

Autorità amministrative indipendenti e sanzioni “penali”.
Un’occasione di confronto fra CEDU e diritto UE

1. La rilevanza della tutela dei diritti fondamentali. Le sentenze *Grande Stevens* (4.3.2014) e *Menarini* (27.9.2011).
2. Le sanzioni adottate e la “vittima” della violazione della CEDU.
3. I diritti violati e la “materia penale”.
4. Il procedimento amministrativo sanzionatorio. La doppia sanzione. Il divieto di *bis in idem*; la pronuncia della Corte EDU (*Grande Stevens*).
5. *Volet* penale, procedimento amministrativo e giudiziario. La necessità di un’udienza pubblica. La parità delle armi.
6. I profili di imparzialità soggettiva e oggettiva dell’autorità amministrativa. La disamina compiuta in *Grande Stevens* diversamente da *Menarini*. Il controllo di un organo giurisdizionale di piena giurisdizione e la diversità delle conclusioni.
7. Il *bis in idem* e il rinvio al diritto UE. La protezione equivalente.
8. Le sanzioni, la tutela del diritto di proprietà e la possibile privazione (il potere dello Stato di disciplinare l’uso dei beni). Le critiche espresse dai giudici dissenzienti in *Grande Stevens*.
9. Il procedimento amministrativo avanti alla AGCM e alla CONSOB. La diversa rilevanza delle caratteristiche del procedimento nelle sentenze *Menarini* e *Grande Stevens*.
10. La qualità di giudice “con piena giurisdizione”. La soluzione della Corte nella sentenza *Menarini* e l’opinione dissenziente. La non

violazione dell'art. 6, par. 1, ma “nel caso di specie”. La possibile sproporzione della sanzione.

11. La natura penale della sanzione *antitrust*. L'ammontare della sanzione e le sue finalità.

1. L'attenzione per la sentenza *Grande Stevens* è stata molto maggiore di quella per *Menarini*.

Non solo perché nella prima, diversamente dalla seconda, è stata riscontrata la violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU, offrendo quindi argomenti di riflessione sulla diversa soluzione, ma perché è emerso anche agli occhi dei giuristi meno attenti al tema della tutela dei diritti fondamentali, che questi incidono sul mercato e sulle sue regole. Materie come l'*insider trading* e le manipolazioni del mercato, da un lato, e pratiche anticoncorrenziali, dall'altro lato, con le relative discipline, debbono adeguarsi agli obblighi che discendono da convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, quale la CEDU.

E se mai fosse applicabile, considerati i limiti materiali di applicabilità a norme di diritto UE o a norme di attuazione di tale diritto, agli obblighi che discendono dalla Carta dei diritti fondamentali UE.

2. Ci si può dunque interrogare su quale sia il nesso o collegamento fra una pratica anticoncorrenziale (nella specie della società Menarini) relativa al mercato dei test diagnostici per il diabete, e la non corretta informazione del pubblico (con conseguente manipolazione del mercato), circa l'attività di rinegoziazione di un contratto di

finanziamento da parte di Exor, azionista di controllo di Fiat, con una banca d'affari (responsabili erano alcuni suoi managers e consulenti).

Il primo rilievo, o risposta, potrebbe essere l'entità delle sanzioni, in un caso (*Menarini*) 6 milioni di euro, nell'altro caso (*Grande Stevens*) 5 milioni di euro (poi ridotti a 1.200.000 per Gabetti, presidente di Exor, ma 3 milioni di euro fu la sanzione decisa, e confermata, a carico di *Grande Stevens*), cui si sono aggiunte varie sanzioni accessorie: peraltro di una certa gravità, quale l'interdizione da cariche societarie e professionali, che incidono sull'onorabilità della persona sanzionata. Altro rilievo comune riguarda il risultato negativo dei giudizi intrapresi avanti al giudice nazionale, civile e amministrativo. A tali giudizi è poi seguito il ricorso, e quindi lo scrutinio da parte della Corte EDU, una volta esaurite le vie di ricorso interne (*ex art. 35 CEDU*).

