 649 cod. proc. pen.), tutti affidati all'autorità giudiziaria penale e collocati nel quadro della disciplina codicistica: in questo quadro, la duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto rappresenta, per riprendere ancora le indicazioni delle Sezioni unite Donati, oltre che una "lesione della sfera giuridica dell'interessato", "un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale".

Ora, svincolata dalla collocazione all'interno del quadro normativo delineato dal codice di rito (e, segnatamente, dalla previsione di strumenti preventivi finalizzati a contrastare, sul nascere, la duplicazione dei procedimenti) e riferita a procedimenti instaurati obbligatoriamente l'uno dal pubblico ministero, l'altro dalla CONSOB, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 649 cod. proc. pen. nella formulazione di cui alla questione sollevata in via subordinata rivelerebbe, ad avviso del Collegio, un'incongruenza sistematica: essa, infatti, rappresenterebbe non più il rimedio ad una "distorsione dell'attività giurisdizionale", ossia ad un evento "patologico" nel quadro della disciplina del codice di rito, ma lo sbocco necessario della ineludibile instaurazione, per il medesimo fatto di abuso di informazioni privilegiate, del procedimento penale da parte del pubblico ministero e del procedimento amministrativo da parte della CONSOB.

D'altra parte, la segnalata incongruenza sistematica avrebbe, ad avviso di questa Corte, ricadute anche sul piano dell'effettività della risposta sanzionatoria: al di là di qualsiasi considerazione circa l'evidente irragionevolezza, sul piano della gestione delle risorse e su quello delle possibili disparità di trattamento tra singoli destinatari delle sanzioni, di una duplicazione di procedimenti destinata *ab initio* a concludersi con l'accertamento di una violazione del divieto di bis in idem, deve rilevarsi che la stessa incertezza sulla sorte dei due procedimenti avviati (uno dei quali destinato, appunto, a generare la violazione del ne bis in idem) sarebbe inevitabilmente destinata a riflettersi sull'effettività della risposta sanzionatoria, compromessa – o comunque sensibilmente ridimensionata – dalla prospettiva di "azzeramento" del procedimento (quello penale, nei casi che dovrebbero risultare statisticamente più frequenti) ancora in corso al momento dell'irrevocabilità della sanzione irrogata all'esito del diverso procedimento.

5.3. La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di sottolineare che "il richiamo al "margine di apprezzamento" nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede Europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sent. n. 264 del 2012). In questa prospettiva, la soluzione al problema di costituzionalità delineata dalla questione proposta in via principale assicura, nella valutazione del Collegio, un assetto normativo idoneo, in chiave sistemica, ad assicurare, da un lato, la piena tutela dell'istanza di garanzia individuale rispetto alla violazione del divieto di bis in idem così come configurata dalla Corte EDU con la sentenza Grande Stevens e, dall'altro, un apparato sanzionatorio rispondente ai canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività individuati dal diritto dell'Unione Europea e dalla Corte di giustizia, canoni, questi, funzionali

alla salvaguardia dei beni protetti dalle norme repressive dell'abuso di informazioni privilegiate poste a tutela del mercato (in particolare, della sua integrità ed efficienza) e dell'investitore, ossia, in ultima analisi, del principio costituzionale di tutela del risparmio (art. 47 Cost.).

6. Per l'ipotesi di non accoglimento della questione proposta in via principale, ritiene questa Corte non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli. Nell'ipotesi in esame, infatti, la pronuncia manipolativa invocata rappresenterebbe la soluzione necessaria ad apprestare lo strumento normativo in grado di rimuovere, nei singoli casi concreti (e non in via generale, come nella prospettiva tracciata dalla questione principale), l'incompatibilità con il divieto convenzionale di bis in idem del regime del "doppio binario" sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli abusi di mercato (e, segnatamente, per la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate oggetto del presente giudizio).

In detta ipotesi, l'incongruenza sistematica sopra segnalata non sarebbe di ostacolo, ad avviso del Collegio, all'accoglimento della questione. Viene in rilievo, in tal senso, la vicenda che ha condotto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo. Occupandosi, in precedenza, della medesima vicenda, sia pure con riferimento ad una questione sollevata in termini non sovrapponibili a quelli della questione decisa nel 2011, il giudice delle leggi aveva messo in luce la problematicità, sul piano sistematico, dell'"introduzione", nel corpo della disciplina codicistica della revisione, della fattispecie all'esame del giudice a quo: osservò, infatti, la Corte che "il contrasto, che legittima – e giustifica razionalmente – l'istituto della revisione (per come esso è attualmente disciplinato) non attiene alla difforme valutazione di una determinata vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione penale", ma "ha la sua ragione d'essere esclusivamente nella inconciliabile alternativa ricostruttiva che un determinato "accadimento della vita" – essenziale ai fini della determinazione sulla responsabilità di una persona, in riferimento ad una certa *res iudicanda* – può aver ricevuto all'esito di due giudizi penali irrevocabili" (sent. n. 129 del 2008). Considerazioni di segno analogo sono ribadite dalla sentenza n. 113 del 2011, laddove essa rimarca come "l'ipotesi della riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma censurata". Nonostante tali rilievi, tuttavia, la pronuncia di accoglimento si impone in quanto, così sottolinea ancora la sentenza n. 113 del 2011, "(p)osta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio".

Sussiste, nell'ipotesi in esame, la medesima esigenza che ha orientato la sentenza n. 113 del 2011: la violazione strutturale messa in luce dalla Corte EDU con la sentenza

Grande Stevens – il cui “contenuto rilevante”, come si è visto, è ravvisabile nel riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate dalla CONSOB in materia di abusi di mercato e nella conseguente incompatibilità con il principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 4 del Protocollo n. 7 della disciplina sanzionatoria prevista dalla legislazione italiana per tali illeciti – determina un *vulnus* costituzionale attinente a un diritto fondamentale e sanabile attraverso la pronuncia additiva richiesta, che – fermo restando l’obbligo del legislatore interno di adeguarsi alla direttiva 2014/57/UE nel termine dalla stessa previsto – consentirebbe di rimuovere, nei singoli casi, gli effetti pregiudizievoli conseguenti alla violazione del divieto di *ne bis in idem* qualora l’imputato sia stato giudicato, in via definitiva, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della normativa convenzionale.

7. Pertanto, devono dichiararsi rilevanti e non manifestamente infondate, in riferimento all’art. 117 Cost., comma 1, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 187-bis, comma 1, TUF nella parte in cui prevede “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “Salvo che il fatto costituisca reato” (in via principale) e dell’art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l’imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli (in via subordinata), con le ulteriori statuizioni indicate in dispositivo.

P.Q.M.

Dichiara rilevanti e non manifestamente infondate:

a) in via principale: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 117 Cost., comma 1, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187-bis, comma 1, (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi della L. 6 febbraio 1996, n. 52, artt. 8 e 21) nella parte in cui prevede “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”;

b) in via subordinata: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 117 Cost., comma 1, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, dell’art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l’imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli.

Sospende il giudizio in corso e dispone l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale. Ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa nonché al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

7) CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE TRIBUTARIA, 21 GENNAIO 2015*(Omissis)*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n.4297/08 in data 23.10.2008, la Corte di Appello di Roma, in parziale accoglimento delle opposizioni riunite proposte da R.S., Magiste International s.a. e Garlsson Real Estate, avverso il provvedimento sanzionatorio della CONSOB n. 16113/07, determinava in 5 milioni di Euro la somma irrogata a R. S. e alle società indicate quali obbligate in solido, ai sensi dell'art. 187 ter T.U.F. in relazione alla condotta illecita di manipolazione del mercato, confermando, nel resto, la delibera impugnata con riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate alla Magiste International s.a. e Garlsson Real Estate (Euro 103.291,00 per ciascuna società).

Le sanzioni erano state irrogate per l'anomalo andamento dei titoli RCS media-Group s.p.a., riconducibile a condotte manipolative poste in essere da R.S. nell'ambito di una strategia tesa a richiamare l'attenzione del pubblico sui titoli in questione e, per tale via, a sostenerne le quotazioni per il perseguimento di finalità personali, sia attraverso operazioni di mercato sia attraverso informazioni diffuse al pubblico, alimentando aspettative di scalata di RCS e influenzando sulla formazione dei prezzi del titolo, compiendo direttamente o per interposta persona una serie di atti volti a celare alla CONSOB fatti e circostanze relativi alla attività posta in essere sul titolo RCS. R.S., Magiste International s.a. e Garlsson Real Estate impugnano la sentenza della Corte d'appello deducendo i seguenti motivi:

1. violazione o falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 9, in relazione agli artt. 187-ter e 187-*quinquiesdecies* T.U.F. e omessa motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando l'erronea applicazione del principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9, trattandosi di valutare i medesimi fatti apprezzati una volta come manipolazione del mercato e altra come ostacolo all'attività di vigilanza;

2. violazione o falsa applicazione dell'art. 187 *septies*, n. 2 T.U.F., della delibera 15.086 del 21/6/2005 della CONSOB recante disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative, della L. n. 62 del 2005, artt. 9 e 24, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, non avendo rilevato la Corte territoriale la violazione del principio della separazione della fase istruttoria e della fase decisoria, non essendo stato, inoltre, rispettato il principio del contraddittorio in quanto le parti non hanno avuto conoscenza, prima della conclusione della fase istruttoria, delle acquisizioni del documento rilasciato da Deutch Bank London, né hanno avuto possibilità di esporre le proprie difese con riferimento alla relazione svolta dall'ufficio sanzioni amministrative contenente la proposta quantitativa della irroganda sanzione;

3. violazione o falsa applicazione degli artt. 187 *quinquies* e 195 T.U.F., della L. n. 689 del 1981, art. 6, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando come la società Garlsson Real Estate, amministrata da un amministratore, anche di fatto, non è responsabile in solido con l'autore delle violazioni di cui all'art. 187-ter T.U.F. del pagamento delle sanzioni irrogate per tali violazioni;

4. violazione o falsa applicazione dell'art. 187-ter, u.c. T.U.F., L. n. 689 del 1981, art. 3, della delibera 15.233 del 29/11/2005 della CONSOB, della L. n. 62 del 2005, artt. 9 e 24, e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando come l'art. 187-ter T.U.F., detta solo formule astratte di illecito e non consente una

sufficiente conoscenza della portata precettiva punitiva della norma, in tema di manipolazione di mercato mentre solo il successivo regolamento CONSOB citato, ma successivo ai fatti ascritti al R., ha carattere di individuazione delle fattispecie comportamentali di manipolazioni di mercato;

5. violazione o falsa applicazione dell'art. 187-ter, comma 3, lett. c), in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, rilevando l'erronea applicazione della normativa citata che indica una categoria di manipolazione operativa residuale nella quale possono trovare applicazione anche il collegamento delle attività di compravendita di titoli che adottano in concreto artifici, inganni o espedienti che non siano di natura informativa, avendo la Corte territoriale trascurato che le variazioni intervenute sul titolo RCS fossero ascrivibili alle ingenti acquisizioni operate sul titolo da parte del R.;

6. violazione o falsa applicazione dell'art. 187-ter, comma 3, lett. c), della L. n. 689 del 1981, art. 1, vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, rilevando come le operazioni di acquisto e vendita di titoli nella medesima seduta non costituiscono di per sé una manipolazione di mercato;

7. violazione o falsa applicazione dell'art. 187-ter, comma 3, lett. c), T.U.F., della L. n. 689 del 1981, art. 1, vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, osservando come nella operatività borsistica l'utilizzo di più operatori può assumere rilevanza indiziaria o prova di manipolazione del mercato solo se viene accertato che tale espediente ha prodotto o avrebbe potuto produrre un'alterazione del mercato che altrimenti non si sarebbe verificata se gli ordini fossero stati impartiti da un solo intermediario; inoltre rileva che la concentrazione degli ordini nelle fasi di chiusura delle sedute borsistiche può assurgere a manipolazione del mercato ove vengano accertati gli inganni nei quali sono caduti gli altri investitori e che le variazioni dei prezzi non siano dovute ad altre circostanze estranee alla modalità operative sanzionate dal T.U.F.;

8. violazione o falsa applicazione e difetto di motivazione dell'art. 187-ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, osservando come la normativa citata sanziona la diffusione con qualsiasi mezzo, compreso Internet, di notizie false o fuorvianti in merito a strumenti finanziari restando estranei alla previsione del legislatore i comportamenti di diffusione di notizie false o fuorvianti inerenti alla qualità, capacità del soggetto operante sul mercato e la capacità fuorviante delle notizie riguardanti gli obiettivi, le strategie, le potenzialità finanziarie ed economiche dello stesso operatore;

9. vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187-ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, rilevando come non costituisce manipolazione di mercato l'insieme di comportamenti che singolarmente o complessivamente esaminati non abbiano l'evidente determinazione di manipolare il mercato o comunque non abbiano in alcun modo alterato l'andamento dello strumento finanziario e del mercato in presenza di massicci acquisti di titoli che hanno concorso al rialzo della quotazione del titolo oggetto di scalata;

10. vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187-ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, in quanto la notizia falsa e fuorviante deve intendersi, ai sensi della norma-

tiva citata, come notizia oggettivamente falsa e fuorviante e non le notizie che derivano dalla legittima ricostruzione dei fatti operata da colui che diffonde la notizia;

11. vizio di motivazione in relazione alle contestazioni di manipolazione informativa di cui all'art. 120, art. 187-ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, rilevando come non possano ritenersi false e fuorvianti, ai sensi della normativa citata, quelle notizie rivelatesi vere da fatti successivamente avvenuti, mentre la notizia può definirsi fuorviante quando rappresenti un quadro complessivo sostanzialmente distorto e che riporta al mercato una notizia che nella sua finalità effettiva sia fuorviante rispetto alle effettive finalità del soggetto che le diffonde;

12. vizio di motivazione in relazione all'applicazione della sanzione per la contestata manipolazione informativa di cui all'art. 187-ter, commi 1 e 3, lett. c) T.U.F., e all'applicazione dell'aggravante di cui all'u.c., art. cit., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, rilevando come la sanzione prevista deve essere applicata rapportata alle conseguenze effettive dell'attività manipolativa, ovvero alla gravità del pericolo corso dal mercato, rapportando tale pericolo a dati oggettivi di riscontro e non a semplici dichiarazioni di gravità o di intensità ed è onere della CONSOB individuare gli effetti distorti vi subiti dal mercato, il pericolo nel quale è incorso e le effettive conseguenze dell'attività manipolativa.

La CONSOB si è costituita con controricorso formulando anche ricorso incidentale condizionato chiedendo la cassazione della sentenza nella parte in cui ha esaminato e deciso la questione della violazione del principio del contraddittorio, eccedente il *thema decidendum* del giudizio.

Nella more della udienza pubblica di discussione del ricorso venivano prodotti nuovi documenti.

Il ricorso è stato discusso alla pubblica udienza del 6.11.2014, in cui il PG ha concluso come in epigrafe.

Motivi della decisione

1. Ammissibilità della produzione documentale in data 21.10.2014 - Preliminarmente deve essere esaminata l'ammissibilità della produzione documentale in data 21.10.2014 con cui le parti ricorrenti hanno prodotto i seguenti documenti: 1) sentenza della Corte di Cassazione, settima sezione penale n. 35437/09 con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto da R.S. avverso la sentenza 10.12.2008 del Tribunale penale di Roma; 2) sentenza della quinta sezione penale del tribunale n. 24796/08 di patteggiamento della pena da parte di R.S., Magiste International sa, Garlsson Real Estate s.a. ed altri.

Nella fattispecie risulta notificato alle altre parti, successivamente al deposito, l'elenco dei citati documenti prodotti (art. 372 c.p.c., comma 2).

Ai fini della ammissibilità della produzione documentale sono rilevanti, per le motivazioni che saranno in seguito evidenziate, le ragioni di tale produzione, oltre che la data della sentenza del Tribunale di Roma e l'epoca di definitività delle sentenze penali prodotte.

La sentenza del Tribunale di Roma 10.12.2008 n. 24796 è divenuta definitiva per le società ricorrenti in data 2.1.2009 e per il R. in data 11.9.2009, epoca di pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione penale n. 35437/09 e, quindi, anteriormente

alla notifica alla CONSOB del ricorso per cassazione avvenuta in data 28.12.2009, introduttivo del presente giudizio.

Il deposito di documenti nel giudizio di cassazione è regolamentato dagli artt. 369 e 372 c.p.c.

Dal combinato disposto delle due norme risulta la regola generale che vuole che i documenti, purché prodotti nei precedenti gradi del processo, devono essere depositati, unitamente al ricorso per cassazione, nel termine di giorni venti dall'ultima notificazione alle parti contro le quali il ricorso è proposto. E risulta altresì l'eccezione per cui il deposito dei documenti relativi all'ammissibilità del ricorso può avvenire indipendentemente da quello del ricorso (e del controricorso), ma deve essere notificato, mediante elenco, alle altre parti. Quindi sono solo i documenti che attengono all'ammissibilità del ricorso quelli dei quali è possibile la produzione anche dopo la scadenza del termine di cui all'art. 369 c.p.c., e tali non sono certo quelli depositati dalla difesa dei ricorrenti i quali attengono invece alla (allegata) fondatezza della domanda, trattandosi di sentenze prodotte per dimostrare l'esistenza di un giudicato esterno rilevante ai fini della decisione, assumendo in ragione della loro oggettiva intrinseca natura, la qualifica di documenti. La giurisprudenza, invero, ha anche ammesso il deposito dei documenti prescritti a pena di improcedibilità che non sia contestuale al deposito del ricorso, ma ha richiesto comunque il rispetto del termine dell'art. 369 c.p.c., che nella specie comunque non sarebbe stato rispettato (Cass. Sez. L, Sentenza n. 10967 del 09/05/2013).

