

I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale

Limits of Application of the Adversarial Principle in Non-criminal Proceedings

GAIA CANESCHI

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano

DIRITTI UMANI, PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO,
PROCEDIMENTI EXTRA-PENALI,
SENTENZA GRANDE STEVENS C. ITALIA.

HUMAN RIGHTS, ADVERSARIAL PRINCIPLE,
NON-CRIMINAL PROCEEDINGS,
GRANDE STEVENS VS. ITALY

ABSTRACT

Prendendo spunto dall'acceso dibattito che ha animato gli interpreti a proposito della duplicazione delle sanzioni, in sede penale ed amministrativa, viene da domandarsi se, sul piano dell'accertamento del fatto, le garanzie tipiche della giurisdizione penale debbano essere attuate anche nel procedimento sanzionatorio extrapenale. Si pensi in particolare al principio del contraddittorio, inteso come metodo di partecipazione dialettica alla formazione della prova, in grado di assicurare il miglior risultato possibile in termini di qualità dell'accertamento, nonché come componente fondamentale del diritto di difesa dell'accusato.

Occorre comprendere se il riconoscimento del principio nei procedimenti "ispettivi" (della specie, ad esempio, di quelli condotti dalla Banca d'Italia o dalla Consob), debba ritenersi imposto alla luce del sistema delle fonti non soltanto interne di rango costituzionale, ma anche sulla base dei vincoli di natura sovranazionale derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Del resto, se proprio dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene riconosciuto che la sanzione applicata all'esito del procedimento extrapenale, possa avere natura sostanzialmente penale, non si giustifica un approccio meno garantistico – rispetto a quello del processo penale – nell'accertamento del fatto.

Starting from the debate on the doubling of the sanctions between criminal and regulatory proceedings, the paper analyses whether the typical guarantees of criminal jurisdiction granted in the finding of the fact must be granted in non-criminal proceedings aimed to the application of sanctions as well. This must be referred to the adversarial principle both as a method of participation in the gathering of evidence – able to ensure the highest standard of quality in the finding of the facts – and as a fundamental part of the defendant's right of defence.

The paper evaluates if the application of the principle in regulatory proceedings (such as the ones conducted by Bank of Italy or CONSOB, for instance) must be regarded as mandatory, in the light of the law provided both by internal norms of constitutional rank and by international obligations deriving from the European Convention of Human Rights.

Indeed, if the jurisprudence of the Strasbourg Court itself recognizes that a sanction applied at the end of a non-criminal proceeding can have a substantial criminal nature, the method for the finding of the fact in non-criminal proceedings cannot be less guaranteed than in the criminal ones.

SOMMARIO

1. Premessa: la pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*. – 2. Le carenze del procedimento sanzionatorio amministrativo in punto di garanzie. – 3. La centralità del principio del contraddittorio. – 4. Conclusioni e prospettive.

1. Premessa: la pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*.

Dopo la sentenza *Grande Stevens* della Corte europea dei diritti dell'uomo¹ che, come noto, ha inequivocabilmente dichiarato il contrasto tra il doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo², il problema è salito alla ribalta e si profila di estrema attualità sia su un piano sostanziale che processuale.

Ebbene, la pronuncia *Grande Stevens* si è occupata, tra l'altro, del tema dell'equiparazione, ai fini del *ne bis in idem*, del giudicato amministrativo al giudicato penale. In estrema sintesi, ad avviso della Corte Edu, il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato (art. 185 quanto alla fattispecie penale, art. 187-ter sul piano dell'illecito amministrativo, del medesimo Testo Unico della Finanza)³, così come oggi in vigore, pone seri dubbi di compatibilità dell'ordinamento con due fondamentali principi statuiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo: il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n. 7) e il diritto – anch'esso convenzionalmente garantito – ad un equo processo (art. 6).

Quanto al primo aspetto, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che, dopo le sanzioni irrogate, in questo caso dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio del *ne bis in idem*. Si è giunti ad una simile conclusione premettendo un'analisi sulla natura delle sanzioni definite solo nominalmente amministrative, e si è argomentato che, nonostante la dichiarata qualificazione come "amministrativo" del procedimento Consob, le sanzioni inflitte all'esito di questo giudizio possono essere considerate a tutti gli effetti penali, avuto riguardo principalmente alla loro natura repressiva, alla eccessiva severità (sia per l'importo in concreto inflitto e in astratto comminabile, sia per la presenza delle sanzioni accesso-

¹ Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. n. 18640/10, n. 18647/10, n. 18663/10, n. 18668/10, n. 18698/10. Come è noto, la sentenza è diventata definitiva dal 7 luglio 2014, a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Camera presentata dal Governo italiano. Tra i molteplici commenti della decisione, si segnala: A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855; M. ALLENA, *Il caso "Grande Stevens" c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 1053; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 614; M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in www.dirittopenaleuropeo.it, p. 1; A. GIOVANNINI – L. MURCIANO, *Il principio del "ne bis in idem" sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1548; 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 *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Società*, 2014, p. 693; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *questa Rivista*, n. 3-4, 2014, p. 219; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196.

² Per un commento della norma si rinvia a T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 622; G. SPANGHER, *Art. 4, Protocollo addizionale n. 7, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 957; S. ALLEGREZZA, *Art. 4, Protocollo 7, in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 894.

