

Giustizia. La Corte europea dei diritti dell'uomo interviene sulla vicenda Exor per precisare i limiti alle regole sui procedimenti

# Consob-tribunali, niente cumulo

## Stop al doppio «processo» se la sanzione amministrativa è particolarmente severa



Marina Castellana

Se la sanzione qualificata come amministrativa sul piano interno è di una severità tale da essere equiparabile a una penale non è possibile avviare un nuovo procedimento giurisdizionale penale dopo quello di natura amministrativa.

Di conseguenza, se la Consob decide una sanzione pecuniaria elevata a cui si aggiunge una misura interdittiva, per manipolazione del mercato, è precluso lo svolgimento di un processo penale per gli stessi fatti nei confronti delle stesse persone. Lo ha deciso la Corte europea dei diritti dell'uomo in una sentenza fiume depositata ieri con la quale ha condannato l'Italia per violazione del diritto a non essere giudicati due volte per lo stesso reato stabilito dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 (ricorso Grande Stevens e altri contro Italia), riconoscendo un indennizzo ai ricorrenti. Non solo. La Corte di Strasburgo ha anche imposto, per la prima volta, l'immediata chiusura del procedimento penale in corso, senza pregiudizio per i ricorrenti.

L'intricata vicenda arrivata sul tavolo dei giudici di Strasburgo ha preso il via da un comunicato stampa emesso dai vertici

delle società Exor e "Giovanni Agnelli" nel quale non era stato menzionato un progetto di rinegoziazione di un contratto di equity swap.

L'Ufficio insider trading della Consob aveva contestato la commissione di atti di manipolazione del mercato: erano state decise sanzioni pecuniarie e l'interdizione. La Corte di appello (pronuncia confermata dalla Corte di Cassazione), pur con una diminuzione dell'entità delle misure, aveva confermato il verdetto della Consob.

Intanto, in base a quanto previsto dal Dlgs n. 58/1998, si era

### LA CONSEGUENZA

L'Italia condannata a un indennizzo per la violazione del diritto a non essere giudicati per due volte

aperto anche il procedimento penale. I ricorrenti, che già dinanzi ai giudici nazionali, avevano invocato la violazione del principio del ne bis in idem, sono rivolti a Strasburgo che, almeno sotto questo profilo, ha dato ragione ai ricorrenti. La norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - ha precisato la Corte - preclude l'esercizio di un nuovo procedimento dal momento in cui è stata resa la decisione della Consob.

Poco importa che il procedimento e la sanzione sul piano interno siano qualificati come am-

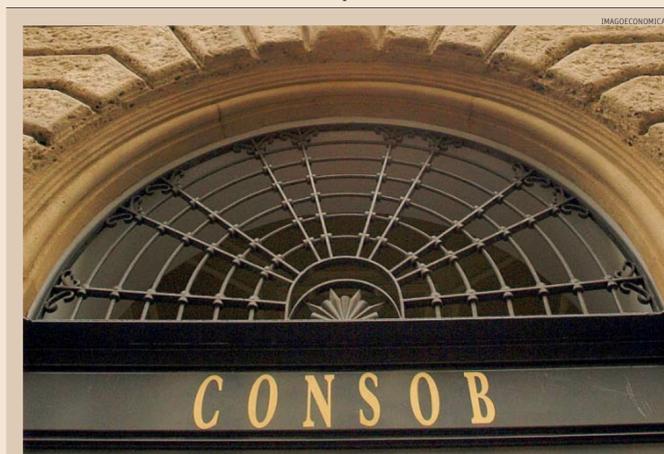
ministrativi, se la loro natura ha carattere penale proprio in ragione della severità.

Sul punto la Corte, che ha dichiarato invalida la riserva italiana, non si è limitata a constatare la violazione ma ha chiesto l'immediata applicazione di una misura individuale, ossia la chiusura del procedimento interno (intanto il procedimento si è chiuso comunque per prescrizione).

Nessuna violazione invece del diritto di difesa e del diritto di proprietà per le misure decise dalla Consob. Le sanzioni - precisa la Corte - sono state pesanti, ma l'integrità dei mercati finanziari e la necessità di assicurare la fiducia della collettività nella sicurezza delle transazioni finanziarie costituiscono un obiettivo di interesse generale da tutelare.

