

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO

EUROPEIUNITE

*OSSERVATORIO PERMANENTE SUI SEMESTRI DI PRESIDENZA
DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA*

COLLANA EUROPEIUNITE Working Papers n. 2 – 2016

**L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO
SUL DIRITTO ITALIANO:
IL CASO *GRANDE STEVENS***

Federico Valentini

EDITORIALE SCIENTIFICA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO

OSSERVATORIO PERMANENTE SUI SEMESTRI DI
PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA

*L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano:
il caso Grande Stevens*

FEDERICO VALENTINI

EUROPEIUNITE Working Papers n. 2 - 2016

Direzione: Pietro Gargiulo (Università degli Studi di Teramo)

Comitato Scientifico: Susanna Cafaro (Università degli Studi del Salento), Federico Casolari (Università degli Studi di Bologna), Enrico Del Colle (Università degli Studi di Teramo), Marco Di Domizio (Università degli Studi di Teramo), Marina D’Orsogna (Università degli Studi di Teramo), Andrea Gratteri (Università degli Studi di Teramo), Ivan Ingravallo (Università degli Studi di Bari “A. Moro”).

Comitato di redazione: Andrea Ciccarelli (responsabile), Luigi D’Ettorre, Diego Del Priore, Federico Di Dario, Cristiana Fiorelli, Alessandra Marziani, Francesca Vaccarelli.

La collana *EUROPEIUNITE Working Papers* nasce nel contesto dell’*Osservatorio permanente sui semestri di presidenza del Consiglio dell’Unione Europea* dell’Università degli Studi di Teramo e vuole essere un luogo di confronto multidisciplinare e di stimolo allo studio e alla ricerca su temi relativi al processo di integrazione nell’Unione Europea.

L’Osservatorio EUROPEIUNITE è altresì parte integrante dell’attività della E-DATA S.r.l. – Spin off dell’Università degli Studi di Teramo.

Il punto di vista espresso nei singoli contributi è quello degli autori e non implica una diretta responsabilità della E-DATA S.r.l. o dell’Università degli Studi di Teramo.

Tutti i *working papers* sono sottoposti alla revisione “cieca” di esperti individuati dalla Direzione e dal Comitato Scientifico della Collana.

© Editoriale Scientifica
ISBN: 978-88-6342-916-9
www.europeiunite.eu

L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO ITALIANO: IL CASO *GRANDE STEVENS*

FEDERICO VALENTINI

Abstract

THE INFLUENCE OF EUROPEAN LAW ON ITALIAN LAW: THE CASE *GRANDE STEVENS*

This paper deals with the relationship between international and domestic law, highlighting that the European Court of Human Rights has claimed its independence from national case-law in the interpretation of the legal nature of the various institutions and also in the evaluation of a sanction as a criminal or administrative penalty.

After a general introduction, the paper focuses on the behaviour of the Contracting States which are not only called to execute the judgments of ECHR in the cases where they are part, but must take account of judgements given in other cases because of the impact that these may and should play in the internal system and related legal practices. Even earlier, the national Court is bound to give national law an ECHR-oriented interpretation, that is, a meaning of the Convention that is consistent with the interpretation provided by the ECHR.

The author focuses on the analysis of the well-known case *Grande Stevens*, as an authoritative testimony of how European law has influenced the national system: on the one hand, the increasing exploitation of the *ne bis in idem* in the Court of Strasbourg's case law diminished the system of dual sanctioning, without however abolishing it; on the other hand, the inevitability of the right to a fair trial, the bulwark of any democratic State, has led the national law to state that the Consob Regulation does not comply with this principle, resulting in a modification of the Regulation by the same independent Authority.

SOMMARIO: 1. La concezione autonomista della Corte EDU sulla natura giuridica delle sanzioni. – 2. Il “ne bis in idem” nella sentenza *Grande Stevens* e le sue ripercussioni nell’ordinamento italiano. – 3. Il diritto ad un “equo processo” nella sentenza *Grande Stevens* e le sue ripercussioni in ambito nazionale. – 4. Cenni conclusivi sul rapporto tra CEDU e diritto interno.

1. *La concezione autonomista della Corte EDU sulla natura giuridica delle sanzioni.*
In assenza di una definizione legislativa del termine “sanzione”, la stessa può essere

definita, in linea generale, come un mezzo di cui si avvale il legislatore al fine di garantire l'efficacia della norma. Più tecnicamente, la sanzione indica la conseguenza dannosa che si collega al fatto del trasgressore, come mezzo utile ai fini del ripristino dell'ordine giuridico turbato dalla condotta posta in essere¹.

Un tema che ha sempre suscitato l'interesse della più autorevole dottrina è quello della differenza tra sanzioni amministrative e sanzioni penali², le prime tradizionalmente definite come «pene in senso tecnico la cui applicazione costituisce - per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri da cui esse accedono - un diritto soggettivo»³; le seconde, ancorché qualificabili come pene e, dunque, come sanzioni punitive tipiche, non danno mai luogo - quando applicate - ad un diritto soggettivo della pubblica amministrazione, neanche nell'ipotesi in cui questa sia il soggetto passivo dell'infrazione. La comminazione della sanzione penale rappresenta per lo Stato un dovere da adempiere nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ciò premesso, una corretta analisi avente ad oggetto il carattere penale o amministrativo di una sanzione e, più in generale, la natura giuridica dei vari istituti previsti nel nostro ordinamento, appare di fondamentale importanza, atteso che da tale analisi deriva l'esatta individuazione della disciplina da applicare e, di conseguenza, il riconoscimento dei principi fondamentali ad essa sottesi.

La questione è particolarmente delicata stanti le gravi conseguenze alle quali porta una qualificazione giuridica in luogo di un'altra, non trattandosi di un semplice "cambio di etichette", atteso che sono in gioco diritti fondamentali dell'individuo che necessitano di regole chiare e precise, tali da garantire in pieno le libere scelte di comportamento.

Con riferimento all'esatta qualificazione giuridica di una misura in termini di sanzione penale o amministrativa, accade spesso che la giurisprudenza interna e quella sovranazionale assumano posizioni differenti. Non sempre, infatti, tra il giudice nazionale ed europeo si registra una uniformità di vedute e ciò, magari, a dispetto di una disciplina interna della sanzione adeguatamente dettagliata, con la conseguenza

¹ Cfr. G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924.

² Per approfondire tale tematica si rinvia a S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1937, 316 ss; M.A. Sandulli, *Voce Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, 3; C.E. Paliero, A. Travi, *Voce Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano 1989, 399 ss.

³ Così G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, cit., 38.

che quella che per il giudice interno è una “sanzione amministrativa”, per il giudice europeo può essere una “sanzione penale”.

Come noto, infatti, la Corte di Strasburgo nell’interpretazione e nell’applicazione dei fondamentali principi di legalità, di irretroattività/retroattività e di colpevolezza, ha elaborato una propria nozione di reato e di pena stabilendo che tali concetti non debbano essere ripresi in automatico dagli ordinamenti nazionali. Si è affermata, così, la “concezione autonomista”, in virtù della quale, al fine di stabilire se una misura debba essere considerata come pena o come sanzione amministrativa per la Convenzione, non si può prescindere da una valutazione fornita dalla stessa Corte di Strasburgo che deve avvenire in via autonoma rispetto alla valutazione del giudice interno.