³ Per un approfondimento sull'impianto sanzionatorio in tema di abusi di mercato previsto dalla legge italiana si richiamano: A. CRESPI, *Le difficili intese sull'aggiotaggio informativo*, in *Banca borsa*, 2010, I, p. 247; ID., *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca borsa*, 2009, I, p. 107; G. GASPARRI, *Manipolazione del mercato*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. FRATINI – G. GASPARRI, Torino, 2012, p. 2477; M. MIEDICO, *La manipolazione del mercato: illecito penale o illecito amministrativo?*, in *Società*, 2007, p. 623; E. MOLINARO, *Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale*, in *Class. pen.*, 2011, p. 3584; F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465; ID., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 137; ID., *Manipolazione del mercato, in Il testo unico della finanza*, a cura di M. FRATINI – G. GASPARRI, Torino, 2012, p. 2378; C. E. PALIERO, «Market abuse» e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. mer.*, 2005, p. 809; S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 9; P. SORBELLO, *Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di market abuse*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 565; M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un «doppio binario» da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704.

rie collegate)⁴, oltre che alle loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

Si osservi che dalla qualificazione come «accuse penali» delle sanzioni amministrative discende l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque l'attribuzione all'accusato del diritto ad un equo processo. La nozione autonoma (rispetto a quella accolta nei vari ordinamenti nazionali) di *matière pénale* è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo proprio per evitare che i cittadini fossero privati delle garanzie previste dalla Convenzione per i procedimenti penali, qualora nell'ordinamento nazionale tale qualifica non venisse attribuita all'illecito contestato⁵. Insomma, se è senz'altro vero che l'art. 6 Cedu e le garanzie in esso riconosciute sono applicabili se una determinata procedura è qualificata *ab origine* come “penale” dall'ordinamento interno, viceversa, il fatto che un illecito non venga formalmente dichiarato “penale”, non esclude *a priori* l'applicazione delle garanzie dell'equo processo.

Come è noto, i criteri interpretativi da utilizzare per individuare il carattere penale delle sanzioni applicate dai vari ordinamenti, richiamati nella sentenza Grande Stevens, sono il frutto di una giurisprudenza europea ormai consolidata, che trova origine nella pronuncia *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁶.

Il primo degli indici ha riguardo alla qualificazione data alla violazione nell'ambito del diritto interno: tale verifica, risolvendosi in un riscontro solo formale, non rappresenta nulla di più di un punto di partenza, perché sebbene la Convenzione non vieti agli Stati di stabilire o di mantenere al proprio interno una netta distinzione tra le varie categorie di illecito, dalla classificazione non discende alcun valore vincolante ai fini della Convenzione stessa.

Gli altri due criteri presentano invece carattere sostanziale, dunque assumono una portata più significativa dal punto di vista valutativo. Da un lato, si rende necessario verificare la natura dell'infrazione, che deve essere ricondotta all'alveo penale quando il precetto presenta portata generale ed astratta; dall'altro lato, occorre valutare la severità della sanzione applicabile: in questo senso, ha valore “penale” solo quella misura che presenti carattere punitivo e deterrente e che, dunque, non abbia una dimensione meramente indennitaria o risarcitoria.

I due ultimi requisiti sono tra loro alternativi e non cumulativi, anche se potrebbe doversi procedere ad una valutazione complessiva di sussistenza degli indici qualora un'analisi parziale non consentisse di giungere ad un punto fermo sull'esistenza di una «accusa penale». In questo senso, in effetti, è stato riconosciuto dalla Corte europea che la gravità-severità non possa essere ritenuta dirimente se nella sanzione è riscontrabile una funzione punitiva⁷; allo stesso modo si è valutato che, anche misure in cui il carattere affittivo non risulti prevalente, ma che comunque siano foriere di conseguenze gravi per il destinatario, possono essere considerate di

⁴La sanzione pecuniaria di fatto può raggiungere importi «vertiginosi», così G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Società*, 2014, p. 953. In effetti, il massimo edittale, che era pari a 5.000.000 di euro all'epoca dei fatti, è poi stato innalzato a 25.000.000 di euro con l'introduzione della l. 28 dicembre 2005, n. 262, e può essere aumentato fino al triplo di tale importo o fino a dieci volte il profitto conseguito, se l'importo viene comunque ritenuto inadeguato ancorché applicato nel massimo. Oltre alla sanzione pecuniaria sono previste misure accessorie, nonché la confisca amministrativa obbligatoria, anche per equivalente, sia del profitto dell'illecito, sia dei beni impiegati per commetterlo.

⁵A riguardo v. V. MANES, *Art. 7 Cedu*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 259; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1899; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

⁶Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, § 81: «*Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction “mixte” sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention*». A proposito del *leading case*, in quell'occasione la Corte dovette stabilire se avessero natura di *penalty* alcune sanzioni restrittive della libertà personale, applicate dall'Amministrazione olandese nell'ambito di misure disciplinari contro alcuni militari. Tali principi vennero successivamente perfezionati da altre pronunce: Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di C.E. PALIERO, “*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta “radicale”*” e Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90. Si noti che la Corte, mentre nel primo caso aveva incentrato il proprio ragionamento sulla severità che discende da una sanzione privativa della libertà personale (nel caso di specie la natura penale venne esclusa perché in concreto la restrizione si era risolta in un numero esiguo di giorni), nelle due successive decisioni – l'una riguardante una sanzione pecuniaria di modesta entità per una violazione del codice della strada e l'altra riguardante un'ipotesi di confisca – i Giudici europei cercarono di valorizzare lo scopo preventivo e punitivo della misura. V. G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 543.

⁷Così Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95; Id., 23 settembre 1998, *Malige c. Francia*, ric. n. 27812/95; Id., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01.

natura penale, e quindi essere ricondotte entro i confini applicativi dell'art. 6 Cedu⁸.

Insomma, pur essendo stata spesso invocata la necessità di una maggiore specificazione dei criteri, i Giudici di Strasburgo hanno progressivamente fatto confluire nella materia penale sanzioni amministrative di tipo diverso, come quelle doganali, quelle attinenti a violazioni tributarie e le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate dalla legge n. 689 del 1981⁹: con riguardo a queste ultime, la Corte Edu ha affermato la natura penale sia di sanzioni senz'altro contenute, quali quelle derivanti dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale¹⁰, sia di sanzioni più consistenti, come quelle applicate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹¹.

Proprio a questo ultimo proposito, è stata efficacemente ribadita la non decisività, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu, della qualificazione formalmente amministrativa ricevuta dalla sanzione *antitrust* nell'ordinamento italiano, argomentando che la pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad un'impresa farmaceutica accusata di aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza debba ricadere, per i suoi caratteri sostanziali, nella materia penale. Nel caso di specie, i Giudici di Strasburgo hanno precisato che tale disposizione non impedisce, in linea di principio, che una "pena" sia applicata da un'autorità amministrativa; al contempo, hanno però confermato la necessità, ove ciò accada, che la decisione emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 6 Cedu sia soggetta ad un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena.