Nel giudizio innanzi alla Corte di cassazione, secondo quanto disposto dall'art. 372 c.p.c., non è, quindi, ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, salvo che non riguardino l'ammissibilità del ricorso e del controricorso ovvero eventuali nullità inficianti direttamente la sentenza impugnata, nel quale caso essi vanno prodotti entro il termine stabilito dall'art. 369 c.p.c., con la conseguenza che ne è inammissibile, in termini generali, la produzione in allegato alla memoria difensiva di cui all'art. 378 c.p.c. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7515 del 31/03/2011).

Nel caso di specie la produzione documentale concerne due sentenze successive a quella della Corte di appello di Roma, oggetto di impugnazione, pubblicata in data 23.10.2008 e la relativa produzione, in quanto documenti nuovi, sarebbe stata ammissibile contestualmente al ricorso per Cassazione ma non successivamente. Questa Corte ha infatti ammesso la produzione della sentenza anche nel giudizio di cassazione, in tema di rilevanza del giudicato esterno in sede di legittimità, quando esso si forma per effetto di una pronuncia della Corte di cassazione successiva alla proposizione del ricorso relativo al procedimento nel quale il giudicato o, comunque, la definitività s'intende far valere (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1883 del 27/01/2011) ma non antecedente.

Occorre, tuttavia, rilevare che la possibilità di eccepire il giudicato (dovendosi equiparare, in ambito interunione, per le motivazioni che saranno evidenziate, anche la sentenza di patteggiamento definitiva) fosse nota o conoscibile dalla parte nel momento di formazione dello stesso, mentre se il giudicato o, comunque, la definitività della sentenza penale può assumere rilevanza in forza di un nuovo orientamento giurisprudenziale nazionale o interunione, formatosi successivamente al ricorso per cassazione, ne va ammessa la produzione fino all'udienza di discussione, essendo tale produzione

esclusivamente funzionale alla dimostrazione del giudicato che, al momento di proposizione del ricorso, non aveva, invece, efficacia ai fini della decisione. La produzione di nuovi documenti deve ritenersi anche quale implicita richiesta di rimessione in termini che può trovare accoglimento in forza della citata pronuncia CEDU Sez. 2[^], del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens ed altri c. Italia), successiva al ricorso, che ha affermato, per la prima volta, il principio del “ne bis in idem” tra provvedimenti amministrativi sanzionatori di natura penale della CONSOB e condanna penale per i medesimi fatti.

Nel caso di specie può trovare applicazione, sia pure sotto diversa prospettiva da quella tradizionale, che si riferisce al mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo, il principio di *prospective overruling* che questa Corte ritiene di allargare anche alla prospettazione della applicazione nel presente giudizio del principio del “ne bis in idem” tra sanzione amministrativa e sanzione penale, consentendo anche in Cassazione la produzione tardiva di documenti ove la necessità o utilità della produzione documentale sia sorta successivamente alla proposizione del ricorso in forza di un nuovo orientamento interunione (nella specie della CEDU) sempre che tali documenti, come nella fattispecie, siano finalizzati all’esercizio di un diritto di azione o di difesa della parte, conseguente alla pronuncia della CEDU, a prescindere dall’esito dell’azione e dal riconoscimento del diritto vantato. Infatti in forza della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. 2[^], del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens ed altri c. Italia) assume, ai fini della decisione, per la prima volta rilevanza il giudicato penale sulla medesima vicenda, avendo la CEDU ritenuta sussistente la violazione, nei confronti dei ricorrenti, del principio del *ne bis in idem* consacrato nell’art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, il quale vieta la doppia applicazione di sanzioni penali nei confronti dei medesimi soggetti e per i medesimi fatti oggetto di sentenza passata in giudicato, rilevando che le sanzioni irrogate dalla CONSOB per la fattispecie di manipolazione del mercato di cui all’art. 187-ter TUF, benché formalmente qualificate come amministrative dall’ordinamento italiano, debbono essere ricondotte alla “materia penale” agli effetti dell’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, e ciò in ragione sia della “natura dell’illecito” (ossia della rilevanza dei beni protetti e della funzione anche deterrente della fattispecie in questione) sia della natura e del grado di severità delle sanzioni (pecuniarie ed interdittive) previste dalla legge e concretamente comminate ai ricorrenti.

Inoltre l’art. 2 del Protocollo n. 7 vieta anche il doppio giudizio per gli stessi fatti da cui potrebbe desumersi l’illegittimità di una sanzione amministrativa di natura penale a seguito di una sanzione penale definitiva.

Nel caso di specie ricorrono cumulativamente i seguenti presupposti:

a) si verte in materia di mutamento della giurisprudenza comunitaria su un presupposto (giudicato penale) che assume rilevanza successivamente alla proposizione del ricorso per Cassazione e che la parte non può più documentare senza violare una regola del processo (art. 369 c.p.c.);

b) tale mutamento deve ritenersi imprevedibile non essendo mai stata affermata in precedenza dalla CEDU la violazione, del principio del *ne bis in idem* consacrato nell’art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, il quale vieta la doppia applicazione di sanzioni penali, anche con riferimento alle sanzioni irrogate dalla CONSOB, ricondotte alla “materia penale” agli effetti dell’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU;

c) effetto preclusivo, ove non trovasse applicazione il principio dell'*overruling*, del diritto di difesa della parte che, nel caso di specie, sarebbe impedito dalla tardiva produzione delle sentenze attestanti il formarsi della loro definitività al fine di invocare l'applicazione, nel nostro ordinamento, del principio del "ne bis in idem" in forza della citata sentenza della Corte di giustizia.

Dalla produzione documentale ammessa si evince la definitività, nei confronti dei ricorrenti, della sentenza di patteggiamento in relazione, tra gli altri, ai reati di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 185, come modificato dalla L. n. 62 del 2005, art. 9, e nei confronti delle altre società ricorrenti in relazione ai reati di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5, e art. 25, comma 2, in relazione alla commissione del delitto di cui agli artt. 110, 319 e 321 c.p., (Magiste Real Estate s.a.) e all'illecito amministrativo previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 5, art. 25-ter, lett. r), art. 25-sexies, in relazione alla commissione del delitto di cui all'art. 81 c.p., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 185, delitto commesso a vantaggio delle società Magiste Real Estate s.a. e Garlsson Real Estate s.a., collegate tra loro e riferibili al gruppo Ricucci da persona che rivestiva al momento del fatto funzioni di rappresentanza delle società, essendo il R. amministratore di diritto della Magiste Real Estate e amministratore di fatto della Garlsson Real Estate.

2. Rilevanza nei presente giudizio della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. 2^a, del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens ed altri c. Italia), e la sua efficacia nell'ordinamento nazionale.

2.1 Ancorché nella indicata pronuncia si faccia riferimento, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* tra condanna definitiva penale e amministrativa (relativa ad una fattispecie analoga, ma non simile, in quanto, nella fattispecie oggetto di esame da parte della CEDU trattavasi di sentenza penale successiva a giudicato sulla sanzione amministrativa e non viceversa, come nel presente giudizio in cui si è esaurito prima il giudizio penale rispetto a quello amministrativo ancora *sub iudice*), si ritiene che il principio espresso dalla CEDU sia bidirezionale trovando applicazione sia nel caso di sanzione amministrativa precedente a quella penale sia nel caso inverso.

In forza del principio del *favor rei*, va assimilata la sentenza di patteggiamento a quella penale di condanna, rivestendone tale sostanziale natura, conservata pur dopo la espressa previsione della sua assoggettabilità a revisione, contenuta nell'art. 629 c.p.p., nel testo modificato dalla L. 12 giugno 2003, n. 134, art. 3, comma 1, pur non implicando un accertamento della penale responsabilità dell'imputato, con relativo obbligo di motivazione, ma richiedendo solo la verifica dell'insussistenza delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 c.p.p. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 28192 del 04/03/2004 Ud. (dep. 23/06/2004) In particolare, ai fini della valutazione dei principi ricavabili dalla pronuncia della CEDU cit., si ritiene che siano equiparabili la sentenza penale di condanna e quella di patteggiamento di cui siano spirati i termini per l'impugnazione peraltro confermata, nei soli confronti, del R., dalla Corte di cassazione e che, quindi, al giudicato penale sia equiparabile la sentenza di patteggiamento ormai definitiva o perché non impugnata (nei confronti delle società ricorrenti) o a seguito di impugnazione (nei confronti del R.).

Infatti il c.d. patteggiamento, regolato dall'art 444 c.p.p. e segg., è un istituto processuale in base al quale il p.m. e l'imputato si accordano sulla qualificazione giuridica del fatto contestato, sulla concorrenza e comparazione delle circostanze, sull'entità della pena con rinuncia a far valere eccezioni e difese di natura sostanziale (nei limiti

dell'art. 129 c.p.p.) e processuale (nei limiti dell'art. 179 c.p.p.) salvo che si tratti di eccezioni attinenti alla richiesta di patteggiamento e al consenso prestato.

La natura di sentenza di condanna del patteggiamento e comunque di sanzione penale, è ulteriormente confermata dalla possibilità per il giudice di pronunciare sentenza di assoluzione *ex art. 129 c.p.p.*, comma 2, sia pure nei casi in cui emergano chiaramente le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale ovvero la non commissione del medesimo da parte dell'imputato (cfr Cass. pen. Sez. 2, Sentenza n. 9174 del 19/02/2008 Ud. – dep. 29/02/2008).

Né inficia tale valutazione la possibilità di revisione della sentenza di patteggiamento, richiesta per la sopravvenienza o la scoperta di nuove prove, che comporta una valutazione di queste ultime alla luce della regola di giudizio posta per il rito alternativo, sicché le stesse devono consistere in elementi tali da dimostrare che l'interessato deve essere prosciolto secondo il parametro di giudizio dell'art. 129 c.p.p., si come applicabile nel patteggiamento (cfr Cass. Sez. 6, Sentenza n. 31374 del 24/05/2011 Cc. (dep. 05/08/2011)).

In ogni caso trattasi, comunque, di pronuncia che ha chiara natura di sanzione penale.

2.2 La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è una convenzione internazionale ratificata e resa esecutiva in Italia con legge ordinaria 4 agosto 1955 n. 848. Formalmente l'ordinamento della CEDU è differente e distinto da quello dell'Unione Europea.

Diversi sono anche gli strumenti e le procedure previsti per garantire la conformità del diritto interno rispetto al diritto interunione e a quello di natura convenzionale della CEDU, essendo diversi anche i vincoli derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'ordinamento CEDU rispetto a quello dell'Unione Europea.

Questa Corte non ignora l'orientamento dottrinale che ritiene che anche le sentenze della CEDU, al pari di quelle della Corte di Giustizia, abbiano efficacia diretta generale nel nostro ordinamento.

Deve, al riguardo, distinguersi tra efficacia della pronuncia tra le stesse parti e efficacia generale *erga omnes*.

La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, una volta divenuta definitiva tra le parti ai sensi dell'art. 44 della CEDU, ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato e, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico, derivante dall'art. 1 della CEDU, di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte di Strasburgo per la parte in cui abbia acquistato autorità di cosa giudicata in riferimento alla stessa "*quaestio disputanda*" della quale continua ad occuparsi detto organo (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19985 del 30/09/2011).

Quanto all'efficacia diretta orizzontale, estesa *erga omnes*, il giudice nazionale deve ricorrere, ove possibile e ove la normativa lo consenta, alla interpretazione comunitariamente orientata che delle norme pattizie viene data dalla Corte di Strasburgo, con la conseguenza che, nella realizzazione dell'equo processo ed allo scopo di assicurare la parità effettiva delle armi in senso sostanziale e processuale (art. 111 Cost., comma 1), il giudice interno, affinché la sua statuizione risulti aderente alle norme della Convenzione, deve tenere conto anche dell'elaborazione del diritto vivente quale proveniente

proprio dalla Corte di Strasburgo, che della Convenzione è il più autorevole interprete.

In forza delle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 emerge che la Convenzione costituisce una fonte interposta tra il piano costituzionale e quello delle leggi comuni, perché si profilerebbe l'eventuale esigenza di un bilanciamento tra i diritti della Convenzione e gli stessi diritti costituzionalmente protetti.

Va, quindi, riconosciuta, in termini generali, solo una efficacia esecutiva "indiretta" delle sentenze CEDU perché esse obbligano gli Stati ad adeguarvisi, pur lasciandoli liberi di scegliere le misure più idonee al riguardo.

Tuttavia sussiste l'obbligo, a carico degli Stati che abbiano commesso una violazione accertata dalla Corte, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, CEDU di adottare misure specifiche volte al superamento della stessa.

Quindi, le norme della Convenzione Europea non hanno una efficacia esecutiva diretta nel nostro ordinamento e vanno rispettate dal legislatore nazionale ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 1, mediante un'interpretazione comunitariamente orientata, ove possibile, a differenza del regime previsto dagli artt. 244 e 256 TUE per le sentenze della Corte di Giustizia.

Il giudice nazionale deve, infatti, interpretare il proprio ordinamento in modo conforme alla CEDU, per come essa vive nella giurisprudenza della Corte Europea.

La vincolatività di tale giurisprudenza (anche al di là del caso deciso) non può condurre, però, a disapplicare il diritto nazionale, quando esso ha un contenuto che non consenta in alcun modo una interpretazione conforme a detta giurisprudenza.

In tal caso si impone al giudice di sollevare una questione di costituzionalità.

Il problema interpretativo derivante dalla giurisprudenza della Corte Europea si sostanzia, in estrema sintesi, nella alternativa tra interpretazione conforme a detta giurisprudenza ed incidente di costituzionalità.

La Consulta (sentenze n. 348 e 349 del 2007) ha statuito, ed a tale orientamento il Collegio ritiene di attenersi, che nel caso in cui il giudice nazionale ravvisi una incompatibilità tra norma convenzionale e norma costituzionale, gli atti vanno rimessi al giudice delle leggi.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 348 del 2007 ha, al riguardo precisato che "la Convenzione Europea non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti per tutte le autorità interne degli Stati membri".

Ne consegue che il giudice non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché "l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, di esclusiva competenza del giudice delle leggi".

Tale vantazione non è inficiata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), che ha modificato il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea, avendo la Consulta rilevato che il Trattato di Lisbona non ha "comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel

sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle “norme interposte”, con la conseguenza che si deve “escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con l’art. 6” della CEDU. (Corte Cost. 1.3.2011 n. 80).

Le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, si collocano, come già evidenziato, ad un livello sub-costituzionale e sono soggette al controllo di legittimità costituzionale da parte della Consulta, chiamata a verificare – previo giudizio di ammissibilità in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice *a quo* – che esse siano compatibili non soltanto con i diritti fondamentali ma anche con tutte le disposizioni della Costituzione italiana. La Corte costituzionale ha poi escluso che “le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117 Cost., comma 1, e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”.

La Consulta ha, altresì, chiarito, quanto ai rapporti tra le due Corti che “hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell’uomo: l’interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo a questa Corte spetta, invece, accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana”. (Corte Cost. sentenza n. 349 del 2007).

Ammettere un potere (o addirittura un obbligo di non applicare la legge, (in contrasto col principio Costituzionale che il giudice è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale, determinando il giudice eventuali limiti di applicazione della normativa nazionale per contrasto con pronunce della Corte di Giustizia, esorbitando dai suoi poteri. L’abrogazione della legge è vincolata alle ipotesi contemplate dall’art. 15 preleggi, e art. 136 Cost., che non tollerano la disapplicazione da parte del giudice, pur dovendo essere interpretata alla luce dei principi sovranazionali, con le puntualizzazioni sovra evidenziate.