Sembra potersi affermare che tale concezione autonomista sia il frutto di un diritto interno inteso non già come punto di arrivo, bensì come punto di partenza dal quale prendere le mosse per procedere all’ampliamento di fondamentali principi e dei concetti di illecito e di sanzione.

Al riguardo, assumono particolare importanza i cc.dd. “criteri Engel” enucleati dalla Corte europea⁴ al fine di pronunciarsi sulla qualificazione penale o amministrativa di una determinata misura: il primo passo è prendere in considerazione la qualificazione così come stabilita dall’ordinamento interno; dopo, è necessario analizzare l’effettiva finalità di quella misura (preventiva, punitiva, riparatoria); in ultimo, si deve focalizzare l’attenzione sulla gravità in concreto della sanzione per chi la subisce.

La suddetta analisi potrebbe condurre a conferire carattere penale a determinate misure che nell’ordinamento interno vengono invece qualificate come sanzioni amministrative: è il caso della confisca urbanistica, prevista nell’art. 19 della Legge 47/1985 e poi trasposta nell’attuale art. 44 del T.U.E. (D.P.R. n. 680 del 06/06/2001), in relazione alla nota vicenda della lottizzazione abusiva di Punta Perotti, definita in dottrina come un esempio della trasformazione delle nostre categorie giuridiche in ragione del mutato rapporto tra sistema interno e giurisprudenza europea⁵.

Lungi dal ripercorrere nel dettaglio la nota vicenda in punto di fatto, giova rammentare che nel gennaio 1995 venivano iniziati in località Punta Perotti lavori per

⁴ Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c/Paesi Bassi*.

⁵ A. Auletta, A. Serpico, *La natura giuridica della confisca e l’incidenza della Cedu*, in *innovazionediritto.unina.it*, n. 6/2010.

la realizzazione di diversi complessi immobiliari, in base ai piani di lottizzazione comunali vigenti ed alle concessioni edilizie rilasciate dalle autorità competenti.

Chiamati in giudizio a rispondere del reato di lottizzazione abusiva di cui agli artt. 18 e 20 della legge 47/1985, gli imputati venivano assolti in primo grado (il fatto non costituisce reato) ravvisandosi la mancanza dell'elemento soggettivo della fattispecie delittuosa.

La sentenza fu riformata dalla Corte di appello, la quale concluse per l'insussistenza del fatto ritenendo che le autorizzazioni amministrative fossero legittime.

Tuttavia, in ultima istanza, la Corte di Cassazione⁶, uniformandosi alla decisione del primo giudice, dichiarò la sussistenza dell'elemento oggettivo ma la mancanza di quello soggettivo, applicandosi al caso di specie l'art. 5 c.p.⁷ per essere gli imputati incorsi in errore scusabile ed inevitabile nella interpretazione delle norme urbanistiche (molto tecniche e complesse). Di qui, l'assoluzione con formula ampia.

La mancata responsabilità non impedì tuttavia ai supremi giudici di irrogare la confisca urbanistica sulla base della sua asserita natura amministrativa, in virtù della quale se ne ammetteva l'applicabilità anche in caso di assoluzione, sempreché sussistesse la fattispecie del reato sul piano oggettivo.

Opposta fu, però, la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, adita al fine di evitare la confisca, invocando l'incompatibilità della stessa con l'art. 7 della Convenzione, nonché con l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1, rubricato "protezione della proprietà". Ed invero, dopo una prima pronuncia di ricevibilità del ricorso⁸, i giudici di Strasburgo – accogliendo le doglianze delle ricorrenti – stabilirono che la confisca *de qua* fosse sanzione penale perché, tenendo presente i suddetti criteri di cui alla sentenza *Engel c/ Paesi Bassi*, puntualizzati in una successiva pronuncia della Corte di Strasburgo⁹, ricorreva nel caso di specie la gravità della stessa (terzo criterio) stante la quantità dei terreni confiscati.

Dunque, in quanto pena, la confisca doveva essere irrogata in osservanza di tutte le garanzie di legalità penale e del giusto processo. Ed invero, la logica della pena e

⁶ Cass. Sez. III, 29/01/2001 n. 11716.

⁷ Sull'interpretazione di tale norma, cfr. C. Cost. 24 marzo 1988, n. 364, pubblicata in G.U. 30 marzo 1988, n. 13.

⁸ Corte EDU 30/08/2007, *Sud Fondi e altri c/ Italia*, ric. n. 75909/01.

⁹ Corte EDU 09/02/1996 e 26/02/1996, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90.

della prevenzione comporta un'interpretazione dell'art. 7 CEDU che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di rimproverabilità nella condotta dell'autore materiale del reato¹⁰.

In definitiva, la Corte ravvisò una violazione della Convenzione perché, essendo la confisca una sanzione penale, essa deve sottostare – differentemente dalle sanzioni amministrative – al principio di legalità e di irretroattività e, inoltre, non può essere applicata a soggetti terzi (quali erano le ricorrenti) per il principio secondo cui la responsabilità penale è personale.

L'impatto di tale sentenza nel nostro ordinamento non è di poco conto ed è significativa di come, giustamente, la giurisprudenza nazionale sia influenzata dalle decisioni degli organi sovranazionali: infatti, già all'indomani della sentenza della Corte EDU con cui si è definito il caso di cui sopra, i giudici di legittimità – chiamati a decidere sull'applicazione della confisca – optavano per un adeguamento ermeneutico alle pronunce della Corte di Strasburgo e, pur restando fermi sulla qualificazione giuridica della confisca in termini di sanzione amministrativa, ne escludevano l'applicabilità in caso di mancanza dell'elemento soggettivo del reato, facendo di quest'ultimo, dunque, un presupposto necessario¹¹.

In un'altra occasione, la Suprema Corte¹² ha avuto modo di pronunciarsi sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 della Legge 47/1985 per contrasto con l'art. 117 Cost. e 7 CEDU nella parte in cui consente al giudice di irrogare la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente lottizzate su di essi insistenti, anche in caso di dichiarata estinzione del reato per prescrizione. Nel caso di specie i giudici di legittimità hanno affermato che la confisca ben può essere disposta in caso di avvenuta prescrizione purché sussista il reato nel suo elemento oggettivo e soggettivo; dunque non è necessaria una condanna in senso autentico, ma sarebbe sufficiente l'astratta configurabilità del reato.

Sul punto, tuttavia, permane certamente un contrasto con la giurisprudenza europea la quale, con una successiva pronuncia del 2013¹³, ha affermato che presupposto della confisca può essere solo una condanna in concreto con la

¹⁰ Corte EDU 20/01/2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01.

¹¹ Cass. Sez. III, 09/07/2009, n. 36854, che richiama espressamente la sentenza della Corte EDU del 20 gennaio 2009 *cit.*

¹² Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2009, n. 20243.

