



**CORTE DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL RUOLO E DEL MASSIMARIO
Settore penale**

**CONSIDERAZIONI SUL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
EUROPEA: LA SENTENZA 4 MARZO 2014, GRANDE STEVENS E ALTRI CONTRO ITALIA**

Rel. n. 35/2014

Roma, 8 maggio 2014

Orientamento di giurisprudenza CEDU

OGGETTO: 655003 - COSA GIUDICATA - DIVIETO DI UN SECONDO GIUDIZIO ("ne bis in idem") - Identità del fatto - Nozione - Fatti perseguiti nel diritto interno con doppia previsione di illecito, amministrativo e penale - Rilevanza - Condizioni - Interpretazione della Corte EDU ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 aggiuntivo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Fattispecie in tema di illeciti di abuso del mercato.

Sommario. 1. La decisione della Corte EDU. - 2. Le ragioni della condanna ed i criteri interpretativi da utilizzare per stabilire il carattere penale delle norme di diritto interno: a) I criteri riferibili alla giurisprudenza della Corte EDU; b) I criteri riferibili alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea; c) Spunti problematici nel confronto tra CEDU e CGUE. - 3. I motivi accolti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Grande Stevens e altri c. Italia. - 3.1. Il caso sottoposto alla Corte EDU. - 3.2. Il primo motivo di ricorso accolto: la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU. - 3.3. Il secondo motivo di ricorso accolto: la violazione dell'art. 4 del Protocollo n.7. - 3.3.a. Le affermazioni della Corte EDU in tema di "stesso fatto". - 3.3.b. L'interpretazione della direttiva 2003/6. - 3.3.c. Le affermazioni della Corte EDU sulla sentenza *Aklagaren c. Akerberg Fransson*. - 4. L'opinione in parte concordante e in parte dissenziente di due componenti della Corte EDU nella pronuncia Grande Stevens e altri c. Italia: la denuncia di limitata applicazione del principio del *ne bis in idem* nel caso di una condanna definitiva ad una sanzione amministrativa. 5. La giurisprudenza della Corte di cassazione sul rapporto tra illeciti amministrativi e illeciti penali alla prova dell'orientamento della Corte EDU. - 5.1. Recenti pronunce delle Sezioni Unite sul tema del rapporto di specialità tra illeciti amministrativi e penali. - 5.2. Gli orientamenti sull'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n.689. - 5.3. Altri casi di interesse per la giurisprudenza di legittimità. - 5.4. La sentenza della Cassazione "Labella" del 2006 e le affermazioni sul rapporto tra fattispecie penale ed amministrativa di manipolazione del mercato. - 6. Conclusioni.

1. La decisione della Corte EDU.

Il 4 marzo 2014 la Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha depositato la sentenza nella causa "Grande Stevens e altri contro Italia" in tema di *ne bis in idem* e diritto ad un equo processo.

In estrema sintesi, può ritenersi che, ad avviso dei giudici della Corte Europea, il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, così come oggi è realizzato (dagli articoli 185, quanto alla fattispecie penale, e 187 *ter*, sul piano dell'illecito amministrativo, del medesimo d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998), potrebbe porre seri dubbi di coerenza rispetto a due fondamentali principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il diritto ad un equo processo (art. 6 § 1 della CEDU¹) ed il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n.7²)

¹ L'articolo 6 della Convenzione, nelle sue parti pertinenti, riportate nella sentenza Grande Stevens, è così formulato: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

² Tale disposizione recita: «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

Nel caso deciso dalla Corte EDU si è affermato che, dopo le sanzioni comminate dalla CONSOB, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il fondamentale principio del *ne bis in idem*, secondo cui non si può essere giudicati due volte per lo stesso fatto. Nel caso esaminato, i ricorrenti, dopo essere stati sanzionati con illecito amministrativo nel 2007 dalla CONSOB, erano stati rinviati a giudizio con procedimento penale e successivamente assolti in primo grado e condannati in appello.

I giudici di Strasburgo giungono a tale affermazione premettendo l'analisi sulla natura delle sanzioni solo nominalmente amministrative per prime inflitte ai ricorrenti ed argomentano in merito che, nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento innanzi alla Consob, esse sono da considerarsi, a tutti gli effetti, come sanzioni penali, principalmente in ragione della rilevante severità delle stesse, derivante sia dalla loro quantificazione per l'importo in concreto inflitto e in astratto comminabile, sia dalle sanzioni accessorie collegate, sia, infine, in ragione delle loro ripercussioni complessive sugli interessi del condannato (cfr. i punti 97, 98 e 99 della sentenza in esame).

La Corte, inoltre, osserva anche che, a rafforzare la convinzione sulla natura penale di tali sanzioni, contribuisce lo scopo chiaramente repressivo e preventivo rintracciabile nella *ratio* della disciplina, che si salda con quello riparatorio dei pregiudizi di natura finanziaria cagionati dalla condotta (non mancando di far notare significativamente che le sanzioni risultano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori).

Una volta riconosciuta la natura penale delle sanzioni della CONSOB (che comporta l'affermazione da parte dei giudici europei della necessità che il procedimento da seguire per la loro inflizione debba osservare le garanzie che l'art. 6 CEDU riserva ai processi penali), consegue necessariamente la valutazione della Corte circa la riferibilità di esse ai medesimi fatti oggetto del successivo procedimento penale e, una volta risolta positivamente la questione, il riconoscimento della violazione del principio di cui all'art. 4 del Protocollo n.7.

Infine, avendo dichiarato la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione EDU e dell'art. 4 del Protocollo n.7, la Corte europea ha altresì dichiarato che lo Stato convenuto "*deve fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 e ancora pendenti, alla data delle ultime informazioni ricevute, nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, vengano chiusi nel più breve tempo possibile*", individuando una "necessità urgente" di porre fine alla violazione dell'art. 4 del Protocollo. In realtà, il procedimento penale risulta già definito con sentenza della Cassazione che ha dichiarato 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.»

prescrizione dei reati (Prima sezione penale, ud. del 17 dicembre 2013, in attesa del deposito della motivazione).

La sentenza CEDU ha stabilito, inoltre, che l'Italia, in quanto Stato convenuto in giudizio, debba versare, entro tre mesi a decorrere dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva conformemente all'articolo 44 § 2 della Convenzione, somme a titolo di indennizzo per il danno morale subito dai ricorrenti, oltre alle spese.

2. Le ragioni della condanna ed i criteri interpretativi da utilizzare per stabilire il carattere penale delle norme di diritto interno.

"Il tono di afflittività della sanzione determina la sua natura penale"

Le ragioni sulle quali si fondano le affermate violazioni del diritto ad un equo processo (art. 6 § 1 della CEDU) e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n.7 della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo) sono radicate nell'oramai consolidato orientamento delle Corti europee che offre una interpretazione sostanzialistica della natura penale delle norme di diritto interno, piuttosto che una qualificazione collegata al "*nomen*" di volta in volta utilizzato dai sistemi ordinamentali di riferimento.

a) I criteri riferibili alla giurisprudenza della Corte EDU.

Difatti, la Corte EDU, nella sentenza "Grande Stevens e altri c. Italia", rammenta la sua costante giurisprudenza (si cita la pronuncia "Engel e altri c. Paesi Bassi", 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22³), in base alla quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri (noti come criteri di Engel):

- 1) la qualificazione giuridica della misura;
- 2) la natura della misura;
- 3) la natura e il grado di severità della «sanzione».

Questi criteri sono, peraltro, definiti come alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 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».

La ragione sostanzialistica, alla base anche degli orientamenti dominanti rinvenibili nella oramai ampia produzione giurisprudenziale europea sviluppatasi con riguardo alla riconduzione di una determinata figura normativa - sanzionatoria nella *matière pénale*⁴, è individuata

³ Sul fine repressivo delle sanzioni destinate alla tutela di interessi tipicamente protetti dal diritto penale cfr. sentenza Menarini c. Italia del 27/9/11, citata dalla stessa pronuncia "Grande Stevens e altri c. Italia".

⁴ Per la nozione di materia penale nella giurisprudenza europea si cita, tra tutte, la sentenza della Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda, nonché la già citata sentenza della Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi del 8 giugno 1976.

fondamentalmente, nel "grado di severità" dell'impianto sanzionatorio (potrebbe parlarsi di *tono di afflittività della sanzione*)⁵.

Inoltre, si ricorda in astratto che l'alternatività dei criteri ermeneutici enucleati non impedisce di adottare un approccio unitario se 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» (si cita sul punto "Jussila c. Finlandia [GC]", n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e "Zaicevs c. Lettonia", n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX).

Nel caso trattato nella sentenza Grande Stevens c. Italia, la Corte EDU constata innanzitutto che, secondo il criterio della qualificazione giuridica formale dell'illecito, le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti nel procedimento dinanzi alla CONSOB non costituiscono un illecito di natura penale nel diritto italiano. Esse, infatti, sono punite con una sanzione qualificata come «amministrativa» dall'articolo 187 *ter* punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998⁶.

La difesa del Governo italiano nella procedura era, peraltro, affidata anche a tale argomento formale, in ragione della eccezione sollevata in via preliminare dinanzi alla Corte europea e relativa alla riserva posta dall'Italia al momento della ratifica del Protocollo n. 7 della Convenzione europea (avvenuta con legge n. 98 del 1980) con la quale lo Stato aveva precisato che l'art. 4 del Protocollo si applica unicamente alle infrazioni, alle procedure e alle decisioni che siano qualificate come penali dalla legge italiana. La Corte non ha ritenuto valida la riserva perché generica quanto alle categorie giuridiche invocate rispetto al richiamo alle norme interne coinvolte: pertanto, si è affermato in via preliminare che l'art. 4 del Protocollo n. 7 risulta del tutto applicabile all'Italia.

