



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

FF 2022

[www.dirittofederale.admin.ch](http://www.dirittofederale.admin.ch)

La versione elettronica firmata  
è quella determinante



## **Sanzioni amministrative pecuniarie**

### **Rapporto del Consiglio federale in adempimento del postulato 18.4100 della CIP-N del 1° novembre 2018**

del 23 febbraio 2022

---

## Compendio

*Il presente rapporto, redatto in adempimento del postulato 18.4100 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale, illustra le sanzioni amministrative pecuniarie. La sanzione amministrativa pecuniaria è uno strumento di vigilanza che permette all'autorità di vigilanza di reagire alla violazione di una disposizione di diritto amministrativo. I destinatari della sanzione non sono le persone (organi, collaboratori) che agiscono per conto delle imprese, ma le imprese stesse. La conseguenza giuridica di una sanzione consiste in un onere finanziario che può essere elevato o molto elevato. Lo strumento permette di annullare retroattivamente i guadagni economici legati a pratiche illegali, così da incoraggiare comportamenti conformi alla legge.*

*Le sanzioni amministrative pecuniarie si sono affermate in alcuni settori, ad esempio nel diritto sui cartelli, sulle telecomunicazioni o nel settore dell'agricoltura. Nella prassi, tuttavia, sono emerse svariate incertezze giuridiche a causa dei diversi principi procedurali applicabili agli stessi fatti. Le sanzioni amministrative pecuniarie rientrano nel diritto amministrativo e sono pronunciate sotto forma di decisioni impugnabili. Considerato il loro importo e il loro effetto repressivo e penale sono tuttavia spesso considerate delle «accuse penali» secondo l'articolo 6 capoverso 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Per questo motivo sono assoggettate alle garanzie procedurali penali sancite dalla Costituzione (art. 30 e 32 Cost.) e dalla CEDU (art. 6 e 7 CEDU, art. 2 Protocollo n. 7 alla CEDU). Tali garanzie prevedono una tutela più ampia della parte rispetto al diritto amministrativo.*

*Il rapporto presenta in maniera dettagliata e alla luce dell'abbondante prassi delle autorità esecutive e dei tribunali il modo in cui lo strumento è integrato nell'ordinamento giuridico. Globalmente è emerso che la regolamentazione attuale ha dato buona prova. La legge federale sulla procedura amministrativa e le leggi speciali offrono, assieme alle garanzie accordate in ambito penale dal diritto di rango superiore, una solida base allo strumento. In base al diritto vigente le autorità amministrative e giudiziarie hanno potuto sviluppare soluzioni praticabili in tutti gli ambiti identificati. In particolare, è emerso che, nell'ottica del diritto convenzionale e costituzionale, non è in linea di massima escluso munire di sanzioni amministrative pecuniarie le regole comportamentali di diritto amministrativo. Secondo la giurisprudenza, per infliggere una sanzione è necessario provare una colpa che possa essere imputata all'impresa (colpa di organizzazione). Le disposizioni esaminate non disciplinano espressamente la questione della colpa, ma alla luce dello sviluppo del diritto giudiziale, le modifiche legislative non appaiono urgenti. Il rapporto illustra inoltre che le presunzioni a carico della parte previste in numerose leggi speciali sono compatibili con la presunzione d'innocenza (art. 6 par. 2 CEDU e art. 32 cpv. 1 Cost.). A seconda dell'ambito, le presunzioni possono essere un mezzo efficace per ovviare alle difficoltà probatorie.*

*È stata riconosciuta un'eventuale necessità di chiarire alcune questioni a livello legislativo. Si raccomanda segnatamente di emanare disposizioni generali sulle conseguenze della ristrutturazione di un'impresa sul procedimento sanzionatorio, sulla*

*rappresentanza processuale dell'impresa e sul coordinamento tra le autorità. La prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione dovrebbero essere disciplinate nelle relative leggi speciali. Lo stesso vale per l'informazione del pubblico riguardo al procedimento sanzionatorio. Le soluzioni individuate finora nella prassi per dirimere il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il diritto di non autoincriminarsi di diritto penale (principio del nemo tenetur) sono state ritagliate attorno al caso specifico, e quindi si continuerà a lasciare alle autorità amministrative il compito di regolare questo problema complesso caso per caso. Il rapporto presenta tuttavia diverse opzioni per dare a tale conflitto una soluzione legislativa.*

*Il Consiglio federale è dell'avviso che attualmente non sia necessaria un'armonizzazione intersettoriale delle basi legali esistenti per quanto riguarda le questioni citate. Laddove ha invece constatato la necessità di un intervento legislativo che si ripercuote sui lavori legislativi in corso, si premurerà affinché i risultati del presente rapporto confluiscono direttamente nei corrispondenti progetti. Continuerà inoltre a seguire da vicino gli sviluppi in questo settore.*

*Il presente rapporto non esamina la questione dell'eventuale futura necessità d'introdurre sanzioni amministrative anche in altri settori. Indica per contro le diverse soluzioni possibili e le misure necessarie per realizzarle.*