¹³ Corte EDU, Sez. II, *Varvara c/ Italia*, 29 ottobre 2013, ric. 17475/09.

conseguenza che, in caso di accertata prescrizione, tale misura non può applicarsi, pena la violazione dell'art. 7 CEDU. Così facendo, si tutela anche il diritto di proprietà che può essere compromesso solo con il verdetto di condanna.

2. *Il ne bis in idem nella sentenza Grande Stevens e le sue ripercussioni nell'ordinamento italiano.* Non solo è importante individuare correttamente il carattere penale o amministrativo di una singola misura ma, nell'eventualità che siano previste in astratto più sanzioni per lo stesso fatto¹⁴, occorre stabilire l'esatto rapporto tra le stesse al fine di evitare la violazione di uno dei principi cardine del diritto nazionale e sovranazionale: il *ne bis in idem*.

Tipico del nostro sistema processuale penale, civile ed amministrativo, tale principio non consente di punire due volte un soggetto per lo stesso fatto precludendo, altresì, di iniziare o mantenere aperto un procedimento se su quella stessa questione e a carico del medesimo soggetto ve ne sia già stato uno conclusosi con sentenza passata in giudicato.

L'applicazione dell'art. 649 c.p.p., fondamento normativo del principio a livello nazionale, estende ad una sentenza di assoluzione o di condanna irrevocabile, (già assistita dal giudicato formale), il c.d. giudicato sostanziale secondo cui è precluso ogni riesame e ogni giudizio sullo stesso fatto per i medesimi soggetti.

Al fine di evitare una duplicazione della risposta sanzionatoria (*bis in idem* sostanziale), il Legislatore enuncia all'art. 15 del codice penale¹⁵ il generale principio di specialità in forza del quale la norma di carattere generale cede dinanzi a quella speciale secondo il noto brocardo *lex specialis derogat generali*. Giova precisare che il

¹⁴ Ciò può accadere realmente o apparentemente. Nel primo caso si configurano le ipotesi di “doppio binario sanzionatorio”, vale a dire la compresenza di due sanzioni, una di carattere penale e un'altra avente natura amministrativa, entrambe meritevoli di applicazione. Nel secondo caso si configura il concorso apparente di norme, per cui si dovrà ricorrere al principio di specialità al fine di individuare quale norma sia speciale e, dunque, meritevole di applicazione. “Doppio binario sanzionatorio” e “principio di specialità” sono sommariamente trattati nel corso del presente lavoro nel quale sono indicati, altresì, i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali per ogni approfondimento in merito.

¹⁵ La norma recita: «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione della legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

principio di specialità¹⁶ ha assunto notevole importanza anche in ambito amministrativo e, nello specifico, in tema di rapporto tra sanzione penale e sanzione amministrativa, nonché tra due o più sanzioni amministrative. Ed invero, la legge 24/11/1981, n. 689 – che segna la nascita di un nuovo modello di sanzione amministrativa – ha mutuato, tra gli altri principi di matrice penalistica¹⁷, anche quello di specialità: l’art. 9 della citata legge, infatti, rende applicabili i principi in materia di concorso di norme tipici del sistema penale, anche in caso di concorso tra norma penale e amministrativa ovvero tra più norme amministrative nella disciplina dello stesso fatto.

A ciò aggiungasi che l’art. 9 della citata legge non si limita a ricalcare l’art. 15 c.p., ma va addirittura oltre perché non riporta neanche la clausola di riserva contenuta nella norma penale «salvo che sia altrimenti stabilito» che giustifica l’orientamento di una parte della dottrina penalistica teso a risolvere il fenomeno del concorso apparente di norme non soltanto con il principio di specialità, ma anche con quello di sussidiarietà e di assorbimento, sebbene questi ultimi non siano dotati di un proprio fondamento normativo. Tale circostanza – se è vero che *ubi lex voluit, dixit* – testimonia che l’intenzione del Legislatore sia stata quella di vincolare la soluzione di ogni conflitto tra norme al solo criterio di specialità.

Ciò premesso, il *ne bis in idem*, quale garanzia per l’individuo derivante dai valori dello Stato di diritto, ha acquisito nel tempo sempre maggiore rilevanza tanto che la sua previsione non si ferma a livello nazionale, essendo consacrato, altresì, nell’art. 50

¹⁶ Per un’analisi esaustiva dell’argomento, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto penale*, IV ed., Giuffrè, Milano 2012, 449 ss; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna 2001, 631 ss.; In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., 3 Ottobre 2007, n. 4238, in Arch. giur. Circ., 2008, 6, 500 che definisce quello di specialità come un rapporto logico, di continenza strutturale fra due norme, nel senso che le relative fattispecie possono iscriversi l’una nell’altra come due cerchi concentrici aventi un raggio disuguale, così che il più grande rappresenta la norma generale contenente al suo interno il più piccolo che, invece, rappresenta la norma speciale.

¹⁷ Si pensi al principio di legalità e irretroattività di cui all’art. 25, II comma, Cost. ripreso nell’art. 1 della legge 689/81, oppure alla disciplina della capacità di intendere e di volere i cui principi sono richiamati nell’art. 2 della legge citata. Ancora, si pensi al tema dell’elemento soggettivo del reato di cui all’art. 42, IV comma, c.p. ripreso nell’art. 2 della legge di depenalizzazione e, in ultimo, alla disciplina del concorso di persone per la quale si applica, di regola, il modello unitario tipico del sistema penale.

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸, nell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen¹⁹ e nell'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰.

Con riferimento alla CEDU, sembrerebbe *ictu oculi* che nessuna differenza sussista tra il *ne bis idem* nazionale e quello europeo. Tuttavia, ad una più attenta analisi²¹ emerge che nel nostro ordinamento il principio ha rango ordinario e non costituzionale (sebbene indirettamente costituzionalizzato per il tramite dell'art. 117, co. I, Cost.), mentre nell'ordinamento convenzionale - stante la sua collocazione - presenta la natura di diritto fondamentale. Inoltre, una differenza ancor più rilevante è che l'applicazione del principio nell'ordinamento nazionale presuppone la natura penale del provvedimento definitivo che chiude il primo procedimento sullo stesso fatto (l'art. 649 c.p.p. fa espresso riferimento, infatti, a sentenza o decreto penale di condanna) nonché la natura di reato del fatto tipico oggetto del processo. Il *ne bis in idem* convenzionale, viceversa, non presuppone la qualificazione "penale" del provvedimento definitivo o una qualificazione "criminale" del fatto tipico ad opera dell'ordinamento italiano, giacché la Corte (come illustrato in precedenza) non è vincolata alla qualificazione "nazionale" degli istituti ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali.

Il *ne bis idem*, così come descritto in linea generale, ha assunto grande rilevanza nel noto caso *Grande Stevens*, avendo la sua violazione costituito uno dei motivi di

¹⁸ Cfr. A. Iermano, *Il diritto di non essere giudicato due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. Di Stasi (a cura di), *Spazio europeo e Diritti di giustizia*, Cedam, Padova, 2014, 30 ss, secondo cui tale norma assume la funzione di garanzia generale, superando così la necessità di rinviare alle disposizioni degli ordinamenti nazionali, attesa la natura di fonte primaria ormai riconosciuta alla Carta di Nizza.