La Corte EDU sul punto torna a ribadire che il criterio della qualificazione formale non è da ritenersi decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo (si citano sul punto i precedenti pronunciamenti Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, serie A n. 73, e Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, n. 43509/08, 27 settembre 2011). Sicché, in ragione dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle comminabili ai ricorrenti, la Corte ritiene che quelle inflitte dalla CONSOB rientrino, per la loro severità, nell'ambito della materia penale, specificando come il "carattere penale" di un procedimento sia subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (cfr. pronuncia Engel e altri, cit.) e non alla gravità della sanzione alla fine in concreto inflitta. Per di più, nel caso di specie, la Corte ritiene le sanzioni inflitte ai ricorrenti di "innegabile severità" comportando per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti (e sanzioni accessorie molto serie: su tutte le

⁵ Basti pensare che l'art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998 prevede come massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria il limite di cinque milioni di euro, cui si accompagna per gli esponenti aziendali la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, e, relativamente alle società quotate in borsa, la temporanea incapacità di assumere incarichi di direzione, amministrazione e controllo.

⁶ La sentenza propone anche un breve quadro esplicativo del sistema normativo riferibile alla struttura del decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, come modificato dalla legge n. 62 del 2005, che ha introdotto l'ipotesi di reato di cui all'art. 185 del medesimo decreto legislativo, sostanzialmente omologa dell'illecito amministrativo previsto dal citato art.187 *ter*.

ragioni addotte dalla Corte per qualificare come "penali" le sanzioni inflitte nel procedimento "amministrativo" cfr. i punti 96, 97 e 98 della sentenza Grande Stevens e altri c. Italia).⁷

b) I criteri riferibili alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Recentemente, è intervenuta in merito anche la Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, con sentenza del 26 febbraio 2013, nel caso *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10⁸, esprimendosi sul divieto di *bis in idem* e sul campo di applicabilità dell'art. 50 CDFUE (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), disposizione in base alla quale «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 sentenza, articolata e complessa, chiude una procedura sorta da rinvio pregiudiziale sollevato dall'autorità giudiziaria svedese, nell'ambito di un procedimento penale per frode fiscale aggravata nei confronti di un soggetto (H. Åkerberg Fransson) già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA.

La questione posta si chiede se, alla luce degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU (e cioè l'identica norma oggetto della pronuncia della sentenza CEDU Grande Stevens e altri c. Italia) e 50 CDFUE, il procedimento penale debba essere considerato ammissibile o meno in ragione della sanzione fiscale già applicata. Tralasciando ulteriori, pur interessanti, spunti offerti dalla pronuncia della Corte di Giustizia in esame, per quanto rileva in questa sede deve sottolinearsi come essa, all'esito del giudizio, abbia affermato che, ai fini della valutazione sulla natura penale delle sanzioni tributarie vengono in rilievo tre criteri:

- 1) la qualificazione giuridica formale dell'illecito compiuta dal diritto interno
- 2) la natura oggettiva dell'illecito
- 3) la natura della sanzione prevista e il suo grado di severità, come delineati dalla giurisprudenza europea.

Come è evidente, si tratta degli stessi criteri interpretativi affermati dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza costante e, da ultimo, ribaditi nella pronuncia "Grande Stevens e altri c. Italia".

⁷ La sentenza rammenta anche che a proposito di alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario, dotate di potere sanzionatorio, essa ha dichiarato che il profilo penale dell'articolo 6 della CEDU si applicasse anche nel caso della Corte di disciplina finanziaria ed economica (*Guisset c. Francia*, n. 33933/96, § 59, CEDU 2000 IX), del Consiglio dei mercati finanziari (*Didier c. Francia (dec.)*, n. 58188/00, 27 agosto 2002), del Consiglio della concorrenza (*Lilly France S.A. c. Francia (dec.)*, n. 53892/00, 3 dicembre 2002), della commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari (*Messier c. Francia (dec.)*, n. 25041/07, 19 maggio 2009), e della Commissione bancaria (*Dubus S.A., c. Francia*, n. 5242/04, 11 giugno 2009, § 38). Lo stesso è accaduto per l'autorità italiana AGCM – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; si veda *Menarini Diagnostics S.r.l.*, sopra citata, § 44).

⁸ Un primo commento di tale sentenza proposto dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo – Servizio penale si ritrova nella *Rassegna di giurisprudenza per l'anno 2013*, pag. 365 e ss.

La Corte di Lussemburgo ha affermato anche, nella pronuncia citata, che il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA), una combinazione di sanzioni sia fiscali che penali, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione mediante il sistema di riscossione di entrate provenienti dall'IVA, sempre che tali sovrattasse non abbiano natura penale ai sensi dell'art. 50 della Carta: in tal caso, infatti, tale norma sarebbe di ostacolo ad ulteriori procedimenti penali.

c) Spunti problematici nel confronto tra CEDU e CGUE.

A fronte dei rilevati nuclei interpretativi comuni, rimangono peraltro aperti i problemi ermeneutici riferiti all'art. 4 del Protocollo n. 7 e derivanti dalle letture solo parzialmente coincidenti che di esso danno la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia europea, con una copiosa giurisprudenza che sta via via sedimentandosi in merito, parallelamente alla ricostruzione, anch'essa non sempre univoca, del concetto di "materia penale"⁹. In particolare, nel confronto tra le due pronunce delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo analizzate, potrebbe rinvenirsi una distonia tra l'affermazione della sentenza Grande Stevens di una sostanziale inconciliabilità in astratto con il principio del *ne bis in idem* del sistema di doppia sanzione previsto dal d. lgs. n. 58 del 1995 (quella amministrativa prevista dall'art. 187 *ter*, dotata dei caratteri di afflittività che la rendono, agli occhi della Corte, inevitabilmente di natura penale, e quella penale prevista dall'art. 185) e l'arresto della sentenza Aklagaren c. Akerberg Fransson che invece ammette in via generale la combinazione di sanzioni fiscali e penali, con obbligo di verifica in concreto da parte del giudice della natura di doppia sanzione penale delle stesse, alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza europea, che integrerebbe in tal caso la violazione del principio tutelato dalla normativa convenzionale.

Il contrasto potrebbe essere solo apparente in quanto, da un lato, la Corte di Strasburgo, quando afferma che la Convenzione EDU osta a misure di doppia sanzione, amministrativa e penale, non sembra estendere la sfera applicativa del *ne bis in idem* in via generale, ma solo per le ipotesi in cui la procedura amministrativa trasmodi in una procedura penale (secondo i criteri interpretativi di natura sostanzialistica dettati dalla stessa Corte EDU), in ragione della particolare afflittività della sanzione; dall'altro, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pur ammettendo in via generale la combinazione di sanzioni fiscali (amministrative) e penali, sembra imporre al giudice l'obbligo di verificare che, in concreto, esse non rivelino invece una doppia sanzione penale, alla luce di criteri analoghi ed in parte ulteriori rispetto a quelli fissati dalla Corte EDU.

⁹ Per una recente e sintetica ricostruzione del concetto di materia penale, definita "nozione a geometria variabile" proprio in ragione delle diverse letture fornite a volte dalle Corti europee (CEDU e CGE), nonché per un approfondimento del principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza europea, si veda *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale...* di D.Vozza, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

Sicchè, dalla rilevata sostanziale omogeneità dei criteri – guida (criteri di Engel) adottati dalle due Corti europee per individuare la natura penale o amministrativa di una sanzione, la questione relativa alla possibile divergenza tra le decisioni in merito al *ne bis in idem* delle due Corti europee potrebbe assumere minore importanza ed inserirsi in un contesto di differenze spesso derivanti dai motivi sollevati per il rinvio pregiudiziale o per il ricorso.

Vi è da aggiungere, infatti, che la non nascosta prevalenza che la Corte di giustizia europea riserva nella sua giurisprudenza alla disposizione “gemella” dell’art. 50 CDFUE rispetto all’art. 4 del Protocollo n.7 si riflette anche nell’elaborazione interpretativa del principio del *ne bis in idem*, offrendo spunti che sembrano, a volte, differenziare la lettura di tale comune principio sancito da differenti fonti normative di valenza europea in senso più o meno restrittivo.

La Corte EDU pare avviata verso un ampliamento dell’ambito applicativo di tale principio generale, a fronte dei distinguo operati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (che mostra forse un atteggiamento più cauto rispetto agli ordinamenti interni in valutazione) soprattutto con riferimento non già alla sola natura penale o non delle sanzioni in gioco (nel caso *Aklagaren c. Akerberg Fransson* di tipo fiscale), bensì alla necessità di valutare il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (se riconosciute di natura penale) per lo stesso fatto e di bilanciare il divieto di uno stesso giudizio con l’esigenza di adeguate misure residuali.

Sul piano dei rapporti tra Corte EDU e Corte GUE un’importante affermazione è stata svolta proprio nella sentenza *Aklagaren c. Akerberg Fransson* in relazione alla negata “comunitarizzazione” della CEDU: la Convenzione europea dei diritti dell’uomo non costituisce, fino a quando l’Unione non vi abbia aderito, “un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione. Di conseguenza, il diritto dell’Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale” (cfr. § 44 della sentenza citata). L’esclusione della comunitarizzazione della CEDU comporta che la Corte di Lussemburgo abbia lasciato alla libera scelta di ciascuno degli Stati aderenti all’Unione la regolamentazione dei rapporti tra Convenzione e diritto interno, sino a quando non avrà luogo l’adesione della UE alla CEDU.

