



# LA SENTENZA "GRANDE STEVENS". QUANDO IL GIUDICE DIVENTA LEGISLATORE

FABIO COLAVECCHI\*

*Nell'applicazione del Regolamento sul Procedimento Sanzionatorio (delibera n. 18750 del 2013), la Consob è stata accusata di non rispettare il principio del contraddittorio. Tale accusa fu inizialmente respinta dalla Corte di Cassazione, in seguito accolta prima dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e poi dal Consiglio di Stato. Il dirompente effetto della Sentenza Grande Stevens della CEDU impone una riflessione sul ruolo da riconoscere agli organi a cui è demandato l'esercizio dei diversi poteri.*

La Consob ha il potere di adottare dei provvedimenti sanzionatori qualora, nello svolgimento dell'attività di vigilanza sui mercati finanziari, riscontri la violazione di norme che ne disciplinano il funzionamento.

L'esercizio di tale potestà sanzionatoria è disciplinato da un Regolamento interno adottato nell'esercizio di una delega legislativa che ha subordinato la concessione della potestà regolamentare al rispetto dei principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Il Regolamento sul Procedimento Sanzionatorio, originariamente disciplinato con delibera n. 15086 del 2005, successivamente è stato modificato

\* Consob - f.colavecchi@consob.it



con la delibera n. 18750 del 2013 che, allineandone le modalità di svolgimento a quelle dell'omologo procedimento presso Banca d'Italia, ne ha dimezzato i tempi di svolgimento.

Nonostante tale innovazione, la legittimità del procedimento sanzionatorio Consob ha continuato ad essere oggetto di contestazione in ragione della supposta contrarietà ai principi cui la normativa primaria aveva subordinato l'esercizio della potestà regolamentare.

Il mancato rispetto del principio del contraddittorio è stato contestato in ragione della mancata previsione dell'obbligo di trasmettere la relazione conclusiva dell'attività istruttoria anche agli interessati – oltre che ai Commissari – con l'effetto di non consentire agli stessi di avere l'ultima parola sulla proposta sanzionatoria formulata.

La violazione del principio del contraddittorio – sempre respinta in sede di giurisdizionale a livello nazionale sulla base di un costante orientamento della Corte di Cassazione<sup>1</sup> – è stata ritenuta sussistente dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la sentenza del 4 marzo 2014 (“sentenza Grande Stevens”).

L'organo giurisdizionale sovranazionale, assumendo che le sanzioni amministrative irrogate dalla Consob avessero sostanzialmente natura penale, ha rilevato che non fosse adeguatamente garantito il diritto all'equo processo stabilito dall'art. 6 della Convenzione EDU e, quindi, non fosse rispettato il diritto al contraddittorio. Nella sentenza in parola la violazione di tale principio veniva, tra l'altro, ricondotta all'assenza di una norma procedimentale che prevedesse la possibilità, per i soggetti sottoposti al procedimento, di presentare controdeduzioni avverso i contenuti della relazione conclusiva contenente la proposta sanzionatoria.

Anche se i contenuti della predetta sentenza sono direttamente vincolanti

---

1 Secondo detto orientamento il procedimento sanzionatorio rispetta il principio del contraddittorio nella misura in cui è prevista la possibilità, tra l'altro, di presentare delle controdeduzioni nel corso della fase istruttoria del procedimento.



esclusivamente nei confronti delle parti del giudizio, questi sono stati utilizzati in un diverso procedimento giurisdizionale avviato innanzi alla magistratura amministrativa per contestare la legittimità del procedimento. Il processo si è concluso con l'adozione della sentenza n. 1536 da parte del Consiglio di Stato con cui il procedimento sanzionatorio è stato dichiarata illegittimo nella misura in cui non garantisce il rispetto del diritto al contraddittorio come delineato nella normativa nazionale. Al contrario, detto procedimento è stato considerato in linea con i principi contenuti nella Convenzione EDU nella misura in cui non è volto all'irrogazione di sanzioni per violazioni di norme rientranti nell'"*hard core of criminal law*".

Ad avviso del Consiglio di Stato, il concetto di contraddittorio richiamato nella normativa primaria attributiva del potere regolamentare deve essere inteso in senso "rafforzato" in ragione del fatto che il procedimento può concludersi con l'irrogazione di una sanzione. L'esigenza di rafforzare gli strumenti a disposizione degli interessati risulterebbe giustificata in ragione della contrapposizione esistente tra l'Autorità e l'interessato. La natura "paragiurisdizionale" del procedimento ha portato il giudice a considerare il diritto al contraddittorio non in senso "verticale" quanto in senso "*orizzontale e paritario [...] con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento*". Pertanto, il procedimento è stato considerato illegittimo nella misura in cui la Relazione per la Commissione redatta "*dall'Ufficio Sanzioni Amministrative della Consob non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad essa non vi è alcuna possibilità di controdeduzione*".