Legittimato a ricorrere alla Corte è la persona che possa qualificarsi "vittima" della violazione di uno o più diritti garantiti dalla CEDU o dai suoi Protocolli: vittima (secondo la definizione della Corte EDU) è la persona che è in grado di dimostrare di essere stata personalmente e direttamente riguardata dall'atto o dall'omissione dello Stato, che si ritiene lesiva di uno dei diritti tutelati (15.6.1992, *Ludi c.*

Francia, par. 34; 25.9.1996, *Buckley c. Regno Unito*, parr. 56-59; 6.4.2004, decisione, *Schunbenks c. Ucraina*).

3. I diritti violati nelle fattispecie in esame sono riconducibili all'art. 6, par. 1, sull'equo processo, in particolare sulle garanzie della difesa, diritto al contraddittorio, indipendenza e imparzialità del giudice.

L'art. 6 si applica alle violazioni che riguardano i diritti e doveri di carattere civile e la fondatezza di un'accusa penale formulata nei confronti del ricorrente.¹

Per "accusa" si deve intendere un addebito relativo al compimento di una o più azioni od omissioni contrarie a norme giuridiche che rientrano nella materia penale. La definizione di tale materia è, almeno in parte, autonoma rispetto a quella propria di un ordinamento nazionale. I criteri individuati dalla giurisprudenza, con

¹ Così dispone l'art. 6, par. 1: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale 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 giudicate strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia".

riferimento sia all'art. 6, sia all'art. 4 Protocollo n. 7 sul *ne bis in idem*,² sono tre (c.d. criteri *Engel*), fra loro alternativi e non cumulativi: salva l'ipotesi in cui l'esame separato di ciascun criterio non consenta di pervenire ad una conclusione chiara circa l'esistenza, o non, dell'"accusa".³ Si tratta *a)* della qualificazione giuridica data dal diritto interno (le norme che definiscono l'illecito appartengono, nell'ordinamento dello Stato convenuto, al diritto penale); *b)* della natura dell'infrazione o illecito; *c)* del grado di severità o gravità dell'infrazione o illecito.

L'applicabilità dell'art. 6, nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 7 dipende dunque dalla qualificazione della fattispecie nel "sistema CEDU" (norme e relativa interpretazione da parte della Corte), e pertanto sanzioni formalmente qualificate come amministrative nel nostro ordinamento, ma aventi natura sostanzialmente penale secondo i criteri della CEDU, sono riconducibili alla "accusation en matière pénale" o "criminal charge" (art. 6) e alla "peine" o "penalty" (art. 4).

² Così dispone l'art. 4, par. 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".

³ Cfr. la formulazione dei criteri nella sentenza 8.6.1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, serie A n. 22.

4. Il procedimento amministrativo sanzionatorio è censurato (in *Grande Stevens*; in *Menarini*, come si vedrà, manca tale censura) perché non è garantito (o non è pienamente garantito) il diritto al contraddittorio dei soggetti “accusati” e perché non vi è separazione fra l’ufficio (o gli uffici) che compie l’attività istruttoria e formula la richiesta di sanzione, da un lato, e l’organo che decide l’irrogazione della sanzione, dall’altro lato.

Quanto alla sanzione, se essa è doppia, cioè penale vera e propria, e amministrativa (oppure fiscale, doganale, disciplinare) ma sostanzialmente penale, si ha un *bis in idem* o doppio binario o *double jeopardy* vietato, trattandosi di punizione del medesimo fatto oggetto della medesima condotta.

Le censure riguardano, dunque, sia il “procedimento” di determinazione delle sanzioni, sia il “regime sanzionatorio”. Tale regime è duplice, e quindi vietato dall’art. 4, Protocollo n. 7 (che vieta non solo la doppia condanna, ma anche il doppio procedimento) perché l’*insider trading* e la manipolazione del mercato sono punite da sanzioni qualificate nel nostro ordinamento come amministrative e penali, ma sostanzialmente entrambe penali secondo il sistema CEDU.

La qualificazione fa venire meno alcune delle obiezioni formulate dal Governo italiano che meritano, comunque, qualche rilievo.