Per quanto riguarda il diritto a un processo equo, Strasburgo ha evidenziato alcune lacune del procedimento che non ha assicurato un confronto tra accusa e difesa e non ha garantito il principio dell'equità delle parti in mancanza della fase orale. Dubbi anche sull'imparzialità dell'organo competente interno alla Consob per l'applicazione delle infrazioni, perché l'organo inquirente e quello giudicante si trovano sotto la supervisione dello stesso presidente. Lacune che, tuttavia, sono "sanate" dalla possibilità di ricorrere a un organo giurisdizionale di appello che, però, non doveva svolgere il procedimento in camera di consiglio.

### Gli illeciti amministrativi a rischio di riquilibrificazione



#### 01 | ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

(articolo 187 bis del Tuir)  
Prevede una sanzione da euro 20mila a tre milioni per chi fa operazioni su strumenti finanziari abusando delle informazioni conosciute grazie al suo ruolo professionale

notizie false o fuorvianti su strumenti finanziari

#### 03 | SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE

(articolo 187-ter del Tuir)  
Insieme alle sanzioni di cui sopra è prevista l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate. La durata della sanzione va da un minimo di due mesi al massimo di tre anni

#### 04 | RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

(articolo 187-quinquies del Tuir)  
L'ente è responsabile per una somma pari all'importo irrogato per gli illeciti commessi nel suo interesse o per suo vantaggio

#### 05 | CONFISCA

(articolo 187-sexies del Tuir)  
L'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie comporta sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo

Il quadro. Ancora poco efficaci le tutele del contraddittorio nei confronti delle imprese: adesso bisognerà adeguarle

## Il sistema italiano difetta di garantismo

Marcello Clarich

Il sistema delle sanzioni amministrative e penali in materia finanziaria è tutto da rivedere perché viola i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È questa la conseguenza principale della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in un caso di irrogazione di sanzioni amministrative plurimilionarie inflitte dalla Consob (sentenza 4 marzo 2014 nel caso Grande Stevens e altri contro Repubblica italiana).

La questione riguarda in pri-

mo luogo le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori gestiti dalla Consob e dalle altre Authority di settore. Infatti, quanto più ampi e incisivi sono i poteri da esse esercitati nei confronti delle imprese regolate e dei loro ammi-

### IL PRINCIPIO

Quanto più incisivi sono i poteri delle Authority, tanto più deve essere assicurata alle aziende la possibilità di difendersi

nistratori, tanto più deve essere garantita la possibilità di difendersi per iscritto e oralmente nell'ambito del procedimento.

Di questa esigenza si era peraltro già fatta carico in anni recenti sia la giurisprudenza amministrativa sia la legge sul risparmio (n. 262/2005).

Il Consiglio di Stato, infatti, ha stabilito il principio secondo il quale le garanzie procedurali devono essere tanto più elevate, quanto più la legge attribuisce poteri quasi "in bianco" alle autorità indipendenti. La perdita della legalità sostanziale,

dovuta al fatto che in molti casi le Autorità di settore dettano le regole di comportamento degli operatori, le applicano e irrogano le sanzioni, va compensata con un rafforzamento della legalità procedurale.

Sulla stessa lunghezza d'onda, la legge sul risparmio ha introdotto garanzie del contraddittorio superiori a quelle stabilite in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241) che, per esempio, non rende obbligatorio il contraddittorio orale. La legge sul rispar-

mo ha previsto una regola inedita in Italia, ripresa da modelli anglosassoni, e cioè una separazione netta tra uffici istruttori e organo decisionale, in modo tale da garantire una maggior terzietà di quest'ultimo. Dopo questa riforma le authority finanziarie hanno adeguato i loro regolamenti.

Tutto questo però non è sembrato sufficiente ai giudici di Strasburgo. Infatti, per quanto la Consob possa essere considerata un'autorità imparziale e sottoposta a controlli giurisdizionali efficaci, il procedimento sanzionatorio non è garantito. E ciò sia perché non prevede un'udienza pubblica orale, sia perché l'istruttoria e la decisione finale avvengono

comunque all'interno dello stesso apparato.