3. Profili di incostituzionalità del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187-ter, punto 1, alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 (Causa Grande Stevens ed altri c. Italia) - La pronuncia della CEDU cit. afferma, come già evidenziato, il principio del *ne bis in idem* alla luce dell’art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, il quale vieta la duplicazione di giudizi penali e amministrativi e, conseguentemente, la doppia applicazione di sanzioni penali nei confronti dei medesimi soggetti e per i medesimi fatti oggetto di sentenza passata in giudicato. In particolare, per quanto di interesse nel presente giudizio, la CEDU ha rilevato che:

a) al fine di stabilire se i fatti su cui si è formato il giudicato sono da considerarsi i medesimi per i quali si procede in altro giudizio, occorre aver riguardo non al fatto inteso in senso giuridico, ossia alla fattispecie astratta descritta dagli artt. 187-ter e 185

TUF, ma al fatto in senso storico-naturalistico, ossia alla fattispecie concreta oggetto dei due procedimenti, a prescindere dagli elementi costitutivi rispettivamente previsti dai menzionati articoli;

b) il presupposto al quale è collegata l'efficacia preclusiva di un nuovo giudizio sullo stesso fatto storico è costituito dal passaggio in giudicato del provvedimento che definisce uno dei due procedimenti riconducibili alla materia penale;

c) le sanzioni irrogate dalla CONSOB per la fattispecie di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-ter TUF, benché formalmente qualificate come amministrative dall'ordinamento italiano, debbono essere ricondotte alla "materia penale" agli effetti dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, e ciò in ragione sia della "natura dell'illecito" (ossia della rilevanza dei beni protetti e della funzione anche deterrente della fattispecie in questione) sia della natura e del grado di severità delle sanzioni (pecuniarie ed interdittive) previste dalla legge e concretamente comminate ai ricorrenti.

Il giudice nazionale non può ignorare, nella controversia che è chiamato a decidere, l'interpretazione che delle norme pattizie viene data dalla Corte di Strasburgo, con la conseguenza che, nella realizzazione dell'equo processo ed allo scopo di assicurare la parità effettiva delle armi in senso sostanziale e processuale (art. 111 Cost., comma 1), il giudice interno, affinché la sua statuizione risulti aderente alle norme della Convenzione, deve tenere conto anche dell'elaborazione del diritto vivente quale proveniente proprio dalla Corte di Strasburgo, che della Convenzione è il più autorevole interprete.

Vanno, per comodità espositiva, individuate le norme rilevanti nella fattispecie.

L'art. 185 TUF (Manipolazione del mercato), prevede che venga punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da Euro ventimila a Euro cinque milioni – "Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari", (prevedendo anche il raddoppio di dette pene ai sensi della L. n. 262 del 2005, art. 39, comma 1).

Sotto il profilo amministrativo la L. n. 62 del 2005, ha rafforzato le competenze della CONSOB, cui è stata attribuita un'autonoma potestà sanzionatoria in via amministrativa, tra l'altro, delle condotte di manipolazione del mercato.

L'art. 187-ter, comma 1, TUF (Manipolazione del mercato), prevede: "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro ventimila a Euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari".

L'art. 187-ter TUF, comma 3, lett. e), fa "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", prevedendo che le stesse sanzioni amministrative pecuniarie si applicano a chiunque pone in essere "operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente".

Dall'esame comparato delle predette norme si evince il sistema del c.d. doppio binario tra il reato di manipolazione del mercato (art. 185 TUF) e la analoga fattispecie amministrativa (art. 187-ter TUF) essendo prevista, nei rispettivi giudizi, una duplice sanzione penale ed amministrativa, in antitesi col principio espresso dalla sentenza

CEDU “Grande Stevens”, cit., che ha, invece, affermato l’opposto ed antitetico principio del “ne bis in idem”.

Tale ultimo principio è individuabile in fonti di produzione normativa di livello internazionale e interunione, oltre ad essere affermato dalla giurisprudenza nazionale, ma solamente, in tale ultimo caso, con riferimento a sanzioni di carattere strettamente penale.

In sede di diritto internazionale pattizio, il principio del “ne bis in idem”, è sancito dall’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, rubricato “Diritto di non essere giudicato o punito due volte”, il quale, al comma 1, dispone 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 ed alla procedura penale di tale Stato”.

Il divieto del bis in idem, a livello interunione, è previsto dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. “Carta di Nizza”), intitolato “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato”, il quale 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 medesima garanzia in ambito nazionale, è riconosciuta dall’art. 649 c.p.p., rubricato “Divieto di un secondo giudizio”, il quale prescrive che “L’imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dall’art. 69, comma 2, e art. 345”.

Nel caso “Grande Stevens” appare chiaro l’orientamento dei giudici di Strasburgo, di rimproverare agli organi giurisdizionali la mancata disapplicazione di un principio (ne bis in idem) che il legislatore nazionale ha introdotto in materia penale ma non nei rapporti tra sanzione amministrativa di natura penale e sanzione penale.

Va rilevato che i medesimi comportamenti oggetto della sentenza di patteggiamento sono in effetti puniti con una sanzione qualificata come “amministrativa” dal D.L. n. 58 del 1998, art. 187 ter, punto 1, in aggiunta alla sanzione penale.

La mancata previsione dell’allargamento del principio “ne bis in idem” anche ai rapporti tra processi e, specificamente, tra sanzione penale e amministrativa di natura penale appare non conforme alle norme costituzionali, il che comporta che la questione di costituzionalità che con la presente ordinanza si solleva è rilevante nel giudizio *de quo*, giacché non appare conforme ai principi sovranazionali sanciti dalla CEDU la previsione del doppio binario e, quindi della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa, applicata in processi diversi, qualora quest’ultima abbia natura di sanzione penale, ancorché davanti alla CEDU la prospettazione riguardasse la sanzione penale conseguente alla sanzione amministrativa e nel presente giudizio si tratti di sanzione amministrativa comminata dalla CONSOB successiva a sanzione penale.

Va, anche rimesso alla Consulta, alla luce dei principi CEDU, determinare il rilievo, ai fini della applicazione del principio del “ne bis in idem”, della valutazione, da parte del giudice nazionale, della effettiva afflittività della sanzione penale che, nella specie, è limitata, di fatto, alle sole pene accessorie (la pena in concreto inflitta – tre anni – è stata dichiarata interamente condonata), senza che sia emersa prova, nel giudi-

zio di merito, di un effettivo pregiudizio nelle sfera personale – patrimoniale del R., non risultando comminata alcuna pena pecuniaria, mentre la sanzione comminata dalla CONSOB è, invece, solamente di natura pecuniaria (Euro 5.000.000). Trattasi di una valutazione di natura oggettiva che emerge dalle pronunce prodotte, che non implica alcuna valutazione di merito, eventualmente rimettibile al giudice del rinvio.

Al fine di offrire una panoramica il più possibile completa, occorre anche verificare se la obbligatorietà delle sanzioni amministrative nel sistema degli illeciti di *market abuse* sia confliggente col sistema del c.d. divieto del *ne bis in idem*, allorché venga preliminarmente emessa una sanzione penale e se, eventualmente, quest'ultima, a prescindere dalla sua afflittività e proporzionalità, in relazione al fatto commesso, sia preclusiva alla comminatoria della sanzione amministrativa, o se ne debba solamente tenere conto al fine della successiva comminatoria della sanzione amministrativa.

Tali riflessioni sono indotte dalla direttiva 2003/6/CE (c.d. *Market Abuse Directive* – MAD) che in materia di abusi di mercato impone agli Stati membri l'obbligo di adottare sanzioni amministrative – “*effective, proportionate and dissuasive*” – lasciando loro la facoltà di prevedere nel contempo anche sanzioni penali – c.d. “sistema a doppio binario” – in forza del quale, in caso di convergenza dei medesimi fatti, l'illecito penale concorre con il corrispondente illecito amministrativo, con conseguente cumulo delle rispettive sanzioni, in deroga al principio di specialità di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 9.

Il sistema del doppio binario è anche previsto dall'art. 187-*duodecies* del TUF (Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione), prevedendosi che “il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'art. 187 *septies* non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione”.

L'art. 187-*terdecies* del TUF (Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale) prevede, al comma 1, che “quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187 *septies* la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa”.

Trattasi del principio del “*ne bis in idem* attenuato” a cui fa da contraltare il principio del doppio binario attenuato che potrebbero trovare anche applicazione nella fattispecie in esame ove la Consulta dovesse propendere per una pronuncia additiva.

Potrebbe così anche trovare quantomeno parziale legittimità costituzionale il regime del c.d. “doppio binario”, sia pure nei limiti che eventualmente la Corte vorrà individuare, con conseguente cumulo delle rispettive sanzioni, valutando la possibile applicazione del principio della progressione illecita tra le due fattispecie, penale e amministrativa.

Nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. 2^a, del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens ed altri c. Italia) “la Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della “sanzione” (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, p. 82, serie A n.

22). “Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di “accusa in materia penale” ai sensi dell’art. 6, p.1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura “penale” rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l’interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell’ambito della “materia penale”. Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale” (Jussila c. Finlandia GC, n. 73053/01, 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e Zaicevs c. Lettonia, n. 65022/01, 31, CEDU 2007 – IX (estratti))”.

L’imputazione di cui al capo g) della sentenza di patteggiamento (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, artt. 81 e 185, e successive modifiche prevede l’accusa, nei confronti del R., quale Presidente del Consiglio di Amministrazione della Magiste International s.a. e quale dominus di fatto della Garlsson Real Estate s.a. di “diffusione di notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo del titolo RCS Mediagroup”, mediante condotte specificamente evidenziate che sono sostanzialmente le medesime contestate con la violazione amministrativa. Sempre in relazione al capo g) contestato al R., la sentenza penale prevede l’aumento per la continuazione determinato in mesi quattro di reclusione, mentre la pena inflitta è stata di complessivi anni 4 e mesi 6 di reclusione (di cui anni 4 per il reato di corruzione, anni 2, mesi 6 per la continuazione), pena ridotta ad anni 3 per la scelta del rito e quindi, estinta per indulto ex L. n. 241 del 2006.

Va anche considerato che sono state applicate al R. le pene accessorie della: a) interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per la durata di anni tre; b) incapacità di contrattare con la P.A. per anni 3, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio, c) interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria per anni 3; d) interdizione perpetua dall’ufficio di componente di commissione tributaria; e) pubblicazione della sentenza su due quotidiani di rilevanza nazionale; f) interdizione dai pubblici uffici per anni 3. Va, tuttavia, rilevato che sia la condanna penale (con pena estinta per indulto), sia le sanzioni accessorie sono state comminate in forza di reati in parte diversi da quelli oggetto della sanzione amministrativa (a cui corrisponde la pena inflitta, quale continuazione (art. 81 c.p.p.) di mesi 4).

In concreto la sanzione penale non risulta essere stata oggettivamente afflittiva, essendo stata interamente condonata a seguito di indulto e non essendo emerso, nel giudizio di merito che le pene accessorie abbiano avuto anch’esse efficacia, in concreto, oggettivamente afflittive, nei confronti del R.

Si chiede anche alla Consulta di verificare se il principio del “ne bis in idem” sancito dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (CEDU), vieti *tout court* di sanzionare, in diversi processi, due volte lo stesso illecito, impedendo allo stato membro di comminare una violazione amministrativa di natura penale in presenza di una sanzione penale per gli stessi fatti, o viceversa, e quindi se sia sufficiente l’astratta comminatoria di una sanzione penale a rendere illegittima la successiva sanzione amministrativa, sempre che abbia natura penale, oppure se debba, comunque, tenersi conto, nella determinazione della sanzione amministrativa, della sanzione penale, in ossequio ai principi di effettività e proporzionalità.

Le ragioni che precedono, riassumibili nell'impossibilità da parte di questa Corte, di disapplicare una legge dello Stato, pur ritenuta in contrasto con la CEDU escludono che la questione possa essere risolta in via interpretativa, con l'adozione di una lettura *secundum constitutionem*, anche facendo ricorso a tutti gli ordinari criteri ermeneutici, non essendo in grado questa Corte di applicare la legge nazionale conformemente alla CEDU nell'interpretazione fornita dalla stessa Corte EDU. I principi affermati dalla CEDU nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. 2^a, del 4 marzo 2014 (causa Grande Stevens ed altri c. Italia) con riferimento al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187-ter, punto 1, appaiono in contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, e inducono a rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per un rinnovato esame della norma, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che, come sopra spiegato, non consente di supplire alla funzione del legislatore mediante un coordinamento delle fonti nel senso di affermare la prevalenza di quella convenzionale su quella interna.

Conclusivamente, va dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187-ter, punto 1, alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014, che ha ritenuto che le sanzioni amministrative previste dalla disciplina italiana sugli abusi di mercato siano da considerarsi "penali", a prescindere dalla loro qualificazione formale nel diritto interno, per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, anche alla luce degli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui, prevedendo la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 185, e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter, D.Lgs. cit., violando i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, in ragione della definitività della sentenza del Tribunale di Roma n. 24796/08 del 10.12.2008, passata in giudicato nei confronti delle parti ricorrenti.

Ai sensi della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23, alla dichiarazione di rilevanza nel giudizio e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, segue la sospensione del giudizio, e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

P.Q.M.

Dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187-ter, punto 1, alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce l'applicazione del principio del "ne bis in idem" di cui agli artt. 2 e 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in ragione della definitività della sentenza del Tribunale di Roma n. 24796/08 del 10.12.2008, passata in giudicato.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del giudizio.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei ministri, e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

8) CONSIGLIO DI STATO, 26 MARZO 2015, N. 1595*(Omissis)***SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. Lazio, la società A.B. s.p.a. e il dottor M.A. hanno contestato, sotto diversi profili, la legittimità del regolamento CONSOB n. 15086 del 21 giugno 2005, applicabile *ratione temporis* al procedimento sanzionatorio avviato nei loro confronti.

2. I ricorrenti hanno, in particolare, sostenuto l'illegittimità del regolamento in esame per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU come interpretato dalla sentenza n. 18640 del 4 marzo 2014 (G.S. e altri c. Italia), chiedendo l'annullamento dello stesso e l'accertamento del conseguente obbligo della CONSOB di provvedere all'emanazione di un nuovo regolamento per l'applicazione delle sanzioni amministrative di natura penale in modo conforme alla previsioni dell'art. 6 CEDU.

3. Il T.a.r. Lazio, con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, superate le pregiudiziali eccezioni sollevate dalla CONSOB di difetto di giurisdizione e di inammissibilità per difetto di interesse, ha respinto il ricorso.

Il T.a.r. ha ritenuto che dalla motivazione della sentenza della Corte EDU n. 18640 del 2014 non discenda un obbligo per lo Stato Italiano e per la CONSOB di adeguare la disciplina del predetto procedimento sanzionatorio ai principi del giusto processo sanciti dall'art. 6, par. 1, della CEDU.

Ciò in quanto, secondo il T.a.r., la citata sentenza della Corte EDU dovrebbe essere letta nel senso che le violazioni dell'art. 6, par. 1, CEDU riscontrate nel procedimento amministrativo possono trovare temperamento nelle successive fasi che si svolgono in sede giurisdizionale nel rispetto del principio del giusto processo.

Più nel dettaglio, il Tar ha concluso che, in base alla sentenza della Corte EDU n. 18640 del 2014: A) il procedimento amministrativo teso all'applicazione delle sanzioni per *market abuse* altro non sarebbe che una prima fase, affidata alla CONSOB, di un procedimento unitario, seguita da due successive fasi di natura giurisdizionale, rappresentate dal giudizio di opposizione dinnanzi alla Corte d'appello e dal giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, nell'ambito delle quali la decisione amministrativa della CONSOB viene sottoposta al controllo di organi giurisdizionali, sicché per valutare se vi sia stata o meno una lesione del diritto al giusto processo si dovrebbe considerare il procedimento nel suo complesso e non le sue singole fasi; B) la Corte EDU, sulla base di tale ragionamento, da un lato, ha riconosciuto che lo Stato italiano ben può attribuire ad un'Autorità amministrativa come la CONSOB, priva delle caratteristiche di imparzialità e di indipendenza tipiche degli organi giurisdizionali, il potere di applicare sanzioni "penali" come quelle relative agli illeciti di cui all'art. 187-ter del TUF e che l'applicazione di tali sanzioni può legittimamente avvenire in base a disposizioni procedurali diverse da quelle previste dal codice di procedura penale (par. 139 della sentenza); dall'altro, ha accertato che tale possibilità presuppone comunque che la decisione della CONSOB sia successivamente sottoposta al controllo di un "organo giudiziario dotato di piena giurisdizione" – ossia di un organismo titolare del "potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore" e della "competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito" (par. 139

della sentenza) – e che la Corte di Appello, innanzi alla quale è possibile proporre ricorso in opposizione avverso il provvedimento di applicazione delle sanzioni di cui trattasi, ai sensi dell'art. 187-*septies* del TUF, è un “organo giudiziario dotato di piena giurisdizione” (par. 151 della sentenza).

4. Per ottenere la riforma di tale sentenza gli originari ricorrenti hanno proposto appello principale.

Gli appellanti sostengono, in sintesi, che la sentenza sarebbe viziata da un'erronea e parziale lettura dei principi affermati dalla Corte EDU, la quale avrebbe, invece, espressamente affermato che il regolamento CONSOB non è conforme all'art. 6, par. 1, della CEDU.

Gli appellanti evidenziano che l'oggetto del presente giudizio non è costituito dalla questione generale e astratta concernente la possibilità di far discendere dalla motivazione della sentenza della Corte EDU n. 18640 del 2014 un vero e proprio obbligo per lo Stato italiano di adeguare la disciplina del procedimento sanzionatorio ai principi del giusto processo sanciti dall'art. 6, par. 1, della CEDU. Al contrario, l'oggetto del presente giudizio riguarderebbe semplicemente la legittimità o meno del Regolamento CONSOB, rispetto all'art. 187-*septies* T.U.F. da interpretarsi alla luce dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6, par. 1 della CEDU.