Nel procedimento *Grande Stevens* la Corte di Cassazione rigettò la tesi dei ricorrenti, invece accolta dalla Corte EDU, secondo cui le norme costituzionali in materia di giusto processo e di diritto alla difesa (peraltro corrispondenti a quelle CEDU, si osserva) si applicavano soltanto ai procedimenti giudiziari, non già a quelli amministrativi relativi all'applicazione di sanzioni (cfr. parr. 37, 38 e par. 83 sentenza).

Nel giudizio penale, Tribunale (28 marzo 2011) e Corte d'appello di Torino (28 febbraio 2013; la Cassazione dichiarò poi la prescrizione del reato) escludono il *bis in idem*, ritenendo che il d.lgs. 58/1998 (art. 185 e art. 187 *ter*) non punisse lo stesso fatto e che un doppio processo fosse addirittura autorizzato dall'art. 14 della direttiva 2003/6/CE del 28.1.2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato cui l'ordinamento si era adeguato adottando, appunto, quel d.lgs. (cfr. i parr. 43, 46, 51, 60, 84).

L'incompatibilità con l'art. 4, Protocollo n. 7, era stata sollevata, eccependo la legittimità costituzionale del d.lgs. e dell'art. 649 c.p.p. (sul divieto di *bis in idem*): una volta adottata, e divenuta definitiva, la sanzione amministrativa (a seguito della sentenza della Cassazione

civile del 30.9.2009), l'azione penale avrebbe dovuto essere abbandonata.

Richiesta non accolta, e oggetto di specifica censura da parte della Corte EDU, precisamente di una "misura individuale" contro lo Stato italiano essendo stato disposto (par. 237) che dovesse essere posta fine, con urgenza, alla violazione dell'art. 4, Protocollo n. 7 e che dovessero essere chiusi, nel più breve tempo possibile, e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti, i procedimenti penali avviati in violazione di tale norma e ancora pendenti.

5. Il problema della qualificazione, come si vede, è di assoluta rilevanza. La sentenza *Menarini* è più volte ricordata dalla *Grande Stevens* circa la riconducibilità delle sanzioni alla materia penale: *a)* le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo (*Menarini*, par. 39, *Grande Stevens*, par. 95; primo criterio *Engel*); *b)* l'autorità amministrativa intende tutelare interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale (*Menarini*, par. 40, *Grande Stevens*, par. 96). Inoltre le norme che prevedono sanzioni mirano sia a prevenire e dissuadere impedendo una recidiva, sia a reprimere, sanzionando una irregolarità (*Menarini*, par. 41, *Grande Stevens*, par. 96; secondo criterio *Engel*); *c)* la sanzione prevista può essere, come già si è visto, assai elevata (*Menarini*, par. 41, *Grande Stevens*, par. 97;

terzo criterio *Engel*; per le violazioni antitrust la sanzione può essere determinata fino al 10% del fatturato dell'ultimo esercizio *ex art. 15 legge 287/1990*).

Fra i vari casi in cui è stato ritenuto applicabile il *volet* o profilo penale dell'art. 6 ad autorità amministrativa, la Corte ricorda, espressamente, per il nostro ordinamento, la AGCM (nel caso *Menarini*, spec. par. 44) e un'ampia casistica francese, che ha riguardato autorità amministrative competenti in diritto economico e finanziario, dotate di potere sanzionatorio, fra le quali il Consiglio della concorrenza (decisione 3.12.2002, *Lilly France S.A. c. Francia*; in questi termini il par. 100 *Grande Stevens*, ove si ricordano pure la Corte di disciplina finanziaria ed economica, *Guisset c. Francia*, n. 33933/96, par. 59, CEDU 2000 IX; il Consiglio dei mercati finanziari, dec., n. 58188/00, 27.8.2002, *Didier c. Francia*; la Commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari, dec., n. 25041/07, 19.5.2009, *Messier c. Francia*; la Commissione bancaria, n. 5242/04, 11.6.2009, *Dubus c. Francia*, spec. par. 38). Il caso *Menarini* era il primo, per il nostro Paese, che riguardasse i poteri sanzionatori della AGCM; il caso *Grande Stevens* era, parimenti, il primo per quanto riguarda i poteri sanzionatori della Consob. La Corte EDU precisa, in proposito (par. 76) che si tratta della prima causa di questo tipo che la Corte è chiamata ad

esaminare per l'Italia e che è richiesta una decisione sulla questione di principio (natura ed equità del procedimento avanti alla Consob, possibilità di iniziare un processo penale per fatti già sanzionati dall'autorità amministrativa, rispetto dei diritti fondamentali).