Nella pronuncia *Menarini*, tra l'altro, i Giudici europei hanno osservato come la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM a tutelare un dato interesse pubblico (ossia la concorrenza del mercato) non fosse affatto incompatibile con un carattere punitivo, visto che è del tutto fisiologica (come del resto avviene anche nel diritto penale) la coesistenza tra carattere punitivo e finalità preventiva di una determinata misura.

Inoltre, non può essere trascurato che gli argomenti impiegati nella decisione da ultimo richiamata sono i medesimi trattati nella sentenza *Grande Stevens* con riguardo al procedimento sanzionatorio Consob. Quest'ultimo, infatti, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente amministrativo, è stato ritenuto dalla Corte Edu finalizzato alla verifica di una «accusa penale». A tale conclusione decisamente non può essere opposta la riserva formulata dall'Italia nel ratificare il Protocollo 7 della Convenzione¹², a dimostrazione del fallimento del tentativo di chi intenda sottrarsi all'applicazione degli *Engel criteria*, sulla base di una (ritenuta) qualificazione formale degli illeciti.

Pertanto, è stato un esito non imprevedibile, – anzi tutto sommato scontato, alla luce della giurisprudenza *Engel* – che le sanzioni previste dall'art. 187-ter T.u.f. siano state qualificate come "penali", tenuto conto della loro prevalente funzione preventiva-deterrente, nonché della loro gravità.

⁸ Corte eur. dir. uomo, 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldavia*, ric. n. 61821/00. Il caso aveva ad oggetto una sanzione amministrativa pecuniaria di importo contenuto, applicata ad uno studente che aveva preso parte ad una manifestazione non autorizzata: la misura è stata considerata «penale» in rapporto alla capacità economica del destinatario, con ciò confermando che il criterio della severità non è un indicatore rigido, perché viene valutato a volte con riguardo al profilo astratto (gravità della pena prevista), e altre volte a quello concreto (effetti sulla situazione del destinatario).

⁹ Per una disamina completa dell'argomento si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

¹⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, ric. n. 35260/97: nella pronuncia veniva qualificata «penale» una sanzione amministrativa pecuniaria per eccesso di velocità dell'ammontare di 62.000 lire. La sentenza sembra suggerire una sorta di assimilazione, sotto il profilo della finalità di prevenzione generale e speciale, delle sanzioni previste dalla legge 14 novembre 1981, n. 689, a quelle penali. In particolare, il punto di contatto risiederebbe nel carattere affittivo delle misure amministrative in questione, così M. Allena, *op. ult. cit.*, p. 56 e ss.. V. inoltre, E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

¹¹ Queste ultime sono state espressamente qualificate come «penali», ai fini convenzionali, da una recente pronuncia. Il caso è ben noto: Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2011, con nota di S. ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*. V. inoltre M. SIRAGUSA – C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di concorrenza e diritto fondamentale ad un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. Comm.*, 2013, p. 408; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602; F. CINTOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507.

¹² *La République italienne déclare quel es articles de 2 à 4 du protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne*, passaggio richiamato da F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., p. 224.

2.

Le carenze del procedimento sanzionatorio amministrativo in punto di garanzie.

Il secondo profilo trattato dalla sentenza *Grande Stevens* riguarda, come anticipato, la violazione del diritto all'equo processo stabilito dall'art. 6 Cedu.

In accoglimento delle doglianze dei ricorrenti, la Corte europea ha riconosciuto che il procedimento sanzionatorio che si svolge dinanzi alla Consob presenta dei difetti che lo disallineano rispetto alle previsioni convenzionali. Ad essere frustrata è sia la parità delle armi tra accusa e difesa, sia il diritto al contraddittorio (la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti); inoltre non è prevista un'udienza pubblica (la procedura ha carattere puramente "cartolare") e, da ultimo, il giudizio è affidato ad un organo che non può essere ritenuto imparziale, atteso il cumulo di funzioni – di indagine e di giudizio – che dipendono dallo stesso soggetto (il presidente della Commissione)¹³.

Una serie di mancanze, quelle segnalate, che tuttavia non hanno determinato una declaratoria di violazione complessiva dell'art. 6 Cedu, come invero ci si sarebbe potuti attendere. Come già accaduto nel caso *Menarini*¹⁴, la Corte di Strasburgo si limita a ribadire che, anche nell'applicazione di una sanzione a tutti gli effetti punitiva, irrogata da un'autorità amministrativa che non rispetti pienamente i parametri dell'equo processo, è sufficiente che sia garantita, almeno "a valle", la giurisdizione di un organo dotato di poteri pieni di controllo (*full jurisdiction*).

Il concetto è stato elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo almeno a partire dagli anni '80 ed è considerato un meccanismo di attuazione del giusto processo nelle controversie amministrative¹⁵. Secondo l'approccio della Corte, dunque, il procedimento sanzionatorio dovrebbe essere considerato per l'intero, ossia avendo riguardo sia alla fase propriamente amministrativa, sia a quella giurisdizionale: solo un vaglio complessivo dell'intera procedura restituirebbe all'interprete un quadro chiaro dell'eventuale detrimento delle garanzie convenzionali.

In altre parole, la «*full jurisdiction*», difficilmente riconducibile alle categorie nazionali, comporta una vera e propria potestà sostitutiva dell'organo giurisdizionale chiamato al controllo, che si traduce nella possibilità di riesaminare completamente la vicenda sulla base dei motivi dedotti dai ricorrenti, in una sorta di "riesercizio" del potere sanzionatorio. D'altra parte, viene da dire che se così non fosse, sarebbe difficile ritenere realizzabile quella compensazione delle garanzie carenti nella fase procedimentale.