Il *thema decidendum* non sarebbe, quindi, la legittimità del complessivo procedimento sanzionatorio nella sua articolazione in successive fasi di giudizio, ma la legittimità del procedimento amministrativo svolto dalla CONSOB per l'applicazione di sanzioni di natura penale. È tale legittimità dovrebbe essere autonomamente valutata dal giudice amministrativo, in riferimento alla normativa interna, avendo riguardo alle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte EDU e ai precetti costituzionali.

Secondo gli appellanti, pertanto, una volta appurato che il procedimento amministrativo disciplinato dal regolamento CONSOB viola le garanzie dell'art. 6, par. 1, della CEDU, non avrebbe alcuna rilevanza, ai fini della statuizione sulla legittimità del regolamento impugnato, la “compensazione” offerta dalle garanzie della fase processuale, atteso che, altrimenti, si delineerebbe una sorta di sanatoria postuma dell'illegittimità non consentita dall'ordinamento italiano, nel senso che i diritti fondamentali del cittadino potrebbero essere impunemente violati e che la tutela sarebbe differita nel tempo. Verrebbe così legittimata l'attribuzione alla CONSOB del potere di agire illegittimamente nell'esercizio dell'attività sanzionatoria.

Deducono gli appellanti che se questo fosse il senso della sentenza della Corte EDU si porrebbe la questione della legittimità costituzionale dell'art. 187-*septies* T.U.F. e dello stesso art. 6 della CEDU, se intesi, appunto, nel senso di permettere un processo penale illegittimo e di differire nel tempo la tutela dei diritti fondamentali.

5. Per resistere all'appello si è costituita in giudizio la CONSOB, la quale ha anche proposto un appello incidentale condizionato all'accoglimento dell'appello principale.

Nell'appello incidentale condizionato la CONSOB ha impugnato la sentenza del T.a.r. Lazio nella parte in cui ha:

a) ritenuto infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (secondo la CONSOB la controversia *de qua*, afferendo, alla materia “procedimentale sanzionatoria”, investe una controversia demandata al giudice ordinario, – nella specie alla Corte d'appello, competente a conoscere delle opposizioni esperite

avverso provvedimenti sanzionatori in tema di abusi di mercato ai sensi dell'art. 187-*septies* T.U.F.);

b) rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso avverso la nota dell'Ufficio Sanzioni Amministrative della CONSOB dell'11 agosto 2014 per carenza di interesse non trattandosi di atto avente natura provvedimentoale; c) rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso avverso i regolamenti CONSOB di cui alle Delib. 21 giugno 2005, n. 15086 e Delib. 19 dicembre 2013, n. 18750 per carenza di interesse attuale.

6. Rinviate al merito l'istanza cautelare, in vista dell'odierna udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriori memorie a sostegno della reciproche posizioni.

7. All'odierna udienza di discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Si pone, anzitutto, il problema del corretto ordine di esame delle questioni rispettivamente sollevate nell'appello principale e nell'appello incidentale condizionato.

A rigore, infatti, le questioni sollevate dalla CONSOB nel suo appello incidentale condizionato avrebbero priorità logica, trattandosi di questioni pregiudiziali di rito che investono presupposti processuali o condizioni dell'azione (nel caso di specie, la sussistenza della giurisdizione amministrativa e dell'interesse al ricorso).

La CONSOB, tuttavia, proponendo appello incidentale in forma condizionata, ha subordinato l'esame di tali questioni pregiudiziali di rito, rispetto alle quali è rimasta soccombente (pur vittoriosa nel merito) nel giudizio di primo grado, al previo esame dell'appello principale. Ha così proposto al giudice un ordine di esame delle questioni diverso da quello naturale (che vede la priorità delle questioni pregiudiziali di rito, attenenti alla sussistenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione rispetto alle questioni di merito).

Occorre, quindi, stabilire se tale forma di condizionamento (e la conseguente alterazione dell'ordine logico di esame delle questioni che ne deriva) sia consentita.

9. Al quesito deve darsi risposta positiva, anche alla luce dell'orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sez. Un. 6 marzo 2009, n. 5456; Cass. Sez. Un. 31 ottobre 2007, n. 23019), con riferimento all'analoga questione che può porsi nell'ambito del processo civile. Ciò anche in considerazione del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a. alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili o espressione di principi generali.

Il Collegio ritiene che l'esame dell'appello incidentale condizionato, proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel merito su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole, debba essere effettuato solamente se l'appello principale sia stato giudicato fondato, in caso contrario non sussistendo l'interesse dell'appellante incidentale alla pronunzia sulla propria impugnazione.

Il contrario precedente orientamento giurisprudenziale che richiamava – quale criterio per escludere sempre l'ammissibilità del condizionamento dell'impugnazione incidentale – la rilevabilità di ufficio della questione pregiudiziale di rito, trascurava di rilevare il fatto che quella distinzione perde peso allorché la questione "eccepibile" sia stata eccepita davanti al giudice di primo grado e quella "rilevabile" sia stata rilevata.

Ne consegue che, allorché la questione pregiudiziale o preliminare sia stata decisa dal giudice di primo grado, il riesame della questione da parte del Consiglio di Stato postula la proposizione di un'impugnazione, che è ammissibile in presenza di un interesse della parte, interesse che, per la parte totalmente vittoriosa sorge solo nell'ipotesi della fondatezza dell'appello principale.

In caso contrario, infatti, l'appellante incidentale manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione poiché il suo eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole in concreto di quello derivante dal rigetto del ricorso principale e, anzi, con particolare riferimento all'eccezione di giurisdizione, comporterebbe il rischio del riesame della pronuncia favorevole ad opera del diverso giudice con esito incerto per l'appellante incidentale.

Quanto alla eventuale considerazione secondo cui sussisterebbe in ogni caso la soccombenza sulla questione oggetto dell'appello incidentale, va osservato che la soccombenza c.d. formale (che legittima all'impugnazione) è il rigetto (o l'accoglimento) della domanda o di parte di essa e non soltanto la sfavorevole soluzione di una questione, secondo la dottrina classica.

In ogni caso, ove anche voglia ritenersi con la più moderna dottrina che soccombenza ed interesse all'impugnazione siano oggi espressioni che denotano distinti fenomeni, e che quindi anche la sfavorevole soluzione di questioni dia origine ad una vera e propria soccombenza (per quanto teorica), va osservato che manca l'interesse ad impugnare per la parte che abbia egualmente conseguito il successo sulla domanda. Detto interesse diventa attuale (o, come è stato anche detto, sopravvenuto), solo con l'accoglimento dell'appello principale. A seguito di tale accoglimento si perfeziona la fattispecie relativa alla legittimazione ad impugnare da parte dell'appellante incidentale, fattispecie composta dalla soccombenza e dall'interesse all'impugnazione.

10. Né in senso contrario vale la considerazione secondo cui l'ordine logico delle questioni da esaminare è rimesso al giudice (e non può essere condizionato dal potere dispositivo delle parti, specie per se si tratti di questioni rilevabili d'ufficio). Tale principio vale, infatti, solo per giudizio di primo grado.

Quando, invece, la decisione su una questione vi è stata, il riesame della stessa da parte del giudice dell'impugnazione è rimesso necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo che regge il sistema delle impugnazioni. Se tale impulso di parte è condizionato all'accoglimento dell'impugnazione avversaria e quindi al sopravvenire della soccombenza anche formale e dell'interesse all'impugnazione, in questi termini va valutato dal giudice il mezzo impugnatorio proposto.

Inoltre è stato esattamente osservato che proprio l'ordine logico delle questioni da esaminare impone anzitutto l'esame del ricorso principale. Il ricorso della parte totalmente vittoriosa è condizionato *de jure*, perché solo a seguito dell'accertamento della fondatezza del ricorso principale si può dire che sia sorto l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale.

Ciò comporta un triplice ordine di fatti costitutivi della legittimazione ad impugnare del resistente vittorioso: a) la soluzione sfavorevole di una questione pregiudiziale o preliminare; b) la proposizione di un ricorso principale da parte del soccombente nel merito; c) la fondatezza di quest'ultimo ricorso.

Proprio il previo esame del ricorso principale fa sì che il cosiddetto ordine logico della pregiudizialità sia rispettato in uno dei suoi profili più pregnanti in materia di impugnazioni, vale a dire nel divieto rivolto al giudice di esaminare il merito del gravame, prima di aver acclarato l'esistenza di tutti i relativi presupposti di ammissibilità, ivi compresa, appunto, la legittimazione ad impugnare, sotto il profilo dell'interesse.

11. Quanto affermato in tema di appello incidentale condizionato proposto dalla parte totalmente vittoriosa relativo a questioni pregiudiziali (e cioè che esso possa esse-

re esaminato solo a seguito dell'accoglimento del ricorso principale) opera anche nel caso in cui la questione pregiudiziale di rito attenga, come nel caso di specie, alla giurisdizione.

In passato, sul punto è stato ritenuto inoperante il condizionamento poiché la contestazione del potere decisorio del giudice in quanto carente di giurisdizione non può essere condizionata al risultato della controversia, che presuppone l'esercizio dello stesso potere decisorio che viene contestato con il ricorso incidentale. Il fondamento di tale principio fu affermato già da Cass. Sez. Un. 20 gennaio 1996 n. 444.

Senonché negli ultimi anni il concetto stesso di giurisdizione è stato oggetto di profonda revisione da parte della Corte Costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Corte cost. n. 12 marzo 2007, n. 77; Cass. Sez. Un. 22 febbraio 2007, n. 4109 e 9 ottobre 2008, 24883), con decisioni che ne hanno modificato lo statuto processuale ed il significato.

Tali decisioni dimostrano come l'ordinamento si va evolvendo verso una parificazione dei poteri di accertamento e di statuizione dei vari giudici, con conseguente erosione, anche al fine di assicurare la ragionevole durata del processo, del principio della rilevabilità di ufficio della giurisdizione con un avvicinamento ad un regime di rilevazione del tipo di quello della competenza, basato sulla volontà della parte di mantenere la questione viva, dando rilievo preclusivo a fenomeni di acquiescenza tacita, che precedentemente non avevano alcuna rilevanza.

La questione di giurisdizione assume lo stato di ogni altro vizio della sentenza, che si converte in motivo di impugnazione. Ed è con il risultato di tale operazione evolutiva che va posta in armonia la disciplina del ricorso incidentale condizionato della parte totalmente vittoriosa, anche se relativo ad una questione di giurisdizione.

Segnatamente il principio che si desume da questa evoluzione giurisprudenziale è la prevalenza, ai fini del servizio giustizia, che l'autorità giudiziaria, vista nel suo complesso, dia risposta di merito alla domanda di giustizia. Ciò comporta che, quando la giurisdizione è stata affermata e la decisione di merito è stata emessa, la prevalenza dell'interesse alla decisione di merito, comporta che non possa farsi più questione sulla giurisdizione se non dalla parte soccombente e che abbia interesse concreto all'impugnazione (cfr. art. 9 c.p.a.)

Ciò comporta che, in sede di impugnazione se la parte soccombente nel merito non propone o ripropone la questione di giurisdizione, con i mezzi appropriati secondo il regime di impugnabilità della sentenza, il giudice non possa esaminarla; che, se la parte soccombente nel merito non la rileva, il giudice non possa esaminarla; se la parte vittoriosa, ma soccombente solo sulla questione della giurisdizione la solleva, il giudice potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione, tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente nel merito.

A fronte dell'appello di una parte che non contesta la decisione sulla giurisdizione, ma solo sul merito (e quindi chiede esclusivamente una decisione sullo stesso) ed a fronte della posizione dell'appellante incidentale, che chiede anzitutto che sia mantenuta ferma la decisione sul merito e, solo in caso negativo, sia rivisitata la decisione sulla giurisdizione, il decidere preliminarmente la questione di giurisdizione può comportare, del resto, un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere ad una decisione di merito.

Infatti, mentre l'infondatezza dichiarata dell'appello principale esaminato per primo significa chiudere il processo con un definitivo provvedimento di tutela nel merito, la fondatezza dichiarata dell'appello incidentale esaminato per primo significa obbligare la parte interessata a ricominciare il processo da capo davanti ad altro giudice per ottenere presumibilmente il medesimo risultato finale, che per lui già era soddisfacente.

12. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, esaminarsi prioritariamente l'appello principale proposto da A.B. e da M.A.

Come sopra si è ricordato, gli appellanti criticano la sentenza del T.a.r. evidenziando che la stessa avrebbe accolto una lettura parziale della sentenza G.S. e non avrebbe correttamente individuato l'oggetto della domanda formulata, che non riguardava la legittimità del complessivo procedimento sanzionatorio nella sua articolazione in successive fasi di giudizio, ma la legittimità del solo procedimento amministrativo svolto dalla CONSOB.

Tale legittimità, secondo gli appellanti, dovrebbe essere autonomamente valutata in riferimento alla normativa interna, avendo riguardo alle argomentazioni e motivazioni contenute nella sentenza della Corte EDU e ai precetti della Carta Costituzionale.

13. L'appello principale risulta fondato nei limiti di seguito precisati.

Occorre sin da ora premettere che la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento CONSOB 21 giugno 2005, n. 15086, sebbene non presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, né con gli artt. 24 e 111 Cost., non risulta, tuttavia, conforme ai principi del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti, che, con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza della CONSOB, sono espressamente richiamati dalla legge nazionale (in particolare dagli artt. 187-*septies* e 195 T.U.F. e nell'art. 24 della L. 28 dicembre 2005, n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari").

Il legislatore, in altri termini, pur non essendo obbligato a farlo né in base all'art. 6, par. 1, CEDU, né in base a precetti costituzionali, ha, comunque, scelto di estendere al procedimento sanzionatorio di competenza della CONSOB alcune garanzie tipiche del c.d. giusto processo (come appunto il contraddittorio, la piena conoscenza degli atti e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie).

Il regolamento in questa sede impugnato, come si evidenzierà dettagliatamente nel prosieguo, non rispetto ad alcune di queste garanzie e, in relazione a tali profili, risulta, quindi, illegittimo per violazione di legge.

Procedendo con ordine, deve, in primo luogo, escludersi che il regolamento CONSOB 21 giugno 2005, n. 15086, nel disciplinare il procedimento di irrogazione delle sanzioni previste dagli artt. 187-*ter* e 187-*quater* del T.U.F., presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU.

L'art. 6, par. 1, CEDU non impone, infatti, che il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni per la fattispecie di c.d. *market abuse* sia disciplinato in modo da assicurare, già nella fase amministrativa, l'imparzialità oggettiva dell'Autorità che applica la sanzione e il pieno rispetto del principio del c.d. giusto processo.

La CEDU, in altri termini, non impone che le sanzioni inflitte dalla CONSOB siano assistite, già nella fase amministrativa del procedimento sanzionatorio che precede

la fase giurisdizionale, da garanzie assimilabili a quelle che valgono per le sanzioni penali in senso stretto.

14. Giova al riguardo premettere che la nozione di “pena” o “sanzione penale” rispettivamente accolta dall’ordinamento nazionale e da quello della CEDU non sono coincidenti.

La nozione di “pena” elaborata dalla Corte EDU è significativamente più ampia rispetto a quella conosciuta dall’ordinamento nazionale, atteso che mentre quest’ultimo utilizza essenzialmente il criterio di qualificazione prevalentemente giuridico-formale, in ambito Europeo rilevano anche criteri di carattere sostanziale e funzionale.

Come è noto, la Corte EDU, anche in risposta al processo di depenalizzazione della repressione di certe condotte da parte delle Alte parti contraenti, ha sviluppato una nozione di “accusa penale” ai sensi dell’art. 6, par. 1, avente portata autonoma dalle classificazioni utilizzate negli ordinamenti statali.

Questa nozione è oggetto di una giurisprudenza consolidata (a partire dalla sentenza *E. ed altri v. P.B.*, 8 giugno 1976), che richiede di tener conto di tre criteri, da considerarsi alternativi e non cumulativi: i) la qualificazione giuridico-formale dell’infrazione nel diritto interno; ii) la natura dell’infrazione; iii) la natura o il grado di severità della sanzione.

Pertanto, la qualificazione che l’infrazione riceve nell’ordinamento nazionale non ha che un valore formale e relativo, e può cedere ove si accerti la natura intrinsecamente penale della stessa, avendo riguardo alla funzione deterrente e repressiva della sanzione, e al tipo di sanzione prevista.

Affinché quindi l’art. 6, par. 1, trovi applicazione (nella parte in cui fa riferimento all’accusa penale), è sufficiente che l’infrazione in questione sia di natura penale rispetto all’ordinamento nazionale oppure che abbia esposto l’interessato ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella materia penale, avendo carattere punitivo e deterrente e non semplicemente risarcitorio o ripristinatorio.

La Corte EDU si è riservata la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l’analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire ad una conclusione chiara quanto all’esistenza di una accusa in materia penale.