## Indice

<b>Compendio</b>	<b>2</b>
<b>1 Introduzione</b>	<b>8</b>
1.1 Mandato	8
1.2 Contesto e problematica	8
1.3 Contenuto del rapporto	9
1.4 Procedura di elaborazione del rapporto	10
<b>2 Le sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto federale vigente</b>	<b>11</b>
2.1 Nozione di «sanzione amministrativa pecuniaria»	11
2.2 Le sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto federale	12
2.3 Caratteristiche essenziali della sanzione amministrativa pecuniaria	15
2.4 Distinzione rispetto ad altri strumenti di applicazione	19
2.5 Diritto procedurale applicabile	21
2.6 Sintesi intermedia	22
<b>3 Garanzie del diritto sovraordinato</b>	<b>22</b>
3.1 Garanzie secondo gli articoli 6 e 7 CEDU e l'articolo 4 Protocollo n. 7 alla CEDU	22
3.2 Garanzie di cui agli articoli 29, 29a, 30 e 32 Cost.	25
3.3 Applicabilità delle garanzie nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria	27
3.4 Graduazione qualitativa delle garanzie procedurali negli «ambiti marginali» del diritto penale	29
3.5 Aspetti temporali dell'applicabilità	30
3.6 Altre garanzie procedurali di diritto internazionale	30
3.7 Excursus: garanzie nei procedimenti relativi ai «diritti e doveri di carattere civile» secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU	32
3.8 Sintesi intermedia	33
<b>4 Inserimento dello strumento nelle leggi speciali</b>	<b>33</b>
4.1 Base legale della sanzione nelle leggi speciali	34
4.2 Definizione degli obblighi soggetti a sanzione	34
4.3 Condizione dell'imputabilità soggettiva (colpevolezza)	36
4.3.1 Situazione iniziale e disposizioni convenzionali e costituzionali	36
4.3.2 Concetto di «imputabilità» nel diritto sui cartelli	38
4.3.3 Apprezzamento	41
4.4 Conseguenze giuridiche	42
4.4.1 Pagamento di un importo	42
4.4.2 Importo della sanzione	42
4.4.3 Criteri per il calcolo dell'importo della sanzione	43

4.4.4	Rapporto tra le sanzioni amministrative pecuniarie e gli altri strumenti di attuazione	45
4.5	Prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione	46
4.6	Sintesi intermedia	48
<b>5</b>	<b>Procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie</b>	<b>49</b>
5.1	Apertura del procedimento di sanzione amministrativa	49
5.1.1	Autorità competenti	49
5.1.2	Apertura del procedimento	50
5.1.3	Diritto alla difesa, diritto al patrocinio gratuito e a un interprete	52
5.1.4	Sintesi intermedia	54
5.2	Parti e altri partecipanti (terzi)	54
5.2.1	Qualità di parte dei destinatari di sanzioni amministrative pecuniarie	54
5.2.2	Effetti della ristrutturazione dell'impresa sulla qualità di parte	56
5.2.3	Rappresentanza nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria	58
5.2.4	Posizione giuridica dei collaboratori delle imprese	58
5.2.4.1	Rappresentanti attivi dell'impresa	59
5.2.4.2	Ex rappresentanti	60
5.2.4.3	Altri membri delle imprese	61
5.2.5	Sintesi intermedia	61
5.3	Collaborazione delle parti all'accertamento dei fatti	62
5.3.1	Situazione iniziale	62
5.3.2	Obbligo di collaborare amministrativo	63
5.3.2.1	In generale	63
5.3.2.2	Informazione sugli obblighi di collaborazione concreti	64
5.3.2.3	Collaborazione volontaria e forzata	64
5.3.3	Diritto di non autoincriminarsi del diritto penale (principio del <i>nemo tenetur</i> )	66
5.3.4	Tipiche situazioni di conflitto tra gli obblighi di collaborare e il diritto di non autoincriminarsi	69
5.3.5	Proposte di soluzione dei tribunali, del legislatore e della dottrina	70
5.3.5.1	Giurisprudenza dei tribunali svizzeri	70
5.3.5.2	Giurisprudenza della Corte EDU	72
5.3.5.3	Soluzioni del legislatore nel diritto penale fiscale	75
5.3.5.4	Soluzioni proposte dalla dottrina	77
5.3.6	Opzioni per il legislatore	79
5.3.6.1	Opzione 1: <i>status quo</i>	79