L'obbligo di tenere un'udienza pubblica avanti al giudice non è assoluto, anche se lo svolgimento dell'udienza è ritenuto certamente rilevante. La valutazione del caso concreto può avere come risultato una deroga a tale obbligo.

Ma nel caso specifico *Grande Stevens* alcuni fatti erano controversi. Il documento finale dell'ufficio investigativo, su cui si è fondata la decisione finale, non ha potuto essere oggetto di contestazione o discussione; non si è potuto interrogare o far interrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio, le sanzioni applicabili avrebbero avuto carattere infamante, pregiudicando l'onorabilità e il credito delle persone interessate.

Non è stata assicurata la parità delle armi fra accusa e difesa, ed è mancato il confronto in una pubblica udienza.

6. I profili di imparzialità soggettiva e oggettiva dell'autorità amministrativa e dell'accesso a un giudice "di piena giurisdizione" offrono altri spunti di riflessione.

La Corte svolge rilievi in proposito, in *Grande Stevens*, diversamente da *Menarini* ove tali valutazioni non vengono svolte. Ritiene, invero, che la Consob sia una autorità imparziale, autonoma e indipendente, considerate le modalità di designazione dei membri, la durata del mandato degli stessi, la tutela contro le pressioni esterne, ricordando un'ampia giurisprudenza sui criteri di valutazione dell'imparzialità di un "tribunale".

Ritiene invece che non sia soddisfatto il criterio dell'imparzialità oggettiva, poiché l'ufficio che compie l'attività istruttoria, l'ufficio che propone le sanzioni e la commissione che le decide sono suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la presidenza dello stesso presidente (parr. 136, 137). Il cumulo fra attività istruttoria e decisoria, in materia penale, non è compatibile con l'art. 6, par. 1 (1.10.182, *Piersak c. Belgio*, par. 30-32, serie A, n. 53; 25.10.1984 *De Cubber c. Belgio*, parr. 24-30, serie A, n. 86).

Questo contrasto deve tuttavia essere valutato nel caso di specie, perché le sanzioni, esaurito il procedimento amministrativo, sono state (poi) inflitte a conclusione di un procedimento giudiziario. Se non sono assicurate le garanzie dell'equo processo avanti all'autorità amministrativa, deve essere assicurato ai soggetti sanzionati il diritto di ricorrere a un organo giurisdizionale che offra tutte le garanzie dell'art.

6 CEDU. Deve essere un giudice con piena giurisdizione, dotato dunque del potere di giudicare su tutte le questioni in fatto e in diritto e di riformare qualsiasi punto della decisione impugnata (parr. 138-139).

La sentenza *Grande Stevens* richiama il precedente *Menarini*, in cui la disamina dei profili d'imparzialità soggettiva e oggettiva non è stata compiuta.

La Corte conclude in modo diverso, poiché afferma la violazione dell'art. 6, par. 1, a causa della mancanza di udienza pubblica avanti alla Corte d'appello di Torino, giudice con piena giurisdizione, malgrado lo svolgimento di un'udienza pubblica in Cassazione, non competente, tuttavia, ad esaminare il merito della causa, ad accertare i fatti e a valutare gli elementi di prova (par. 155).

La sentenza *Grande Stevens* richiama (par. 151) *Menarini* (parr. 60-67, nonché parr. 58, 59) per distinguere la fattispecie in cui il giudice ha valutato i fatti e giudicato in piena giurisdizione (*Menarini*, in cui vi è stata pubblica udienza) da quella in cui (*Grande Stevens*) ciò non è avvenuto, anche se le sanzioni erano state (dalla Corte d'appello di Torino) ridotte.⁴

⁴ In *Menarini* (cfr. parr. 11-22) non vi fu alcuna riduzione. Il TAR Lazio, con sentenza 3.12.2003, confermò la decisione dell'AGCM; il Consiglio di Stato, con sentenza 16.3.2006 confermò quella del TAR. Adita la Corte di Cassazione, S.U., questa dichiarò (17.3.2008) inammissibile il ricorso.