Nel caso di specie, un'opportunità processuale di controllo di un organo a giurisdizione piena era stata rinvenuta, perché nel procedimento sanzionatorio della Consob, il provvedimento emesso era stato impugnato davanti alla Corte d'Appello che, in linea di principio, avrebbe potuto garantire il rispetto e la piena espansione delle prerogative difensive (art. 187-*septies*, comma 4, T.u.f.)¹⁶.

L'unico *deficit* riscontrato dai Giudici di Strasburgo, nella forma non più grave di una moderata censura, è stato quello relativo alla mancanza di un'udienza pubblica dinanzi alla corte territoriale; e non poteva valere a sanare tale vizio la circostanza che un'udienza pubblica si fosse poi svolta dinanzi alla Corte di Cassazione, attesa la limitatezza dell'orizzonte conoscitivo dei giudici di legittimità.

¹³ I *deficit* del procedimento amministrativo sanzionatorio sono stati evidenziati anche prima della pronuncia *Grande Stevens*. Cfr. R. RORDORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, p. 981; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 405.

¹⁴ In questo caso, la Corte Edu, a maggioranza, aveva ritenuto convenzionalmente compatibile il procedimento amministrativo in materia di sanzioni *antitrust*, grazie alla possibilità di impugnare le decisioni dinanzi al Tar del Lazio e al Consiglio di Stato. È da notare che, come accaduto nel caso *Grande Stevens*, il giudice Pinto de Albuquerque era stato autore di un'opinione dissenziente, fondata sul rilievo che nell'allora vigente assetto nazionale (prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo), il Tar non poteva sostituire le considerazioni già operate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma al più poteva verificare che la stessa avesse esercitato correttamente le proprie funzioni. Per un raffronto tra le due pronunce G. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3104.

¹⁵ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1987, ric. n. 9749/82, *W. c. Regno Unito*; della successiva evoluzione giurisprudenziale v. anche Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1995, ric. n. 15523/89, *Schmautzer c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, 17 aprile 2012, ric. n. 21539/07, *Steininger c. Austria*. Sul tema F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546.

¹⁶ Sul tema, sebbene prima della modifica del 2005, C. CAVALLINI, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa*, 2003, p. 266.

Come è stato giustamente rilevato, non si può certamente dire che il procedimento sanzionatorio della Consob sia stato messo in crisi dalla sentenza *Grande Stevens*¹⁷. Ed è altrettanto difficile non notare che la posizione assunta dalla Corte europea sull'argomento sia stata alquanto cauta, evidenziando sì le carenze – in punto di garanzie – del procedimento, ma al contempo considerando tali carenze riparabili nella fase giurisdizionale di opposizione che si celebra successivamente dinanzi alla Corte d'Appello¹⁸.

L'unica violazione che si è rivelata determinante, e che si è risolta nella dichiarazione di non compatibilità con l'art. 6 della Convenzione, è stata quella dell'assenza di un'udienza pubblica. Lacuna quest'ultima certamente non marginale, ma neppure tanto dirimente da relegare sullo sfondo gli altri gravi *deficit* riscontrati.

Maggiormente condivisibile, come si dirà più avanti, sembra allora l'opinione dissenziente resa dai giudici Karakas e Pinto de Albuquerque, che hanno lucidamente affermato che «il cuore della violazione dell'art. 6 Cedu» non risiede nella mancata celebrazione di un'udienza pubblica, quanto piuttosto nella grave contrazione del contraddittorio che connota il procedimento sanzionatorio in discorso¹⁹.

Ma per comprendere appieno se e quanto il procedimento sanzionatorio che si svolge di fronte alla Consob si discosti dal modello dell'equo processo di matrice convenzionale, occorre a questo punto accennare alle sue caratteristiche centrali²⁰.

Il fondamento normativo è da individuare nell'art. 195 T.u.f., il quale prevede che «il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie»; previsioni simili sono quelle riportate nell'art. 187-*septies* T.u.f. con riguardo alla procedura sanzionatoria.

Tali articoli sono stati introdotti nel testo del T.u.f. con la l. 18 aprile 2005, n. 62, mediante la quale, in attuazione della disciplina europea in materia di abusi di mercato, la normativa interna veniva aggiornata con alcune novità di natura procedimentale, come l'accorpamento di funzioni – istruttorie e decisorie – in capo alla Consob (fino al 2005 era in vigore una divisione di funzioni tra la Consob e il Ministero del Tesoro che, secondo un sistema di tipo binario, assegnava alla prima la fase istruttoria e di proposta della sanzione, attribuendo invece al secondo la potestà sanzionatoria vera e propria).

Alla luce della modifica intervenuta, la Commissione ha regolato il proprio procedimento sanzionatorio con due delibere del 2005²¹, sulla scorta delle quali è stata prevista una sorta di fase preliminare, finalizzata alla raccolta degli elementi su cui fondare la fase istruttoria vera e propria.

All'esito di questo passaggio, potrebbe avere inizio il procedimento sanzionatorio, attraverso la formale contestazione dell'addebito per iscritto agli interessati. Secondo l'art. 195 T.u.f., tale contestazione deve avvenire entro 180 giorni (che divengono 360 se l'interessato risiede o ha la sede all'estero) dall'accertamento. Dalla notifica dell'addebito, l'interessato ha 120 giorni per difendersi presentando memorie o documenti.

Il procedimento sanzionatorio è poi diviso in due sotto-fasi, quella istruttoria e quella decisoria: la prima si divide in “parte istruttoria di valutazione delle deduzioni” e “parte istrut-

¹⁷ Considerano la pronuncia della Corte europea nulla più che un «pungolo» quanto all'adeguamento del procedimento sanzionatorio Consob alle garanzie dell'art. 6 Cedu, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit., p. 962.

¹⁸ Secondo la Corte europea, infatti, «le sanzioni lamentate dai ricorrenti non sono state inflitte da un giudice all'esito di un procedimento giudiziario in contraddittorio, ma da un'autorità amministrativa, la Consob. Se affidare a tali autorità il compito di perseguire e reprimere le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, occorre tuttavia sottolineare che i ricorrenti devono poter impugnare qualsiasi decisione adottata in questo modo nei loro confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6». Cfr. Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 138.