5.3.6.2	Opzione 2: preminenza degli obblighi di collaborare nel caso di un preesistente rapporto di diritto amministrativo o di vigilanza	80
5.3.6.3	Opzione 3: diritto di non collaborare e/o divieto di utilizzare le prove	85
5.3.7	Sintesi intermedia	88
5.4	Questioni di diritto probatorio	88
5.4.1	Situazione iniziale	88
5.4.2	Presunzioni legali di fatto e di diritto	89
5.4.3	Riduzione del grado della prova	90
5.4.4	Libero apprezzamento delle prove	92
5.4.5	Sintesi intermedia	92
5.5	Diritto di essere sentiti e diritto a un'udienza pubblica e orale	93
5.6	Conclusione del procedimento	94
5.6.1	Decisione nel merito	94
5.6.2	Rinuncia alla sanzione	94
5.6.3	Abbandono del procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria	95
5.6.4	Decisione entro un termine ragionevole	95
5.6.5	Spese procedurali	97
5.6.6	Indennità per spese ripetibili	98
5.6.7	Modifica delle decisioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie	100
5.6.8	Sintesi intermedia	101
5.7	Informazione del pubblico	101
5.7.1	Informazione del pubblico circa i procedimenti pendenti	101
5.7.2	Pubblicità delle decisioni relative a sanzioni amministrative	102
5.8	Ricorso contro le decisioni di sanzione amministrativa pecuniaria	104
5.8.1	Ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale (garanzia della via giudiziaria)	104
5.8.2	Ricorso dinanzi al Tribunale federale (garanzia dei mezzi di ricorso)	105
5.9	Procedimenti paralleli	107
5.9.1	Situazione iniziale	107
5.9.2	Coordinamento dei procedimenti	107
5.9.3	Trasmissione di prove ad altre autorità	108
5.9.4	Carattere vincolante della prima decisione	108
5.9.5	Procedimenti paralleli e divieto di un secondo giudizio	109
5.9.6	Rapporto tra i procedimenti di sanzione amministrativa nazionali ed esteri o i procedimenti penali esteri	110
5.9.7	Sintesi intermedia	112
<b>6</b>	<b>Seguito dei lavori</b>	<b>112</b>
<b>7</b>	<b>Conclusione</b>	<b>113</b>

<b>Bibliografia</b>	<b>118</b>
<b>Indice dei materiali</b>	<b>124</b>
<b>Abbreviazioni</b>	<b>126</b>
<b>Allegato: analisi di diritto comparato</b>	<b>129</b>

# Messaggio

## 1 Introduzione

### 1.1 Mandato

Con il presente rapporto il Consiglio federale adempie il postulato della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale «Strumento delle sanzioni amministrative pecuniarie» del 1° novembre 2018 (18.4100). Il postulato ha il tenore seguente:

*«Il Consiglio federale è incaricato di illustrare come potrebbe essere introdotto nel diritto svizzero un sistema generale di sanzioni amministrative pecuniarie con le necessarie garanzie giuridiche».*

Nella risposta del 19 dicembre 2018, il Consiglio federale ha proposto di accogliere il postulato. Il Consiglio nazionale ha accolto il postulato il 4 marzo 2019.

### 1.2 Contesto e problematica

Il diritto orienta il comportamento individuale in prima linea con regole di comportamento, in particolare divieti e obblighi. Per attuarle, l'ordinamento giuridico mette a disposizione diversi strumenti, tra cui anche la «sanzione amministrativa pecuniaria». Tale strumento serve tipicamente a regolare il comportamento delle imprese. A livello federale è usato perlopiù nel diritto amministrativo economico (p. es. nel diritto sui cartelli, sulle telecomunicazioni o nel settore dell'agricoltura) e serve come strumento di vigilanza sul mercato. Permette all'autorità di imporre il pagamento di un importo a un'impresa che ha violato i propri obblighi di diritto amministrativo. Questo tipo di sanzione non è tuttavia rivolta alle persone fisiche che agiscono per conto dell'impresa (p. es. i suoi organi o collaboratori).

Le sanzioni amministrative pecuniarie si sono affermate settorialmente, ma nella prassi sussistono svariate incertezze giuridiche, segnatamente perché diversi principi procedurali si applicano simultaneamente agli stessi fatti. Da un lato, le sanzioni amministrative pecuniarie sono imposte nel quadro di procedure amministrative; dall'altro, in alcuni casi specifici, sottostanno alle garanzie procedurali penali della Costituzione federale (Cost.)<sup>1</sup> e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>2</sup>. Queste ultime garantiscono una tutela più ampia della parte, come dimostra il seguente esempio: la procedura amministrativa richiede la collaborazione attiva delle parti (obbligo di collaborare), che può comportare la resa di dichiarazioni autoincriminanti. Per imporre tale obbligo l'autorità può impiegare mezzi coercitivi di diritto amministrativo e penale. Viceversa, nell'ambito del proce-

<sup>1</sup> RS 101

<sup>2</sup> RS 0.101. La CEDU è stata approvata dall'Assemblea federale il 3 ottobre 1974 ed è entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974.

dimento penale vale il principio del *nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere* secondo cui nessuna persona può essere obbligata a testimoniare contro sé stessa (diritto a non autoincriminarsi o di non collaborare). È quindi necessario chiarire se il diritto costituzionale e convenzionale di non collaborare e quindi il diritto di non rispondere, prevalga sugli obblighi di collaborare di diritto amministrativo. Problematiche analoghe sorgono nell'ambito della presunzione d'innocenza (*in dubio pro reo*) o del divieto di processare una persona due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*).

La vigente legislazione sulla procedura amministrativa federale non contempla un sistema generale per regolare i conflitti tra i diversi principi procedurali. Spetta quindi alle autorità incaricate dell'applicazione del diritto e, nel caso delle procedure di ricorso, ai giudici, dirimere nel singolo caso la dialettica tra le disposizioni del diritto della procedura amministrativa e le garanzie costituzionali e convenzionali per un procedimento penale equo. La ponderazione tra gli obblighi di diritto amministrativo e le garanzie procedurali penali effettuata dalla prassi nel singolo caso non contribuisce tuttavia alla certezza del diritto<sup>3</sup>.