¹⁹ La disposizione recita: «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

²⁰ Il primo comma della norma stabilisce 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».

²¹ Cfr. S. Bartole, V. Zagrebelsky, P. De Sena (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, 898 ss.

ricorso posti all'attenzione del giudice europeo. Al riguardo, giova rammentare che la Divisione mercati e consulenza economica della Consob contestava a Franzo Grande Stevens e altri l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato *ex art. 187 ter* del D.Lgs. 58/1998, nonché il corrispondente illecito amministrativo dell'ente di cui al successivo art. 187 *quinquies* per aver concorso - in sintesi - nella diffusione al mercato di un comunicato stampa asseritamente falso, e di conseguenza, irrogava sanzioni pecuniarie amministrative di rilevante entità, nonché sanzioni a carattere interdittivo.

Tali sanzioni venivano significativamente ridotte dalla Corte di Appello di Torino, ma in ultima istanza la Corte di Cassazione, rigettando tutti i ricorsi, rendeva definitive tutte le sanzioni così come determinate dalla Corte di merito torinese.

Parallelamente, si era aperto a carico degli stessi soggetti sanzionati un procedimento penale per il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 del Testo Unico della Finanza, avendo essi diffuso il comunicato stampa già dichiarato falso dalla Consob, determinando così il pericolo di un'alterazione dei prezzi delle azioni Fiat.

A fronte di quest'ultimo procedimento, gli imputati invocavano la violazione del *ne bis in idem* facendo leva sull'avvenuto deposito della sentenza della Corte di Cassazione che rendeva incontrovertibili le sanzioni amministrative e, dunque, chiedevano al giudice una sentenza di non doversi procedere; contestualmente veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, I comma Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU (norma interposta), nella parte in cui consente la prosecuzione del processo penale per fatti uguali a quelli sanzionati in via definitiva dall'autorità amministrativa²².

Il Tribunale, nonostante l'assoluzione nel merito degli imputati, rigettava la questione di legittimità costituzionale prendendo atto preliminarmente che le due fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 *ter* TUF sono tra loro differenti²³ e che la

²² L'art. 649, I comma, c.p.p. recita: «L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale di condanna divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345».

²³ Sul rapporto tra queste due fattispecie si è pronunciata la Corte di Cassazione (Sent. 3 maggio 2006, n. 15199, Pres. De Roberto, Rel. Fidelbo a cui si rinvia) che, pur avendo rilevato una non felice tecnica redazionale da parte del legislatore del 2005, ha rilevato come l'illecito penale di cui all'art. 185

coesistenza tra sanzioni penali e amministrative è ammessa nel nostro ordinamento e ancor prima dal diritto comunitario (la cui primazia è ormai acclarata) in virtù della Direttiva 2003/06/CE all'epoca vigente²⁴.

A questo punto, con ricorso *per saltum* proposto dalla pubblica accusa, veniva adita la Corte di Cassazione che annullava con rinvio la sentenza di primo grado rilevando che il reato di cui all'art. 185 è di pericolo concreto e non di danno, per cui la mancata prova della effettiva alterazione delle azioni Fiat non esclude di per sé la sussistenza del reato, come invece ritenuto dal primo giudice.

Il successivo giudizio di rinvio si concludeva con la condanna degli imputati i quali impugnavano ancora la sentenza e reiteravano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

La Corte di Cassazione si pronunciava in via definitiva con sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e, contestualmente, rigettava di nuovo l'istanza volta ad ottenere la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

La vicenda giudiziaria di cui sopra, chiusa in ambito nazionale, restava aperta tuttavia a livello europeo, in quanto durante la pendenza del processo penale era stato presentato ricorso alla Corte EDU dinanzi alla quale molteplici erano le doglianze tra cui la violazione del diritto a non essere sottoposti ad un secondo giudizio per il medesimo fatto in ossequio all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Con la citata sentenza del 4 marzo 2014²⁵ la Corte di Strasburgo riteneva che le sanzioni irrogate dalla Consob avessero natura "penale" dal punto di vista

presenta un dato quantitativo (sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari), generato dalle operazioni poste in essere sul mercato, assente nell'illecito amministrativo. Inoltre, la condotta di rilevanza penale deve caratterizzarsi, per espressa previsione normativa, in una serie di "operazioni simulate o altri artifici", cioè in operazioni artificiose o truffaldine che non sono alla base dell'ipotesi di natura amministrativa prevista nell'art. 187 *ter*. In ultimo, nella fattispecie penale la condotta decritta deve essere idonea in concreto a provocare l'evento del reato, individuato nel pericolo di alterazione del prezzo di strumenti finanziari; l'illecito amministrativo, al contrario, è caratterizzato da una idoneità astratta che rende la fattispecie, appunto, di pericolo astratto. In ordine a quest'ultimo aspetto, la differenza di fondo tra le due fattispecie poggia su un'anticipazione della tutela: il reato di cui all'art. 185 è di pericolo concreto, mentre l'illecito amministrativo di cui al successivo art. 187 *ter* realizza una tutela anticipata colpendo singole condotte astrattamente in grado di alterare i mercati finanziari.

²⁴ Tale Direttiva, infatti, stabiliva l'obbligo per gli Stati di prevedere sanzioni amministrative che fossero effettive, proporzionate e dissuasive e, al contempo, la facoltà di prevedere sanzioni penali per lo stesso fatto. Giova precisare, tuttavia, che la citata Direttiva è stata abrogata, come si dirà nel proseguo della trattazione, dal Regolamento 596/2014.

convenzionale, valorizzando tra i criteri enunciati nella sentenza *Engel c/Paesi Bassi*, quello relativo alla natura e alla gravità della sanzione e, sulla base di tale premessa, dopo aver preso atto che i relativi provvedimenti avevano acquisito il crisma del giudicato, giungeva ad affermare che il fatto storico per il quale i ricorrenti erano stati condannati dall'autorità amministrativa era lo stesso di quello per il quale erano stati sottoposti a procedimento penale²⁶.

Dunque, la sentenza sopra esaminata, divenuta definitiva a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano, accerta la violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto il processo penale andava chiuso subito dopo il passaggio in giudicato della sentenza della Corte di Cassazione che rendeva irrevocabili le sanzioni irrogate dalla Consob; non assolvendo tale obbligo, lo Stato italiano ha violato l'art 4 Prot. 7 CEDU.

È importante, in questa sede, chiedersi quali siano le ripercussioni auspicabili sul piano legislativo, in quanto la sentenza europea incide significativamente sul sistema del doppio binario amministrativo e penale in materia di *market abuse*, per cui detto sistema andrebbe forse rivisitato e, con esso, tutte le ipotesi di doppio binario presenti nel nostro ordinamento.

Con riferimento agli abusi di mercato, infatti, la cumulabilità tra sanzione penale ed amministrativa è evidente alla sola lettura degli artt. 185 e 187 *ter* T.U.F., ma soprattutto del successivo art. 187 *terdecies* per cui spetta ora al Legislatore italiano porre fine al contrasto con la giurisprudenza europea, conformandosi a quanto stabilito nella Direttiva 2014/57/UE²⁷ e nel Regolamento 596/2014/UE²⁸ che ribaltano l'impostazione prevista nella precedente ed abrogata Direttiva 2003/6/CE: infatti,

²⁵ Corte EDU, Sez. II, *Grande Stevens e altri c/Italia*, 04/03/2014, (ric. n. 180640/10).