7. Altre due questioni assumono rilievo nella valutazione del potere delle autorità di decidere sanzioni amministrative.

Una, già ricordata, riguarda la violazione del principio *ne bis in idem*, strettamente collegato con la definizione di materia penale, che la Corte ritiene sussistente in relazione all'art. 4, Protocollo n. 7; l'altra riguarda la violazione, non ritenuta sussistente, del diritto di proprietà, di cui all'art. 1, Protocollo n. 1.

La prima non ha rilevanza nella vicenda *Menarini*, ma merita qualche rilievo; la seconda, non sollevata in *Menarini*, può ben essere riproposta ogni qualvolta siano adottate sanzioni pecuniari e severe.

Esclusa l'applicabilità della riserva apposta, dal nostro Paese, all'art. 7 perché generica (una riserva circa l'applicabilità, o non, delle norme deve essere specifica, riferita cioè alle singole norme oggetto della riserva, esponendone brevemente il contenuto, mentre nel caso specifico la riserva si riferiva, genericamente, agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana considera penali, *Grande Stevens*, parr. 204-211), si afferma che i fatti, la condotta oggetto del procedimento amministrativo, sono gli stessi o sostanzialmente gli stessi.

L'azione penale, insomma, riguardava il medesimo illecito (la diffusione di false informazioni).⁵

Alla rilevanza del *ne bis in idem* contribuisce anche il diritto UE, espressamente richiamato dalla Corte, perché invocato dai ricorrenti e dal Governo, con riguardo sia alla direttiva 2003/6, sia alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Pur non avendo competenza a interpretare la giurisprudenza della Corte UE, la Corte EDU non può non ricordare (a fronte di una non corretta interpretazione proposta dal Governo italiano) come non vi sia contrasto fra le due Corti, perché il diritto UE non impone la previsione di sanzioni penali a carico di chi si rende responsabile di abuso di informazioni privilegiate, ma lascia liberi gli Stati di prevedere sanzioni amministrative purché queste siano efficaci, proporzionate, dissuasive. La Corte di giustizia, nell'interpretare la direttiva e gli obblighi conseguenti degli Stati ha ricordato (sentenza 23.12.2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group*, punti 40-45, riprodotti da Corte EDU,

⁵ L'addebito o accusa discussa avanti alla Consob riguardava l'omissione, nei comunicati stampa del 24.8.2005, del piano di rinegoziazione del contratto di *equity swap* con la Merrill Lynch International Ltd, mentre tale progetto già esisteva e si trovava in una fase di realizzazione avanzata (cfr. parr. 20, 21, 225). L'informazione sarebbe stata tenuta nascosta per evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni Fiat (parr. 40, 226). La Exor manteneva il 30% nel capitale Fiat, evitando che il 28% fosse acquisito da banche. Sulla diffusione di false informazioni cfr. parr. 40, 227.

parr. 61, 229)⁶ proprio la giurisprudenza della Corte EDU sulla possibile qualificazione delle sanzioni come penali, in considerazione della natura delle violazioni e del grado di severità delle sanzioni.

Insomma, poiché la direttiva (art. 14) fa salvo “il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali”, lo Stato che adotta, invece, sanzioni amministrative non può adottare anche sanzioni penali se le prime sono di natura e gravità tale da essere qualificate penali.⁷

La Corte di giustizia, e la Corte EDU vi fa espresso riferimento, ha affermato nella sentenza *Åkerberg Fransson* (26.2.2013, causa C-617/10);⁸ Si trattava di una violazione in materia di imposta sul valore aggiunto) il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 Carta dei diritti fondamentali UE negli stessi termini della Corte EDU. Uno Stato

⁶ La sentenza *Spector Photo* è in EU:C:2009:806.

⁷ La direttiva 2003/6 è abrogata dal regolamento n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.4.2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione. La direttiva 2014/57 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.4.2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato) la sostituisce, con effetto dal 3.7.2016 (termine previsto per il recepimento ex art. 13). Il *considerando* n. 23 prevede espressamente che “Nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*”.