Riassumendo, occorre chiarire quali misure giuridiche adottare per pronunciare efficacemente le sanzioni amministrative pecuniarie nel rispetto dei diritti costituzionali e convenzionali per la protezione delle persone e delle imprese interessate. Si tratta di trovare il giusto equilibrio tra l'interesse all'applicazione efficace e uniforme degli obblighi di diritto amministrativo e gli interessi a una procedura equa della parte passibile di sanzione.

### 1.3 Contenuto del rapporto

Il presente rapporto illustra come potrebbe essere introdotto nel diritto svizzero un sistema generale di sanzioni amministrative pecuniarie. Tali sanzioni rientrano in linea di massima nel diritto amministrativo e saranno quindi presentate nel quadro del sistema del diritto amministrativo generale o illustrate in base alle corrispondenti figure giuridiche e nozioni specifiche.

In primo luogo, il rapporto descrive lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria in base alle disposizioni in materia nel diritto federale attuale (n. 2). Secondariamente illustra le disposizioni costituzionali e convenzionali da rispettare all'atto dell'emanazione di disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie o della loro applicazione da parte delle autorità, con particolare riguardo alle garanzie accordate nell'ambito della procedura penale della CEDU e della Costituzione federale (n. 3).

Seguono considerazioni in ordine alle incertezze giuridiche legate alle sanzioni amministrative pecuniarie che sussistono nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza nonché alle necessarie modifiche di legge che interesseranno o la legge federale del 20 dicembre 1968<sup>4</sup> sulla procedura amministrativa (PA) o le leggi speciali. Il rapporto precisa innanzitutto le esigenze di diritto materiale da osservare all'atto di legiferare sulle sanzioni amministrative pecuniarie, tra cui la creazione di una base legale formale per le sanzioni e la determinazione degli obblighi di comportamento soggetti

<sup>3</sup> In questo contesto, cfr. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 73.

<sup>4</sup> RS 172.021

a sanzione (n. 4.1 e 4.2). Approfondisce in seguito l'esigenza dell'imputabilità soggettiva (n. 4.3), i requisiti posti al disciplinamento delle conseguenze giuridiche (n. 4.4) e la necessità di adeguare i termini di prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione (n. 4.5).

I numeri che seguono trattano i diversi aspetti procedurali in base allo svolgimento cronologico del procedimento di sanzione amministrativa di primo grado o alla sistemica della PA, segnatamente l'apertura del procedimento sanzionatorio (n. 5.1) e la qualità di parte (n. 5.2), l'accertamento (con la collaborazione delle parti) dei fatti per i quali viene inflitta la sanzione e il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il diritto di non autoincriminarsi o di non collaborare nel procedimento penale nonché le possibili opzioni a disposizione del legislatore (n. 5.3), l'assunzione delle prove nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria alla luce della presunzione d'innocenza (n. 5.4), il diritto di essere sentiti (n. 5.5), la conclusione del procedimento (n. 5.6), l'informazione al pubblico sul procedimento sanzionatorio (n. 5.7), i rimedi giuridici e i diritti di ricorso della parte (n. 5.8) e gli aspetti da tenere in considerazione nel quadro di procedimenti amministrativi e procedimenti di sanzione amministrativa svolti parallelamente (n. 5.9). Infine, il rapporto illustra il seguito dei lavori (n. 6).

L'allegato contiene una panoramica di diritto comparato dei disciplinamenti vigenti in Germania, Francia e nell'Unione europea.

Il presente rapporto non tratta la questione se occorrerà introdurre sanzioni amministrative pecuniarie in leggi federali speciali supplementari.

## **1.4 Procedura di elaborazione del rapporto**

Nell'Amministrazione federale sono diversi i servizi incaricati dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Le loro conoscenze specialistiche sia teoriche sia pratiche sono state determinanti per adempiere il postulato. Il competente Ufficio federale di giustizia e polizia (UFG) ha quindi istituito un gruppo di lavoro composto di specialisti provenienti da diverse unità amministrative (Commissione della concorrenza [COMCO], Autorità federale di vigilanza sui mercati [FINMA], Commissione federale delle case da gioco [CFCG], Ufficio federale delle comunicazioni [UFCOM], Segreteria generale del Dipartimento federale delle finanze [SG-DFF], Ufficio federale dell'agricoltura [UFAG], Segreteria di Stato della migrazione [SECO], Amministrazione federale delle contribuzioni [AFC]).

L'UFG ha istituito anche un gruppo peritale esterno all'Amministrazione federale composto di rappresentanti dei tribunali amministrativi cantonali (dott. iur. Ruth Herzog, giudice presso il Tribunale amministrativo del Cantone di Berna e dott. iur. Patrick M. Müller, giudice presso il Tribunale cantonale di Lucerna) e di facoltà di diritto (prof. dott. iur. Vincent Martenet [Università di Losanna], prof. dott. iur. Matthias Oesch [Università di Zurigo], prof. dott. iur. Robert Roth [Università di Ginevra] e prof. dott. iur. Bernhard Rütsche [Università di Lucerna]). Il gruppo di esperti si è riunito tre volte per esaminare i risultati del gruppo di lavoro interno e ha potuto esprimersi sul progetto di rapporto.