¹⁹ Così Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 2 e § 7, passaggi in cui viene affermato che «ce qui este réellement choquant, c'est l'absence totale d'examen contradictoire dans le cadre d'une audience devant un tribunal de élément de preuve contestés, qui portaient sur des fait cruciaux».

²⁰ Per approfondimenti specifici sul procedimento sanzionatorio della Consob, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012; A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, p. 1227; inoltre, R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, p. 981.

²¹ Delibera 21 giugno 2005, n. 15086, «*Diposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative*»; nonché delibera 5 agosto 2005, n. 15131, «*Regolamento di attuazione degli art. 2, comma 2, e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la determinazione dei termini di conclusione delle unità organizzative responsabili dei procedimenti della Consob*». Per un quadro completo del sistema delle fonti, rimangono sullo sfondo la l. 24 novembre 1981, n. 689 in materia di sanzioni amministrative e la l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché la l. 28 dicembre 2005, n. 262.

toria della decisione”; per quest’ultima è competente l’Ufficio Sanzioni Amministrative²², che invia agli interessati una relazione, cui è possibile rispondere entro 30 giorni. Successivamente, l’Ufficio Sanzioni trasmette le proprie valutazioni ai Commissari, senza che le stesse vengano condivise con gli interessati che, di conseguenza, non hanno ulteriori possibilità di contro-battere alle considerazioni ivi svolte. A questo punto la Commissione, con decreto motivato, decide o per l’applicazione di una sanzione, o per l’archiviazione del procedimento: come si vede, l’interessato in questa fase è totalmente assente.

Le principali criticità si riscontrano soprattutto con riferimento al rispetto del diritto al contraddittorio, che pare del tutto inibito proprio durante una fase in cui la dialettica potrebbe rivelarsi cruciale, stante l’impossibilità per l’interessato di confrontarsi con l’Ufficio Sanzioni; ma altrettanto problematica è l’impossibilità di svolgere le proprie difese nella fase decisoria dinanzi alla Commissione. Sullo sfondo la considerazione che tutte le funzioni menzionate sono sottoposte alla direzione del presidente della Commissione, che a sua volta è chiamato a partecipare alla fase decisionale.

Di recente la Consob ha emanato un nuovo regolamento, con la delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013, entrata in vigore il 10 marzo 2014. La modifica non pare però avere risolto le numerose perplessità segnalate: in particolare, atteso che è rimasto sostanzialmente invariato il passaggio maggiormente critico (la trasmissione della relazione da parte dell’Ufficio Sanzioni alla Commissione, senza che gli interessati possano avere accesso a tale atto ed eventualmente svolgere delle controdeduzioni)²³, continua ad essere preclusa la possibilità concreta di interloquire prima dell’assunzione della decisione finale.

Non è stato accolto con particolare entusiasmo nemmeno l’ultimo sforzo regolamentare compiuto pochi mesi fa dalla Commissione, con la delibera n. 19158 del 29 maggio 2015. Rispetto alla disciplina del 2013, bisogna riconoscere un più profondo tentativo di rafforzare il diritto di difesa e la garanzia del contraddittorio, realizzati soprattutto attraverso la previsione che consente oggi agli interessati nella fase istruttoria di presentare deduzioni scritte e memorie, di accedere agli atti e di chiedere di essere ascoltati personalmente e, nella fase decisoria, di replicare alle valutazioni dell’Ufficio Sanzioni Amministrative. Tuttavia, ancora soggetta a critiche è la scelta di circoscrivere l’obbligo di trasmettere la relazione conclusiva dell’Ufficio Sanzioni alle sole difese che abbiano in precedenza manifestato interesse, ovvero ai soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato deduzioni scritte o a coloro che abbiano richiesto ed abbiano partecipato all’audizione, così da evitare – si dice – comportamenti strategicamente dilatori.

Accennare alle altre autorità amministrative indipendenti è certamente difficile, attesa soprattutto la mancanza di una disciplina generale che impedisce di svolgere, come converrebbe, un ragionamento unitario²⁴. Il tutto poi diviene quasi insormontabile se si tiene conto che occorrerebbe muoversi tra fonti di rango diverso (come è noto, in alcuni casi il procedimento sanzionatorio è disciplinato dalla legge, in altri da un regolamento governativo, in altri ancora da una normativa predisposta dalla stessa autorità che dovrà applicarla)²⁵.

Cercando comunque di tracciare delle linee generali, per quanto possibile e pur scontrandosi con i limiti riferiti, i procedimenti sanzionatori in questione non offrono maggiori garanzie di quelle già previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689: anzi, per molti aspetti, il livello sembra perfino abbassarsi²⁶.

Nella seppur eterogenea disciplina del procedimento amministrativo dinanzi alle autorità indipendenti (si pensi oltre alla Consob, tra le altre alla Banca d’Italia o all’Ivass), si legge chiaramente come sia prevalsa la preoccupazione di fare in modo che le garanzie non costituissero un ostacolo all’efficienza della funzione sanzionatoria.

²² Un ufficio analogo, che ricopre la funzione di “filtro”, ossia analizza gli atti acquisiti nel fascicolo del procedimento e lo predispone per la decisione finale, esiste anche in altre autorità indipendenti: il Servizio Concorrenza, normativa e affari generali (REA) per la Banca d’Italia e il Servizio Sanzioni per l’Isvap.

²³ Ciò nonostante durante la fase di consultazione pubblica fosse stata sottolineata questa lacuna. Per una disamina delle osservazioni giunte proprio nel corso della procedura di consultazione si rinvia al sito www.consob.it.

²⁴ Per non parlare delle differenze di impostazione che informano le due leggi applicabili: ossia la l. 7 agosto 1990, n. 241 e la l. 24 novembre 1981, n. 689. Nella prima è previsto solo un contraddittorio scritto, nella seconda invece si rinvia un’apertura nella facoltà di richiedere un’audizione orale.

²⁵ Su questo argomento si rimanda a M. CLARICH – L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 358.