Tale affermazione parrebbe combinarsi con l’orientamento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 80 del 11 marzo 2011¹⁰, che esclude la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all’art. 11 della Costituzione e, dunque, del potere - dovere per il giudice di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione; ciò anche se i diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU sono qualificati come principi generali del diritto comunitario sia dalla

¹⁰ Si veda in dottrina, sul punto, F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 6, 657 ss.

CGUE che dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. La prevista adesione dell'Unione Europea alla CEDU, si dice, infatti, non è ancora avvenuta.

Le pronunce della Cassazione sul tema, invece, risultano attualmente rappresentate dal principio espresso da Sez. I, ord. n. 35555 del 2 luglio 2008, Vangjelai, Rv. 240579, secondo la quale le norme della Convenzione EDU assumono rilevanza, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, perché dotate del rango di fonti interposte integratrici del precetto di cui all'art. 117, comma primo, Cost., sempre che siano conformi alla Costituzione stessa e siano compatibili con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti. Resta invece esclusa, per la Corte, la disapplicazione da parte del giudice delle disposizioni di legge ordinaria non conformi alle previsioni CEDU. Si segnala, altresì, in materia di esecuzione, Sez. I, n. 6559 del 18 gennaio 2011, Raffaelli, Rv. 249328, che ritiene che il giudice dell'esecuzione abbia il potere di dichiarare l'inefficacia del giudicato nel caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della CEDU che abbia accertato l'avvenuta violazione del diritto all'equo processo nell'emissione della pronuncia di condanna, nonché la giurisprudenza formatasi a seguito della sentenza della *Grande Chambre* della CEDU (n. 10249/03 del 17.9.2009) nel caso Scoppola c. Italia riferita al diritto del condannato ad ottenere l'applicazione del rito abbreviato secondo le modalità più favorevoli esistenti prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000, conv. in l. n. 4 del 2001, a condizione che la sua richiesta sia intervenuta entro tale termine e nella vigenza dell'art. 30, comma primo, lett. b della l. n. 479 del 1999, che indicava in trent'anni e non nell'ergastolo la quantificazione della pena ridotta (cfr. per tutte Sez. I, n. 5134 del 11 gennaio 2012, Gelsomino, Rv. 251857, Sez. I, n. 23931 del 17 maggio 2013, Lombardi, Rv. 256257).

La sentenza Aklagaren citata, posta la richiamata differenza di valenza tra Convenzione EDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (quest'ultima, rispetto alla prima, fonte formalmente ricompresa nel diritto della UE), ha sostenuto che il giudice nazionale ha, invece, l'obbligo di garantire la piena efficacia della CDFUE, in caso di contrasto tra norma interna e norma della Carta, disapplicando 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 (cfr. § 45 della sentenza citata); peraltro, i giudici devono/possono ricorrere al rinvio pregiudiziale per chiarire il significato di una norma eurounitaria.

3. I motivi accolti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Grande Stevens e altri c. Italia.

3.1. Il caso sottoposto alla Corte EDU.

Il caso oggetto della pronuncia della Corte EDU in esame ha ad oggetto la responsabilità a titolo di manipolazione del mercato (articoli 185 e 187 *ter* del d. lgs. n. 58 del 1998, come modificato dalla legge n. 62 del 2005) per la diffusione al pubblico, nell'agosto del 2005, di

comunicati provenienti da IFIL Investiments s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a. (quest'ultima, azionista di controllo di FIAT s.p.a., in virtù del contemporaneo controllo azionario delle società EXOR, IFI e in particolare IFIL, detentrici di una partecipazione in FIAT pari al 30,6 %). I comunicati riguardavano la complessa vicenda finanziaria generata da un prestito di tre miliardi di euro contratto da FIAT s.p.a. nel 2002 con un gruppo di banche, al quale era collegato l'accordo che, nell'eventualità di mancato rimborso, il debito si sarebbe automaticamente convertito in azioni (col conseguente rischio che IFIL perdesse la posizione di azionista di riferimento in seno a FIAT) e, soprattutto, la comunicazione al mercato (richiesta dalla Consob ex art. 114, comma 5, d.lgs. 58/1998) del 24 agosto 2005, secondo la quale alcuna iniziativa circa la scadenza del prestito "convertendo" era stata al momento intrapresa o studiata, pur confermando IFIL l'intenzione di rimanere azionista di riferimento della Fiat.

Il carattere falso del comunicato ai sensi dell'art. 187 ter del d.lgs. 58/1998 consiste, secondo la prospettazione accusatoria, nella mancata menzione del piano di rinegoziazione del contratto d'*equity swap* stipulato tra EXOR e la banca d'affari Merrill Lynch International (MYL), operazione che ha poi consentito a IFIL, attraverso la vendita a favore di quest'ultima da parte di EXOR delle azioni FIAT ricevute da MYL, di mantenere in FIAT la partecipazione di 30,6%, (così da consentirne il controllo). Il piano di rinegoziazione, invece, al momento della comunicazione sarebbe stato già concluso ed in fase di avanzata realizzazione e ne sarebbe stata omessa la notizia per evitare i probabili effetti che la sua diffusione avrebbe avuto sul prezzo delle azioni FIAT.

Per tale fatto, contestato a coloro che hanno materialmente concorso alla diffusione del comunicato, si sono aperti i doppi procedimenti - penale e amministrativo - previsti dalla normativa in materia di abusi di mercato (artt. 180 e ss. del d. lgs. n. 58 del 1998).

3.2. Il primo motivo di ricorso accolto: la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU.

Nel procedimento amministrativo, definito con sentenza passata in giudicato (Cass. Sez. Un. civili n. 20935 del 30 settembre 2009, Rv. 610516), si è riscontrata la violazione dell'art. 187 ter del d. lgs. n.58 del 1998: sono state inflitte sanzioni amministrative (pecuniarie) da parte della CONSOB con delibera ai sensi del citato art. 187 ter, alle quali si sono accompagnate quelle accessorie (anche di tipo interdittivo) di cui all'art. 187 quater del medesimo decreto (la delibera è del 9 febbraio 2007). Successivamente le sanzioni sono state confermate il 23 gennaio 2008 dalla Corte d'Appello di Torino che ne ha però ridotto la misura, mentre il 23 giugno 2009 la Corte di Cassazione (con la citata sentenza Sez. Un. civ. n. 20935 del 30 settembre 2009) ha rigettato i ricorsi proposti affermando che, in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative, previsto dall'art. 187 septies del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob e

la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale.

La Corte EDU ha rilevato, invece, come tale procedimento, svoltosi davanti alla CONSOB e avente natura formalmente amministrativa (da ritenersi invece sostanzialmente di natura penale secondo la sentenza in esame, per le ragioni già esposte), non sia stato conforme alle esigenze di equità e imparzialità oggettiva sancite dall'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, ritenendo, dunque, che la procedura CONSOB, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, si sostanziasse in un'accusa di natura penale, ha conseguentemente affermato che avrebbero dovuto essere osservate le garanzie che l'art. 6 della Convenzione riserva ai processi penali (§§ 94 ss).

Svolte tali premesse, la motivazione si sofferma sui vizi del procedimento davanti alla CONSOB (cfr. i punti §§ 116 ss. della sentenza Grande Stevens c. Italia), soprattutto con riferimento alla parità delle armi tra accusa e difesa ed al mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale. Si enucleano, specificamente, le ragioni di dissonanza tra la procedura amministrativa posta in essere sulla base dell'art. 187 *ter* d. lgs. n.58 del 1998 e i principi sanciti dall'art. 6 § 1 CEDU:

a)l'assenza di contraddittorio, in quanto le sanzioni sono state inflitte sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti che non hanno avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della CONSOB all'organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse. Inoltre, gli interessati non hanno avuto possibilità di interrogare o di far interrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio investigativo della CONSOB;

b)l'assenza di un'udienza pubblica¹¹, in ragione della natura solo cartolare del procedimento e del fatto che dinanzi alla Corte d'Appello di Torino le udienze sono state tenute secondo la modalità della camera di consiglio, non assimilabile alla pubblica udienza, nonché del fatto che l'udienza pubblica svoltasi dinanzi alla Corte di cassazione non è da considerarsi sufficiente a sanare il vizio rilevato stante l'incompetenza del giudice di legittimità ad esaminare il merito della causa, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova: la Suprema Corte italiana, secondo i giudici di Strasburgo, non può, dunque, essere considerata come un organo dotato di piena giurisdizione ai sensi della giurisprudenza europea;

¹¹ In motivazione la Corte EDU precisa (cfr.§ 122) che l'udienza pubblica, il cui obbligo non è da ritenersi assoluto (cfr. § 119 della sentenza e la giurisprudenza in esso richiamata), è stata ritenuta nel caso di specie necessaria in ragione dell'esistenza di una controversia circa la ricostruzione del fatto (ossia lo "stato di avanzamento" della negoziazione con Merrill Lynch) e del rischio di vedersi applicate sanzioni particolarmente severe sia dal punto di vista economico, sia per il loro carattere infamante, potendo arrecare pregiudizio all'onorabilità professionale e al credito delle persone interessate.

c)l'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi e riferiti ad un organismo che nel suo complesso deve ritenersi autonomo ed indipendente da altri poteri, dipendono comunque dallo stesso soggetto (il Presidente della Consob). Difatti, si dice, si realizza il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione, circostanza che, in materia penale non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione¹².