Per esempio, nell’analizzare se sia soddisfatto il secondo criterio (natura dell’infrazione), considerato il più importante, essa prende in considerazione vari fattori, in particolare: se sia di applicazione generale (perché, ove riguardasse solo gli appartenenti a un ordinamento particolare, acquisirebbe natura disciplinare); se abbia una funzione repressiva o dissuasiva, il che fa sì che non possano essere ritenute di natura “penale” sanzioni aventi un carattere meramente risarcitorio o ripristinatorio (cfr. Corte Europea dei diritti dell’uomo, 1 febbraio 2005, *Ziliberberg v. Moldova*, par. 32); se la condanna dipenda da una constatazione di colpevolezza.

Quanto poi al terzo criterio (natura e gravità della sanzione), esso è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata (Corte Europea dei diritti dell’uomo, 11 giugno 2009, *Dubus S.A.V. c. France*, par. 37). Con specifico riguardo alle sanzioni pecuniarie, la severità è legata alla significatività del sacrificio economico, valutato però avendo riguardo alle condizioni soggettive del destinatario: così, anche una sanzione di pochi Euro è stata considerata di natura penale sull’assunto che il suo ammontare fosse comunque significativo

rispetto al reddito del destinatario (cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Ziliberg v. Moldova*, cit., par. 3).

Peraltro, all'interno della più ampia categoria di accusa penale così ricostruita, la giurisprudenza della Corte EDU ha distinto tra un diritto penale in senso stretto (“*hard core of criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Al di fuori del c.d. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato.

La pragmaticità dell'approccio della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha dunque portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le garanzie di cui all'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale (cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, J. c. F.).

È, pertanto, ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o *quasi-judicial*, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale.

15. Con riferimento alla fattispecie di illecito di manipolazione di mercato cui all'art. 187-ter T.U.F., la Corte EDU, nella sentenza G.S. ha stabilito che le conseguenti sanzioni pecuniarie abbiano carattere penale, ritenendo così applicabile il profilo penale dell'art. 6, par. 1, CEDU.

La Corte EDU è giunta a questa conclusione tenendo conto sia della natura dell'infrazione (che ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici, ovvero la tutela di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale), sia della natura e particolare severità delle sanzioni che può essere inflitta (in grado di ledere il credito delle persone interessate e di produrre conseguenze patrimoniali importanti).

La Corte EDU, tuttavia, implicitamente richiamando la distinzione sopra tratteggiata tra diritto penale in senso stretto e casi non strettamente rientranti nel c.d. *hard core*, ha ritenuto che nell'ipotesi in esame, vertendosi nella seconda situazione, “il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa. Esso presuppone, tuttavia, che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione (S., U., G., P., P. e P. c. A., sentenze del 23 ottobre 1995, rispettivamente par. 34, 37, 42 e 39, 41 e 38, serie A nn. 328 A C e 329 A C).

Fra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare

tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito (*Chevol c. Francia*, n. 49636/99, par. 77, CEDU 2003-III; *S. Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, par. 27, 4 marzo 2004; e *M.D. S.r.l.*, sopra citata, par. 59) (par. 139 della sentenza G.S.).

La Corte EDU, andando poi ad esaminare se il sindacato giurisdizionale esercitato nel giudizio di opposizione innanzi alla Corte di Appello fosse tale da assicurare il rispetto dei requisiti della piena giurisdizione, ha affermato che la Corte d'Appello è un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione, tale da assicurare il rispetto dell'art. 6, par. 1. In concreto, tuttavia, poiché nel caso di specie la Corte d'appello di Torino non aveva tenuta una udienza pubblica, la Corte EDU ha riscontrato, solo rispetto a tale profilo, la violazione, nel caso di specie, dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.

16. Alla luce del percorso giurisprudenziale così sinteticamente ricostruito, emerge, dunque, che le sanzioni che la CONSOB può irrogare all'esito del procedimento cui sono stati sottoposti gli odierni appellanti non appartengono al diritto penale in senso stretto, ma sono sanzioni solo in senso lato assimilabili a quelle penali. Questo implica che esse possono essere irrogate in prima battuta da un'Autorità amministrativa priva dei connotati di indipendenza e imparzialità e all'esito di un procedimento che non offre le garanzie richieste dalla piena giurisdizione. È tuttavia, necessario, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della CEDU, che contro il provvedimento sanzionatorio sia assicurata agli interessati la possibilità di attivare un controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, quale, in linea di principio, deve ritenersi essere la Corte di appello competente a decidere sul relativo giudizio di opposizione, salva la necessità della pubblica udienza.

17. Questo risultato interpretativo, che riconosce la possibilità che una sanzione (in senso lato) penale possa essere applicata anche da un'autorità amministrativa, priva di imparzialità oggettiva, all'esito di un procedimento che non offre le garanzie giurisdizionali proprie del processo penale, non rappresenta, contrariamente a quanto deducono gli appellanti, una sorta di anomala o impropria sanatoria giurisdizionale di una fase amministrativa di per sé, comunque, illegittima perché condotta senza rispettare i principi del giusto processo.

Questa forma di apparente compensazione giurisdizionale delle garanzie mancanti nella fase processuale è il frutto di un ragionamento molto diverso, che affonda le sue radici nella stessa formulazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU e nell'interpretazione tradizionalmente fornita dalla Corte EDU.

L'art. 6, par. 1, della CEDU testualmente prevede, infatti, 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 deciderà sia delle contestazioni sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta".

Limitando l'attenzione al profilo penale di tale disposizione, occorre ricordare come la Corte EDU, al fine di individuare quale sia l'ambito di applicazione e la portata precettiva dell'art. 6, par. 1, attribuisce un significato sostanziale e autonomo, rispetto a quelli dei vari ordinamenti nazionali, non solo al concetto di "accusa penale" (nel cui ambito vengono incluse, come si è visto, pure alcune sanzioni formalmente qualifi-

cate come amministrative dagli ordinamenti nazionali), ma anche al concetto di “tribunale indipendente e imparziale”.

Secondo la Corte EDU non è affatto necessario che i “tribunali” siano organi giurisdizionali in senso proprio secondo la qualificazione dell’ordinamento del foro: basta, sul piano formale, che vi sia un’autorità pubblica che svolga funzioni materialmente giurisdizionali e che sia chiamata a decidere le questioni di sua competenza in maniera indipendente e imparziale nell’ambito di un procedimento amministrativo rispettoso delle garanzie del giusto processo.

In altri termini, secondo la Corte EDU le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo possono essere realizzate anche all’interno del procedimento amministrativo, non essendo di ostacolo la natura formalmente non giurisdizionale dell’autorità che decide sulla fondatezza dell’accusa penale, purché questa sia indipendente dall’esecutivo e terza rispetto alle parti (ovvero tra il soggetto che chiede l’applicazione della sanzione e il potenziale destinatario della stessa).

18. L’art. 6, par. 1, non richiede, quindi, una trasformazione in senso paragiurisdizionale del procedimento amministrativo (e la necessaria applicazione in esso delle garanzie del giusto processo, prima fra tutte quella del contraddittorio orizzontale tra due parti poste in posizioni di parità rispetto all’autorità decidente), ma, semplicemente, l’eventuale connotazione in senso *quasi-judicial* del procedimento amministrativo sanzionatorio consente di ritenere soddisfatte già in tale sede le garanzie sottese al principio del giusto processo.

Nei casi in cui, come accade negli ordinamenti di molti Stati membri, il procedimento amministrativo non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, allora l’art. 6, par. 1, postula che l’interessato che subisce la sanzione abbia la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell’accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*. Il sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte Europea dei diritti dell’uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l’esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale.

La piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un’analisi “*point by point*” su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell’applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all’accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell’amministrazione.

In altre parole, quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice, per supplire alla carenza di garanzie del contraddittorio, di indipendenza del decisore, di parità delle parti, deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco.

Sarebbe, quindi, errato ritenere che, nel pensiero della Corte EDU, la fase giurisdizionale valga a sanare una fase amministrativa illegittima perché priva delle garanzie del giusto processo.

La prospettiva da cui occorre partire è molto differente. Non vi è alcun obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase amministrativa. La fase amministrativa eventualmente priva delle garanzie del giusto processo giurisdizionale non deve,

pertanto, essere considerata ontologicamente illegittima: essa è soltanto inadatta a soddisfare già nella fase amministrativa le garanzie di tutela di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU.

Nel caso in cui tale estensione dovesse avvenire, allora, nell'ambito del procedimento amministrativo connotato in senso *quasi-judicial*, l'autorità che applica la sanzione, nonostante la sua natura formalmente amministrativa, verrebbe già considerata un "tribunale indipendente e imparziale" e non vi sarebbe la necessità, ai fini del rispetto dell'art. 6, par. 1, della CEDU, di assicurare al soggetto sanzionato la possibilità di un successivo ricorso giurisdizionale di piena giurisdizione di fronte ad un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale.

In base all'art. 6, par. 1, della CEDU, quindi, gli Stati possono scegliere: o realizzare le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa – e, in questo caso, un successivo controllo giurisdizionale potrebbe persino (dal punto di vista della CEDU) non essere neppure previsto (cfr. ad esempio la sentenza della *Grand Chambre*, 22 novembre 1995, caso 19178/91, B. c. Regno Unito) –, ovvero assicurare il ricorso di piena giurisdizione, consentendo che la sanzione applicata dall'autorità amministrativa sia sottoposta ad un sindacato pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva.

La scelta per la seconda opzione non dà evidentemente vita ad una anomala forma di sanatoria processuale di un procedimento oggettivamente illegittimo perché privo di adeguate garanzie. La fase amministrativa pur non connotata dal rispetto delle garanzie del giusto processo è perfettamente legittima, solo che essa postula l'esistenza di una fase processuale in grado di offrire quelle garanzie.

In questo senso deve intendersi il principio di continuità tra la fase amministrativa e quella giurisdizionale e la più volte menzionata possibilità di recuperare in sede processuale il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'imparzialità e della parità delle parti.

20. Il nostro ordinamento (non diversamente dagli ordinamenti di molti altri Stati membri) ha scelto di strutturare il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative senza assicurare le garanzie del giusto processo.

È vero, infatti, che la giurisprudenza nazionale, ha, ormai da tempo, elaborato il principio del "giusto procedimento" (riconoscendone, entro certi limiti, anche la valenza costituzionale: cfr. Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103), in forza del quale ogni procedimento amministrativo deve svolgersi nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali che assicurino, fra l'altro, la partecipazione degli interessati e il conseguente contraddittorio endoprocedimentale, la conoscenza degli atti del procedimento, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione.

È altrettanto vero che vi è nell'ordinamento nazionale una crescente tendenza ad assimilare il "giusto procedimento" al "giusto processo", anticipando, già in sede procedimentale, molte garanzie tradizionalmente tipiche del processo e dell'esercizio della giurisdizione.

Tale fenomeno di assimilazione è ancora più evidente con riferimento ai procedimenti sanzionatori di competenza delle c.d. Autorità amministrative indipendenti. In questo caso, infatti, le tradizionali garanzie del giusto procedimento si rafforzano in ragione della particolare configurazione strutturale-organizzativa delle stesse *Authorities*, sottratte al circuito politico governo-parlamentare e, quindi, non sottoposte al-

la funzione di indirizzo politico dell'Esecutivo. Proprio questi tratti di indipendenza e di neutralità hanno talvolta condotto ad ipotizzarne una natura paragiurisdizionale.

Spesso, inoltre, il legislatore (cfr., con riferimento a Banca d'Italia, CONSOB, Isvap e Covip, art. 24 della L. 28 dicembre 2005, n. 262) nel disciplinare il procedimento sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti ha espressamente prescritto la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, attuando il principio per cui un soggetto non può essere al tempo stesso *judge and jury*).

Analoghe forme di separazione tra organi con funzioni istruttorie e organi con funzioni decidenti vengono per lo più assicurate, in maniera più o meno intensa, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori di pressoché tutte le altre Autorità amministrative indipendenti, alla luce di quanto previsto dai relativi regolamenti sanzionatori.

In questa direzione si muove, con specifico riferimento alla CONSOB, anche l'art. 187-*septies*, comma 2, del TUF ai sensi del quale "il procedimento sanzionatorio è retto da principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie".

Proprio dando attuazione a questo principio di separazione, la CONSOB, con le Delib. n. 15086 del 2005 e Delib. n. 18750 del 2013, ha delineato un assetto organizzativo e una procedura per l'accertamento e l'applicazione delle sanzioni di propria competenza caratterizzato da una fase istruttoria "bifasica" che si svolge dapprima dinanzi alla Divisione competente per materia e successivamente dinnanzi all'ufficio Sanzioni Amministrative all'uopo istituito, e da una fase decisoria di competenza della Commissione.

Tale separazione, tuttavia, è, come si evidenzierà meglio nel prosieguo, di carattere meramente funzionale, e non è tale, pertanto, da assicurare la c.d. imparzialità oggettiva, ovvero che il soggetto che decide sulla sanzione sia diverso, da un punto di vista strutturale e organizzativo, da quello che svolge l'istruttoria.

Nel caso della CONSOB (così come nel caso di molte Autorità indipendenti) funzione istruttoria e funzione decisoria, sebbene affidate a organi e uffici tra loro distinti, sono, comunque, da un punto di vista, soggettivo-strutturale concentrate in capo da un'unica Autorità. Il contraddittorio che si svolge nell'ambito del procedimento sanzionatorio rimane, quindi, un contraddittorio di tipo verticale, in cui il privato si confronta con un soggetto che non si colloca in posizione di parità, ma ha un ruolo di superiorità, essendo lo stesso soggetto titolare del potere di irrogare la sanzione.

Come ha rilevato la Corte EDU, con la sentenza G.S., rimane comunque il fatto che l'Ufficio competente, l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente. Secondo la Corte EDU, ciò si esprime nel consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ed in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 par. 1 della Convenzione.

21. Una reale separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria (nel modo necessario per assicurare il rispetto della c.d. imparzialità oggettiva come tratteggiato dalla Corte EDU) non è, tuttavia, praticabile *de jure condito*. Essa richiederebbe un radicale ripensamento del sistema delle Autorità indipendenti, attraverso la creazione, ad esempio, di Autorità indipendenti con funzioni soltanto inquirenti e

l'attribuzione al giudice del potere di irrogare le relative sanzioni sul modello del sistema anglo-americano.

Si pensi, in tal senso, alla soluzione accolta dall'*Administrative Procedure Act* degli Stati Uniti, in base al quale nelle Agenzie la funzione istruttoria è separata da quella decisionale che è attribuita agli *Administrives Law Judges*). Analogamente nel sistema inglese la fase investigativa ed istruttoria è svolta dalla *Financial Conduct Authority* (FCA) mentre il potere decisorio è attribuito ad un Comitato del tutto indipendente (il *Regulatory Decision Committee*), composto da professionisti che rappresentano l'interesse pubblico e che non sono titolari di un rapporto di lavoro con la FCA.

In alternativa, sempre *de jure condendo*, una più netta separazione può essere realizzata attraverso la creazione di due Autorità con funzioni chiaramente distinte (l'una istruttoria, l'altra decisoria), sulla falsariga di quanto accaduto in Francia, dove, in seguito alla sentenza *Dubus* (Corte Europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04, *Dubus S.A.V. c. Francia*), è stata creata, in luogo della *Commission bancaire* (COB), una nuova autorità di controllo sul sistema bancario (*l'Autorité de contrôle prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica (cfr. l'art. L 612-4 dell'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010).

Tali sistemi alternativi, tuttavia, sebbene praticabili (e, per alcuni versi, forse anche auspicabili) *de jure condendo*, non solo non corrispondono al diritto vigente, ma tantomeno costituiscono soluzioni imposte o obbligate dagli obblighi sovranazionali derivanti dall'appartenenza alla CEDU.

22. Appurato che il regolamento CONSOB non presenta motivi di contrasto con l'art. 6, par. 1, della CEDU, occorre ora, tuttavia, vagliarne la legittimità alla luce delle disposizioni di rango sia costituzionale sia legislativo dell'ordinamento nazionale.

23. Rispetto ai precetti costituzionali non emergono profili di illegittimità.

Le norme della Costituzione che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio cioè il procedimento in cui il giudice è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali al fine di statuire su posizioni soggettive, e sono rivolte a garantire che, nel dibattito prodromico alla decisione, siano presenti tutti gli interessati, in situazione di parità e con effettiva possibilità di formulare le deduzioni difensive ritenute opportune. Il procedimento amministrativo, ancorché sia finalizzato ad un provvedimento incidente su diritti soggettivi non è assimilabile al giudizio, sicché l'assenza di una totale equiparazione del procedimento amministrativo al giusto processo non autorizza ad ipotizzare un contrasto con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio (Civ., Sez. Un., 20 settembre 2009, n. 20935).

La nozione di "giusto processo", enunciata dall'art. 111, è dunque direttamente riferibile soltanto ai giudizi destinati a svolgersi dinanzi ad organi giurisdizionali, come inequivocabilmente conferma già l'intestazione della sezione II ("Norme sulla giurisdizione"), del titolo IV della Costituzione (a propria volta intestato alla "Magistratura").

Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo anche sanzionatorio è vincolata solo al rispetto dei più generici principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, posti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché al generalissimo principio di legalità che è sempre sotteso all'operare della pubblica amministrazione.