⁸ La sentenza *Åkerberg Fransson* è in EU:C:2013:105.

può imporre una doppia sanzione, fiscale e penale, per gli stessi fatti, a condizione che la prima non sia di natura penale.⁹

La soluzione sul *ne bis in idem* è un'importante occasione per confermare il c.d. dialogo fra le Corti e la conformità delle stesse ai medesimi principi. D'altra parte, in più occasioni la Corte EDU ha ricordato che il sistema di protezione dei diritti fondamentali previsto nell'Unione europea è equivalente a quello predisposto dalla CEDU, con l'eccezione dell'uso del margine di discrezionalità da parte dello Stato, membro della UE e parte della CEDU, in modo non conforme alla CEDU (il criterio della protezione equivalente, infatti, non troverebbe applicazione).¹⁰

8. La possibile violazione dell'art. 1, Protocollo 1 ben può presentarsi in tutti i casi in cui l'inflizione di pesanti sanzioni pecuniarie si traduce in una ingerenza nel diritto, delle persone sanzionate, al rispetto dei propri beni. Riconosciuto il diritto di proprietà, ma anche la possibile privazione a determinate condizioni (causa di pubblica utilità, nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale) gli Stati hanno il potere di disciplinare l'uso dei beni, in

⁹ Cfr. la sentenza *Åkerberg Fransson*, cit, spec. punti 32-37.

¹⁰ Cfr. sentenza 30.6.2005, [GC], *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, parr. 152-156; 21.1.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (parr. 338-340).

conformità all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende o sanzioni pecuniarie (cfr. il par. 184, che richiama, sulla tripartizione dell'art. 1, cioè sul diritto, sulla possibile privazione, sul potere di disciplinare l'uso dei beni, la sentenza 23.10.1997, *National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building, Society c. Regno Unito*, par. 78, *Recueil* 1997-VII).

L'ingerenza della pubblica autorità nel godimento dei propri beni è legittima se è disciplinata dalla legge e, in ogni caso, deve essere offerta alla persona la possibilità di contestare le sanzioni esponendo le proprie ragioni all'autorità.

Devono dunque essere offerte delle garanzie procedurali, che nella fattispecie *Grande Stevens* esistevano anche se, sottolinea la Corte (par. 190, richiamando il par. 151), non hanno soddisfatto tutte le esigenze *ex art. 6*, ma il controllo di legalità è avvenuto grazie al successivo giudizio avanti alla Corte d'appello e alla Cassazione.

L'ingerenza, anche se è stata accertata una violazione dell'art. 6, aveva una base legale, era conforme all'interesse generale (cioè la lotta contro gli abusi e le manipolazioni di mercato, gli abusi di informazioni privilegiate, peraltro oggetto della direttiva 2003/6) e proporzionata. Sii trattava di sanzioni severe, ma si è tenuto conto di varie circostanze,

nonché della condotta dei soggetti e degli interessi degli investitori. La Corte d'appello ridusse gli importi stabiliti dalla Consob, realizzando quel "giusto equilibrio" fra mezzi impiegati e scopo perseguito che è un criterio generale affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU (fra le altre 23.9.1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, parr. 69-74, serie A n. 52, *Beyeler c. Italia* [GC], n. 33202/96, par. 107, CEDU 2000-I).

Le sanzioni erano conformi alla legge (art. 187 *ter* d.lgs. 58/1998), necessarie per assicurare lo scopo di interesse generale, proporzionate. Ciò non esclude, che in fattispecie diversa, tali requisiti non esistano o non ne esista uno di questi, come la proporzionalità, valutata alla luce delle circostanze del caso specifico.

A conferma della variabilità delle circostanze che possono condurre a conclusioni diverse, quindi di violazione dell'art. 1, Protocollo 1, vi sono le opinioni dissenzienti di due giudici (Karakas e Pinto de Albuquerque). Il giudizio sulla violazione dell'art. 6, par. 1 e sull'art. 4, Protocollo n. 7 è stato, invece, unanime, anche se la critica alla mancanza di contraddittorio e alla non parità delle armi nel giudizio avanti alla Consob, nonché all'assenza di istruttoria nel giudizio avanti alla Corte d'appello, è stata assai severa. Le sanzioni pecuniarie e non pecuniarie inflitte ai ricorrenti, proprio per la gravità di questi vizi procedurali, sono state ritenute, addirittura, prive del requisito di legalità