3.3. Il secondo motivo di ricorso accolto: la violazione dell'art. 4 del Protocollo n.7.

Il secondo motivo di ricorso accolto dalla Corte EDU ha riguardato la coerenza e la compatibilità con il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 4 del Protocollo n.7 della CEDU, del doppio sistema sanzionatorio dato dall'illecito amministrativo previsto dall'art. 187 *ter* e da quello penale di cui all'art. 185 del medesimo d. lgs. n. 58 del 1998, una volta ricompresa la norma configurante l'illecito formalmente amministrativo nella "materia penale", ai sensi dell'interpretazione accolta dai giudici di Strasburgo per il caso di specie, ed il relativo procedimento in una "*accusation en matière pénale*".

Si è, dunque, constatata la pendenza di altro procedimento "penale-criminale" vero e proprio, successivo alla definizione con sanzioni di quello, amministrativo ma a carattere sostanzialmente penale e chiuso già con il passaggio in giudicato, avente alla base l'accusa dell'omologo (rispetto alla previsione di cui all'art. 187 *ter* citato) delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 del d.lgs. n.58 del 1998. Attualmente il procedimento penale, dopo la pronuncia di sentenze di primo e secondo grado (la Corte d'Appello di Torino aveva da ultimo condannato Gabetti e Grande Stevens e assolto le due società e l'altro ricorrente, a seguito di un primo annullamento con rinvio da parte della Cassazione, su ricorso del PM, della sentenza di assoluzione di primo grado) risulta definito con sentenza della I sezione della Corte di cassazione con la quale si è dichiarata la prescrizione dei reati nell'udienza celebrata il 17 dicembre 2013 (la motivazione non è stata ancora depositata, ma la sentenza rimane emessa anteriormente alla decisione sul caso specifico adottata dalla Corte di Strasburgo).

3.3.a. Le affermazioni della Corte EDU in tema di "stesso fatto".

La Corte EDU, richiamando i propri precedenti arresti in materia, in particolare i criteri ermeneutici enunciati nella pronuncia della Grande Camera nella causa *Sergueï Zolotoukhine c. Russia* [GC], n. 14939/03, 10 febbraio 2009, ha chiarito che la verifica di compatibilità della

¹²La Corte cita a conforto di tale assunto *Piersack c. Belgio*, 1° ottobre 1982, §§ 30-32, serie A n. 53, e *De Cubber c. Belgio*, 26 ottobre 1984, §§ 24-30, serie A n. 86, pronunce nelle quali essa stessa ha concluso per una mancanza di imparzialità oggettiva del «tribunale» in ragione, nella prima di queste cause, del fatto che una corte d'assise fosse presieduta da un consigliere che, precedentemente, aveva diretto la sezione della procura di Bruxelles investita del caso dell'interessato; e, nella seconda, dell'esercizio in successione delle funzioni di giudice istruttore e di giudice di merito da parte di uno stesso magistrato in una stessa causa.

disciplina di diritto interno sottoposta al suo vaglio con il principio convenzionale citato¹³ passa per l'accertamento volto a determinare se il nuovo procedimento sia basato su fatti sostanzialmente identici rispetto a quelli che sono stati oggetto della condanna definitiva.

Ebbene, con un'affermazione certamente importante, la sentenza del 4 marzo mette in risalto come la questione da definire non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 *ter* e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali siano riconducibili alla stessa condotta (sul punto cfr. § 224 della sentenza CEDU). Tale approdo giurisprudenziale, come si vedrà in seguito, potrebbe essere letto nel senso che, al di là della qualificazione giuridica utilizzata nei procedimenti dei quali uno chiuso con il passaggio in giudicato e l'altro pendente, ciò che conta è confrontare le condotte specificamente poste in essere dai medesimi soggetti per verificarne la sovrapposibilità. La verifica positiva porterebbe alla dichiarazione della sussistenza del *ne bis in idem*. Tale conclusione potrebbe essere riconducibile agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 649 cod. pen. (per una sintesi recente degli orientamenti della Suprema Corte in tema di perimetrazione del concetto di "stesso fatto giudicato", da intendersi come "idem factum" e non come "idem legale", si veda Sez. II, n. 18376 del 2013, P.G. in proc. Cuffaro, Rv. 255837, che richiama, tra le altre, Sez. Un., n. 34655 del 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati e altro, Rv.231799)¹⁴.

¹³ La Corte, riferendosi alla propria richiamata interpretazione consolidata, ha specificato che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito» nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi e che la garanzia sancita all'articolo 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. Inoltre, ricorda che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione, sicché, poiché i ricorrenti dovevano considerarsi come «già condannati per un reato a seguito di una sentenza definitiva» ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, in ragione del passaggio in giudicato delle sanzioni CONSOB una volta chiusa la fase dinanzi alla Corte di cassazione, la nuova azione penale, che nel frattempo era stata avviata nei loro confronti (paragrafi 39-40 *supra*), doveva essere interrotta ed invece non lo era stata. La Corte osserva anche che, dopo la conferma da parte della Corte di cassazione della condanna pronunciata dalla CONSOB nel procedimento ex art. 187 *ter* d. lgs. n. 58 del 1998, i ricorrenti hanno invocato, nel procedimento penale, il principio del *ne bis in idem* ed hanno eccepito, invano, l'incostituzionalità delle disposizioni pertinenti del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dell'articolo 649 del CPP, a causa della loro incompatibilità con l'articolo 4 del Protocollo n.7, con ciò esauendo i rimedi previsti dall'ordinamento interno.

¹⁴ La sentenza Cuffaro afferma che per "medesimo fatto", ai fini dell'applicazione del principio del "ne bis in idem" di cui all'art. 649 cod. proc. pen., deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato, con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo, considerati non solo nella loro dimensione storico - naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente più disposizioni di legge. Le Sezioni Unite nel 2005, d'altra parte, hanno fissato il principio che l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico - naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona; il principio è stato identicamente sostenuto di recente da Sez. IV, n. 4103/13 del 6 dicembre 2012, Guastella, Rv. 255078.

Tali orientamenti presuppongono la visione del *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento penale alla luce proprio del percorso interpretativo svolto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e in particolare delle Sezioni Unite, le quali hanno ritenuto, negli anni, che il sistema processuale debba essere ricostruito valorizzando il canone interpretativo di massima espansione degli strumenti utili ad evitare la duplicazione del processo (sul punto cfr. ancora Sez. U. Donati, cit., che legge nell'art.649 cod. proc. pen. un "punto di emersione" del principio del *ne bis in idem* ritenendo che esso permei l'intero ordinamento.)

A sostegno dell'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva della disposizione di cui all'art. 649 cod.proc.pen. si è pronunciata anche la Corte Costituzionale (cfr. C. Cost., 25.2.2002, n.39, C.Cost. 12.7.2001, n.318), sottolineando la necessità che l'interpretazione normativa muova da un'accezione più "piena" del principio del "ne bis in idem", anche utilizzando la portata dispositiva dell'art. 529 cod.proc.pen. L'ordinamento giuridico, infatti, con tale istituto assicura

L'affermazione della Corte EDU, peraltro, potrebbe essere letta anche in chiave più generale e riferita al concetto di specialità, quasi a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica "in concreto", e non "in astratto" nel confronto tra fattispecie tipiche, con una prospettiva che, in tal caso, aprirebbe spazi di dissonanza rispetto ai canoni interpretativi ordinariamente accolti dalla giurisprudenza costituzionale interna e da quella anche recente delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sul punto *infra* par. 3).

Sulla base di tali premesse di ragionamento, la Corte rileva che, dinanzi alla CONSOB e nel procedimento penale, ai ricorrenti era stata contestata una "unica e medesima condotta commessa da parte delle stesse persone nella stessa data".¹⁵ Di conseguenza, la (nuova) azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva. Questa constatazione fa concludere ai giudici che vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

3.3.b. L'interpretazione della direttiva 2003/6.

Deve a questo punto rammentarsi che una delle ragioni difensive proposte alla Corte EDU dal Governo italiano riguardava il rilievo che sarebbe stato proprio il diritto dell'Unione europea ad aver autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari, attraverso la disposizione di cui all'articolo 14 della direttiva 2003/6¹⁶.

Sul punto, la Corte EDU svolge una breve analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (pur precisando che il suo compito non è interpretare la Corte del Lussemburgo) e osserva che la CGUE, nella sua sentenza del 23 dicembre 2009, resa nella

rilevanti principi generali: l'interesse di valenza collettiva alla certezza del diritto, attuata anche mediante le statuizioni degli organi giurisdizionali, e la finalità di evitare che le pronunce di tali organi siano sottoposte ad eventuali, continue verifiche che le rendano cronicamente afflitte dal carattere dell'incertezza; la garanzia dei diritti dell'individuo sottoposto a procedimento penale, che non deve trovarsi illimitatamente esposto per lo stesso fatto alla pretesa punitiva dello Stato; le esigenze di economia processuale tese ad evitare un inutile spreco di risorse per l'accertamento di vicende già definite.

¹⁵Peraltro, anche la Corte d'appello di Torino, nelle sentenze del 23 gennaio 2008, ha ammesso che gli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 avevano ad oggetto la stessa condotta, ossia la diffusione di false informazioni.