²⁶ Così M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 132, secondo cui ciò è la conseguenza del fatto che al l. 689 del 1981 si ispira ampiamente a principi di derivazione penale, quindi, per quanto la procedura richiami in parte l’esperienza inquisitoria, essa appare comunque più garantista rispetto ai singoli procedimenti dinanzi alle autorità amministrative.

Senza contare poi che le varie leggi istitutive delle autorità indipendenti hanno attribuito al potere normativo secondario di queste ultime la disciplina procedimentale, con il risultato che il diritto al contraddittorio o non è affatto ammesso, oppure dipende dal volere dell'autorità procedente.

Eppure, come si è visto, alle medesime autorità viene attribuito un potere sanzionatorio che spesso rivela una natura pienamente punitiva, che suggerisce l'inadeguatezza di un modello di correzione *ex post* delle carenze verificatesi.

3.

La centralità del principio del contraddittorio.

Tra tutte le garanzie previste dall'art. 6 Cedu, il principio del contraddittorio è probabilmente quello più difficile da imbrigliare entro i confini di una definizione, posto che si tratta di un concetto complesso che, atteggiandosi in modo non univoco, pervade più versanti dell'ordinamento. Ciò che invece è certo è che insieme alla parità delle armi tra le parti, esso rappresenta una delle componenti fondamentali dell'equo processo²⁷.

Infatti, pur non essendo stato enunciato in modo espresso dall'art. 6, § 3, lett. d) della Convenzione, emerge dalla stessa nozione anglosassone di *hearing* il rilievo della prerogativa che l'accusato sia messo nelle condizioni di "farsi sentire", ossia di svolgere le proprie difese e di poter replicare agli argomenti avversari.

Si osservi in proposito che la mancata esposizione del principio del contraddittorio nel testo convenzionale non equivale affatto ad una contrazione della valenza accordata, in quella sede, alla garanzia in questione: è ben noto, infatti, che la Convenzione europea si limita a definire uno *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali, lasciando agli Stati membri una facoltà di innalzamento delle garanzie²⁸.

Sul piano nazionale, la nozione di «giusto processo», che al suo interno accoglie e ulteriormente precisa quella di contraddittorio, ha trovato ingresso grazie alla l. costituzionale 23 novembre 1999, n. 2²⁹. È vero che la riforma è stata ispirata soprattutto da ragioni legate al processo penale; tuttavia, le previsioni di carattere generale riportate in particolare nei primi due commi dell'art. 111 Cost. sono riferite anche alla giustizia civile e a quella amministrativa³⁰.

La modifica in questione, oltre ad aver conosciuto un percorso particolarmente tortuoso, non tanto in fase di approvazione, quanto in relazione alla difficoltosa composizione delle differenti linee ispiratrici³¹, non è stata accolta con giudizi unanimi, tant'è che alcuni le hanno attribuito un carattere meramente ricognitivo di principi già contenuti nella prima parte della Costituzione (artt. 3 e 24) e già presenti nelle fonti sovranazionali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Patto internazionale sui diritti civili e politici), mentre altri ne hanno messo in luce i riflessi cruciali per la giustizia penale³².

²⁷ M. CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO – R.E. KOSTORIS, Torino, 2008, p. 19. L'A. fa riferimento alla funzione maieutica della Corte di Strasburgo, impegnata ad esplicitare i concetti e ad affrancarli dall'alea interpretativa. Per una completa analisi dell'art. 6 Cedu, si rinvia a ID., *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 239.

²⁸ La spiegazione del ridimensionamento, quanto meno sul piano letterale, del principio del contraddittorio, può essere ricondotta alla ragionevole esigenza di evitare il proliferare di condanne per la violazione della Convenzione: corretto chiedere agli Stati membri di non scendere al di sotto del livello indicato, insensato impedire di innalzare le proprie garanzie processuali oltre quanto richiesto. Così P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 200.

²⁹ Per un commento complessivo delle disposizioni costituzionali, si rimanda, tra gli altri, a M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, II) *Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 1 e ss; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 49; V. GREVI, *Processo penale, "giusto processo" e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3317; ID., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 424; E. MARZADURI, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755. Ciò che rileva, in ogni caso, è che la modifica dell'art. 111 Cost. sembra aver fatto prendere coscienza dell'acquisizione di un approccio profondamente innovativo: «Il concetto di processo giusto, che riassume tutto ciò che "vale" al riguardo, deve diventare spinta ad una metodologia di studio, di indagini e di applicazioni normative che tengano in massimo conto questi valori di fondo e questi grandi principi», così G. CONSO, *Conclusioni*, in AA. VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, p. 3.

³⁰ In tema di applicabilità dell'art. 111 Cost. al processo civile v. S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1032; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 28. Quanto al processo amministrativo, cfr. M. MENGOLZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 1061; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004.

³¹ È assai noto ai processualpenalisti l'animato scontro che, negli anni Novanta del secolo scorso, aveva visto contrapporsi i fautori della separazione delle fasi e quanti invece invocavano il principio di non dispersione della prova, funzionale al recupero di elementi raccolti unilateralmente dall'accusa in fase di indagini.

³² P. FERRUA, *Il «giusto processo» in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 1, p. 5.

Peraltro, ciò che più ha animato il dibattito interpretativo sul contraddittorio è stata l'attribuzione di una connotazione in senso oggettivo ovvero soggettivo al principio, come se a quest'ultimo potessero essere riconosciute due «anime»³³: l'una di metodo di accertamento e l'altra di garanzia individuale.

Nella prima accezione, il principio assurgerebbe al valore di regola metodologica per la formazione della prova nel processo penale, prescelta perché – secondo i canoni dell'epistemologia moderna – risulterebbe particolarmente affidabile e strumentale al raggiungimento di un livello più elevato di conoscenza per il giudice; invece, stando al secondo significato, ad essere tutelato sarebbe l'interesse individuale dell'imputato, in un ideale completamento del diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost.³⁴.