Pur rappresentando tale concezione un *unicum* del panorama giurisprudenziale, la sentenza in parola ha imposto alla Consob l'obbligo di modificare nuovamente il testo regolamentare introducendo, tra l'altro, sia l'obbligo di trasmettere la relazione predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative ai soggetti sanzionandi che il conseguente riconoscimento a questi della facoltà di presentare delle controdeduzioni sui contenuti di



tale documento.

Sotto altro punto di vista, il diritto all'equo procedimento è stato considerato rispettato dalla Corte EDU essendo riconosciuta, in sede di opposizione, la possibilità di tenere un'udienza pubblica innanzi ad un organo giurisdizionale dotato di piena giurisdizione.

Tale affermazione ha rafforzato l'intendimento del Legislatore nazionale di riformulare le modalità di svolgimento dei diversi procedimenti di opposizione esperibili avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Di conseguenza, in sede di recepimento della Direttiva CRD IV – avvenuta con l'adozione del d.lgs. 52/2015 – è stata rimossa l'ingiustificata diversità esistente tra le procedure di opposizione prima esperibili avverso i diversi provvedimenti introducendo un unico rito d'opposizione definito *ad hoc* introducendo l'obbligatorio svolgimento di un'udienza pubblica.

Il mancato rispetto del diritto all'equo processo e del diritto al contraddittorio rilevati dagli organi giurisdizionali hanno determinato una riformulazione delle normative esistenti rendendo opportuno lo svolgimento di alcune riflessioni sui risvolti dell'esercizio del potere giurisdizionale su quello legislativo. A tal fine, appare utile analizzare le conseguenze derivanti dall'introduzione di un criterio "sostanzialistico", introdotto dalla Corte EDU, per individuare la natura penale di una norma sanzionatoria in luogo di quello formalistico sancito dall'art. 25 della Costituzione.

Premesso che le sentenze della Corte EDU sono vincolanti per lo Stato aderente in base al disposto dell'art. 117 della Costituzione, è necessario chiedersi se l'ingresso nel nostro ordinamento dei precetti contenuti nella Convenzione possa avvenire liberamente ovvero trovi un ostacolo nei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale che costituiscono i cd. "controlimiti".

Tra questi "controlimiti" all'ingresso nell'ordinamento nazionale di norme



esterne, secondo una parte della dottrina dovrebbe rientrare il principio di legalità formale contenuto nell'art. 25 Cost. secondo cui possono considerarsi penali le sole norme formalmente definite tali dal Legislatore. In particolare, le norme CEDU, pur dovendo essere assunte come misura della legittimità di leggi nazionali, rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale e, pertanto, devono essere a loro volta conformi alla Costituzione. Diversamente dalle normative di derivazione comunitaria – che, quando hanno efficacia diretta, sono immediatamente rilevabili dal giudice – gli obblighi internazionali di natura pattizia possono fungere da parametro costituzionale delle leggi interne solo dopo aver superato positivamente il vaglio di compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano. Ne consegue che, quando si evidenzia il contrasto fra una legge nazionale e una norma della CEDU, il giudice comune non è autorizzato a disapplicare la norma interna, ma è tenuto solo a sollevare la relativa questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale<sup>2</sup>.

Ove si considerasse il principio di legalità formale sancito dall'art. 25 Cost. rientrante tra i cd. "controlimiti" alle limitazioni di sovranità concesse ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., gli effetti della sentenza CEDU sarebbero senza dubbio fortemente ridotti in quanto, confermandosi la natura amministrativa delle sanzioni irrogate dalla Consob, non sarebbe necessario garantire il rispetto del diritto all'equo procedimento. In tal modo sarebbe possibile superare il fatto che, tra i criteri di derivazione giurisprudenziale forniti dalla Corte EDU per determinare la natura penale di una norma (cd. Criteri Engel), quello del *nomen juris* – garantito nel nostro ordinamento dall'art. 25 Cost. – abbia natura recessiva rispetto agli altri fondati su valutazioni sostanziali della natura del bene protetto e dell'entità della sanzione irrogata.