²⁶ Sulla locuzione “identità del fatto” si registrava un contrasto tra gli organi giurisdizionali europei: la Corte di giustizia è sempre stata ferma nel ritenere che si dovesse far riferimento al fatto da un punto di vista storico-materiale; la Corte EDU, viceversa, seguiva approcci differenti dando a volte rilevanza alla qualificazione giuridica, altre volte discostandosi dalla stessa e aderendo ad una visione di *idem factum* formale e più restrittiva. Solo successivamente, (Corte EDU, Grande Camera *Zolotukhin c/ Russia* n. 14939/03, 14/02/2009) allineandosi alla posizione assunta dalla Corte di giustizia e ponendo fine ad ogni contrasto al suo interno, la Corte di Strasburgo ha optato per un'ampia lettura della locuzione facendo riferimento all'identità del fatto materiale.

²⁷ Relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

²⁸ 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 della Commissione.

mentre prima vi era un obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni amministrative e assoluta libertà di prevedere al contempo sanzioni penali, la nuova direttiva e il regolamento citati stabiliscono un obbligo di adottare sanzioni penali e una mera facoltà di statuire al contempo sanzioni amministrative.

Si apre tuttavia un problema, in quanto la nuova direttiva stabilisce anche che gli Stati membri devono garantire il rispetto del *ne bis in idem*: ci si chiede, allora, come si possa conciliare la ammessa compresenza in astratto di sanzioni penali e amministrative con il principio in esame che vieta di applicarle entrambe in concreto. L'unica soluzione in capo agli Stati per non violare il *ne bis in idem* sarebbe quella di astenersi dal prevedere in astratto sanzioni di carattere amministrativo e, in tal senso, potrà orientarsi il Legislatore.

Ed invero, è innegabile che un'abolizione del doppio binario eviterebbe molte difficoltà in sede processuale; ciò anche in altri settori dell'ordinamento, quale ad esempio quello tributario, dove in realtà il cumulo tra sanzioni tributarie e sanzioni penali è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità pienamente conforme ai principi del nostro sistema in ragione della soglia minima dell'omissione richiesta per il solo illecito penale e del diverso termine previsto per l'adempimento degli obblighi sanzionati in via amministrativa, rispetto a quello previsto per l'adempimento degli obblighi sanzionati penalmente²⁹.

Qualche dubbio, tuttavia, desta la pronuncia del 28 marzo 2013 citata, in quanto ciò che meriterebbe maggior rilievo è la considerazione che il debito che si va a sanzionare coincide perfettamente per cui, tenendo presente l'esito del caso *Grande Stevens*, nonché una recente pronuncia dello stesso giudice europeo³⁰, si ha fondato motivo di ritenere che la Corte EDU, in futuro, possa rilevare - anche in tal caso - una violazione del *ne bis in idem*.

La necessità di abolire il doppio binario sanzionatorio è stata altresì ravvisata dalla Suprema Corte di Cassazione³¹ che, nell'ambito di un processo per il delitto di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 T.U.F.), ha sollevato questione di legittimità

²⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425 in cui i giudici, chiamati ad esprimersi sul rapporto tra il reato di cui all'art. 10 *bis* D.Lgs. 74/2000 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 D.Lgs. 471/1997, si sono pronunciati non in termini di specialità ma di progressione, facendo salvo così il doppio binario in materia tributaria.

³⁰ Corte EDU, Sez. IV, *Nykanen c/ Finlandia*, 20/05/2014.

³¹ Cass. pen, Sez. V, Ordinanza 10/11/2014 – 15/01/2015, n. 1782.

costituzionale dell'art. 187 *bis* T.U.F. per violazione dell'art. 117, I comma, Cost., chiedendo in via principale una pronuncia sostitutiva della clausola ivi contenuta «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» con quella diversa «salvo che il fatto costituisca reato», in modo tale da rendere l'illecito amministrativo residuale rispetto al corrispondente illecito penale.

La Cassazione, dunque, mira all'introduzione di un rapporto di specialità tra l'art. 184 T.U.F. e il successivo art. 187 *bis* in modo tale da evitare la sovrapposizione tra illecito penale e illecito amministrativo in sede processuale. Questo poiché l'auspicata abolizione del cumulo non è perseguibile – motiva la Corte – attraverso una interpretazione convenzionalmente conforme, a ciò ostando la portata letterale e sistematica della norma.

In definitiva, si può trarre la conclusione che i supremi giudici prediligono l'abolizione del doppio binario a livello sostanziale piuttosto che a livello processuale, in modo da evitare le problematiche ripercussioni in quest'ultima sede³².

La suddetta conclusione è pienamente condivisa da quella parte di autorevole dottrina³³ secondo cui, *rebus sic stantibus*, il trattamento sanzionatorio dell'illecito da applicare, penale oppure amministrativo, dipende da un fattore puramente casuale, peraltro manovrabile dal soggetto interessato, quale la rapidità del processo: si configura l'illecito che viene pronunciato prima con decisione definitiva.

In attesa della pronuncia della Consulta sul punto, giova rilevare, tuttavia, come al fine di garantire una tutela piena di alcuni interessi giuridici rilevanti, protetti dalla stessa Unione europea, sembra a volte essere necessaria una legiferazione amministrativa congiunta ad una penale; cumulo che, del resto, non è mai stato espressamente vietato dal sistema europeo, sebbene sia indubbio che la sua applicazione pratica si è complicata a seguito del caso *Grande Stevens*.

³² Per un approfondimento della vicenda cfr. M. Scoletta, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale del ne bis in idem*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 Novembre 2014.

³³ Così G. M. Flick, V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 10 Luglio 2015, 16, secondo i quali «fin quando uno stesso illecito resti punibile tanto con sanzioni penali che con sanzioni amministrative, inflitte tramite percorsi procedurali distinti, il divieto dilatato del “ne bis in idem” equivale difatti, in pratica, alla codificazione della regola “vince chi arriva prima”».

Volendo salvaguardare il principio del doppio binario, senza tuttavia rischiare di incorrere in condanne da parte della Corte EDU, si potrebbe far riferimento, tra i “criteri Engel”, a quello della gravità della sanzione e suggerire la previsione di un illecito amministrativo che sia parallela a quella di un illecito penale ma che non vada oltre quella soglia di afflittività il cui superamento comporterebbe per la Corte europea la sostanziale violazione del *ne bis in idem*.

Questa soluzione, meno drastica della precedente che era volta ad abolire il doppio binario, è stata elaborata³⁴ a seguito di una recente sentenza della Corte EDU di condanna alla Svezia³⁵: la vicenda riguardava il parallelo svolgimento di un procedimento dinanzi alla Agenzia delle Entrate svedese conclusosi in sede amministrativa con condanna al pagamento di una somma pecuniaria per irregolarità contabili e di un processo penale iniziato quando la pronuncia del giudice amministrativo non era ancora divenuta definitiva. L'imputato veniva assolto con sentenza passata in giudicato in sede penale, tuttavia il Consiglio di Stato non teneva conto di tale circostanza e concludeva il procedimento con l'irrogazione della sanzione suddetta.