## 2 Le sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto federale vigente

### 2.1 Nozione di «sanzione amministrativa pecuniaria»

Il termine «sanzione amministrativa pecuniaria» non è usato nel diritto federale. Le leggi speciali che prevedono tale strumento usano perlopiù la forma abbreviata «sanzione amministrativa» nei testi di lingua italiana, mentre in quelli di lingua tedesca vengono di norma usati i termini «*Verwaltungssanktion*»<sup>5</sup>, «*verwaltungsrechtliche Sanktion*»<sup>6</sup> o «*administrative Sanktion*»<sup>7</sup>.

Le differenze non sono solo terminologiche, ma anche contenutistiche (cfr. p. es. art. 49a della legge del 6 ottobre 1995<sup>8</sup> sui cartelli [LCart], art. 12 della legge del 16 giugno 2017<sup>9</sup> sullo scambio automatico internazionale delle rendicontazioni Paese per Paese di gruppi di imprese multinazionali [LSRPP] e art. 100 della legge federale del 29 settembre 2017<sup>10</sup> sui giochi in denaro [LGD]). La dottrina constata che le sanzioni amministrative pecuniarie contemplate dal diritto amministrativo economico non seguono un sistema uniforme e che quindi è difficile distinguerle dagli altri strumenti di applicazione del diritto amministrativo o penale<sup>11</sup>. Nella giurisprudenza<sup>12</sup> e nella dottrina<sup>13</sup> esistono peraltro numerose varianti terminologiche nella lingua tedesca. Per la dottrina la sanzione amministrativa pecuniaria è perlopiù una sanzione amministrativa di carattere penale<sup>14</sup>. L'esatta classificazione dello strumento nella terminologia del diritto amministrativo è tuttavia controversa<sup>15</sup>. Le espressioni usate in

<sup>5</sup> Cfr. p. es. art. 100 e 109 LGD o art. 12 LSRPP.

<sup>6</sup> Cfr. art. 23 della legge del 3 ott. 2003 sulla Banca nazionale, LBN, RS **951.11**.

<sup>7</sup> Cfr. p. es. il titolo della sezione prima degli art. 122a e 122b LStrl.

<sup>8</sup> RS **251**

<sup>9</sup> RS **654.1**

<sup>10</sup> RS **935.51**

<sup>11</sup> Cfr. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 67.

<sup>12</sup> P. es. nell'ambito del diritto in materia di cartelli, il Tribunale federale usa il termine «*kartellrechtlichen Sanktionen*» (sanzioni in materia di cartelli) (DTF **139** II 279; **135** II 60 e sentenza 2C\_985/2015 del 9 dic. 2019), mentre nel diritto sui giochi in denaro impiega il termine «*Verwaltungsrechtliche Sanktion*» (sanzione di diritto amministrativo) (cfr. DTF **140** II 384 – *Spielbank*).

<sup>13</sup> LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 87 seg. usa il termine «*Verwaltungsbusse*» (multa amministrativa) per definire lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 67 usano i termini «*Geldsanktionen*» (sanzioni pecuniarie), «*Bussen und Belastungen*» (multe e oneri da pagare) o «*Verwaltungssanktionen*» (sanzioni amministrative), mentre KARLEN, *Verwaltungsrecht*, pag. 474 parla di «*reiner Verwaltungsbusse*» (multa puramente amministrativa). Per informazioni più esaustive sulla terminologia nella lingua tedesca cfr. LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 8 segg.

<sup>14</sup> Cfr. LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 90, con riferimento a TAGMANN, *Sanktionen*, pag. 85; ZELLER/HÜRLIMANN, *Fernmelde- und Rundfunkrecht*, pag. 131, 136.

<sup>15</sup> Per una panoramica dei pareri dottrinali, cfr. LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 91 seg.

tedesco variano da «*administrativer Rechtsnachteil*»<sup>16</sup> (pregiudizio giuridico amministrativo), «*busenähnliche finanzielle Sanktionen*»<sup>17</sup> (sanzioni finanziarie analoghe alle multe) a «*Verwaltungsbusse*»<sup>18</sup> (multa amministrativa).

Nell'ambito delle sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate dal diritto federale si riconosce tuttavia uno schema secondo il quale, semplificando, lo strumento può essere definito come una reazione delle autorità a una violazione avvenuta nel passato di una prescrizione di diritto amministrativo e che consiste nell'imporre alla parte il pagamento di un importo nel quadro di una procedura amministrativa. Le considerazioni che seguono sono state formulate in base a questo approccio definitorio.

Le multe previste dal diritto disciplinare presentano affinità con le sanzioni amministrative pecuniarie<sup>19</sup>. A differenza della maggior parte delle sanzioni amministrative pecuniarie, tali multe colpiscono le persone fisiche. Sono inflitte per esempio nel campo delle attività legate alla persona e sottoposte ad autorizzazione (le libere professioni). Il presente rapporto, tuttavia, non tratta le multe previste dal diritto disciplinare. Le sanzioni amministrative pecuniarie vanno inoltre distinte anche dalle «multe», dalle «multe disciplinari» e dalle «pene pecuniarie», le quali rientrano tutte nel diritto penale e sottostanno alla procedura penale (amministrativa). Per le questioni di delimitazione, si veda il numero 2.4.