¹⁶ L'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato - Gazzetta ufficiale n. L 096 del 12/04/2003 pp. 0016-0025) dispone: «1. Fatto 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. 2. La Commissione stila, in conformità della procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 2, un elenco indicativo delle misure e delle sanzioni amministrative di cui al paragrafo 1. 3. Gli Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12. 4. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente possa divulgare al pubblico le misure o sanzioni applicate per il mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva, salvo il caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.»

causa Spector Photo Group, NV e Chris Van Raemdonck c/Commissie voor het Bank-, Financien en Assurantiewezen (CBFA) (causa C-45/08) del 23 dicembre 2009, ha indicato che l'articolo 14 della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad enunciare che tali Stati sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva. Essa ha anche chiarito (la Corte EDU utilizza l'espressione "messo in guardia") agli Stati che tali sanzioni amministrative potevano, ai fini dell'applicazione della Convenzione, essere qualificate come sanzioni penali.

3.3.c. Le affermazioni della Corte EDU sulla sentenza Åklagaren c. Åkerberg Fransson.

Di estrema importanza appare poi la nota (cfr. § 92 e 229) svolta nella sentenza Grande Stevens c. Italia circa i contenuti della omologa pronuncia della Corte di Giustizia europea Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson in materia di imposta sul valore aggiunto. La Corte EDU, infatti, ha rilevato come la CGUE, secondo quella che appare ai giudici di Strasburgo la lettura più corretta dell'arresto giurisprudenziale, abbia precisato che, in virtù del principio del *ne bis in idem*, uno Stato può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale.

In particolare, si è detto che la sentenza della CGUE nella causa Spector Photo Group, citata dal Governo italiano come esempio di giurisprudenza favorevole alla tesi difensiva, "*si limita a dire che se uno Stato membro ha previsto la possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria di natura penale, il livello di questa sanzione non deve essere tenuto in considerazione per valutare il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa. Peraltro, nella sentenza del 26 febbraio 2013 resa nell'ambito della causa C-617/10 (Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson), la CGUE ha affermato i seguenti principi: a) l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta; b) l'articolo 50 di quest'ultima (che garantisce il principio del ne bis in idem) presuppone che le misure adottate a carico di un imputato assumano carattere penale; c) per valutare la natura penale delle sanzioni fiscali, occorre tener conto della qualificazione della sanzione nel diritto interno, della natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato*".

Tali affermazioni, soprattutto se lette in relazione ai ragionamenti paralleli che le Corti europee svolgono sui criteri per ritenere la "natura penale" di una norma, si ricollegano a quanto detto in precedenza circa la distonia, probabilmente più apparente che reale, tra le due pronunce sul tema del *ne bis in idem*.

4. L'opinione in parte concordante e in parte dissenziente di due componenti della Corte EDU nella pronuncia Grande Stevens e altri c. Italia: la denuncia di limitata applicazione del principio del *ne bis in idem* nel caso di una condanna definitiva ad una sanzione amministrativa.

Rimane significativo il fatto che vi sia stata una opinione in parte dissenziente di due componenti della Corte EDU, espressione di una opzione ancora più *tranchant* rispetto alla incompatibilità tra le norme convenzionali europee che sanciscono il principio fondamentale del divieto di *bis in idem* ed il sistema normativo italiano a "doppio binario" creato, per i fatti di abuso di informazioni privilegiate e di pratiche di manipolazione del mercato, con il d. lgs. n. 58 del 1998, che ha recepito, introducendo le nuove fattispecie, la direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato, istituendo un quadro completo di divieti e di sanzioni in materia.

Tale opinione contesta radicalmente il sistema del doppio binario e la possibilità che gli Stati membri irrogino sanzioni amministrative chiamate "imperative", fatto salvo il diritto di infliggere ulteriori sanzioni penali.

In particolare si afferma che tale modulo parallelo di sanzioni penali e amministrative violerebbe il principio del *ne bis in idem*, sia nella sua concezione dogmatica, sia nella sua attuale applicazione. Alla base del palese contrasto viene chiamata in causa anche l'interpretazione della Corte di cassazione che legge l'articolo 185 come un illecito di mera condotta, accertato mediante una valutazione *ex ante* delle conseguenze che la diffusione di informazioni veritiere avrebbe potuto avere sul mercato, e non come un illecito di evento, accertato mediante una valutazione *ex post* della reale situazione del mercato dopo la diffusione dei comunicati stampa.

Si cita il principio di specialità che sarebbe stato ignorato come criterio interpretativo nella lettura costante che la giurisprudenza italiana formula degli illeciti penale (art. 185 d. lgs. n.58/1998) ed amministrativo (art. 187 *ter* d.lgs. n. 58/1998) in materia. Si afferma, invece, la necessità di applicare tale principio ermeneutico alla luce della considerazione che entrambe le norme tutelano lo stesso «bene giuridico», ossia la trasparenza del mercato, sottolineando come il primo sia un «reato di pericolo concreto» ed il secondo un «reato di pericolo astratto», sicché andrebbe applicato il criterio di specialità. La sovrapposizione materiale di sanzioni penali ed amministrative – si afferma – non soltanto sovraccarica lo Stato, che deve farsi carico di due inchieste autonome, con il rischio di giungere a conclusioni differenti sui medesimi fatti, ma viola altresì il principio di specialità.

Come si dirà nel paragrafo che segue, il concetto di specialità torna ripetutamente nell'interpretazione del principio del *ne bis in idem* proposta dalla giurisprudenza europea e si pone come vero e proprio banco di prova della tenuta del sistema normativo interno rispetto a quello convenzionale.

5. La giurisprudenza della Corte di cassazione sul rapporto tra illeciti amministrativi e illeciti penali alla prova dell'orientamento della Corte EDU.

Il tema dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, oramai fronte aperto di riflessione della giurisprudenza delle Corti europee, arricchitasi di recente dei due arresti paralleli delle sentenze Grande Stevens e altri c. Italia e Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, C-617/10, coinvolge ovviamente in modo significativo la giurisprudenza interna del nostro Paese e in particolare gli orientamenti della Corte di cassazione in tema di rapporti tra illeciti amministrativi e illeciti penali e di confini applicativi del principio di specialità, sancito dall'art. 9 della legge n. 689 del 24 novembre 1981.

Le Sezioni unite hanno avuto modo di occuparsi di tali questioni in due occasioni nel 2013 e in un'altra nel 2010, con pronunce che hanno diversamente modulato il principio di specialità, rispetto a fattispecie peraltro abbastanza distanti tra loro, nei primi due casi ritenendolo inoperante ed ammettendo il concorso di sanzioni amministrative e penali e nell'altro caso affermando, invece, la continenza degli illeciti e l'applicabilità della sola sanzione amministrativa.

Il principio di specialità, peraltro, viene declinato comunque in base al confronto tra fattispecie tipiche in astratto considerate e non tra fattispecie concrete (sul punto specificamente si esprime, ai par. 1.2 e 1.3, nonché al par. 2 con espresso riferimento all'art. 9 della l. n. 689 del 1981, Sez. Un., n. 1963 del 2011, P.G. in proc. De Lorenzo, Rv. 248722), in ossequio al testo della norma che fa riferimento al "fatto tipico" ed agli orientamenti della Corte Costituzionale (cfr. la sentenza n. 97 del 1987 della Corte Costituzionale).

5.1. Recenti pronunce delle Sezioni Unite sul tema del rapporto di specialità tra illeciti amministrativi e penali.

Per l'ipotesi di concorso tra sanzione amministrativa e sanzione penale che non ritiene sussistente il rapporto di specialità, il riferimento è alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 37425 del 28 marzo 2013, Favellato, Rv. 255759, con la quale la Corte, in relazione a fattispecie di illeciti di natura fiscale sanzionati sia amministrativamente che penalmente, ha chiarito come il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis D.Lgs. n. 74 del 2000), che si consuma con il mancato versamento per un ammontare superiore ad euro cinquantamila delle ritenute complessivamente risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti entro la scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13, comma primo, D.Lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni. In realtà, nell'analisi delle due fattispecie sanzionatorie le Sezioni unite hanno rilevato come esse abbiano un nucleo comune di presupposti e condotta ma presentino anche divergenze che inducono a ricostruire il rapporto tra i due illeciti in termini non di specialità, ma piuttosto di "progressione" criminosa. La norma penale "contiene"

necessariamente quella amministrativa e la arricchisce di elementi essenziali che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità e si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo. Sulla base di tali argomentazioni la Corte ammette la concorrente applicazione di entrambi gli illeciti.

Come si vede, la Suprema Corte affronta il tema del rapporto tra le due fattispecie, una di rilievo amministrativo e l'altra, di nuova introduzione, a rilievo penale, affermando che con l'art. 10 bis del d. lgs. n. 74 del 2000 non si è determinata la sostituzione di un regime sanzionatorio ad un altro, ma si è aggiunta, alla generale previsione di illecito amministrativo di cui al comma 1 dell'art. 13 d.lgs. n. 471 del 18.12.1997, la previsione di una specifica fattispecie penale, gravitante nell'ambito dello stesso fenomeno omissivo ma ancorata a presupposti fattuali e temporali nuovi e diversi. Si è di fronte, pertanto, secondo la Corte, non già ad un fenomeno di successione di norme sanzionatorie bensì ad una questione di eventuale concorso apparente di norme (penale ed amministrativa) da risolversi in generale e in applicazione del principio di specialità quale previsto dall'art. 9, comma 1, della legge 24 novembre 1981 n. 689¹⁷.