Così telegraficamente descritta la vicenda, l'imputato – assolto in sede penale diversi mesi prima che fosse condannato in via amministrativa – presentava ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione del *ne bis in idem* di cui al citato art. 4 Prot. 7 CEDU, in quanto il giudice amministrativo non aveva tenuto in debita considerazione la preventiva e definitiva assoluzione nel processo penale così da determinare, per un certo lasso di tempo, la pendenza di due giudizi malgrado il giudicato penale.

I giudici europei, in pieno accoglimento del ricorso, rilevavano che la prosecuzione del procedimento amministrativo a seguito della conclusione definitiva dell'altro procedimento avente carattere penale ma vertente sullo stesso fatto e in capo allo stesso soggetto, viola inevitabilmente il *ne bis in idem*; principio che resterebbe salvo, invece, nella diversa ipotesi in cui uno stesso soggetto si venisse a trovare contemporaneamente *sub iudice* in un procedimento penale ed in uno amministrativo.

In altri termini, la Corte chiarisce che la portata dell'art. 4 Prot. 7 CEDU non si estende ai casi di litispendenza, con la conseguenza che è confermata l'assoluta libertà

³⁴ Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo del massimario, settore penale, Rel. n. 35/2014.

³⁵ Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c/ Svezia* alla cui lettura si rinvia per una più facile comprensione del principio di diritto espresso.

per gli Stati aderenti alla Convenzione di prevedere in via generale ed astratta sanzioni penali e sanzioni amministrative per lo stesso fatto, salvo poi prevedere delle misure di raccordo sul piano processuale.

3. *Il diritto ad un “equo processo” nella sentenza Grande Stevens e le sue ripercussioni in ambito nazionale.* È possibile comprendere come il diritto europeo influenzi il diritto italiano approfondendo il caso *Grande Stevens* anche sotto un altro profilo, non meno rilevante del *ne bis in idem*: quello relativo al diritto ad un equo processo.

Ineludibile baluardo di ogni Stato democratico³⁶, il diritto *de quo* trova la propria *ratio* nell'esigenza di evitare un uso arbitrario del potere da parte degli organi dello Stato, motivo per il quale presenta un contenuto molto ampio e finalizzato a conferire a ciascun individuo sottoposto a giudizio una serie di garanzie processuali: la ragionevole durata³⁷, la pubblicità del processo, il diritto di difesa, l'indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge del giudice, il diritto di ottenere l'esame di testimoni e quello di essere assistiti da un interprete.

Nella vicenda giudiziaria in esame, la violazione dell'art. 6 CEDU ha costituito il primo motivo di ricorso accolto dalla Corte EDU³⁸: ed invero, i giudici europei, dopo

³⁶ Tanto da trovare cittadinanza in tutte le fonti internazionali che riguardano i diritti umani: nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (che più rileva in questa sede); nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nell'art. 8 della Convenzione americana sui diritti umani; nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; nell'art. 7 della Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei Popoli; negli artt. 13 e 14 della Carta Araba dei diritti dell'Uomo (così come emendata nel 2004);

³⁷ Questo aspetto impone all'ordinamento interno di predisporre strumenti idonei affinché l'*iter* processuale non si protragga oltre il termine da ritenere congruo in relazione ad alcuni parametri quali la complessità della causa, il comportamento tenuto durante il procedimento da parte del soggetto sottoposto a giudizio, il comportamento tenuto nella medesima sede dalle autorità statali. Cfr, al riguardo, Corte EDU 10/09/2010, *Mc Farlane c/ Irlanda*, Ric. n. 31333/06. Infatti, il protrarsi a dismisura di un processo comporta un'incertezza giuridica che compromette l'efficienza e la credibilità di quel sistema giudiziario e arreca un pregiudizio all'individuo sottoposto a processo, soprattutto se è questo è di natura penale. Ciò viene efficacemente sintetizzato nella formula “Justice delayed, justice denied” affermata dall'*European Commission for Democracy Through Law*, organo consultivo interno al Consiglio d'Europa.

³⁸ Secondo alcuni Autori, la sentenza *Grande Stevens* è un invito allo Stato italiano a migliorare alcune garanzie procedurali. In questo senso, cfr. G.M. Flick, V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni*

aver rilevato la natura convenzionalmente penale del procedimento svoltosi davanti la Consob, hanno affermato conseguentemente la mancata conformità dello stesso all'art. 6 CEDU, in quanto detto procedimento non aveva rispettato le garanzie di equità ed imparzialità oggettiva tipiche dei processi penali ed in particolare il principio della parità delle armi tra accusa e difesa e la previsione di un'udienza pubblica.

In effetti, il regolamento Consob³⁹ presenta indubbi profili critici quali la mancanza di un contraddittorio che si traduce in un pregiudizio per il diritto di difesa dei soggetti ai quali le infrazioni vengono contestate, l'assenza di un'udienza pubblica, l'affidamento dei poteri istruttori e decisorii in capo a organismi facenti capo ad un unico soggetto individuato nel Presidente della Consob.

L'influenza della vicenda svoltasi in ambito europeo è evidente se sol si considera che all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, alcuni ricorrenti chiedevano in via cautelare al Tar Lazio l'annullamento di determinati regolamenti Consob per il palese contrasto degli stessi con la CEDU.

Sebbene l'ordinanza⁴⁰ avesse respinto la richiesta per mancanza di un pericolo grave ed irreparabile, il Consiglio di Stato⁴¹, tempestivamente adito, rilevava sia il *fumus boni juris* che il *periculum in mora* e, facendo leva sull'effettiva esecuzione

penali e amministrative: doppio binario o binario morto? Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU del 4 Marzo 2014 sul market abuse, in Rivista telematica giuridica dell'associazione italiana dei costituzionalisti, n. 3/2014; G. Zagrebelsky, Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU, in Giur. It., 2014, 1196 ss., secondo cui il regolamento sanzionatorio Consob andrebbe adeguato almeno al principio di cui all'art. 24 della legge 261/2005; M. Ventrone, Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, in Riv. Soc., 2014, 693 ss, secondo il quale l'adeguamento dovrebbe consistere semplicemente nell'introduzione di un'udienza pubblica. In senso contrario, G. D'Alessandro, Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali, in Dir. pen. e processo, 2014, 614 ss., che parla di «terremoto destinato a scuotere dalle fondamenta il sistema di enforcement attualmente vigente per le ipotesi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato». Definisce la Consob «autentico Leviatano» chiamato a tutelare i mercati finanziari in posizione di supremazia. Deludente, secondo l'Autore, è l'analisi critica della Corte EDU sulle garanzie offerte all'incolpato dal sistema italiano.

³⁹ Per un'analisi esaustiva sulle fasi che costituiscono il procedimento sanzionatorio della Consob e sui relativi profili critici, si rinvia a M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* in *Il diritto dell'economia*, Vol. 26, n. 82, 3-2013.