È appena il caso di aggiungere, peraltro, che lo stesso ordinamento processuale penale interno prevede un procedimento a contraddittorio (totalmente) differito – il procedimento per decreto – transitato costantemente indenne al vaglio di legittimità costituzionale (cfr., *ex plurimis*, Corte Cost. 18 luglio 2003, n. 257; Corte cost. 16 aprile 2003, n. 132; Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 8).

La considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo sanzionatorio, in forza della sua immediata esecutività (ciò diversamente da quanto accade per il decreto penale di condanna, la cui esecutività è subordinata alla mancata proposizione dell'opposizione), potrebbe produrre effetti gravemente lesivi in danno al privato che ne sia destinatario ancor prima che quest'ultimo possa eventualmente invocare rimedi giurisdizionali, non basta, di per sé a giustificare sul piano costituzionale un obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase procedimentale sanzionatoria. Se così fosse, infatti, una tale estensione dovrebbe predicarsi non solo per i provvedimenti sanzionatori, ma per molti altri provvedimenti amministrativi, i quali, pur senza connotazione sanzionatoria, possono ugualmente essere fonte di gravissimi pregiudizi per il privato che ne è destinatario e dare parimenti luogo al pericolo di lesioni ingiustificate prima dell'intervento giurisdizionale.

Tale pericolo non può essere però risolto invocando la giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo. Al contrario, la soluzione corretta e costituzionalmente compatibile è quella che passa attraverso un bilanciamento tra le esigenze di tutela del privato e il contrapposto interesse alla prontezza e alla efficacia dell'azione amministrativa.

Da tale punto di vista, l'ampiezza, l'efficacia e l'immediatezza della tutela cautelare, *anche ante causam* e monocratica, è certamente in grado di assicurare, tanto nel processo amministrativo quanto in quello civile di opposizione alle sanzioni amministrative, un equilibrato temperamento degli opposti interessi, scongiurando così il pericolo che il destinatario del provvedimento sia privato della ineliminabile garanzia della tutela effettiva.

25. Resta da esaminare, a questo punto la compatibilità del regolamento CONSOB con le previsioni di rango primario contenute negli artt. 187-*septies* e 195 del T.U.F., nel testo risultante dopo le modifiche introdotte con la L. 18 aprile 2005, n. 62 (che ha modificato integralmente l'intero procedimento sanzionatorio allora vigente, attribuendo alla CONSOB la competenza sia della fase istruttoria che di quella decisoria, prima riservata al Ministero dell'Economia e delle Finanze).

Le disposizioni appena menzionate stabiliscono, come si è già evidenziato, che il procedimento sanzionatorio di competenza della CONSOB debba essere retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Sono, nella sostanza, gli stessi principi richiamati dall'art. 24 della L. 28 dicembre 2005, n. 262, che ne ha esteso l'applicazione anche ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, dell'Ivass e della Covip.

In attuazione delle citate disposizioni, la CONSOB ha esercitato la propria potestà organizzatoria con la Delib. 21 giugno 2005 n. 15086, poi abrogata e sostituita dalla Delib. 19 dicembre 2013, n. 18750 (non rilevante tuttavia *ratione temporis* nel presente giudizio in quanto applicabile solo ai procedimenti sanzionatori avviati successivamente alla sua entrata in vigore, ovverosia successivamente al 10 marzo 2014, mentre nei

confronti degli odierni appellanti il procedimento sanzionatorio è stato avviato il 6 dicembre 2013).

In base a detto regolamento, prodromica a ogni procedimento sanzionatorio è una fase preliminare, nella quale la CONSOB raccoglie gli elementi di fatto e le informazioni sulle quali si basa l'eventuale successiva fase istruttoria. Nell'ambito dei propri poteri di vigilanza ispettiva l'Autorità di controllo dispone, infatti, di ampi poteri-doveri di indagine per l'accertamento di violazioni potendo, in base al T.U.F., accedere alla sfera giuridica dei soggetti informati sui fatti: la Commissione può richiedere notizie, dati e documenti, registrazioni telefoniche, disporre audizioni personali e sequestrare beni, ed effettuare perquisizioni; l'Autorità si può peraltro avvalere della collaborazione di altre pubbliche amministrazioni.

Ad esito dell'attività di vigilanza, il dialogo tra gli uffici della CONSOB può condurre l'ufficio competente ad avviare il procedimento sanzionatorio vero e proprio, che ha inizio con la formale contestazione per iscritto degli addebiti ai soggetti interessati (con requisiti minimi di contenuto). Dalla notifica delle contestazioni, i soggetti interessati hanno 120 giorni di tempo per presentare proprie memorie scritte e documenti.

Il procedimento sanzionatorio, all'epoca dei fatti, si divideva in una fase istruttoria e una decisoria. La prima, a sua volta, comprendeva due sotto-fasi: "parte istruttoria di valutazione delle deduzioni", che si svolgeva dinanzi alla Divisione competente, e "parte istruttoria della decisione", per la quale era competente l'Ufficio Sanzioni Amministrative ("U.S.A."). La Divisione competente, ricevute le eventuali controdeduzioni da parte degli interessati, formulava proprie valutazioni e trasmetteva il fascicolo all'U.S.A. Quest'ultimo inviava agli interessati un avviso e la relazione della Divisione, i quali avevano a disposizione 30 giorni per presentare ulteriori memorie e documenti.

L'U.S.A., effettuate le proprie valutazioni anche sulla base degli scritti difensivi, predisponendo una relazione sulla violazione ed eventualmente contenente una proposta di sanzione, che veniva trasmessa ai Commissari, ai quali spetta la decisione circa il provvedimento sanzionatorio. Punto delicato è che le deduzioni dell'U.S.A. non sono condivise con gli interessati, né questi hanno la facoltà di presentare documenti o essere uditi dalla Commissione. La Commissione quindi, con decreto motivato, irroga la sanzione o archivia il procedimento.

Si tratta di verificare se la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento CONSOB impugnato assicuri il rispetto dei principi richiamati dalla norma legislativa e, segnatamente, del principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti.

26. Il Collegio ritiene che il quesito debba trovare una risposta negativa.

Va preliminarmente evidenziato che la disposizione legislativa, nel richiamare il principio del contraddittorio non fissa esplicitamente un livello minimo di tutela, né tantomeno impone l'adozione di un modulo procedimentale che offra garanzie del tutto equiparabili a quelle proprie del giusto processo giurisdizionale,

Il legislatore non fornisce direttamente una definizione della nozione di contraddittorio di cui impone il rispetto.

Tale nozione deve essere, pertanto, ricavata in via interpretativa, tenendo conto del complessivo contesto in cui si inserisce la disposizione in esame.

27. Giova a tal proposito evidenziare che quella di “contraddittorio” costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all’interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco. Persino nella sede giurisdizionale, il principio del contraddittorio subisce adattamenti e limitazioni in funzione del tipo di processo (cognizione, di esecuzione, cautelare).

Diverse sono anche le funzioni del contraddittorio: funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione in funzione collaborativa, di rappresentanza degli interessi.

Il più alto livello di contraddittorio è certamente quello di matrice processuale: il contraddittorio orizzontale e paritario (contraddittorio tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento.

Il contraddittorio procedimentale (quello che si svolge nell’ambito dei procedimenti amministrativi) è, invece, normalmente di tipo verticale (contraddittorio tra l’interessato sottoposto e l’Amministrazione titolare del potere e collocata, quindi, su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva.

Ha prevalentemente queste caratteristiche e questa funzione (più partecipativa che difensiva) il contraddittorio che trova la sua concreta disciplina nell’ambito della L. 7 agosto 1990, n. 241 (“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”), che detta una disciplina generale destinata ad applicarsi, salvo discipline speciali, ad ogni procedimento amministrativo.

Occorre allora chiarire se il contraddittorio richiamato in generale dall’art. 195 e, per la specifica materia del c.d. *market abuse* che qui viene in rilievo, dall’art. 187-*septies* T.U.F, sia semplicemente il “tradizionale” contraddittorio endoprocedimentale (con finalità partecipativa e collaborativa) già conosciuto nell’ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo o se, al contrario, si tratti di un concetto più stringente di contraddittorio, volto ad imporre, in un’ottica difensiva, l’introduzione di garanzie ulteriori.

28. Il Collegio ritiene che meriti condivisione la seconda opzione ermeneutica, quella secondo cui il contraddittorio richiamato per i procedimenti sanzionatori della CONSOB sia un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo.

Sono numerosi gli argomenti che depongono a sostegno di tale conclusione.

In primo luogo, l’obbligo di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori della CONSOB viene introdotto (dalla L. n. 62 del 2005) e poi ribadito (dalla L. n. 262 del 2005), in un contesto normativo ed in un momento storico in cui già esiste da tempo, nell’ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla L. n. 241 del 1990, il riconoscimento di un livello minimo di contraddittorio, prevalentemente inteso come momento di partecipazione, collaborazione e rappresentanza degli interessi.

L’intervento normativo del 2005 non avrebbe, quindi, quasi alcuna reale utilità se si dovesse concludere nel senso che il legislatore abbia voluto limitarsi, attraverso l’enfatico richiamo ai principi del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti, a

ribadire obblighi di trasparenza e di partecipazione già da tempo sanciti dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Al contrario, la portata innovativa e autonomamente precettiva delle richiamate disposizioni legislative viene conservata e valorizzata ritenendo che il risultato della disciplina in esame sia proprio quello di imporre uno standard di contraddittorio più elevato rispetto a quello già assicurato dalla legge generale del procedimento amministrativo, un livello di contraddittorio che, con riferimento a questa particolare tipologia di procedimenti, il legislatore ha voluto in parte assimilare a quello di matrice processuale.

Deve poi evidenziarsi come il principio del contraddittorio sia richiamato insieme a quelli di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, che sono pure tipici principi di matrice processualistica e che, a loro volta, evocano il rispetto di un nucleo minimo di garanzie senz'altro più elevato di quello assicurato nell'ambito dei comuni procedimenti amministrativi. In questi ultimi, infatti, la conoscenza degli atti è solo eventuale (ed avviene principalmente ad iniziativa dell'interessato mediante il c.d. accesso endoprocedimentale) e non vi è certamente alcuna forma di separazione tra istruttoria e decisione.

Tali conclusioni trovano ulteriore conferma nel fatto che il procedimento amministrativo sanzionatorio viene, tuttavia, ormai per lo più ritenuto (anche a prescindere dalla sua inclusione nell'ambito della "materia penale" da parte della Corte EDU) un procedimento *sui generis* rispetto ai comuni procedimenti amministrativi, in quanto l'Amministrazione è chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire, in nome dell'interesse generale all'osservanza delle leggi. Si ritiene, pertanto, che il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, paragiurisdizionale, che richiederebbe un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, che dovrebbe, quindi, essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco.

Evidentemente, quindi, con la novella legislativa del 2005, il legislatore ha inteso soddisfare tali esigenze, imponendo, almeno con riferimento al procedimento sanzionatorio della CONSOB, il rispetto di un più elevato livello di contraddittorio rispetto a quello già assicurato per i comuni procedimenti amministrativi.

29. Fatta tale necessaria premessa, deve rilevarsi come il regolamento CONSOB si ponga al di sotto dello standard di contraddittorio fissato dal legislatore.

Non vi è dubbio, infatti, che la fase del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla CONSOB presenti numerose criticità (che neanche il successivo regolamento del 2013 riesce a superare), sul piano del rispetto del c.d. *fair trial*.

Nella fase istruttoria non viene, infatti, garantito, come anche la dottrina maggioritaria non ha mancato di rilevare, un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno.

Dopo la contestazione dell'addebito agli interessati, un vero e proprio contraddittorio si instaura unicamente tra costoro e la Divisione competente che ha compiuto gli accertamenti sfociati nella contestazione, in modo da permettere a detta Divisione di tenere conto delle eventuali deduzioni difensive già nella relazione da trasmettere all'Ufficio sanzioni amministrative.

Certamente anche questo Ufficio, nel formulare la proposta per la Commissione, terrà conto delle medesime deduzioni difensive e di quelle ulteriori che gli siano nel

frattempo pervenute. Non è previsto, però, che la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione.

Dopo l'iniziale ridotta partecipazione, pertanto, il procedimento sanzionatorio prosegue in totale assenza di contraddittorio. La relazione dell'ufficio che svolge l'istruttoria non viene, infatti, inviata all'interessato, in violazione dei diritti di piena conoscenza degli atti istruttori, e le controdeduzioni giungono alla Commissione, titolare del potere di decisione finale, solo attraverso la relazione dell'ufficio istruttorio. Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà.

L'interessato si vede, in particolare, preclusa la possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni (*in primis*, la definitiva qualificazione giuridica dell'istituto) non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria.

Questo *iter* procedimentale, così come disegnato dal regolamento impugnato, determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale.

La contraria opinione, in passato accolta dalla giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame sarebbe adeguatamente assicurato dalla previa contestazione degli addebiti all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, risulta, dunque, frutto di una concezione eccessivamente riduttiva della nozione di contraddittorio.

È certamente vero che esiste un legame logico e funzionale tra contestazione degli addebiti e l'attuazione del contraddittorio e che entrambe riguardano l'esercizio del diritto di difesa, ma queste garanzie non sono da sole sufficienti ad assicurare il principio del contraddittorio. Il principio del contraddittorio specificamente richiamato dal legislatore con riferimento ai procedimenti sanzionatorio della CONSOB implica, infatti, qualcosa di più: implica non solo che all'interessato deve essere assicurato il diritto di controdedurre rispetto all'addebito contestatogli, ma che la difesa debba poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida.

La prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione.

30. Alla luce delle considerazioni svolte, l'appello principale risulta, dunque, fondato, limitatamente al profilo evidenziato,

31. La fondatezza dell'appello principale rende attuale la soccombenza della CONSOB e fa nascere, come sopra si è evidenziato, un interesse attuale alla decisione dell'impugnazione incidentale condizionata.

32. La CONSOB attraverso l'appello incidentale condizionato ripropone, in sintesi, le seguenti eccezioni di: i) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che la presente controversia afferisca alla materia "procedimentale sanzionatoria", dal che discenderebbe integralmente la giurisdizione del giudice ordinario (e, segnatamente, della Corte d'appello funzionalmente competente); ii) l'inammissibilità del ricorso contro la nota CONSOB 11 agosto 2014, avendo essa natura meramente interlocutoria ed endoprocedimentale; iii) l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso proposto contro il regolamento del 2013, non essendo quest'ultimo applicabile *ratione temporis* al procedimento sanzionatorio instaurato contro gli appellanti principali; iv) l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso proposto contro il regolamento del 2005, atteso che la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni normative impugnate non consentirebbero di ravvisare l'attualità della sanzione lamentata dal ricorrente.

33. L'eccezione di difetto di giurisdizione non merita accoglimento.

L'oggetto del presente giudizio non, è infatti, la sanzione amministrativa (peraltro non ancora irrogata essendo il procedimento sanzionatorio ancora in corso), ma l'atto di natura regolamentare con il quale la CONSOB, nell'esercizio del potere conferitole dal legislatore, ha disciplinato il procedimento sanzionatorio.

Deve al riguardo escludersi, come correttamente ritenuto dal T.a.r., che la giurisdizione riservata al giudice ordinario sul provvedimento sanzionatorio possa estendersi anche agli atti amministrativi o regolamentari che non costituiscono diretta e concreta espressione della potestà sanzionatoria.

La giurisdizione del giudice ordinario riguarda la sanzione inflitta e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni CONSOB non è, infatti, una giurisdizione di carattere esclusivo, in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla "materia procedimentale sanzionatoria" (come sostiene la CONSOB nei suoi scritti difensivi), a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva vantata dall'interessato.

Al contrario, come si desume anche dalla sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162, la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni inflitte dalla CONSOB deriva dal fatto che di fronte ad esse si rinvencono tradizionalmente situazioni di diritto soggettivo, in quanto le stesse sono applicate sulla base di criteri che non possono considerarsi espressione di discrezionalità amministrativa.

La giurisdizione ordinaria, tuttavia, viene meno nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto (amministrativo o regolamentare), adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, che si colloca a monte del procedimento sanzionatorio, fissando, come nel caso di specie, le regole relative al suo svolgimento.

In tale caso, venendo in rilievo un potere autoritativo di natura regolamentare, torna ad operare la giurisdizione del giudice amministrativo, secondo gli ordinari criteri di riparto.

Non rileva, in senso contrario, la considerazione che il regolamento impugnato in questa sede potrebbe, in ipotesi, essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice ordinario investito dell'impugnazione avverso la sanzione amministrativa.

La possibile concorrenza tra il potere del giudice amministrativo di annullare l'atto amministrativo o regolamentare a valle e il potere del giudice ordinario di disapplicarlo nell'ambito del giudizio volto a contestare il provvedimento sanzionatorio a monte è, infatti, una evenienza fisiologica e compatibile con i principi in materia di riparto della giurisdizione.