Ma ancor più iniqua è la possibilità prevista dal Testo unico della finanza di comminare sanzioni amministrative e sanzioni penali in relazione allo stesso fatto illecito. Nella visione dei giudici di Strasburgo il primo tipo di sanzioni (specie quelle milionarie) ha carattere affittivo analogo a quello delle sanzioni penali.

Se così è al legislatore italiano non resta altro che rimboccarsi le maniche rimettendo mano a una riforma che superi le censure dei giudici di Strasburgo. Un altro punto si aggiunge così all'agenda del nuovo governo.

Cassazione. Decreto legislativo 231

## Sì alla confisca solo se aumenta il patrimonio

Giovanni Negri

La Corte di cassazione annulla la senza rinvio la confisca di oltre 54 milioni di euro decisa dalla corte d'appello ai danni di Banca Italease. E lo fa contestando la nozione di profitto del reato applicata, sulla base del decreto n. 231 del 2001, dai giudici milanesi. Per la sentenza n. 10265 della Quinta sezione penale depositata ieri, infatti, deve essere accolto il ricorso presentato dalla difesa dell'istituto di credito che negava l'identificazione effettuata dalla Corte d'appello del profitto del reato di false comunicazioni sociali con le risorse non vincolate al patrimonio di vigilanza attraverso la sottostima del rischio di credito collegato alle operazioni derivati.

La Cassazione si concentra, diffusamente peraltro, sulla nozione di profitto, soggetto a confisca, definito via via nel tempo dalla giurisprudenza sulla legge penale e sul decreto 231. Ne conclude, alla luce soprattutto delle ultime definizioni delle Sezioni unite penali (tra le altre, sentenza n. 26654 del 2008), che la nozione di profitto confiscabile richiamata dagli articoli 240 del Codice penale e dall'articolo 19 del decreto 231 deve essere riferita al vantaggio di natura economica che si concretizza per la società che ne beneficia (per la banca nel caso esaminato) in un effettivo incremento patrimoniale.

Aumento che deve poi essere di diretta e immediata derivazione causale dal reato commesso.

Ora, per quanto riguarda il reato di false comunicazioni sociali inserito nel 2002 nella lista dei delitti per i quali anche l'ente può essere chiamato a rispondere, i giudici milanesi, nella valutazione della Cassazione, si sono dimostrati carenti nell'applicazione dei principi definiti dalla stessa Cassazione nel tempo. Il giudizio della Corte d'appello, infatti, si accontenta di potere qualificare la «disponibilità economica artificiosamente procurata» attraverso la manipolazione del bilancio come un incremento del patrimonio disponibile della banca e dunque come un vantaggio economi-

co per la stessa «senza avvedersi che in tal modo finisce per omettere qualsiasi motivazione sulla configurabilità di un effettivo incremento patrimoniale in capo all'ente imputato».

Il falso in bilancio così avrebbe permesso, secondo la ricostruzione della Corte d'appello, il mancato accantonamento di quote di capitale proporzionate al rischio insorto in seguito all'operatività in derivati con l'obiettivo di dare al patrimonio di vigilanza consistenza adeguata.

### L'ERRORE

Annullato il sequestro di 54 milioni di Italease fatto sulla base di un guadagno che in realtà è stato solo virtuale

ta. Il profitto sarebbe consistito allora nella violazione dell'obbligo di accantonamento che avrebbe consentito di aumentare la quota di risorse disponibili per altri utilizzi. È evidente pertanto, sottolinea la sentenza della Cassazione, che non viene contestata la creazione o acquisizione di nuova ricchezza, ma la semplice destinazione di quella già esistente alla consumazione del reato al raggiungimento di obiettivi diversi da quelli leciti. Obiettivi oltretutto che non sono poi stati identificati dalla Corte d'appello (spendita, investimento, distribuzione di maggiori utili).

E' allora certo che il patrimonio di Italease non ha subito variazioni all'esito della consumazione del reato presupposto e che i 54 milioni sono stati indebitamente confiscati perché è stato ritenuto profitto del delitto l'ideale apprezzamento del patrimonio disponibile conseguenza del doloso sottodimensionamento del patrimonio di vigilanza «ovvero all'incremento del patrimonio netto contabile dell'ente dovuto alla sottostima di una voce del passivo dello stato patrimoniale». La nozione di profitto però è stata così ridotta a quella di vantaggio confiscando un guadagno che è in realtà solo virtuale.