## 2.2 Le sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto federale

Nel diritto federale sono 13 gli atti legislativi che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie secondo l'approccio definitorio di cui al numero 2.1. La tabella seguente riporta le disposizioni interessate:

Atto legislativo	Comportamento sanzionato (fattispecie)	Sanzione amministrativa pecuniaria (conseguenza giuridica)
Art. 122a della legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri e la loro integrazione (LStrI)	Violazione dell'obbligo di diligenza riguardante il controllo dei documenti di viaggio, dei visti o dei titoli di soggiorno da parte delle imprese di trasporto aereo.	Pagamento di un importo di 4000 franchi per passeggero, nei casi gravi 16 000 franchi.
Art. 122b LstrI	Violazione dell'obbligo di comunicazione dei dati dei passeggeri da parte delle imprese di trasporto aereo.	Pagamento di un importo di 4000 franchi per volo, nei casi gravi, 12 000 franchi.
Art. 12 LSRPP	Inosservanza del termine di fornitura della rendicontazione Paese per Paese da parte di persone giuridiche («ente»).	Pagamento di un importo di 200 franchi per giorno per un ammontare complessivo massimo di 50 000 franchi.

<sup>16</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 n. marg. 40.

<sup>17</sup> JAAG, *Sanktionen*, pag. 17.

<sup>18</sup> LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 89.

<sup>19</sup> DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 68.

Atto legislativo	Comportamento sanzionato (fattispecie)	Sanzione amministrativa pecuniaria (conseguenza giuridica)
Art. 100 LGD	Violazione di disposizioni di legge, della concessione o di una decisione passata in giudicato da parte del concessionario.	Pagamento di un importo legato al prodotto dei giochi (fino al 15 per cento del prodotto lordo dei giochi dell'ultimo anno d'esercizio).
Art. 109 LGD	Violazione di disposizioni di legge o di una decisione passata in giudicato da parte dell'organizzatore di giochi di grande estensione.	Pagamento di un importo legato al prodotto dei giochi (fino al 15 per cento del prodotto lordo dei giochi dell'ultimo anno d'esercizio).
40 <sup>a</sup> sexies della legge federale del 20 dicembre 1957 sulle ferrovie (Lferr)	Violazione del divieto di discriminazione nell'accesso alla rete, violazione di una conciliazione, di una decisione della commissione (ComFerr) o di una decisione di un'autorità di ricorso.	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari o di un importo fino a 100 000 franchi.
Art. 9 della legge dell'8 ottobre 1999 sui lavoratori distaccati (LDist)	Violazione di determinate disposizioni della LDist da parte di imprese.	Pagamento di un importo fino a 30 000 franchi.
Art. 60 della legge del 30 aprile 1997 sulle telecomunicazioni (LTC)	Violazione del diritto applicabile, della concessione o di una decisione passata in giudicato da parte di imprese.	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari realizzata (fino al 10%).
Art. 35a della legge del 21 marzo 2003 sull'ingegneria genetica (LIG)	Violazioni della LIG, delle relative disposizioni d'esecuzione o di decisioni prese in loro applicazione.	Pagamento di un importo di 10 000 franchi al massimo o pari al ricavo lordo dei prodotti immessi illegalmente in commercio.
Art. 59 cpv. 1 lett. c della legge del 18 marzo 1994 federale sull'assicurazione malattie (LA-Mal)	Violazione da parte del fornitore della prestazione delle condizioni di economicità e di qualità o di clausole contrattuali tra federazioni di fornitori di prestazioni e di assicuratori.	Multa.
Art. 49a LCart	Limitazioni illecite della concorrenza da parte di un'impresa.	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari (sino al 10% della cifra d'affari realizzata negli ultimi tre esercizi).
Art. 50 LCart	Violazione di una conciliazione, una decisione passata in giudicato della autorità in materia di concorrenza o di una decisione di un'autorità di ricorso da parte di imprese.	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari (fino al 10% della cifra d'affari realizzata negli ultimi tre esercizi).
Art. 51 LCart	Realizzazione illecita di una concentrazione di imprese o mancata esecuzione di provvedimenti per il ripristino di una concorrenza efficace.	Pagamento di un importo sino a 1 milione di franchi, nel singolo caso fino al 10 per cento della cifra d'affari totale realizzata dall'insieme delle imprese.