In ogni caso, la questione sembra ormai essere stata superata dalla considerazione che diritto di difesa e contraddittorio presentano una contiguità innegabile: in tanto esiste l'uno, in quanto si espande l'altro. In altre parole, solo la garanzia di una concreta osservanza del contraddittorio nell'accertamento dei fatti costituisce la piena espressione del diritto di difesa³⁵.

Oltretutto, non c'è piena coincidenza tra i margini di operatività riconosciuti al principio del contraddittorio in sede nazionale e dalla Corte europea³⁶. Cionondimeno, anche in questo ambito, appare imprescindibile riferirsi alle indicazioni che la giurisprudenza sovranazionale ha fornito in merito al significato più profondo del principio in esame.

Certamente interessante, per esempio, è l'affermata rilevanza per il diritto amministrativo dell'art. 6 Cedu, nonostante dal tenore puramente letterale della previsione non si colga immediatamente l'idea di un'applicazione alle vertenze di carattere amministrativo.

È vero che, originariamente, i redattori della Convenzione europea avevano scelto di escludere le questioni pubblicistiche-amministrative dall'ambito di rilevanza della norma sull'equo processo, per il timore che eccessive garanzie potessero compromettere l'attività e l'efficacia dell'azione amministrativa. Tuttavia, come si è visto, almeno dagli anni '70 dello scorso secolo, l'art. 6 Cedu ha assunto una portata certamente significativa anche per il diritto amministrativo.

Si può allora confermare che sebbene da un punto di vista letterale l'ambito di applicazione dell'art. 6 Cedu sembrerebbe essere limitato ai soli giudizi penali e civili, la Corte di Strasburgo ne ha sancito la rilevanza anche per il diritto amministrativo, grazie all'attribuzione di un significato "autonomo", rispetto a quello conosciuto nelle giurisdizioni nazionali, alle nozioni di «tribunale», «accusa penale» e di «diritti e obbligazioni di carattere civile», contenute nell'art. 6 della Cedu³⁷.

Ed è così che è stata riconosciuta l'applicabilità delle garanzie processuali della Convenzione: parità delle armi, salvaguardia di un contraddittorio pieno e diritto di difesa devono essere assicurati ogni volta in cui una posizione soggettiva venga interessata dall'esercizio della potestà sanzionatoria³⁸.

³³ Quella riportata nel testo è un'espressione di C. CONTI, *Le due «anime» del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197.

³⁴ La questione è nuovamente salita alla ribalta del dibattito in seguito alla sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2009, n. 184. Su due versanti opposti le conclusioni di V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3671, e quelle di E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17.

³⁵ In questi termini G. UBERTIS, *Contraddittorio e diritto di difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1091 e ss., secondo cui «il contraddittorio, invero, è un modo di procedere che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti: e sono questi diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale».

³⁶ Si è sostenuto che la Convenzione europea, nell'interpretazione che ne viene data dalla Corte di Strasburgo, esiga qualcosa in meno rispetto a quanto si richiede nella Costituzione (e nella legge processuale nazionale). Tuttavia, in sede di deroghe al principio del contraddittorio (art. 111, comma 5, Cost. e loro attuazione codicistica) si aprono possibili spiragli di inadeguatezza dell'ordinamento interno rispetto agli *standard* convenzionali. Il discorso è evidentemente molto ampio e meriterebbe una trattazione più approfondita di quella che è possibile svolgere in questa sede, si rimanda, tra i numerosi contributi in argomento a S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a «interrogare o fare interrogare» le fonti di prova a carico*, Torino, 2008; AA. VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di G. DI CHIARA, Torino, 2009; O. MAZZA, *La procedura penale, in Europa e diritto penale*, speciale di *Dir. pen. proc.*, 2011.

³⁷ L'art. 6 Cedu si applica al procedimento amministrativo, ma anche al processo amministrativo: così M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 37. L'attribuzione di un significato "autonomo" ai termini che potrebbero essere utilizzati con accezioni diverse nei vari Stati membri risponde all'obiettivo della Corte europea di assegnare una "valenza convenzionale" ai vocaboli impiegati, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 27. Sulla rilevanza dei principi stabiliti dalla Cedu nell'ambito del diritto amministrativo nazionale, cfr. M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1338.

³⁸ Sul ruolo della Convenzione Edu nell'ambito dell'azione amministrativa, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

In questo percorso, un chiaro merito deve essere attribuito al posizionamento che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha assunto nella gerarchia delle fonti. In proposito, può essere utile ricordare il riconoscimento da parte della Corte costituzionale, nel 2007, alle disposizioni della Cedu, come «norme interposte» che integrano il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui lo stesso impone l'adeguamento della legislazione interna ai vincoli che derivano dagli «obblighi internazionali»³⁹. In questo senso, la Corte Costituzionale ha precisato che la Cedu, in quanto fonte internazionale pattizia, è idonea a vincolare lo Stato italiano, ma non ad imporsi direttamente sulle norme di legge interne. Quindi, se il giudice nazionale dovesse rilevare un contrasto tra una norma interna e una disposizione convenzionale, avrebbe il dovere di tentare di risolvere il contrasto in via interpretativa; se non fosse possibile percorrere questa strada, dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.; la Corte Costituzionale, oltre a verificare che la disposizione non violi altre norme costituzionali, dovrebbe analizzare la norma convenzionale secondo l'interpretazione che della stessa viene data dalla Corte europea⁴⁰.

Ulteriore conferma della linea tendenziale che spinge per la piena protezione, anche in sede giudiziaria, dei diritti umani, arriva dall'Unione europea che, con il Trattato di Lisbona, ha aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴¹.

Solo di recente, anche la prospettiva nazionale pare aver imboccato la via di un cambiamento incline a riconoscere un maggiore rilievo all'art. 6 Cedu per il procedimento amministrativo. Infatti, nonostante ancora sia prevalente la giurisprudenza che nega il valore delle garanzie procedurali⁴², in nome dell'esigenza di effettività della funzione amministrativa, iniziano a registrarsi pronunce orientate a riconoscere la necessità di un adeguamento dei procedimenti sanzionatori amministrativi all'art. 6 Cedu⁴³.

4.