Non si tratta, è bene chiarirlo, di una forma inammissibile di c.d. "doppia tutela" avverso il medesimo atto, ovvero della surrettizia riproposizione del criterio di riparto ormai abbandonato fondato sul c.d. *petitum* formale, ma della naturale convivenza nell'ambito della materia procedimentale sanzionatoria di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di diritto soggettivo (rispetto agli atti conclusivi del procedimento).

Ed è allora evidente che laddove la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale. Nel caso in cui, invece, la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia l'atto regolamentare o amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato.

Nel caso di specie il regolamento non viene contestato per i vizi riflessi che dalla sua illegittimità possono derivare sulla sanzione (non ancora applicata del resto), ma è oggetto di una immediata e diretta contestazione sul presupposto che la sua esistenza arrechi un *vulnus* a situazioni giuridiche che assumono la consistenza di interessi legittimi.

Del resto la possibilità che uno stesso atto amministrativo o regolamentare, presupposto dell'adozione di successivi atti applicativi demandati alla giurisdizione ordinaria, possa essere, a seconda del tipo di lesione lamentata, oggetto di annullamento (da parte del giudice amministrativo) o di disapplicazione (da parte del giudice ordinario) si riscontra anche in diversi ambiti, in cui è pure ravvisabile *mutatis mutandis*, questa possibile duplicità di situazioni soggettive.

Si pensi, ad esempio, alle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato e alla coesistenza tra la giurisdizione ordinaria sulla controversie relative al rapporto di lavoro e a quella amministrativa sulle controversie che hanno direttamente ed immediatamente ad oggetto gli atti presupposti di natura amministrativa o regolamentare.

Si pensi ancora ai rapporti tra la giurisdizione tributaria sulle controversie aventi ad oggetto l'applicazione dei tributi e a quella, pacificamente riconosciuta, del giudice amministrativo sull'impugnazione dei regolamenti che istituiscono o disciplinano i tributi.

Nel caso di specie, l'oggetto del giudizio non è la sanzione amministrativa, ma la delibera CONSOB 21 giugno 2005, n. 15086, ovvero un atto di natura regolamentare che fuoriesce dalla giurisdizione ordinaria in materia di sanzioni.

Diversamente opinando, del resto, si finirebbe per giungere alla conclusione secondo cui determinati atti amministrativi o regolamentari, solo perché afferiscono a materie o procedimenti destinati a concludersi con un provvedimento riservato alla giurisdizione ordinaria, non potrebbero essere impugnati innanzi al giudice amministrativo e da questo annullati, ma solo disapplicati dal giudice ordinario. La prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione. È evidente, tuttavia, come simile conclusione, concretizzando una "limitazione dei mezzi di impugnazione" si porrebbe in stridente contrasto con l'art. 113, comma 2, Cost.

34. Risulta, invece, fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse.

Giova al riguardo precisare che il vero *thema decidendum* del presente giudizio, quale si desume, al di là delle richieste formulate, dal tenore complessivo degli scritti difensivi e delle censure articolate, è la Delib. n. 15086 del 21 giugno 2005, che disciplina, *ratione temporis*, il procedimento sanzionatorio instaurato nei confronti degli originari ricorrenti.

Esula dal presente giudizio, quindi, il successivo regolamento del 2013 (approvato con Delib. n. 18750 del 2013) non applicabile *ratione temporis* e la cui impugnazione deve ritenersi, quindi, proposta solo in via meramente tuzioristica.

Ugualmente non assume alcun rilievo la lettera con la quale, in data 11 agosto 2014, l'Ufficio Sanzioni Amministrative, in risposta alla diffida presentata dai ricorrenti, ha comunicato che non avrebbe preso in considerazione la richiesta di modifica del regolamento, con sospensione, nelle more, del procedimento sanzionatorio avviato. Tale nota costituisce, infatti, un atto meramente ricognitivo e interlocutorio, che non ha in sé carattere provvedimentale e che non aggiunge niente di nuovo al contenuto precettivo del regolamento.

L'oggetto del giudizio è, quindi, costituito dalla Delib. n. 15086 del 21 giugno 2005, che detta la disciplina regolamentare, applicabile *ratione temporis*, del procedimento sanzionatorio.

35. La questione relativa alla impugnabilità da parte dei singoli delle norme regolamentari è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha affermato che il singolo non è, di regola, legittimato ad impugnare le norme regolamentari in quanto la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni normative impediscono di ravvisare sia l'attualità della lesione sia una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo* (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Commissione speciale, parere 14 febbraio 2013, n. 3909/11).

La lesione che radica l'interesse al ricorso deve, infatti, essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto.

Nel caso in esame, la lesione si attualizzerà soltanto se e quando verrà eventualmente inflitta la sanzione, fonte di effetti immediatamente e direttamente lesivi.

A differenza di quanto ritenuto dal T.a.r. la mera pendenza del procedimento sanzionatorio non vale ad attualizzare la lesione.

La pendenza del procedimento sanzionatorio può forse valere a differenziare la posizione degli odierni ricorrenti rispetto al *quisque de populo* (determinando quindi una forma di legittimazione al ricorso), ma non consente di superare l'obiezione derivante dalla mancanza dell'altra condizione dell'azione, l'interesse al ricorso, che richiede l'attualità della lesione e, dunque, nel caso in esame, la concreta inflizione della sanzione.

Diversamente opinando, del resto, troverebbero ingresso nel processo amministrativo interessi meramente procedurali (al mero rispetto delle regole del giusto procedimento, a prescindere dall'attualità della lesione a scapito di un interesse sostanziale), il che si porrebbe in evidente contrasto con la tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come pretesa sostanziale, il cui oggetto è costituito da reali beni della vita e non dalla mera osservanza delle regole procedurali da parte dell'Amministrazione.

Nonostante la crescente importanza assunta (sia a livello nazionale che sovranazionale) dal principio del giusto procedimento, deve, tuttavia, escludersi che la pretesa al c.d. "giusto procedimento" sia una pretesa giuridicamente rilevante e autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio.

Si deve, in altri termini, escludere che il "giusto procedimento" costituisca, di per sé un bene della vita di cui il privato può chiedere autonomamente la tutela anche autonomamente e separatamente dalla pretesa economico-patrimoniale correlata all'applicazione di sanzioni eventualmente illegittime.

39. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello incidentale condizionato proposto dalla CONSOB deve, pertanto, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado deve essere dichiarato inammissibile.

40. La complessità della questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale condizionato e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

9) TRIBUNALE DI BERGAMO, ORDINANZA, 16 SETTEMBRE 2015*(Omissis)***SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'imputato è stato tratto a giudizio per rispondere del reato sopra indicato con decreto di citazione diretta in data 13.11.2014; con memoria difensiva depositata in occasione della prima udienza dibattimentale utile dell'8.7.2015 venivano prodotti la contestazione dell'Agenzia delle Entrate concernente l'omesso versamento IVA nei termini e per il periodo di imposta sopra indicati, la relativa cartella esattoriale iscritta a ruolo in data 6.11.2013, l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione presentata dall'imputato e l'attestazione dei pagamenti delle prime rate dal medesimo imputato effettuati.

Deve dunque concludersi che l'imputato è stato sottoposto a procedimento penale dopo essere stato oggetto di un regolare procedimento amministrativo definitivamente concluso prima dell'instaurazione del procedimento penale, in relazione al quale procedimento amministrativo – come risulta dalla documentazione prodotta e sopra indicata – l'autorità amministrativa sta riscuotendo l'intero ammontare dell'imposta non pagata oltre alla sanzione pari ad Euro 84.748,74.

In un simile contesto, ritiene questo giudice, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, che la celebrazione e la definizione del presente procedimento penale possano rappresentare una violazione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE (“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”); in argomento assumono rilievo, tra le altre, tre recenti pronunce delle Corti Europee:

- Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 26.2.2013 nella causa C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akelberg Fransson*, secondo cui una combinazione di sanzioni amministrative e penali per le medesime violazioni in materia di obblighi dichiarativi sarebbe astrattamente compatibile con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del protocollo CEDU e dal citato art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, salvo che la sanzione amministrativa non debba essere in concreto ritenuta di natura penale all'esito della valutazione rimessa al giudice nazionale;

- Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, IV Sezione, del 20.5.2014 nella causa N. contro Finlandia, secondo cui deve essere qualificata come di natura penale (sulla base dei noti *“Engel criteria”*) la sovrattassa di 1.700 Euro applicata in sede amministrativa al ricorrente e divenuta definitiva prima dell'instaurazione del procedimento penale per frode fiscale, conclusosi con sentenza di condanna a pena detentiva;

- Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, V Sezione, del 27.11.2014 nella causa L.D. contro Svezia, che ha fornito una precisa interpretazione del concetto di “stesso fatto” (*“same offence”*).

Orbene, quanto al Diritto nazionale, la sanzione amministrativa per gli omessi versamenti, alle prescritte scadenze, di imposte (periodici, in acconto, a conguaglio o a saldo) risultanti dalla dichiarazione è prevista dall'art. 13 comma 1 D.Lgs. n. 471 del 1997 ed è corrispondente al 30% dell'importo non versato; la disciplina penale prevede, all'art. 10-ter del D.Lgs. n. 74 del 2000, che sia punito con la reclusione da sei mesi

a tre anni chiunque non versi l'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo e sempre che l'ammontare dell'imposta sia superiore a una determinata soglia di rilevanza penale, nel caso in esame abbondantemente superata.

La materia di interesse nel sistema italiano è specificatamente regolata dagli artt. 19 e segg. D.Lgs. n. 74 del 2000, raccolti nel titolo "Rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti"; in sintesi, è normativamente previsto che:

- il procedimento penale e quello amministrativo procedano separati, cioè che nessuno dei due debba essere sospeso in attesa della definizione dell'altro;

- che l'Ufficio competente irroghi comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni finanziarie oggetto della notizia di reato;

- che tuttavia tali sanzioni non siano eseguibili, salvo che il procedimento penale sia definito con archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto, e in quest'ultimo caso il termine per la riscossione decorre dalla data di comunicazione all'Ufficio del provvedimento assoluto. Tale articolata previsione, tuttavia, scongiura solo in astratto il pericolo che sanzione penale e sanzione amministrativa si cumulino in capo al responsabile, essendo in concreto possibile – e il caso in esame ne è prova evidente – che un soggetto si trovi sottoposto a procedimento penale dopo che gli è stata inflitta in via definitiva una sanzione amministrativa; ma soprattutto il sistema delineato entra in palese contraddizione con se stesso nel momento in cui è prevista, all'art. 13 del medesimo D.Lgs. n. 471 del 1997, l'attenuante speciale del pagamento del debito tributario (attenuante che sola rende altresì possibile il "patteggiamento" per i reati tributari), pagamento che, per espressa dizione del comma 2, "deve riguardare anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato a norma dell'art. 19". Si desume insomma che chi voglia godere di benefici in sede penale deve volontariamente rinunciare al divieto di *bis in idem*.

Passando ad esaminare il caso di specie, l'attuale imputato è stato "condannato" in via definitiva dall'Amministrazione Finanziaria per l'omesso versamento di IVA risultante dalla dichiarazione relativa all'anno di imposta 2011 per un ammontare complessivo di Euro 282.495,76; tale "condanna" ha comportato il pagamento della somma di Euro 84.748,74 a titolo di sanzione, ed è attualmente in esecuzione alla luce della documentata rateizzazione.

Per gli stessi fatti l'imputato è stato tratto a giudizio in sede penale.

Quanto all'identità soggettiva di chi si assume più volte sanzionato per lo stesso fatto, la documentazione prodotta attesta che la cartella di pagamento è stata emessa nei confronti della persona fisica M. L., e che il medesimo M. è rinviato a giudizio quale titolare dell'omonima ditta individuale; vi è dunque coincidenza tra destinatario della sanzione amministrativa e soggetto rinviato a giudizio.

Quanto all'identità del fatto, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale nazionale, il principio di specialità non si applicherebbe nei rapporti tra i reati di omesso versamento (di ritenute certificate o IVA) e gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle somme dovute a tali titoli, in quanto tra reato e illecito amministrativo intercorrerebbe un rapporto (non di specialità ma) di "progressione": l'illecito amministrativo cioè si perfezionerebbe al momento dell'omesso versamento periodico delle singole scadenze mentre il reato si consuma alla scadenza del termine

per la presentazione della dichiarazione annuale. Al di là dell'osservazione per cui una simile interpretazione trascura il dato sostanziale per cui il reato implica necessariamente il passaggio attraverso gli illeciti amministrativi, e dunque non pare applicare correttamente il principio dell'assorbimento, ben diversi sono i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo fin dal noto caso S.Z. contro Russia, che ha costituito una fondamentale inversione di rotta rispetto all'orientamento precedente. In sintesi, secondo la Corte, il punto di riferimento non deve essere l'astratta previsione legislativa ("*legal characterisation*"), ma il fatto concreto, e in applicazione di tali principi ha concluso che il procedimento tributario e quello penale che si riferiscano al medesimo periodo temporale e allo stesso ammontare debbono essere considerati come *idem factus* ai sensi dell'art. 4, prot. CEDU.

Quanto alla natura penale della sanzione, aspetto che secondo la sentenza *Fransson* della Corte di Giustizia deve essere apprezzato dal giudice nazionale, deve rilevarsi che la sovrattassa del 30% dell'importo non pagato prevista dalla normativa tributaria appare adeguatamente afflittiva e soprattutto munita di funzione deterrente, aspetti questi comuni alla sanzione penale in base alla consolidata interpretazione della Corte EDU.

Sulla base delle argomentazioni sopra svolte, risulta necessario sospendere il processo e rinviare gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, affinché chiarisca se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretata alla luce dell'art. 4 prot. CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo poc'anzi citata, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto per cui il medesimo soggetto abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile, nei termini di cui in motivazione; ulteriori determinazioni sulla sospensione del procedimento e sulla sospensione della prescrizione come da dispositivo.

P.Q.M.

Visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

- dispone il rinvio degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, formulando la seguente questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione: se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile;

- dispone la sospensione del procedimento fino alla pronuncia della Corte di Giustizia nonché la sospensione della prescrizione del reato ai sensi dell'art. 159 comma 1 n. 2 c.p.

10) CORTE COST. 12 MAGGIO 2016, N. 102

(Omissis)

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale e degli artt. 187-*bis*, comma 1, e 187-*ter*, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), promossi dalla Corte di cassazione con ordinanze del 15 e del 21 gennaio 2015, iscritte ai nn. 38 e 52 del registro ordinanze 2015 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 12 e 15, prima serie speciale, dell'anno 2015.

(Omissis)

Considerato in diritto

1.- Con ordinanza del 15 gennaio 2015 (reg. ord. n. 38 del 2015), notificata il successivo 21 gennaio, la quinta sezione penale della Corte di cassazione ha sollevato, in via principale, questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisca reato», per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98 (d'ora in avanti «Protocollo n. 7 alla CEDU»).

In via subordinata, il giudice rimettente ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli», in relazione al medesimo parametro e alla medesima norma interposta della questione principale.

Il giudice rimettente è investito del ricorso proposto contro la condanna di un imputato per il reato previsto dall'art. 184, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 58 del 1998, per abuso di informazioni privilegiate e riferisce che era già passata in giudicato una pronuncia che aveva respinto l'opposizione della stessa persona contro una sanzione amministrativa pecuniaria inflitta dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, ai sensi dell'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, per il medesimo fatto.

Applicando un consolidato principio di diritto a un caso analogo a quello oggetto del giudizio *a quo*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia, ha affermato, sia la natura penale della sanzione prevista dall'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, sia la violazione da parte della Repubblica italiana dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, per avere proceduto in sede penale ai sensi dell'art. 185 del d.lgs. n. 58 del 1998, nonostante fosse già divenuta definitiva una prima condanna per il medesimo fatto, sia pure diversamente qualificato giuridicamente.

La Corte di cassazione ha constatato che una identica situazione si era verificata nel caso soggetto al suo scrutinio, nel quale, benché l'imputato per lo stesso fatto fosse stato già punito in via definitiva, ai sensi dell'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, con una sanzione amministrativa particolarmente gravosa, si procedeva ugualmente nei suoi confronti per il reato previsto dall'art. 184, lettera b), del d.lgs. n. 58 del 1998, e ha rilevato che ciò stava avvenendo in violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, il quale imporrebbe di arrestare immediatamente il corso di questo secondo processo.

Ciò considerato, la Corte di cassazione ha formulato due questioni di costituzionalità, ponendole in ordine subordinato.

La prima questione tende ad escludere il concorso tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa, facendo recedere l'illecito amministrativo quando il medesimo fatto è previsto come reato. In questo modo, secondo il giudice rimettente si darebbe inoltre attuazione alla direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, che, invertendo la scelta compiuta con la precedente direttiva 28 gennaio 2003, n. 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, impone agli Stati membri di adottare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo, e permette loro di affiancare una sanzione amministrativa.