## I gruppi di società e le soluzioni concordate della crisi

I profili societari  
La gestione della crisi

Milano, 3 e 4 aprile 2014 - Grand Hotel et de Milan

Roma, 10 e 11 aprile 2014 - St. Regis Grand Hotel

Prima giornata:  
Milano, giovedì 3 aprile 2014  
Roma, giovedì 10 aprile 2014

Seconda giornata:  
Milano, venerdì 4 aprile 2014  
Roma, venerdì 11 aprile 2014

### Gruppi di società: aspetti societari

La nozione di controllo e di gruppo nella normativa codicistica e speciale  
Prof. Avv. Laura Schiuma - Università di Firenze

I controlli del Collegio Sindacale nei gruppi societari  
Prof. Ivan Demuro - Università Cattolica del Sacro Cuore - Sede di Piacenza

Direzione e coordinamento di società  
Prof. Avv. Oreste Cagnasso - Università di Torino

I finanziamenti nel gruppo di imprese in presenza di attività di direzione e coordinamento  
Prof. Avv. Antonio Tullio - Università di Modena e Reggio Emilia

Profili economico-aziendali dei gruppi societari  
Prof. Dott. Marco Fabio Pulsoni - Università LUMSA di Roma

Gruppo "transfrontaliero": amministrazione straordinaria, accordi di ristrutturazione e procedure  
Prof. Avv. Laura Pierallini - Università LUISS Guido Carli di Roma

### Gruppi di società: la crisi

Il gruppo societario nell'ambito della normativa fallimentare e nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: ipotesi di riforma della materia  
Cons. Valentino Lenoci\* - Tribunale di Bari  
Pres. Luciano Panzani\*\* - Tribunale di Torino

Il gruppo: la gestione della crisi e la scelta della procedura più adatta  
Prof. Avv. Andrea Zoppini - Università di Roma Tre  
Avv. Giulio Angeloni - Studio Legale Astone e Zoppini

I doveri e le responsabilità degli amministratori nelle crisi dei gruppi di imprese  
Avv. Antonio Azzarà\* - Paul Hastings  
Avv. Bruno Cova\*\* - Paul Hastings

Redazione del piano e attestazione della veridicità dei dati e della fattibilità nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi del gruppo societario  
Prof. Dott. Emanuele Mattei - Università LUMSA di Roma

La ristrutturazione del debito e il conferimento dell'azienda nella "newco": trattamenti differenziati e classi  
Avv. Enrica Maria Ghia\* - Studio Legale Ghia  
Prof. Avv. Lucio Ghia\*\* - Università G. Marconi di Roma

La gestione delle crisi aziendali nel gruppo e i finanziamenti infragruppo tra prededuzione e postergazione  
Prof. Avv. Umberto Tombari - Università di Firenze

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i gruppi di imprese  
Dott. Riccardo Ranalli - Studio GMR e Associati Dottori Commercialisti

I prossimi eventi in programma

Forum D. Lgs. n. 231/2001  
Milano, 13 e 14 marzo 2014  
Hotel Principe di Savoia

La disciplina anticiclaggio alla luce delle recenti novità normative e giurisprudenziali

Milano, 27 e 28 marzo 2014  
Hotel Hilton

I crediti delle imprese nei confronti della P.A.

Roma, 9 aprile 2014  
St. Regis Grand Hotel

Milano, 7 maggio 2014  
Hotel Hilton

Attività all'estero e voluntary disclosure (D.L. n. 4/2014)

Milano, 10 e 11 aprile 2014  
Grand Hotel et de Milan

Roma, 6 e 7 maggio 2014  
Hotel Savoy

PARADIGMA srl

Per informazioni, programma completo e iscrizioni:

C.so Vittorio Emanuele II, 68 - 10121 Torino  
Tel. 011.538486 - Fax 011.5621123  
www.paradigma.it - info@paradigma.it

Coordinatore e Responsabile Paradigma:  
Dott.ssa Maria Vittoria Curbis