Conclusioni e prospettive.

È ormai indubitabile che anche i procedimenti sanzionatori amministrativi siano trattati nell'area di quelli che devono rispettare il principio del contraddittorio di cui all'art. 6 Cedu. Come si è visto, questa conclusione è stata raggiunta sulla base di un filone giurisprudenziale piuttosto nutrito che estende i confini del concetto di sanzione penale fino a ricomprendervi quelle misure amministrative interne che presentino finalità punitive e preventive.

In questo contesto, la Corte europea non si oppone in modo assoluto al fenomeno, non solo italiano, del crescente ricorso alla sanzione amministrativa pecuniaria al posto di quella che, secondo le categorie nazionali, dovrebbe essere la sanzione penale. Pretende però che la scelta sia circoscritta alle sanzioni minori, quelle meno gravi⁴⁴, e soprattutto che, alla fase amministrativa (in quanto tale, come si è visto, non adeguata ad assicurare un giusto processo), segua una fase giudiziale di piena giurisdizione: ossia, un giusto processo che riguardi, sia in fatto che in diritto, il merito della pretesa punitiva. Ciò al fine di garantire, seppure in via cor-

³⁹ Si tratta delle note decisioni della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Tra i molti commenti M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3573; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte «sub costituzionale» del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008; V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2293.

⁴⁰ Si veda M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569.

⁴¹ V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 2012. Sullo sfondo, di sicuro rilievo è anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, che, all'art. 41, riconoscendo il diritto ad una «buona amministrazione», compendia in un testo normativo alcuni dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea in questa materia, come il dovere di audizione degli interessati per assicurare il contraddittorio e il diritto di difesa. Così A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012, p. 57.

⁴² Cfr., tra tutte, Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Banca, borsa*, 2010, II, p. 290, con nota di R. VIGO, *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle Sezioni Unite*.

⁴³ In proposito M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, p. 67, a commento delle ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 4491 e 4492, Pres. Baccarinin, con le quali è stato sostanzialmente ordinato alla Consob di modificare il proprio procedimento, al fine di assicurare le garanzie previste dall'art. 6 Cedu in tema di equo processo.

⁴⁴ Dalla sentenza Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, è stato inaugurato un filone giurisprudenziale secondo cui le sanzioni penali «minori» possono anche non essere soggette al rispetto delle garanzie convenzionali, se queste ultime – considerato il limitato impatto della misura – sembrano non necessarie. L'idea di una modulazione delle garanzie a seconda della sanzione penale concretamente applicata era già nata in occasione della pronuncia Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, cit., con riferimento al fenomeno della depenalizzazione in presenza di misure non gravi.

rettiva rispetto ad un procedimento non perfettamente in linea con le garanzie convenzionali, completa soddisfazione del diritto al contraddittorio.

In altre parole, se il procedimento amministrativo non è stato giusto e paritario (ossia, non si è adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi), deve essere il processo a rimediare; ma, per avere questa capacità correttiva, la giurisdizione dovrebbe essere piena, cioè essere in grado di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di "recuperare" attraverso un giudizio in cui venga garantita la massima estensione dei diritti.

Eppure, ragionare in chiave di logica compensativa, quando si parla di diritti fondamentali, non può lasciare soddisfatti: anche di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, ed anche con il riconoscimento di una dialettica completa, la fase giurisdizionale non sarebbe comunque idonea ad eliminare le conseguenze negative del provvedimento sanzionatorio applicato.

Se si devono valutare le diverse fasi – procedimentale e giurisdizionale – come parte di un unico procedimento, come sembra ritenere la Corte Edu, non si comprende come possa ritenersi ammissibile l'irrogazione di sanzioni alla fine della prima fase. Piuttosto, il provvedimento sanzionatorio dovrebbe assumere una valenza esclusivamente endoprocessuale e l'irrogazione di sanzioni dovrebbe essere posticipata al termine del giudizio.

In ambito nazionale, a giustificazione di questo minor livello di garanzie, si è sempre ribattuto sottolineando la prontezza ed efficacia che la repressione amministrativa assicura, in luogo delle lungaggini – per così dire – determinate dal riconoscimento pieno della tutela dei diritti che si ha in sede penale. Eppure, come si è visto, sempre di repressione si tratta: anche se non tocca direttamente la libertà personale, la sanzione amministrativa a volte è comunque talmente afflittiva e incisiva sui diritti della persona da essere considerata "penale". Se, come sembra, questo è vero, allora non si giustifica un sistema che non adotti *standard* di garanzia pari a quelli riconosciuti in sede penale.

In questo senso, sembra debole il richiamo al procedimento per decreto quale esempio interno di rito a contraddittorio differito. Trattasi, come è ben noto, di un rito speciale, nel cui ambito è consentita all'imputato la possibilità di opporsi prima dell'applicazione della sanzione. In questo modo, la sanzione non è immediatamente esecutiva, ma è subordinata alla mancata presentazione dell'opposizione, così come previsto dall'art. 461, comma 5, c.p.p..

Questa previsione, tra l'altro, sottrae il procedimento per decreto al rischio di una violazione della presunzione di innocenza. Rischio che permane invece immutato nel procedimento sanzionatorio della Consob, considerato che il provvedimento emesso all'esito della procedura (anche non conforme al modello dell'equo processo) è comunque immediatamente esecutivo⁴⁵.

Tutto questo non può che imporre una riflessione complessiva sulle garanzie accordate nell'ambito di quei procedimenti amministrativi sostanzialmente "penali", magari anche attraverso un intervento normativo sulla disciplina. Altrimenti, il ricorso alla depenalizzazione non può che entrare in crisi, consapevoli come si è che l'incidenza delle sanzioni amministrative sui diritti fondamentali non può essere affidata a procedimenti strutturalmente inadeguati a rispettare gli *standard* europei di garanzia.

⁴⁵ L'opposizione non ha effetto sospensivo sul provvedimento. La sospensione dell'esecutività potrebbe essere disposta solo dalla Corte d'Appello, in via meramente eventuale (art. 187-*septies*, comma 2, T.u.f.).