La questione subordinata, invece, riguarda l'art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la sua applicazione anche quando la persona è stata giudicata in via definitiva per il medesimo fatto punito con una sanzione amministrativa alla quale debba essere riconosciuta natura penale ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

La Corte di cassazione è consapevole che in caso di accoglimento della questione subordinata verrebbe a generarsi una grave «incongruenza sistematica», giacché troverebbe applicazione la sanzione inflitta cronologicamente per prima in via definitiva, a seconda delle contingenze delle singole vicende processuali, e tuttavia ritiene che una tale «incongruenza» non possa essere di ostacolo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ove essa sia la sola via per riparare un *vulnus* costituzionale dei diritti della persona.

2.- Con ordinanza del 21 gennaio 2015 (reg. ord. n. 52 del 2015), notificata il successivo 26 gennaio, la sezione tributaria della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, dell'art. 187-*ter*, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-*ter* dello stesso decreto.

La Corte di cassazione è chiamata a pronunciarsi sulla impugnazione proposta contro una sentenza della Corte d'appello di Roma, che ha rigettato l'opposizione avverso l'irrogazione di sanzioni amministrative, da parte della CONSOB, ai sensi dell'art. 187-*ter* del d.lgs. n. 58 del 1998, e con il ricorso è stato fatto valere il giudicato penale già formatosi sui medesimi fatti storici di illecita manipolazione del mercato.

In particolare, il giudice rimettente ha ritenuto che la disposizione censurata sia illegittima in quanto permette un secondo giudizio per un medesimo fatto concreto, integrante sia l'illecito amministrativo *ex art. 187-ter*, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, sia il reato di cui all'art. 185 del medesimo decreto, pur essendo previste, per l'illecito amministrativo, misure da considerarsi penali, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in considerazione della natura della violazione e della gravità delle conseguenze.

Più precisamente, secondo la Corte di cassazione andrebbe «rimesso alla Consulta, alla luce dei principi CEDU, determinare il rilievo, ai fini della applicazione del principio del “*ne bis in idem*”, della valutazione, da parte del giudice nazionale, della effettiva afflittività della sanzione penale», posto che nella specie era stata applicata la sola pena detentiva, dichiarata interamente condonata, con la conseguenza che l'imputato non aveva subito alcun «effettivo pregiudizio nella sfera personale».

Occorrerebbe quindi, secondo il giudice *a quo*, «verificare se la obbligatorietà delle sanzioni amministrative nel sistema degli illeciti di *market abuse* sia confliggente col sistema del c.d. divieto del *ne bis in idem*, allorché venga preliminarmente emessa una sanzione penale e se, eventualmente, quest'ultima, a prescindere dalla sua afflittività e proporzionalità, in relazione al fatto commesso, sia preclusiva alla comminatoria della sanzione amministrativa, o se ne debba solamente tenere conto al fine della successiva comminatoria della sanzione amministrativa», ciò anche alla luce della direttiva n. 2003/6/CE, che impone agli Stati membri di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive e del sistema previsto dagli artt. 187-*duodecies* e 187-*terdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 che impongono di non sospendere i procedimenti amministrativi per abusi di mercato pur in pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti, stabilendo, poi, che la esazione della pena pecuniaria eventualmente inflitta in sede penale sia limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa.

3.- Nel procedimento di cui al registro ordinanze n. 38 del 2015, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri con atto depositato il 14 aprile 2015 e si sono costituite la parte privata C.C.R., con atto depositato il 14 aprile 2015, e la CONSOB con atto depositato il 13 aprile 2015.

Nel procedimento di cui al registro ordinanze n. 52 del 2015, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri con atto depositato il 5 maggio 2015 e si sono costituiti la CONSOB con atto depositato il 5 maggio 2015, R.S. e le società Garlsson srl in liquidazione e Magiste International sa con atto depositato, fuori termine, il 16 febbraio 2016.

4.- In via preliminare deve disporsi la riunione dei giudizi in quanto pongono questioni analoghe per oggetto, termini e parametri.

Entrambe le ordinanze di remissione, infatti, pongono questioni relative al rispetto del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in casi di cosiddetto “doppio binario” sanzionatorio, cioè in casi nei quali la legislazione nazionale prevede un doppio livello di tutela, penale e amministrativo. In particolare le due ordinanze riguardano il settore degli abusi di mercato.

In questo ambito, sino al 2005 le figure dell'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato erano sanzionate esclusivamente in sede penale co-

me delitti dagli artt. 184 e 185 del Testo unico della finanza – TUF (d.lgs. n. 58 del 1998).

Successivamente, con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (cosiddetta Market Abuse Directive, MAD), ai delitti di cui sopra sono stati affiancati due paralleli illeciti amministrativi previsti, rispettivamente, dagli artt. 187-*bis* (*insider trading*) e 187-*ter* (manipolazione di mercato) del novellato TUF. Gli illeciti amministrativi sono descritti in modo sovrapponibile ai corrispondenti delitti, ovvero con una formulazione tale da ricomprendere, di fatto, anche l'omologa fattispecie penale.

La sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo è contemplata dallo stesso legislatore, come risulta dalla clausola di apertura degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* «[s]alve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», che, in tal modo, stabilisce, da un punto di vista sostanziale, il cumulo dei due tipi di sanzioni. Proprio tali clausole sono oggetto di censura nelle due ordinanze di rimessione.

Una tale disciplina è stata stigmatizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in quanto contrastante con il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, che vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi siano i medesimi fatti.

In particolare, due aspetti della giurisprudenza della Corte EDU determinano una diversa interpretazione del principio in questione, rispetto a come esso è applicato nell'ordinamento interno.

Il primo riguarda la valutazione della “identità del fatto” – l'«*idem*» –. La Corte europea ritiene che tale valutazione sia da effettuarsi in concreto e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti. In particolare, la giurisprudenza europea ravvisa l'identità del fatto quando, da un insieme di circostanze fattuali, due giudizi riguardino lo stesso accusato e in relazione a situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio.

Il secondo aspetto riguarda la nozione di sanzione penale, da definirsi non in base alla mera qualificazione giuridica da parte della normativa nazionale, ma in base ai cosiddetti “criteri Engel” (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento). Si tratta di tre criteri individuati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da esaminare congiuntamente per stabilire se vi sia o meno una imputazione penale: il primo è dato dalla qualificazione giuridica operata dalla legislazione nazionale; il secondo è rappresentato dalla natura della misura (che, ad esempio non deve consistere in mere forme di compensazione pecuniaria per un danno subito, ma deve essere finalizzata alla punizione del fatto per conseguire effetti deterrenti); il terzo è costituito dalla gravità delle conseguenze in cui l'accusato rischia di incorrere. Alla luce di tali criteri, sanzioni qualificate come non aventi natura penale dal diritto nazionale, possono invece essere considerate tali ai fini della applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle relative garanzie.

In questo panorama giurisprudenziale si inserisce la sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia, divenuta definitiva il 7 luglio 2014, a cui fanno riferimento entrambe le ordinanze di rimessione in esame.

La suddetta pronuncia censura specificamente l'ordinamento italiano per aver previsto un sistema di "doppio binario" sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato. La decisione della Corte europea attribuisce natura sostanzialmente penale alle sanzioni amministrative stabilite per l'illecito di manipolazione del mercato *ex art.* 187-ter del TUF, in considerazione della gravità desumibile dall'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e dalle conseguenze delle sanzioni interdittive. La medesima pronuncia sottolinea poi la mancanza di un meccanismo che comporti l'interruzione del secondo procedimento nel momento in cui il primo sia concluso con pronuncia definitiva. Infine, essa evidenzia l'identità dei fatti, dato che i due procedimenti, dinanzi alla CONSOB e davanti al giudice penale, riguardano un'unica e stessa condotta, da parte delle stesse persone, nella stessa data. Da tali considerazioni, la Corte europea desume la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

In entrambi i casi, la Corte rimettente sottolinea che il *vulnus* al principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Grande Stevens, avrebbe una valenza sistemica e potenzialmente riguarderebbe non solo gli abusi di mercato, ma tutti gli ambiti in cui l'ordinamento italiano ha istituito un sistema di doppio binario sanzionatorio, in cui il rapporto tra illecito amministrativo e penale non venga risolto nel senso di un concorso apparente di norme.

5.- In via preliminare deve confermarsi l'inammissibilità della costituzione di R.S. e delle società Garlsson srl, in liquidazione, e Magiste International sa, poiché intervenuta oltre il termine previsto dall'art. 4 delle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: infatti, l'ordinanza di rimessione è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica il 15 aprile 2015 e le parti di cui sopra si sono costituite ben oltre venti giorni dopo, il 16 febbraio 2016.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, il termine per la costituzione e l'intervento nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale deve essere ritenuto perentorio (tra le molte, sentenze n. 220 e n. 128 del 2014, n. 303 del 2010) e il suo mancato rispetto determina, per ciò, l'inammissibilità della costituzione.

Viceversa deve confermarsi l'ammissibilità dell'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri e delle altre parti private.

Invero, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 10 del 2015, n. 162 del 2014, n. 237 del 2013, n. 272 del 2012, n. 304, n. 293, n. 118 del 2011, n. 138 del 2010 e n. 263 del 2009; ordinanze n. 240 del 2014, n. 156 del 2013 e n. 150 del 2012), ai sensi degli artt. 3 e 4 delle citate norme integrative sono ammessi a costituirsi e intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale il Presidente del Consiglio dei ministri (e, nel caso di legge regionale, il Presidente della Giunta regionale), nonché le sole parti del giudizio principale: nel caso di specie, tutte le parti private costituite sono anche parti nei giudizi *a quibus* e, dunque, non ci sono ragioni per dubitare della ammissibilità del loro intervento.

6.- Tutte le questioni di legittimità costituzionale oggetto del presente giudizio sono inammissibili.

6.1.- La questione sollevata in via principale dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione è inammissibile in quanto non rilevante nel giudizio *a quo*.

Essa concerne una disposizione, l'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, che ha già ricevuto definitiva applicazione dall'autorità amministrativa nel relativo procedimento, mentre la Corte rimettente è piuttosto chiamata a giudicare in riferimento al reato di cui all'art. 184, comma 1, lettera b), del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998.

L'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 187-*bis* del citato decreto non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria precedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale ai sensi del precedente art. 184, benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e benché, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura "sostanzialmente" penale, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tale abnorme effetto tradirebbe l'esigenza che non si produca nel processo principale la violazione della Costituzione, cui è sotteso il carattere pregiudiziale della questione di costituzionalità, e con esso il requisito della rilevanza. Difatti, il divieto di *bis in idem* prescritto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU verrebbe irrimediabilmente infranto, anziché osservato, arrestando, come si dovrebbe, il corso del secondo giudizio.

Né sono utili in senso contrario gli argomenti sviluppati dal rimettente per sostenere che, comunque, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 produrrebbe effetti favorevoli all'imputato, posto che, in forza dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), andrebbe revocata la sanzione amministrativa pecuniaria determinata in base alla norma dichiarata incostituzionale e divenuta perciò priva di base legale.

Questa Corte non ha motivo, a tale proposito, di saggiare la plausibilità dell'argomentazione del rimettente sull'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 al caso in cui sia stato dichiarato incostituzionale non un reato ma un illecito amministrativo che assume veste "penale" ai soli fini del rispetto delle garanzie della CEDU. È infatti preliminare osservare che, in ogni caso, si tratta di profili attinenti alle vicende della sanzione amministrativa, privi di rilevanza per il giudice rimettente, e quindi estranee al presente giudizio. Ma, soprattutto, torna a manifestarsi con forza il rilievo che essi non scongiurerebbero in alcun modo la violazione del *ne bis in idem*, pienamente integrata dal proseguimento, auspicato dal giudice *a quo*, del giudizio penale, quali che siano poi gli effetti di quest'ultimo sulla fase di esecuzione delle sanzioni penali e amministrative.

Va aggiunto che la questione posta in via principale dalla Corte di cassazione, se da un lato non vale a prevenire il *vulnus* all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU nel processo principale, dall'altro lato, sul piano sistematico, eccede lo scopo al quale dovrebbe essere invece ricondotta sulla base della norma interposta appena richiamata.

È infatti pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti

fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro.

Non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU. È significativo il fatto che in tale prospettiva si muove il recente art. 11, comma 1, lettera m), della legge delega 9 luglio 2015, n. 114 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014), per l'attuazione alla direttiva n. 2014/57/UE, che impone agli Stati membri di adottare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo e permette loro di aggiungere una sanzione amministrativa nella linea dell'art. 30 del regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE.

6.2.– La questione sollevata in via subordinata, avente ad oggetto l'art. 649 cod. proc. pen., è a sua volta inammissibile.

Il giudice *a quo* investe l'art. 649 cod. proc. pen. pur nella convinzione che tale via conduca a una soluzione di incerta compatibilità con la stessa Costituzione, ma che nondimeno appare idonea ad impedire la lesione di un diritto della persona. La questione prospettata, infatti, richiede alla Corte un intervento additivo, che dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli».

La stessa Corte rimettente, tuttavia, evidenzia che l'accoglimento di una tale questione determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non determinerebbe un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio – come osserva la Corte rimettente – ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*, come censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Grande Stevens.

La stessa Corte rimettente sottolinea, poi, che l'incertezza e la casualità delle sanzioni applicabili potrebbero a loro volta dar luogo alla violazione di altri principi costituzionali: anzitutto, perché si determinerebbe una violazione dei principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; in secondo luogo perché potrebbe risultare vulnerato il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; infine, perché potrebbero essere pregiudicati i

principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza, 23 febbraio 2013, in causa C-617/10 Aklagaren contro Akerberg Fransson), in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.

Nel ragionamento del giudice rimettente, però, tali "incongruenze" dovrebbero soccombere di fronte al prioritario rilievo da conferire alla tutela del diritto personale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto. Il sacrificio dei principi costituzionali or ora ricordati è perciò legato strettamente, nell'iter logico del giudice *a quo*, all'infondatezza della questione principale, che la Corte di cassazione ha individuato quale via privilegiata per risolvere il dubbio di costituzionalità.

Sotto questo aspetto si coglie il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione subordinata, che ne segna l'inammissibilità. È, infatti, lo stesso rimettente a postulare, a torto o a ragione, che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU dovrebbe avvenire prioritariamente attraverso una strada che egli non può percorrere per difetto di rilevanza, cosicché la questione subordinata diviene per definizione una incongrua soluzione di ripiego.

6.3.– Parimenti inammissibile è la questione sollevata dalla sezione tributaria della Corte di cassazione, in ordine all'art. 187-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa.

Il giudice *a quo*, infatti, dopo aver affermato che con la sentenza Grande Stevens e altri contro Italia, «appare chiaro l'orientamento dei giudici di Strasburgo di rimproverare agli organi giurisdizionali la mancata disapplicazione [sic] di un principio (*ne bis in idem*) che il legislatore nazionale ha introdotto in materia penale ma non nei rapporti tra sanzione amministrativa di natura penale e sanzione penale» e che il principio affermato dalla Corte europea sarebbe «bidirezionale» – nel senso che esso troverebbe applicazione sia nel caso di sanzione amministrativa precedente quella penale, sia nel caso inverso, come quello occorso nella specie, nel quale il giudizio penale si è esaurito prima di quello amministrativo ancora *sub iudice* – la sezione tributaria della Corte di cassazione ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, in quanto «non appare conforme ai principi sovranazionali sanciti dalla CEDU la previsione del doppio binario e, quindi, della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa, applicata in processi diversi».

L'ordinanza prosegue osservando che occorrerebbe, «verificare se la obbligatorietà delle sanzioni amministrative nel sistema degli illeciti di *market abuse* sia confliggente col sistema del c.d. divieto del *ne bis in idem*, allorché venga preliminarmente emessa una sanzione penale e se, eventualmente, quest'ultima, a prescindere dalla sua afflittività e proporzionalità, in relazione al fatto commesso, sia preclusiva alla comminatoria della sanzione amministrativa, o se ne debba solamente tenere conto al fine della successiva comminatoria della sanzione amministrativa», ciò anche alla luce della direttiva europea n. 2003/6/CE che impone agli Stati membri di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive e del sistema previsto dagli artt. 187-duodecies e 187-terdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 che impongono di non sospendere i procedimenti amministrativi per abusi di mercato pur in pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti, stabilendo, poi, che la esazione della pena

pecuniaria eventualmente inflitta in sede penale sia limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa.

In tal modo, la Corte rimettente non scioglie i dubbi che essa stessa formula quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi del diritto dell'Unione europea – sia in ordine alla eventuale non applicazione della normativa interna, sia sul possibile contrasto tra l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* prescelta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quella adottata nell'ordinamento dell'Unione europea, anche in considerazione dei principi delle direttive europee che impongono di verificare l'effettività, l'adeguatezza e la dissuasività delle sanzioni residue – dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata.

Tali perplessità e la formulazione dubitativa della motivazione si riflettono, poi, sull'oscurità e incertezza del *petitum*, giacché il rimettente finisce per non chiarire adeguatamente la portata dell'intervento richiesto a questa Corte, ciò che costituisce ulteriore ragione di inammissibilità della questione sollevata.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) e dell'art. 649 del codice di procedura penale, sollevate, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98, dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*ter*, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, sollevata, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, dalla sezione tributaria della Corte di cassazione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Finito di stampare nel mese di luglio 2016
dalla *Tipografia Cicchetti* - Isernia