Le affermazioni delle Sezioni Unite Favellato non sarebbero confliggenti con le argomentazioni della Corte EDU, svolte nella sentenza Grande Stevens e altri, se si ritenesse, condividendo il percorso logico del giudice di legittimità, l'insussistenza del concetto di medesimo fatto e del rapporto di specialità tra gli illeciti presi in esame. A differenti conclusioni, invece, potrebbe giungersi accedendo ad un'interpretazione estensiva del criterio di specialità che ricomprendesse anche la progressione criminosa, ovvero aderendo a quella che potrebbe essere una declinazione del principio di specialità maggiormente legata alla verifica delle fattispecie in concreto, piuttosto che al raffronto in astratto, formulata dai giudici di Strasburgo (cfr. § 224 e ss della sentenza della Corte EDU citata), di tal che, in tale ultima ipotesi, andrebbe operata una valutazione caso per caso in base alle condotte contestate nei due diversi tipi di illecito.

Deve sottolinearsi, peraltro, come la stessa motivazione della sentenza Favellato si confronti apertamente con il principio del *ne bis in idem* in materia penale, proposto dal sistema convenzionale costituito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. In proposito si rappresenta che, nel caso delle fattispecie oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite, non può ritenersi realizzata l'«identità del fatto», necessario presupposto per l'applicazione del divieto di doppio giudizio, e si cita la pronuncia della CGUE del 26 febbraio 2013, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, che conterrebbe l'esplicita affermazione della riferibilità solo ai procedimenti penali del principio del *ne bis in idem* e non riguarderebbe, pertanto, l'applicazione congiunta di sanzioni penali e sanzioni amministrative tributarie.

¹⁷ La norma prevede, come si dirà meglio, che quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale. Nella materia fiscale si applica altresì l'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000, che sostanzialmente enuncia il medesimo principio di specialità.

In realtà, se tale lettura è senza dubbio corrispondente ad una parte delle affermazioni svolte dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, rimane comunque aperto il problema della verifica circa la natura penale o meno di una *accusation en matière pénale* e della successiva sanzione comminata, che la citata sentenza della CGUE risolve comunque secondo il criterio sostanzialistico già esaminato e, dunque, con un giudizio in concreto sganciato dal (solo) riferimento nominale proposto dal diritto interno. Si rammenta, infatti che la pronuncia ha sì affermato che il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osti a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA), una combinazione di sanzioni sia fiscali che penali, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione mediante il sistema di riscossione di entrate provenienti dall'IVA. Cionondimeno, *"qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona"* (così espressamente § 34 della sentenza Aklagaren). I criteri per la qualificazione della natura penale, come detto, non sono dissimili da quelli Engel delineati dalla sentenza Grande Stevens.

Peraltro, la sentenza aggiunge, ai tre già indicati *sub par. 2*, un ulteriore criterio di verifica della natura penale di una norma sanzionatoria che, come già in precedenza osservato, introduce un elemento di complicazione (e, come detto, di non irrilevante diversificazione rispetto all'orientamento proposto nella sentenza CEDU grande Stevens ed altri) nel test di compatibilità della disciplina amministrativo – penale dell'illecito prevista dal diritto interno con il divieto del doppio giudizio: il giudice nazionale, infatti, dovrà, alla luce di tutti i criteri indicati, valutare se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dal diritto interno sotto il profilo degli standard nazionali, nell'interpretazione che di essi fornisce la Corte stessa¹⁸, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive.

Di identico tenore, rispetto alla pronuncia Favellato, risulta la motivazione della sentenza Sez. Un., n. 37424 del 28/03/2013, Romano, Rv. 255757, massimata in modo totalmente sovrapponibile e riferita ad analoga fattispecie.

Aspetti meno problematici di coerenza tra la giurisprudenza di legittimità e i principi interpretativi espressi dalla Corte EDU vengono proposti dalla lettura di Sez. Un., n. 1963 del 28/10/2010 (dep. 21/01/2011), P.G. in proc. Di Lorenzo, Rv. 248722, che, pronunciandosi sul tema del rapporto di specialità tra illeciti amministrativi e penali, lo ritiene sussistente

¹⁸ La sentenza sul punto afferma (§ 29) che 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 (si cita il proprio arresto 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11)

nell'ipotesi del custode che circoli abusivamente con il veicolo sequestrato, punibile solo in via amministrativa (le norme in esame sono l'art. 213 comma 4 del codice della strada e l'art. 334 del codice penale). Si afferma, infatti, in generale, che, in caso di concorso tra disposizione penale incriminatrice e disposizione amministrativa sanzionatoria in riferimento allo stesso fatto, deve trovare applicazione esclusivamente la disposizione che risulti speciale rispetto all'altra all'esito del confronto tra le rispettive fattispecie astratte. La sentenza ricorda che il percorso normativo attraverso il quale si è arrivati alla formulazione dell'art. 9 della l. n. 689 del 1981 è diretto a privilegiare la specialità nei casi di concorso (apparente, dunque) tra norme penali e norme amministrative "dedicate" ad una medesima condotta tipica: l'interprete - si dice - deve privilegiare l'interpretazione che valorizzi la specialità, soprattutto nei casi in cui alla condotta penalmente sanzionata si aggiunga, successivamente, la norma amministrativa, dotata di caratteri ulteriori e specializzanti rispetto alla norma penale (come nel caso specifico proposto alle Sezioni Unite). Anche in tal caso il problema aperto rimane, comunque, quello dell'accezione del rapporto di specialità, se da definirsi in astratto nel confronto tra fattispecie tipiche, come affermato in sentenza dalle Sezioni Unite ancora una volta, ovvero possa assumere i contorni più sfumati e maggiormente legati a valutazioni "in concreto", come quelle svolte nelle argomentazioni della sentenza Grande Stevens ed altri c. Italia.

5.2. Gli orientamenti sull'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n.689.

Pertanto, sul tema della specialità e dell'art. 9 della l. n. 689 del 1981, può essere opportuno proporre un quadro sintetico dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità prima delle pronunce delle Sezioni Unite alle quali si è fatto riferimento nel paragrafo precedente.

Come noto, tale disposizione regolamenta, ricorrendo al principio di specialità, i rapporti tra norme penali e amministrative apparentemente convergenti nel configurare l'illiceità dello stesso fatto, affermando la prevalenza della disposizione ritenuta speciale.

Prima dell'introduzione di tale norma la giurisprudenza risolveva il problema della convergenza di norme sanzionatorie penali e amministrative facendo ricorso al concorso formale eterogeneo tra illeciti e applicando il cumulo delle sanzioni. Con l'avvento delle prime leggi di depenalizzazione si fece strada l'orientamento che, per dare significato all'opzione legislativa di trasformazione dell'illecito in amministrativo, conferiva natura sussidiaria alle norme penali incriminatrici rispetto alle norme sanzionatorie amministrative di nuovo conio. Il legislatore, quindi, optava per la soluzione sancita dall'art. 9 della l. n. 689 del 1981 ispirata al principio di specialità.

Pertanto, in dottrina si è molto discusso in ordine alla effettiva qualificazione del principio di specialità adottato, perché riferito non già alla "stessa materia" (come invece previsto nell'omologa norma dell'art. 15 del codice penale con riguardo al concorso di norme penali

incriminatrici) bensì allo "stesso fatto", con ciò generando dibattito sulla configurazione come specialità in concreto piuttosto che in astratto.

La giurisprudenza di legittimità, riprendendo le tesi maggioritarie espresse con riferimento alla disposizione di cui all'art. 15 cod. pen., ha consolidato negli anni una posizione decisamente orientata nell'intendere il criterio di specialità evocato dall'art. 9 cit. in un'accezione logico - formale, ritenendo che il presupposto della convergenza di norme, necessario per l'applicazione della disposizione speciale prevalente, possa dirsi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza strutturale tra le stesse, con verifica dei caratteri di configurazione delle fattispecie astratte.

Come già segnalato, la prospettiva della comparazione strutturale tra fattispecie astratte è stata recepita anche dalle Sezioni Unite, molto recentemente (cfr. sentenze Favellato, Romano e P.G. in proc. Di Lorenzo, ma già in precedenza Sez. Un. 18 dicembre 2002, n. 8545/2003, Scuncia, Rv. 223395; Sez. un. 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, Rv. 232303).

Peraltro, sempre più spesso la giurisprudenza di legittimità fa riferimento nelle sue pronunce anche all'oggettività giuridica per risolvere il concorso eterogeneo di norme penali ed amministrative. Tale criterio viene utilizzato per rafforzare quello strutturale del raffronto tra fattispecie astratte, soprattutto per la valenza sintomatica che esso esprime, spesso per avvalorare la differenza e non l'identità del fatto oggetto dell'incriminazione penale e del rilievo amministrativo (*ex multis* cfr. Sez. III, n. 1356/2007 del 5 dicembre 2006, P.G. in proc. Scotti, Rv. 235650; Sez. II, n. 21324 del 29 marzo 2007, P.G. in proc. Giraud, Rv. 237034; Sez. II, n. 38801 del 1 ottobre 2008, Trombetta, Rv. 241462; Sez. III, n. 6419/2008 del 7 novembre 2007, Costanza, Rv. 239059).

Decisamente minoritario nella giurisprudenza della Cassazione l'orientamento che riferisce al principio di specialità un criterio in concreto di risoluzione del problema della convergenza di norme penali ed amministrative (cfr. per tutte Sez. III, 20 febbraio 1995, n. 3467, Mengo, Rv. 201979).

Si è già richiamata, inoltre, la giurisprudenza costituzionale che aderisce all'orientamento che costruisce il principio di specialità tra norme penali ed amministrative come criterio logico - formale di continenza strutturale tra le fattispecie astratte (cfr. la sentenza n. 97 del 1987 della Corte Costituzionale).

