



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2014

1. SANZIONI AMMINISTRATIVE, EQUO PROCESSO PENALE E DIVIETO DI *BIS IN IDEM*: LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CENSURA IL «DOPPIO» SISTEMA DI CONTROLLO SUGLI ABUSI DI MERCATO PREVISTO DALLA LEGGE ITALIANA (CORTE EDU, II SEZ., 4 MARZO 2014, *GRANDE STEVENS C. ITALIA*, RICC. NN. 18640, 18647, 18663, 18668 E 18698/2010).

La [pronuncia in commento](#), che interviene all'esito di una complessa vicenda giudiziaria concernente l'accertamento di un'ipotesi di abuso di mercato, censura il duplice sistema sanzionatorio – penale e amministrativo – vigente nell'ordinamento italiano, la cui reciproca, ancorché parziale, sovrapposizione è ritenuta dalla Corte europea incompatibile con la tutela offerta dall'art. 6, par. 1, e dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione. Dal tenore della decisione emergono rilievi significativi, con specifico riferimento al carattere sostanzialmente penale del procedimento instaurato innanzi alla CONSOB per l'accertamento di illeciti solo formalmente amministrativi (tenuto conto, sia della particolare natura delle infrazioni accertate, sia del rigore dell'impianto sanzionatorio) e al principio di intangibilità del giudicato, a sua volta collegato con il più ampio tema dell'efficacia delle sentenze della Corte europea nel diritto nazionale.

All'origine della controversia, come anticipato, vi è l'accertamento della responsabilità a carico dei ricorrenti per la manipolazione del mercato finanziario derivante dalla diffusione al pubblico di false comunicazioni (fornite su richiesta della CONSOB ai sensi dell'art. 114, comma 5, del d. lgs. n. 58/1998, «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria», d'ora in avanti «t.u.f.»), in relazione a un prestito contratto da FIAT s.p.a. nei confronti di alcune banche e garantito, *inter alia*, dall'accordo che, in caso di mancato rimborso alla scadenza, l'importo del debito sarebbe stato convertito in azioni della società debitrice. Tuttavia, il comunicato emesso dalle società controllanti (segnatamente, IFIL Investments s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.p.a., azionista di riferimento della FIAT s.p.a. in virtù del contemporaneo controllo delle società EXOR, IFI, e della stessa IFIL, detentrici di una quota pari al 30,6% delle azioni di FIAT s.p.a.) della beneficiaria del prestito aveva ommesso di menzionare l'esistenza di un progetto di rinegoziazione del contratto di *equity swap* (già concluso da EXOR con la banca d'affari Merrill Lynch International Ltd al momento dell'emissione del comunicato), grazie al quale

la IFIL ha potuto mantenere il controllo di FIAT s.p.a. dopo aver acquistato da EXOR le azioni di FIAT cedute dalla Merrill Lynch.

Tale omissione, motivata dal timore delle ricadute sul prezzo delle azioni di FIAT s.p.a., è stata formalmente contestata ai soggetti responsabili della diffusione del comunicato e, per il fatto di integrare una duplice fattispecie di illecito, di natura sia amministrativa (previsto dall'art. 187-*ter*, punto 1, del t.u.f.: «[s]alve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari»), sia penale (disciplinato dal precedente art. 185: «[c]hiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000»), ha condotto all'instaurazione di due procedimenti distinti.

Il procedimento amministrativo, avviato dalla CONSOB, si concludeva in prima istanza con l'applicazione, nei confronti dei responsabili, delle sanzioni amministrative (di carattere pecuniario, e, tra quelle accessorie, anche di natura interdittiva) previste dall'art. 187-*quater* del t.u.f. (il provvedimento è del 9 febbraio 2007), la cui misura veniva però ridotta dalla Corte d'Appello di Torino con sentenza del 23 gennaio 2008. Il 23 giugno 2009, infine, la Corte di cassazione rigettava definitivamente il ricorso.

Il procedimento penale vedeva, invece, gli imputati assolti in primo grado per insussistenza del fatto (sentenza del 21 dicembre 2010). Tuttavia, la decisione del giudice di prime cure veniva annullata dalla Corte di cassazione il 20 giugno 2012 e gli atti del procedimento venivano trasmessi alla Corte d'Appello di Torino, la quale, con sentenza del 21 febbraio 2013, accertava la sussistenza della fattispecie criminosa prevista dall'art. 185 del t.u.f. Avverso tale decisione, gli imputati ricorrevano innanzi alla Corte di cassazione, la quale, all'udienza del 17 dicembre 2013, ha statuito per l'annullamento del giudizio per via dell'intervenuta prescrizione del reato.

I ricorrenti, all'esito del procedimento di infrazione di fronte alla CONSOB, promuovevano ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per accertare la violazione degli articoli 6, paragrafi 1 e 3, 1 del Protocollo n. 1 e 4 del Protocollo n. 7.

Sotto il primo profilo, la Corte europea, accogliendo parzialmente la tesi dei ricorrenti, ha stabilito che la procedura svoltasi innanzi all'autorità di vigilanza sulle società e la borsa viola l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU. Ciò in quanto la natura sostanzialmente penale delle accuse contestate ai soggetti responsabili avrebbe richiesto che detta procedura si svolgesse innanzi a un organo indipendente e imparziale e che fosse salvaguardato in tal modo l'impianto complessivo delle garanzie riconosciute dal precitato art. 6.1.