previsto dall'art. 1, Protocollo 1. La sproporzione veniva ritenuta sussistente comparando sia la diversità delle sanzioni inflitte ai ricorrenti (per *Grande Stevens* che aveva agito come avvocato e non come amministratore dell'IFIL, senza poteri direttivi, dunque, la Corte d'appello avrebbe, addirittura, operato una *reformatio in peius* della decisione della Consob, avendo inflitto la stessa pena inflitta dalla Consob), sia il sistema sanzionatorio posto a carico delle società, che rispondono anche degli illeciti amministrativi dei propri organi amministrativi.

9. Un confronto fra la sentenza *Menarini* e la *Grande Stevens* può essere fatto per mettere in luce gli aspetti comuni e quelli diversi. Diversa è, certamente, l'analisi compiuta circa il procedimento amministrativo svoltosi avanti all'autorità amministrativa, che nella sentenza più recente, come si è detto, è ampia, escludendo che la Consob abbia rispettato le regole dell'equo processo, mentre nella sentenza *Menarini* manca quasi completamente. Vi è soltanto un riferimento alla possibilità che una pena sia inflitta da una autorità amministrativa e che il relativo procedimento non sia conforme all'art. 6 CEDU. Conferire alle autorità amministrative il compito di perseguire e di punire le contravvenzioni non è incompatibile con la CEDU, ma deve essere garantito il controllo *a posteriori* della decisione da parte di

un giudice. Tale giudizio deve essere conforme all'art. 6, e dunque la giurisdizione deve essere piena, il giudice dovendo avere competenza ad esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto e a riformare la decisione (cfr. par. 58, 59; sul controllo ulteriore, da parte del giudice che deve conoscere il merito della vicenda, 21.2.1984, *Öztürk c. Germania*, serie A n. 73, par. 56; sulla necessità di un giudizio svolto in conformità all'art. 6 cfr. la giurisprudenza ricordata al par. 58 *Menarini*, e sulla necessità dell'esercizio di una giurisdizione piena, cfr. la giurisprudenza ricordata al par. 59).

Non v'è dubbio che TAR e Consiglio di Stato siano “giudici” ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU, soddisfacendo ai requisiti di indipendenza e imparzialità rispetto al potere esecutivo e alle parti interessate (par. 60, 61), mentre qualche dubbio, sull'autonomia e indipendenza, potrebbe sussistere quanto alle autorità amministrative indipendenti, almeno secondo l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (par. 10) che qualifica le autorità indipendenti come “onnipotenti” e ne ritiene “discutibile” l'indipendenza, criticando la natura quasi giudiziaria che si vorrebbe loro attribuire. Nella sentenza *Grande Stevens* la questione, riferita alla Corte d'appello e alla Cassazione, della definizione di “giudice” non è neppure posta.

Sussiste invece il dubbio sull'esercizio di piena giurisdizione, che la Corte brevemente esamina concludendo a favore dell'esercizio di tale piena giurisdizione, suscitando invece il pieno dissenso del predetto giudice dissenziente.

10. Le questioni di fatto e di diritto, secondo la Corte EDU, sono state esaminate dal giudice amministrativo. Non ha esercitato un semplice controllo di legittimità e, con particolare riguardo alla sanzione, ha potuto verificare l'adeguatezza della sanzione, confermandola, malgrado avesse il potere di sostituirla. L'opinione dissenziente censura questo riconoscimento di competenza estesa al merito, ritenendo che il giudice amministrativo avesse un potere di controllo "debole", relativo cioè alla ragionevolezza e alla coerenza tecnica della decisione, senza che il giudice (controllo "forte") potesse far prevalere la propria valutazione su quella della AGCM, ad essa sostituendosi.

La critica (par. 12) è nell'aver anticipato, la Corte EDU, la valutazione che ha portato il legislatore italiano (che ha riconosciuto l'errore e si è avviato sulla giusta strada, precisa il giudice dissenziente) ad abolire, nel Codice del processo amministrativo (art. 134, lettera c) il controllo "debole" e prevedere la giurisdizione estesa al merito per le

sanzioni pecuniarie amministrative, comprese quelle decise dalle autorità amministrative indipendenti.