5.3. Altri casi di interesse per la giurisprudenza di legittimità.

La questione dei rapporti tra illecito amministrativo ed illecito penale in relazione ad una medesima condotta ha riguardato, nella casistica sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità, una serie di fattispecie tra le quali, a titolo solo esemplificativo, si richiamano, accanto a quelle già indicate nei paragrafi 3.1. e 3.2.:

-l'inottemperanza del conducente di un veicolo all'invito a fermarsi da parte di un ufficiale di polizia municipale, che integra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 192, comma primo,

cod. strad., e non il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità previsto dall'art. 650 cod. pen., stante l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9 L. 24 novembre 1981 n. 689 (modifiche al sistema penale), applicabile quando il medesimo fatto sia punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa (Sez. 1, Sentenza n. 36736 del 17/09/2008, Beninati, Rv. 241127; Sez. I, n. 3943 del 15 gennaio 2008, Faggioli, Rv. 238382);

-in materia di diritto d'autore, l'applicazione del principio di specialità stabilito dall'art.9 della legge 24 novembre 1981, n.689, ai fatti previsti e sanzionati penalmente dall'art.171 octies della legge 22 aprile 1941 n.633 (come introdotto dall'art.17 della legge 18 agosto 2000 n.248), sicchè si applicano le sole sanzioni amministrative di cui all'art.6 d.lgs.15 novembre 2000 n.373 (di attuazione della direttiva CEE 98/84), sempre che le condotte tipiche contemplate dal predetto art.171 octies risultino sovrapponibili o sostanzialmente assimilabili - per la coincidenza dell'elemento oggettivo e stante la maggiore ampiezza di quello soggettivo previsto dalle fattispecie di cui al citato decreto legislativo rispetto a quello disciplinato dalla legge n.633 del 1941 - a quelle indicate nell'art.4 dello stesso decreto (si tratta della già citata pronuncia delle Sezioni Unite, n. 8545/2003 del 18/12/2002, Scuncia ed altri, Rv. 223395);

-la configurabilità del reato previsto dall'art. 674 cod. pen. nelle emissioni di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, purché siano superati i valori indicativi dell'intensità di campo fissati dalla normativa specifica vigente in materia, a nulla rilevando la concreta idoneità delle emissioni stesse a nuocere alla salute umana, ne' potendo ipotizzarsi, in virtù del principio di specialità previsto dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981, la prevalenza della disposizione dettata dall'art. 15 della legge n. 36 del 2001 - che contempla una sanzione amministrativa per il superamento dei limiti di inquinamento elettromagnetico - stanti i diversi beni tutelati da quest'ultima norma e da quella del codice penale (Sez. 1, Sentenza n.23066 del 14/03/2002, Rinaldi, Rv. 221653);

-ancora in tema di tutela del diritto di autore, integra un semplice illecito amministrativo la condotta di acquisto o noleggio di supporti audiovisivi abusivamente riprodotti, punita dall'art. 171 ter L. 22 aprile 1941, n. 633, come modificato dall'art. 16 L. n. 248 del 2000, con una sanzione pecuniaria, che non concorre, quindi, con il reato di ricettazione, atteso che tra le due norme sussiste un rapporto di continenza, in quanto nella norma codicistica sono compresi tutti gli elementi costitutivi della norma introdotta dalla legge n. 633, come modificata, che descrive più specificamente condotte già comprese sul piano astratto nella prima, con la quale si pone in rapporto di specialità (sul punto cfr. la già citata Sez. Un., n. 47164 del 20 dicembre 2005, Marino, Rv. 232303, nonché Sez. 2, n. 19566 del 24/03/2006, Riccio, Rv. 234190);

-l'ipotesi di prelievo abusivo di acque sottratte al demanio regionale che, in virtù dell'art. 23 del D.Lgs. n. 152 del 1999, che ha sostituito l'art. 17 del R.D. n. 1775 del 1933, integra

esclusivamente un illecito amministrativo ed è punita solo con la sanzione amministrativa di cui al predetto art. 23 e non anche a titolo di furto, ex art. 624 cod. pen.. Tra le norme in considerazione (art. 23 D.Lgs. n. 152 del 1999 e 624 cod. pen.) sussiste, infatti, un'ipotesi di concorso apparente, a fronte dell'omogeneità della materia regolata (sottrazione e impossessamento di un bene altrui per proprio vantaggio) ed il predetto art. 23 presenta carattere speciale rispetto alla disposizione codicistica, sicchè opera l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 la norma speciale amministrativa prevale su quella generale (Sez. 5, Sentenza n. 186/2007 del 29/11/2006, Furfaro, Rv. 236046; Sez. II n. 17580 del 10 aprile 2013, Caramazza e altro, Rv. 256928; Sez. V. n. 25548 del 7 marzo 2007, Lanciani, Rv. 237702);

-la deroga espressa per materia al principio di specialità contenuta per alcune categorie di reati dal comma 3 dell'art. 9 della l. n. 689 del 1981: si veda, in tema di alimenti: Sez. III, n. 32154 del 1 luglio 2002, Battaglia, Rv. 222419, in fattispecie relativa al concorso tra il reato di cui agli articoli 5, lett. a) e 6 della legge n. 283 del 1962 e l'illecito di cui all'art. 23 lett. p) del DPR n. 162 del 1965, in relazione alla messa in vendita di vino trattato in modo da variarne la composizione naturale;

-l'insussistenza del rapporto di specialità, rilevante a norma dell'art.9 della legge n.689 del 1981, tra il reato di cui all'art.633 cod.pen. e l'illecito amministrativo previsto dall'art.26, comma 4, della legge n.513 del 1977, che sanziona l'occupazione di un alloggio di edilizia popolare senza le autorizzazioni necessarie. Tale illecito, infatti, non è diretto a salvaguardare l'invulnerabilità del patrimonio immobiliare pubblico o privato nei confronti di atti diretti a violare il rapporto esistente tra i beni ed i loro possessori e prescinde dall'arbitrarietà delle condotte degli autori, ma ha come fine l'evitare del consolidarsi di talune situazioni in contrasto con la legittima distribuzione degli alloggi agli aventi diritto attraverso comportamenti di mera occupazione, che possono anche essere soltanto irregolari (Sez. 2, Sentenza n. 2697/2000 del 02/12/1999, Panelli ed altri, Rv. 215716: in sentenza viene applicato il criterio dirimente dell'oggettività giuridica).

In tutte le ipotesi sopra dette, come nelle altre che potrebbero verificarsi¹⁹ anche per future previsioni legislative, l'interferenza tra il principio del *ne bis in idem*, al quale la disciplina convenzionale europea offre ampia tutela, ed il rapporto di specialità regolato secondo l'interpretazione del diritto interno è evidente: il giudice nazionale dovrà necessariamente confrontarsi sul punto con la giurisprudenza europea laddove riconosca la possibilità di procedere con un doppio sistema sanzionatorio – amministrativo e penale – nei riguardi di una (apparentemente) medesima condotta.

¹⁹ All'esame della Corte EDU risulta attualmente anche il ricorso Berlusconi c. Italia, n. 58428/13, che riguarda l'applicazione della legge Severino (d. lgs. n. 235 del 2012), che in numerosi commenti presenti su organi di informazione e riviste specializzate viene indicata come prossima, possibile pronuncia nella quale si confronterà il tema della doppia sanzione prevista nel diritto interno rispetto al *ne bis in idem* convenzionale.

5.4. La sentenza della Cassazione "Labella" del 2006 e le affermazioni sul rapporto tra fattispecie penale ed amministrativa di manipolazione del mercato.

Una considerazione più approfondita, per la omogeneità della materia trattata rispetto alle fattispecie oggetto della sentenza della Corte EDU Grande Stevens ed altri, merita la pronuncia Sez. 6, n. 15199 del 16/03/2006, Labella, Rv. 234508, con cui la Cassazione ha affermato che il reato di "manipolazione del mercato", previsto dall'art. 185 D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, così come mod. dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, si caratterizza, differenziandosi dall'omologo illecito amministrativo di cui all'art. 187 ter D.Lgs. cit., anch'esso denominato di manipolazione del mercato, per la presenza di condotte qualificabili "lato sensu" come truffaldine o artificiose, idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari (la fattispecie si è posta in tema di estradizione richiesta dal Governo degli Stati Uniti, nella quale la Corte, ai fini della valutazione della doppia incriminabilità, ha ritenuto corretta la qualificazione giuridica della Corte d'appello che aveva collocato nell'ambito dell'art.185 del D. Lgs. cit. la condotta di "conspiracy" dell'estradando finalizzata alla commissione di truffe e frodi in operazioni di borsa).

Ebbene, la Cassazione, in tale arresto, ha ricostruito il rapporto tra le fattispecie "gemelle" di cui agli articoli 185 e 187 ter del d.lgs n. 58 del 1998, configurandole come norme che, intervenendo su condotte tipiche tendenzialmente omogenee, pongono un problema di sovrapposizione normativa e di configurazione dell'ambito applicativo, con una valutazione secondo il principio di specialità di cui all'art. 9 della l. n. 689 del 1981.