Più precisamente, la Corte ha richiamato la sua giurisprudenza consolidata per ricordare come il carattere penale di un'accusa sia desumibile in base all'applicazione di tre criteri distinti: la qualificazione giuridica formale dell'illecito ad opera dell'ordinamento nazionale, la natura effettiva dell'illecito stesso, nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni applicabili all'esito (cfr., in particolare, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976, al par. 82). Tali criteri, com'è noto, non sono cumulativi, ma alternativi. Pertanto, affinché una determinata procedura giudiziaria nazionale integri la fattispecie di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6.1 della CEDU, è sufficiente l'accertamento anche solo di uno essi, sebbene – precisa la Corte – qualora l'esame separato dei singoli criteri non consenta

di pervenire a una conclusione chiara sul punto, è sempre possibile ricorrere a una valutazione complessiva (*Jussila c. Finlandia* [GC] parr. 30 e 31, e *Zaicevs c. Lettonia*, par. 31).

Atteso che l'illecito dedotto in giudizio è formalmente qualificato come «amministrativo» dall'ordinamento italiano, la Corte non manca, tuttavia, di osservare come gli interessi tutelati dalla CONSOB nell'ambito della propria funzione di vigilanza (vale a dire l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico nella trasparenza e sicurezza dei meccanismi di transazione) siano generalmente tutelati dal diritto penale (sul punto, *mutatis mutandis*, cfr. la decisione sul caso *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, al par. 40). Inoltre, le stesse sanzioni previste dal t.u.f. presentano un'evidente finalità repressiva, essendo rivolte a impedire la recidiva dei soggetti responsabili. Tale finalità è immediatamente desumibile dal fatto che la misura della sanzione è calcolata non in base al danno provocato agli investitori, ma della gravità della condotta accertata.

L'accertamento della natura sostanzialmente penale degli illeciti oggetto del procedimento di infrazione innanzi alla CONSOB consente alla Corte di valutare l'adeguatezza del procedimento medesimo rispetto alle garanzie del giusto processo stabilite dall'art. 6.1, per far emergere eventuali vizi. Sul punto, la decisione è chiara nel riconoscere l'impossibilità per i ricorrenti sia di discutere in contraddittorio delle accuse loro ascritte, sia di avere accesso a un'udienza pubblica (facoltà esclusa anche nell'ambito della procedura di riesame innanzi alla Corte d'Appello). Ciò che appare più rilevante è, tuttavia, la censura relativa all'imparzialità dell'organo giudicante, esclusa dalla Corte sul presupposto che l'ufficio che propone l'applicazione delle sanzioni e la commissione chiamata a comminarle sono articolazioni dello stesso organo e agiscono sotto l'autorità di un unico Presidente. In buona sostanza, secondo la Corte, l'esercizio di entrambe le funzioni di indagine e di giudizio è concentrato nelle mani della medesima istituzione e tale situazione non è compatibile con l'obbligo di imparzialità del giudice sancito dall'art. 6.1 (*Piersack c. Belgio*, parr. 30-32).

Una volta stabilita la rilevanza penale delle fattispecie di illecito riconducibili alla procedura in esame e del regime sanzionatorio applicato dalla CONSOB, i giudici di Strasburgo non hanno avuto difficoltà ad accertare anche la violazione del principio di *ne bis in idem*, consacrato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. In estrema sintesi, secondo la Corte (v. i parr. 224 ss. della sentenza) tale ulteriore violazione discende dalla circostanza che i ricorrenti hanno dovuto subire un secondo procedimento – di natura formalmente e sostanzialmente penale – che ha tratto origine dagli stessi fatti causativi del precedente, impregiudicata, quindi, la rilevanza degli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie di illecito.

In altre parole, l'inosservanza del divieto del *bis in idem* si è concretizzata nell'aver giudicato due volte la medesima condotta (consistente nell'assenza di riferimenti, all'interno della comunicazione diffusa dai ricorrenti, alle condizioni di rinegoziazione del contratto di *equity swap*), senza alcun riguardo alla circostanza che questa integrasse entrambe le precitate fattispecie di cui agli articoli 185 e 187-ter del t.u.f. È appena il caso di rilevare che il ragionamento della Corte poggia sul presupposto che l'accertamento delle richiamate ipotesi di illecito, oltre a scaturire dallo stesso comportamento (la diffusione di false informazioni), ha, in entrambi i casi, natura sostanzialmente penale. In linea di principio, infatti, la doppia qualificazione (penale e amministrativa) di un'unica condotta illecita e l'applicazione dei rispettivi regimi sanzionatori non è vietata, né a livello nazionale, né a livello europeo (cfr. la [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).

Il profilo di maggiore interesse della decisione qui richiamata è certamente l'interpretazione «convenzionalmente orientata» della salvezza contenuta in apertura al precitato art. 187-*ter* del t.u.f., utilizzabile in tutti i casi in cui la vittima, già condannata in via definitiva nell'ambito del procedimento instaurato innanzi alla CONSOB, risulti destinataria di un ulteriore provvedimento di rinvio a giudizio in ambito penale. Sul punto, peraltro, era già intervenuta la Corte di cassazione (sentenza 16 marzo 2006, n. 15199), distinguendo, nell'ambito della medesima condotta tipica, lo spazio riservato all'accertamento dell'illecito penale, rispetto a quello dell'illecito amministrativo (per un approfondimento, cfr. A. F. TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2014, par. 6). Altrettanto interessanti appaiono, inoltre, le possibili ricadute dell'orientamento proposto dai giudici di Strasburgo per i casi in cui anche il procedimento penale (oltre a quello amministrativo) si sia già concluso con una sentenza di condanna definitiva. In simili ipotesi, un accertamento analogo a quello della decisione qui in commento potrebbe legittimamente condurre alla revocazione del giudicato penale, giusta l'applicazione dell'ipotesi straordinaria di revisione del processo *ex art.* 630 c.p.p. introdotta a partire dalla nota pronuncia della [Corte costituzionale 4 aprile 2011, n. 113](#) «per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

NICOLA COLACINO