⁴⁰ Tar Lazio, Sez. II, Ordinanza n. 4009 del 04/09/2014.

⁴¹ Cons. di Stato, Sez. VI, Ordinanza n. 4491 del 02/10/2014.

delle sentenze CEDU, sospendeva in via cautelare il procedimento sanzionatorio in ragione proprio del contrasto del regolamento con il *dictum* della Corte EDU. Di qui, l'obbligo per la Consob di modificare il proprio regolamento così come stabilito nella sentenza *Grande Stevens* al fine di adeguarlo all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU.

Tuttavia, va segnalata una successiva pronuncia del Tar Lazio⁴² che nell'ambito di un giudizio in cui i ricorrenti chiedevano, tra l'altro, l'accertamento della illegittimità del regolamento Consob n. 15086 del 21/06/2005 per contrasto con l'art 6 CEDU, così come interpretato nella sentenza *Grande Stevens* e la contestuale emanazione di un nuovo regolamento conforme a quanto disposto dalla Convenzione, concludeva con il rigetto del ricorso, discostandosi così dalla precedente ordinanza del Consiglio di Stato: i giudici amministrativi di primo grado rilevavano che, ad un attenta analisi della sentenza *Grande Stevens*, il regolamento Consob oggetto di controversia non contrasta affatto con l'art. 6 della Convenzione.

Senza entrare nel merito della lunga e complessa motivazione, la Corte EDU ravvisava la violazione dell'art 6 solo perché nel giudizio proposto dall'imputato innanzi la Corte di Appello di Torino non era stata celebrata l'udienza pubblica; per contro, la carenza di imparzialità oggettiva della Consob (dovuta dalla circostanza che l'Ufficio sanzioni e la Commissione istruttoria agiscono sotto l'autorità e la supervisione dello stesso Presidente) e la mancata conformità del procedimento sanzionatorio dinanzi alla stessa non sono elementi da soli sufficienti ad integrare la violazione dell'art. 6 CEDU.

Infatti, tenendo presente che il procedimento sanzionatorio è costituito da tre fasi (la prima innanzi all'autorità amministrativa, la seconda dinanzi alla Corte di Appello e la terza dinanzi alla Corte di Cassazione), le garanzie del giusto processo devono sussistere nel procedimento unitariamente considerato e non determina illegittimità la circostanza che tali garanzie siano differite alla seconda e terza fase. Se nel caso di specie la violazione dell'equo processo ha riguardato la seconda fase, cioè la mancanza di un'udienza pubblica dinanzi alla Corte di merito torinese, ciò non può rendere illegittimo il procedimento amministrativo precedente che pertanto – come affermato dai giudici del Tar – «supera indenne lo scrutinio operato dalla Corte EDU».

⁴² Tar Lazio, 27 novembre 2014 n. 11887, Reg. Ric. 11054/2014.

È evidente che alla luce di quest'ultima pronuncia, si capovolge lo scenario normativo che si era prospettato in precedenza: non sussiste più, in capo alla Consob, il dovere di adeguamento del proprio regolamento sanzionatorio all'art. 6 CEDU.

La sentenza del Tar è stata prontamente impugnata, ma la successiva decisione del Consiglio di Stato⁴³ non è andata a mutare quanto statuito dai giudici di primo grado: infatti, per la parte che rileva in questa sede, è stato affermato che il regolamento Consob non è in contrasto sotto alcun profilo con l'art. 6 CEDU, ribaltando così quanto affermato precedentemente in sede cautelare. Di qui, nessun adeguamento ai dettami di Strasburgo perché nessun vincolo in tal senso scaturisce dalla sentenza *Grande Stevens*.⁴⁴

Tuttavia, con la stessa pronuncia, il Consiglio di Stato ha ritenuto il regolamento Consob illegittimo per violazione del diritto interno ed in particolare degli artt. 187 *septies* e 195 T.U.F. secondo i quali il procedimento sanzionatorio amministrativo deve attenersi ai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie. Ed invero, va rammentato che - secondo quanto è previsto nel regolamento - ai soggetti destinatari delle sanzioni è consentito porre in essere le controdeduzioni, ma ciò si traduce solo in un mero apporto partecipativo piuttosto che nell'esercizio pieno del diritto di difesa; inoltre, l'ufficio che svolge l'istruttoria redige una relazione che non viene inviata ai soggetti interessati, risultando così mancante ogni interrelazione tra l'organo decisorio finale ed i soggetti destinatari delle sanzioni⁴⁵.

Per tali ragioni, il Consiglio di Stato osserva che il regolamento Consob «si pone al di sotto dello standard di contraddittorio fissato dal Legislatore».

A seguito della rilevata illegittimità, la Consob ha provveduto alla modifica del regolamento⁴⁶, introducendo una nuova fase di interlocuzione diretta tra i destinatari del procedimento e la Commissione decidente, così da rendere conoscibile ai diretti interessati la relazione dell'Ufficio sanzioni amministrative redatta al termine della

⁴³ Cons. di Stato, n. 1596 del 26 marzo 2015.

⁴⁴ Non potendo approfondire l'argomento in questa sede, si rinvia all'articolo di G. M. Flick e V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, cit.

⁴⁵ Tali profili di criticità sono ben illustrati da M. Allena, S. Cimini (a cura di) *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.

⁴⁶ Avvenuta con Delibera n. 19158 del 29 Maggio 2015, recante Modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob ai sensi dell'art. 245 della Legge 28 Dicembre 2005 n. 262.

fase istruttoria ed estendendo, inoltre, a trenta giorni il termine previsto per la presentazione delle controdeduzioni scritte.

Alla luce di quanto esposto, è indubbio come il processo di interazione tra norme nazionali e sovranazionali sia ormai inarrestabile e che il diritto europeo sia in grado di influenzare il diritto nazionale, rappresentando il caso *Grande Stevens* solo una testimonianza (importante) di tale influenza: la giurisprudenza interna è obbligata a conformarsi a quella europea circa l'interpretazione di talune norme, con conseguenti possibili modifiche anche sul piano normativo in ordine al quale l'influenza del diritto europeo è ancor più incisiva, essendo il Parlamento e il Governo dello Stato chiamati a svolgere un'attività sempre più recettiva dei dettami sovranazionali.

4. *Cenni conclusivi sul rapporto tra CEDU e diritto interno.* L'ultima riflessione sposta sensibilmente la questione sul rapporto tra la CEDU e il diritto interno⁴⁷ e, di conseguenza, sul rapporto tra la Corte di Strasburgo e il giudice nazionale.

In linea generale, non può dubitarsi che dalle fonti internazionali discendano obblighi per il legislatore e per il giudice interno⁴⁸: ed invero, l'art. 117, I comma, Cost., così come novellato dalla Legge costituzionale n. 3/2001 i riforma dell'intero titolo V, impone al legislatore di non emanare una legge in violazione degli obblighi internazionali, pena l'incostituzionalità della stessa per contrasto con il suddetto art. 117. Il giudice, invece, ha il compito di interpretare la legge nazionale in modo conforme alla lettera e alla *ratio* degli obblighi internazionali. Qualora un eventuale contrasto non sia superabile dal giudice in sede interpretativa, lo stesso sarà chiamato a sollevare, ai sensi del citato art. 117, I comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale della legge interna in quanto contrastante con la disposizione internazionale che si assume violata (norma interposta).