---

2 Gallo F., *La concorrenza tra il diritto nazionale ed il diritto europeo (UE e CEDU) nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti del XXVIII Convegno di studio "Adolfo Beria di Argentine" su Unione Europea: Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati, Courmayeur, 19 – 20 settembre 2014.



D'altro canto, deve considerarsi che sia l'art. 25 Cost. che l'art. 6 della Convenzione EDU sottostanno ad una medesima finalità di tutela dei soggetti sottoposti ad un procedimento sanzionatorio. Da un lato, il principio costituzionale presenta la finalità di garantire di poter essere sottoposti ad una sanzione avente natura penale solo ove, al momento del compimento del fatto, sia chiaramente previsto che conseguenza della violazione della norma è l'applicazione di una sanzione penale; dall'altro, la Convenzione EDU afferma la necessità di garantire ai soggetti sottoposti ad un procedimento sanzionatorio le tutele previste nei procedimenti penali anche ove lo stesso si fondi sulla contestata violazione di una norma che, ancorché formalmente amministrativa, abbia sostanzialmente natura penale<sup>3</sup>.

Tale comunanza di finalità non può, tuttavia, considerarsi in grado di superare il "controlimite" individuato nell'art. 25 della Costituzione in quanto detta norma non è solo finalizzata a garantire i cittadini ma anche a tutelare la ripartizione di competenze tra i poteri presenti nel nostro ordinamento.

La disposizione in parola è tesa anche a garantire che la scelta di adottare una norma penale per sanzionare determinati comportamenti sia rimessa esclusivamente al Legislatore. Tale impostazione è giustificata in quanto una simile scelta deriva da una politica legislativa complessiva delineata sulla base di una visione globale di tutti i fattori coinvolti. Di conseguenza, la decisione del Legislatore di adottare una risposta sanzionatoria amministrativa a determinate condotte può derivare dalla maggiore speditezza del procedimento di irrogazione di una sanzione amministrativa rispetto alla tempistica richiesta da un processo penale ovvero dalla maggiore deterrenza insita nell'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura

3 "Non sembra potersi ravvisare un contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale [...] nel fatto che la Corte Europea (come già in altri casi) abbia qualificato "penale", agli effetti della Convenzione, una sanzione che la legge interna configura invece come amministrativa. Detta qualificazione è funzionale, infatti, ad un incremento del tasso delle garanzie", Flick G. M., Napoleoni V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, Relazione Convegno ABI 14 giugno 2014.



pecuniaria (anche considerati gli importi elevati delle pene previste) in luogo di una pena avente natura detentiva.

Peraltro, il criterio sostanzialistico suggerito dalla Corte EDU – stante l'eccessiva mutevolezza che lo contraddistingue – non sarebbe in grado di fornire una soluzione interpretativa valida *erga omnes*. Un criterio ermeneutico sostanzialistico fondato sulla valutazione dell'entità della sanzione che potrebbe essere irrogata porterebbe, infatti, a riconoscere natura penale anche a norme di chiara matrice civilistica dalla cui violazione deriva l'insorgere di importanti obblighi risarcitori. Le medesime problematiche sotto l'aspetto della certezza del diritto emergono anche ove si consideri che determinare la natura della norma sanzionatoria sulla base dell'efficacia special preventiva della tipologia di sanzione prevista varia in ragione delle qualità del singolo soggetto sanzionato (ciò in quanto per alcuni soggetti potrebbe risultare meno afflittiva l'irrogazione di una sanzione detentiva in luogo di una pecuniaria). I riflessi di tali difficoltà ermeneutiche sono evidenti ove si consideri che, riconoscendo natura sostanzialmente penale ad una norma cui sia stata formalmente riconosciuta altra natura, si renderebbe necessario accordare al soggetto interessato da un procedimento sanzionatorio specifiche ed ulteriori rispetto al riconoscimento di un rafforzamento del diritto al contraddittorio.

In conclusione, gli effetti che l'esercizio del potere giurisdizionale può avere nei confronti del Legislatore rende urgente l'avvio di una riflessione sul ruolo da riconoscersi agli organi cui è demandato l'esercizio dei diversi poteri. Ciò in quanto la politica legislativa definita da un organo rappresentativo democraticamente eletto non può essere radicalmente rivista in ragione dell'intervento di organi giurisdizionali sovranazionali, alle cui pronunce non dovrebbe riconoscersi un effetto che travalichi in modo così importante l'assunzione di una decisione sul caso concreto.