La Corte ha significativamente affermato che *"l'intero intervento sanzionatorio nella materia del cd. market abuse, attuato dalla legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, come ad esempio per le previsioni in tema di abuso di informazioni privilegiate (artt. 184 e 187 bis d.lgs.n. 58 del 1998), secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi."*

Tuttavia, nel caso delle norme in esame, la Corte di legittimità ha ritenuto che esse presentino alcuni elementi differenziali che agevolino la soluzione dei problemi applicativi pur presenti: in particolare si fa riferimento al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato, presente solo nella disposizione penale ed alla natura di fattispecie a tutela anticipata di pericolo astratto dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 ter del d.lgs. n. 58 del 1998, che non postula condotte qualificabili come truffaldine, alla stregua della fattispecie penale omologa, idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari.

Come si vede, anche in questo caso l'analisi è condotta dalla Corte di Cassazione sulla base delle fattispecie in astratto tipizzate e non con riferimento alle condotte concretamente poste in essere. Tuttavia, dalla ricostruzione operata in motivazione, appare di difficile realizzazione un fatto tipico che sia totalmente sovrapponibile ai due tipi di illecito previsti, rimanendo invece più problematica la questione dell'assorbimento di una parte della condotta

(l'illecito amministrativo) nella fattispecie penale, caratterizzata da una serie di elementi aggiuntivi, che, ragionando in concreto per fatti commessi, secondo l'indirizzo CEDU, potrebbe comunque comportare ricadute in tema di divieto di doppio giudizio.

Le riflessioni svolte dalla sentenza Labella impongono una precisazione sotto il profilo della tecnica normativa utilizzata dal legislatore per la costruzione degli illeciti di cui agli articoli 185 e 187 *ter* del d. lgs. n. 58 del 1998.

Deve ricordarsi, infatti, che l'art. 187 *ter* citato esordisce con l'ambigua clausola "*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*" che potrebbe essere letta sia nel senso di una previsione espressa di doppia procedibilità, che "chiuda" la possibilità di applicare il principio di specialità tra illecito amministrativo e illecito penale, sia, invece, nel senso di una (forse mal congegnata) clausola di specialità che richiami il concorso apparente di norme quando si sia in presenza delle condizioni di configurabilità dell'illecito penale, che, in tal caso, andrebbe applicato in via esclusiva come norma speciale più grave rispetto all'illecito amministrativo.

Tale ultima soluzione interpretativa, peraltro, offrirebbe una possibilità di leggere il sistema normativo vigente in chiave di compatibilità con i principi affermati dalla Corte EDU, definendo i confini applicativi dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale, che si configurerebbe solo quando si fosse in presenza di quegli elementi ulteriori, rispetto alla descrizione della fattispecie condivisa con la norma di cui all'art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998 e già enucleati dalla Cassazione nel 2006.

6. Conclusioni.

I piani di confronto che si propongono tra il diritto interno ed il sistema convenzionale, come risultato dell'interpretazione della giurisprudenza europea, rispetto al principio del *ne bis in idem* sono, dunque, molteplici.

In sintesi, affrontandoli come questioni aperte e problematiche:

1. Il concetto fluido e sostanzialistico della "natura penale" di una disposizione interna voluto dalla Corte EDU (ma come si è visto anche dalla stessa CGUE) pone problemi di compatibilità con il nostro sistema costituzionale, che, all'art. 25 Cost., ancora la nozione di illecito penale ad un criterio di stretta legalità formale, combinandosi con l'art. 1 del codice penale in un sistema che stabilisce la riferibilità della qualificazione di una norma come penale al fatto che essa sia formalmente ed espressamente prevista come reato da una legge.

Da tali vincoli normativi interni non appare sostenibile che il giudice nazionale possa, in applicazione dei principi convenzionali come declinati dalla Corte europea, ritenere "sostanzialmente" penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno, al fine di rilevare il divieto del doppio giudizio per il medesimo fatto. In simili ipotesi, peraltro, sarebbe anche difficilmente ipotizzabile il ricorso ad una questione di legittimità costituzionale che passi attraverso lo strumento dell'art. 117 Cost..

2. Le categorie interne, riferite al principio di specialità dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ma anche dalla dottrina dominante, e sintetizzabili nella sua accezione come rapporto che intercorre tra fattispecie tipiche, considerate in astratto, e non già tra condotte in concreto poste in essere, potrebbero essere messe in crisi dalle affermazioni della sentenza Grande Stevens della CEDU (§ 224). Essa prospetta, infatti, che, per determinare se il nuovo procedimento si basi su fatti sostanzialmente "stessi" rispetto a quelli che sono stati oggetto già di precedente condanna definitiva, la questione da risolvere non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 *ter* e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali siano riconducibili alla stessa condotta. In tal modo, ferma la lettura preferenziale per l'*idem factum* piuttosto che per l'*idem legale* svolta dalla Corte di cassazione con riferimento all'art. 649 cod. proc. pen., se si leggesse nelle parole della Corte EDU una opzione "di metodo" verso un ampliamento dei confini del *ne bis in idem* attraverso la strada di una specialità più legata alla fattispecie in concreto posta in essere, si potrebbero aprire fronti di frizione tra normativa interna e disciplina convenzionale vivente, secondo l'interpretazione della giurisprudenza europea, con riferimento agli ambiti applicativi entro i quali spingere il concetto di specialità.

3. Lo spazio riservato allo Stato aderente alla Convenzione ed al sistema normativo pattizio europeo in genere per legiferare secondo forme di natura amministrativa combinate con altre di natura penale (pure consentito dalla disciplina convenzionale, come confermato dalla stessa sentenza Aklagaren c. Akerberg Fransson della Corte di Giustizia europea) sembra decisamente complicarsi nella sua attuazione pratica, a volte indispensabile per attuare una tutela piena di alcuni interessi giuridici rilevanti protetti dalla stessa UE. Inoltre, il fluttuante criterio interpretativo prescelto dalle Corti europee per definire la natura penale di un illecito potrebbe rendere "strutturale" il pericolo di incertezza del diritto per l'autorità giurisdizionale statale e per le stesse parti coinvolte nei procedimenti.

Una possibile via d'uscita, pertanto, potrebbe essere riservata al legislatore nazionale che voglia tenere fermo il "doppio binario" sanzionatorio senza incorrere in condanne della CEDU: costruire l'illecito amministrativo parallelo alla previsione penale in maniera tale da non superare la "soglia di tollerabilità" del livello di afflittività della sanzione che comporta per la Corte europea la sostanziale violazione del principio del *ne bis in idem*, risolvendosi in una doppia sanzione penale sul medesimo fatto.

Deve segnalarsi, peraltro, che il Governo sta valutando la possibilità di impugnare la sentenza Grande Stevens e altri c. Italia dinanzi alla Grande Camera, proprio per l'assoluta importanza che le affermazioni ivi contenute potrebbero avere per il diritto interno in relazione a principi fondamentali del nostro sistema penale (e lo è senza dubbio stabilire i parametri di configurabilità di un illecito come penale oppure non), anche e soprattutto se si guarda alla futura adesione formale dell'UE ai principi stabiliti dalla CEDU.

4. La possibile qualificazione del procedimento amministrativo come "accusa penale" pone la questione della sua sottoposizione alle garanzie rilevanti previste dall'art. 6 § 1 della Convenzione per il diritto ad un equo processo, sotto il doppio profilo della necessità che vi sia netta separazione tra organo inquirente e organo giudicante (ritenuta mancante nel sistema del d.lgs. n. 58 del 1998 per la sussistenza in capo alla medesima Autorità – il Presidente CONSOB – del potere di supervisione su entrambi) e della esigenza di assicurare un reale confronto tra accusa e difesa mediante una procedura che conosca, dinanzi all'organo giurisdizionale al quale pure si riferisce, un momento di pubblica udienza (previsione oggi mancante, secondo la ricostruzione della CEDU, nei passaggi scanditi dalla disciplina del d. lgs. n. 58 del 1998, laddove il ricorso ai giudici d'appello prevede l'obbligo di procedere in camera di consiglio). Tali conclusioni potrebbero portare ad un tendenziale aumento della complicazione dei procedimenti amministrativi ai quali l'ordinamento interno ricolleggi una sanzione di rilievo per il sistema di tutela complessivo del bene giuridico coinvolto, in un'ottica di ridurre il rischio di condanne nei confronti dello Stato da parte delle Corti europee e, ovviamente, in una prospettiva di migliore adesione ai principi convenzionali viventi interpretati dalla giurisdizione sovranazionale. E ciò potrebbe verificarsi nonostante il nostro sistema ordinamentale dell'illecito amministrativo, come realizzato dalla l. n. 689 del 1981, offra non poche risorse per garantire i soggetti in esso coinvolti (si pensi, ad esempio, ai principi di legalità ed irretroattività, di necessaria colpevolezza, nonché alla previsione di scriminanti ed, infine, al principio di specialità di cui all'art. 9 di detta legge, più volte citato, posto proprio a tutela del *ne bis in idem*). Gli effetti, dunque, potrebbero risultare paradossali rispetto alle esigenze di semplificazione spesso sottese alla previsione normativa degli illeciti amministrativi.

5. Per il caso della disciplina di cui al d. lgs. n. 58 del 1998 oggetto della decisione CEDU, deve segnalarsi che, di fronte ad auspicati (dalla stessa Corte europea) interventi del legislatore per eliminare l'aporia messa in luce in relazione all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza CEDU, una lettura che consentisse di vedere una clausola di riserva vera e propria nell'*incipit* dell'art. 187 *ter* del medesimo decreto legislativo ("*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*"), operativa in caso siano presenti le condizioni di configurabilità dell'illecito penale in luogo di quello amministrativo, risolverebbe in senso coerente con i *dicta* della Corte EDU la questione controversa.

Redattore: Matilde Brancaccio

**Il vice direttore
Giorgio Fidelbo**