Con particolare riferimento alla CEDU – essendo la stessa fonte di obblighi internazionali – vale il principio di cui sopra con la conseguenza che il giudice italiano,

⁴⁷ Per un valido ed esaustivo approfondimento circa l'origine, la *ratio*, il ruolo della CEDU e dei vari adattamenti della stessa negli Stati membri, cfr. L. Montanari, *Le carte europee dei diritti: i rapporti tra i sistemi di garanzia*, in *Collana Europeiunite Working Papers*, n.1–2015, reperibile all'indirizzo europeiunite.eu.

⁴⁸ Nonostante sia pacifico come, con riferimento alla materia penale, la relativa responsabilità, la specie e l'entità della pena possono trovare fondamento soltanto in una legge statale, non già in una fonte internazionale, in ossequio al generale principio di legalità di cui all'art. 25, II comma, Cost..

qualora ravvisi un contrasto non risolvibile con un'interpretazione convenzionalmente orientata, non potrà procedere con la disapplicazione della norma interna come avviene con riferimento al diritto dell'Unione europea, ma dovrà investire la Corte Costituzionale che deciderà eventualmente sulla declaratoria di incostituzionalità. Al riguardo, assume rilevanza la recente pronuncia della Corte Costituzionale⁴⁹ che ha restituito attualità al tema sopra menzionato della confisca nei confronti di soggetti prosciolti dal reato di lottizzazione abusiva.

Val bene precisare che nella sentenza della Consulta vengono trattate congiuntamente – in quanto vertenti sulla medesima disposizione e riguardanti le stesse problematiche – due questioni di legittimità costituzionale sollevate rispettivamente dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Teramo, in due casi pressoché identici nei quali era stato accertato il reato di lottizzazione abusiva ma con maturazione del termine di prescrizione.

Nella prima⁵⁰ i supremi giudici sollevano questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma II, D.P.R. 380/2001 in riferimento ad alcune disposizioni (artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, co. I, Cost.) nella parte in cui la norma, così come interpretata dalla Corte EDU nella sentenza *Varvara c/ Italia* (cfr. nota 10 del presente lavoro), vieta di applicare la confisca urbanistica «nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi».

Nella seconda⁵¹, il giudice di merito solleva questione di legittimità costituzionale della stessa norma (art. 44, comma II, D.P.R. 380/2001) rilevando proprio il contrasto tra il diritto vivente formatosi sulla base della giurisprudenza della cassazione che (come anticipato) impone di disporre la confisca anche in caso di prescrizione e l'art. 117, comma I, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Varvara*.

La posizione assunta dai giudici rimettenti appare per un verso analoga e per altro verso differente: analoga, in quanto entrambi fondano il proprio ragionamento sulla convinzione della vigenza di un obbligo in capo ai giudici interni derivante dall'ordinamento CEDU di disporre la confisca solo in presenza di una sentenza di condanna ed entrambi hanno ritenuto tale impostazione costituzionalmente dubbia; differente, perché mentre la Cassazione invoca l'intervento della Corte affinché

⁴⁹ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49.

⁵⁰ Cass. pen., Ordinanza 20 maggio 2014 n. 209.

⁵¹ Trib. Teramo, Ordinanza 17 gennaio 2014 n. 101.

impedisca una interpretazione incostituzionale, seppur convenzionale, dell'art 44, II comma, D.P.R. 380/2001, il Tribunale si rivolge alla Corte per ottenere un adeguamento del diritto nazionale al giudicato europeo. Diverse, dunque, sono state le finalità delle due ordinanze di rimessione: quella del giudice di legittimità di bloccare l'applicazione del diritto di Strasburgo ritenuto in contrasto con i valori costituzionali, quella del giudice di merito di far dichiarare l'incostituzionalità della norma per contrasto con la CEDU.

Entrambe le questioni di legittimità sono state ritenute inammissibili in quanto – motiva la Consulta – è errato affidare alle sentenze della Corte EDU il compito di fornire la corretta interpretazione di una norma nazionale.

Senza addentrarsi ulteriormente nella complessa motivazione⁵², quel che rileva in questa sede è che la sentenza 49/2015 riveste particolare importanza in tema di rapporto tra diritto della CEDU e diritto interno. Infatti, la Consulta non esita a ridimensionare il ruolo della CEDU e della relativa Corte laddove afferma che il significato della legge nazionale (nel caso di specie la norma sulla lottizzazione abusiva) deve essere valutato non dalla Corte di Strasburgo, bensì dal giudice interno quale interprete avente il compito prioritario di adottare una lettura costituzionalmente conforme poiché «tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». Ciò non toglie, sia chiaro, che il giudice nazionale conservi il dovere di attribuire alla norma interna un'interpretazione orientata CEDU, vale a dire un significato quanto più aderente alla Convenzione e all'interpretazione che di questa fornisce la Corte europea.

Ma su quest'ultimo punto la sentenza in esame pone ulteriori restrizioni nel momento in cui opera una distinzione tra «diritto consolidato generato dalla

⁵² Per approfondire maggiormente l'argomento, cfr. G. M. Flick, V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, cit.; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, a prima lettura di Corte Cost. n. 49/2015*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 Aprile 2015; F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte. cost., sent. 26 Marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 Marzo 2015; R. Conti, *La CEDU assediata? Osservazioni a Corte Cost. sent. 49/2015*, in *www.giurcost.org*, 10 Aprile 2015; P. Mori, *Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDiblog*, 15 Aprile 2015.

⁵² C. Cost. 22 ottobre 2014, n. 238.

giurisprudenza della Corte europea» e diritto che ancora non assume tale connotazione. Solo nel primo caso, sussisterebbe il dovere per il giudice interno di uniformarsi alla giurisprudenza europea, mentre nel secondo caso si potrebbe prescindere dalla stessa. Del resto, in un passaggio della decisione, la Corte Costituzionale precisa che «i giudici nazionali non sono passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale».

La menzionata pronuncia si pone in continuità con quell'orientamento della giurisprudenza costituzionale che tende a valorizzare il diritto interno ed a ritenerlo prevalente sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sul diritto internazionale in generale. Ed invero, già in precedenza il giudice delle leggi si era pronunciato⁵³ nel senso che i principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui quello della tutela giurisdizionale, costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute. Queste, nella parte confliggente con i principi supremi, non entrano nell'ordinamento italiano e, pertanto, non spiegano all'interno di questo nessun effetto.

Resta fermo, ovviamente, che il ruolo della CEDU e del giudice preposto alla sua osservanza mantiene una fondamentale importanza, svolgendo «una ineliminabile funzione di controllo esterno al sistema statale»⁵⁴.

⁵³ C. Cost. 22 ottobre 2014 n. 238. Per un commento alla stessa cfr. D. Russo, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2014: la Consulta attiva i contro limiti all'ingresso delle norme internazionali lesive del diritto alla tutela giurisdizionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, 26 Maggio 2016.

⁵⁴ Così P. Mori, *Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, cit.