Si tratta di una giurisdizione piena (cfr. i rilievi al par. 8 dell'opinione dissenziente) che già è affermata per le sanzioni adottate dalla Commissione europea in caso di violazione delle norme sulla concorrenza, artt. 101, 102 TFUE, la Corte di giustizia potendo sostituire la valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione (art. 31, Regolamento 1/2003 del 16.12.2002).

La sentenza lascia aperte, tuttavia, soluzioni diverse perché l'esclusione della violazione dell'art. 6, par. 1, è riferita al caso di specie (parr. 63, 67). Non è escluso che in casi diversi possa presentarsi o verificarsi tale violazione.

Si aggiunga che, nel caso di specie, non era stato sollevato, fra i motivi di doglianza, la sproporzione della sanzione: il margine di apprezzamento del giudice nazionale deve, infatti, essere esercitato nei limiti dell'esigenza concreta perseguita e purché non ecceda quanto necessario per la tutela degli interessi che la giustificano.

L'esigenza di assicurare un giusto equilibrio fra l'interesse generale e gli imperativi di tutela dei diritti fondamentali del singolo attiene, d'altra parte, all'"insieme" della CEDU (cfr. 7.1.1989, [GC], *Soering c. Regno Unito*, par. 89), e pertanto la valutazione della

proporzionalità ben può essere richiesta e compiuta in qualsiasi fattispecie venga in rilievo la tutela di un diritto fondamentale.

11. Il profilo comune alle due sentenze è l'applicabilità dell'art. 6, par. 1 alle sanzioni, che seppur formalmente amministrative, sono riconducibili alla materia penale, anche se una pratica anticoncorrenziale non è qualificata nel nostro ordinamento come reato (par. 39, *ivi* rifer. alla giurisprudenza sulla qualificazione dell'illecito).

Ma la natura dell'infrazione e delle relative norme è tale da incidere sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale, lo scopo perseguito essendo preventivo e repressivo (par. 40, *ivi* riferimenti alla giurisprudenza su natura e scopo). La sanzione inflitta era di importo elevato (sei milioni di euro) e tanto basta per definirla di natura penale, anche se tale natura deriva, inoltre, dalle finalità della sanzione: repressive (perseguire una irregolarità) e preventive (dissuadere dal reiterare la condotta e, nei confronti di terzi, quali nella specie altre società del settore farmaceutico, dissuadere dal tenere una condotta simile; parr. 41, 42, *ivi* riferimenti alla giurisprudenza sulla natura e gravità della sanzione).

L'applicabilità dell'art. 6 alle decisioni dell'AGCM ha, d'altra parte, dei precedenti, già ricordati, rappresentati da decisioni di autorità

amministrative francesi, competenti in diritto economico e finanziario, munite di potere sanzionatorio.

Bruno Nascimbene

*** Nota di aggiornamento**

Il *ne bis in diem* con riferimento ad illeciti tributari è stato oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte UE con ordinanza del Tribunale di Torino, IV pen., 27.10.2014. Il quesito pregiudiziale posto alla Corte è il seguente “se, ai sensi degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, sia conforme al diritto comunitario la disposizione di cui all’art. 10-bis d.lgs. 74 del 2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione versamento delle ritenute), sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all’art. 13 d.lgs. 471/97 (con applicazione di una sovrattassa)”. La Corte di Cassazione, V pen., con ordinanza del 10.11.2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme che prevedono il doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo, del c.d. *market abuse*, precisamente (testo tratto dalla notizia di decisione della Cass. n. 20/2014) : “a) in via principale: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 117, primo comma, della

Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 187-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisce reato»; b) in via subordinata: la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 649 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia del Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli .” Sulle due ordinanze cfr. www.penalecontemporaneo.it.

Sull'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni “penali” alla sentenza *Grande Stevens*, cfr.

recentemente Cons. Stato, VI, ordinanza 2.10.2014, n. 4492 ma diversamente, nel merito, il TAR Lazio, II, 27.11.2014, n. 1188 (sulla non sussistenza dell'obbligo di adeguamento): cfr. www.marinacastellaneta.it/blog/2014/11.