Atto legislativo	Comportamento sanzionato (fattispecie)	Sanzione amministrativa pecuniaria (conseguenza giuridica)
Art. 52 LCart	Inadempienza dell'obbligo di fornire informazioni o presentare documenti da parte di imprese.	Pagamento di un importo fino a 100 000 franchi.
Art. 169 cpv. 1 lett. h della legge del 29 aprile 1998 sull'agricoltura (LAgr)	Violazione della LAgr, delle relative disposizioni d'esecuzione o di decisioni prese in loro applicazione da parte di imprese (comprese le imprese individuali).	Pagamento di un importo di 10 000 franchi al massimo.
Art. 171a LAgr	Operazioni di compensazione effettuate da imprese che dominano il mercato dei prodotti e dei mezzi di produzione agricoli, che subordinano alla conclusione del contratto la ripresa di merci e servizi a prezzi inadeguati.	Sanzione secondo l'articolo 49a o 50 LCart.
Art. 23 della legge del 3 ottobre 2003 sulla Banca nazionale svizzera (LBN)	Mancato mantenimento delle riserve minime.	Interessi sull'importo mancante; l'interesse può superare di 5 punti percentuali al massimo quello applicato sul mercato monetario ai crediti interbancari.
Art. 25 della legge del 17 dicembre 2010 sulle poste (LPO)	Violazioni della LPO, delle relative disposizioni d'esecuzione o di una decisione passata in giudicato da parte del fornitore di servizi postali (comprese le imprese individuali).	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari (fino al 10%).
Art. 90 della legge federale del 24 marzo 2006 sulla radiotelevisione (LRTV)	Violazione di una decisione passata in giudicato, grave infrazione alle disposizioni della concessione e ad altre disposizioni specifiche da parte di persone giuridiche (e in teoria anche fisiche) (emittenti, gestori di reti via cavo, organizzatori di manifestazioni pubbliche o di grande interesse sociale ecc.)	Pagamento di un importo legato alla cifra d'affari (fino al 10%).

Da questo esame emerge che non tutte le disposizioni citate hanno la stessa rilevanza in termini d'esecuzione. Infatti per quanto concerne segnatamente le disposizioni delle leggi federali sui cartelli, sui lavoratori distaccati, sui giochi in denaro, sulle poste, sulle telecomunicazioni e sull'agricoltura, esiste una prassi delle autorità o una giurisprudenza di cui è stato tenuto conto nella seguente analisi. Per contro, altre disposizioni sono entrate in vigore solo recentemente (p. es. art. 12 LSRPP e art. 40a<sup>sexies</sup> Lfer<sup>20</sup>) o, per altri motivi, non sono state fatte sufficienti esperienze in materia d'applicazione (art. 122a e 122b LStr<sup>21</sup>, art. 35a LIG<sup>22</sup>) e quindi sono trattate solo marginalmente nel presente rapporto. Infine, non sono trattate le disposizioni che vertono su ambiti troppo specializzati, difficilmente generalizzabili (art. 59 cpv. 1 lett. c

<sup>20</sup> RS 742.101

<sup>21</sup> RS 142.20

<sup>22</sup> RS 814.91

LAMal<sup>23</sup>, art. 23 cpv. 1 LBN<sup>24</sup>). Lo stesso vale per singole disposizioni la cui classificazione non è ancora stata del tutto chiarita. Casi limite si trovano ad esempio nel diritto delle assicurazioni sociali (art. 14<sup>bis</sup> della LF del 20 dic. 1946<sup>25</sup> su l'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti [LAVS], art. 92 cpv. 2 e 95 della LF del 20 mar. 1981<sup>26</sup> sull'assicurazione contro gli infortuni [LAINF]). Tali disposizioni non impiegano la terminologia usuale (*Sanktion, Belastung*), ma le loro conseguenze giuridiche sono paragonabili a quelle di una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>27</sup>. Considerate le diverse finalità del diritto sulle assicurazioni sociali, in cui la priorità è data alla tutela della comunità dell'assicurazione da pretese infondate<sup>28</sup> e la particolarità delle regole procedurali<sup>29</sup>, tali disposizioni mal si prestano come modello per un sistema generale di sanzioni amministrative pecuniarie. Il rapporto non ha inoltre considerato le disposizioni della legge del 29 dicembre 2011<sup>30</sup> sul CO<sub>2</sub> (art. 12, 21, 28 e 32)<sup>31</sup>.

### 2.3 Caratteristiche essenziali della sanzione amministrativa pecuniaria

Le caratteristiche essenziali delle sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate dal vigente diritto amministrativo federale possono essere così illustrate approssimativamente:

- *oggetto*: lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria ha come oggetto le conseguenze giuridiche delle violazioni delle regole di comportamento di diritto amministrativo;
- *campo d'applicazione e destinatari*: le sanzioni amministrative pecuniarie rientrano prevalentemente nel diritto in materia di vigilanza in ambito econo-

23 RS **832.10**

24 RS **951.11**

25 RS **831.10**

26 RS **832.20**

27 Cfr. sentenza del TAF C-640/2008 del 18 ago. 2009 consid. 4.2.4 ad art. 92 cpv. 3

LAINF; in modo analogo GÄCHTER/GERBER, BSK-UVG, art. 92 n. 110 segg.

28 DTF **134 V 315** consid. 4.5.1.1.

29 Art. 34 segg. in combinato disposto con art. 55 cpv. 1 della legge federale del 6 ott. 2000 sulla parte generale delle assicurazioni sociali (LPGA; RS **830.1**).

30 RS **641.71**

31 Le disposizioni citate disciplinano le prestazioni sostitutive degli importatori di veicoli a motore o dei gestori di aeromobili in caso di superamento delle emissioni di CO<sub>2</sub> prescritte ecc. Queste disposizioni sarebbero state modificate se la legge sul CO<sub>2</sub> non fosse stata respinta, cfr. il *messaggio del 1° dic. 2017 concernente la revisione totale della legge sul CO<sub>2</sub> dopo il 2020*, FF **2018** 197, in particolare 326; per un parere diverso riguardo all'art. 32, cfr. BALLY/BURKHARDT/NÄGELI, Kommentar zum Energierecht, vol. II, art. 32 n. 18 segg.

mico, sono tipicamente rivolte alle imprese di diritto pubblico e privato e interessano perlopiù le persone giuridiche<sup>32</sup>. A seconda del campo di applicazione della legge speciale, le sanzioni possono colpire anche le persone fisiche che svolgono un'attività regolamentata<sup>33</sup>. Secondo il diritto federale vigente, tuttavia, in genere non interessano le persone che non svolgono un'attività regolamentata secondo la pertinente legge speciale (p. es. consumatori, passeggeri aerei, lavoratori ecc.). Semplificando, le sanzioni amministrative pecuniarie possono quindi essere definite come sanzioni imposte alle imprese. Spesso sussiste già un rapporto di diritto amministrativo con l'impresa interessata (fondato p. es. su di una concessione o un'autorizzazione d'esercizio) oppure quest'ultima è soggetta a una vigilanza ufficiale (p. es. nel quadro di obblighi di comunicazione). Nella terminologia del diritto penale non si tratta quindi di un reato che può essere commesso da chiunque (*Jedermannsdelikte*), ma di un reato proprio;

va sottolineato che le decisioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie non riguardano né gli organi di una persona giuridica né i suoi collaboratori. Gli obblighi di comportamento violati non interessano direttamente i collaboratori, bensì l'impresa stessa. Nei rapporti tra l'impresa oggetto del procedimento, i suoi organi e i suoi collaboratori sorgono tuttavia molteplici questioni giuridiche (cfr. n. 5.2);

- *scopi*: le sanzioni amministrative pecuniarie servono a conseguire obiettivi normativi di rango superiore (p. es. contrastare gli effetti negativi dei cartelli e altre limitazioni della concorrenza) e imporre gli obblighi di diritto amministrativo (p. es. il rispetto delle misure di tutela sociale da parte delle case da

<sup>32</sup> P. es. le imprese secondo la LCart (art. 49a), le imprese di trasporto aereo (art. 122a e 122b LStrl), le case da gioco titolari di una concessione (art. 100 LGD), i fornitori di servizi postali (art. 25 LPO) ecc. Cfr. riguardo ai destinatari della norma anche LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, pag. 90.

<sup>33</sup> Esempi: le persone che, nell'esercizio della loro attività imprenditoriale, violano il *diritto delle telecomunicazioni* sono assoggettati alle sanzioni dell'art. 60 LTC (*messaggio relativo alla modifica della legge sulle telecomunicazioni*, pag. 7921). Per contro, i privati che non esercitano imprese commerciali, p. es. i radioamatori, non sono assoggettati a questa disposizione. Nel settore *radiotelevisivo* le sanzioni amministrative pecuniarie possono interessare sia le persone giuridiche (emittenti) sia altri destinatari, quali gli organizzatori di manifestazioni sportive che rifiutano di accordare il diritto alla sintesi di avvenimenti pubblici (art. 90 cpv. 1 lett. e LRTV, cfr. anche il *messaggio concernente la revisione totale della legge federale sulla radiotelevisione*, pag. 1485) e che possono trovare un notevole interesse economico nel farlo. Nel settore dei *lavoratori distaccati* è possibile imporre sanzioni amministrative in base all'art. 9 cpv. 2 lett. f LDist ai datori di lavoro privati che impiegano lavoratori in attività di economia domestica (cfr. l'ordinanza del 20 ott. 2010 sul contratto normale di lavoro per il personale domestico [CNL personale domestico], RS 221.215.329.4). Pur non esercitando un'attività «imprenditoriale», essi rientrano nel campo d'applicazione della legge, per la loro qualità di datori di lavoro. Una situazione analoga si presenta nell'ambito del *settore agricolo* in cui la disposizione relativa alle sanzioni si applica alle persone assoggettate a un pertinente atto normativo (art. 169 cpv. 1 lett. h LAGr). Il campo d'applicazione della norma non è rivolto a «chiunque», ma interessa le imprese commerciali (agricole) che hanno istaurato un rapporto di diritto amministrativo secondo la LAGr in qualità di contadini, operatori commerciali ecc. I privati che non svolgono un'attività agricola attiva non sono assoggettati alla LAGr.

gioco)<sup>34</sup>. Annullando retroattivamente i guadagni economici legati alle pratiche illegali, s'incoraggiano comportamenti conformi alla legge<sup>35</sup>. Si tratta quindi di influenzare il comportamento delle imprese suscettibili di essere sanzionate<sup>36</sup>. Con la minaccia dell'imposizione del pagamento di un importo s'intende incoraggiare i destinatari a rispettare la legge e a scoraggiare i trasgressori dal commettere ulteriori reati<sup>37</sup>. Secondo alcuni autori della dottrina, lo strumento persegue quindi scopi di prevenzione generale e speciale<sup>38</sup>;

- *effetti*: le sanzioni amministrative di tipo pecuniario hanno tratti repressivi, perché interessano un comportamento illecito del passato<sup>39</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, tali sanzioni hanno un carattere preventivo, ma anche penale e repressivo<sup>40</sup>. L'orientamento dello strumento e l'importo elevato della sanzione spiegano perché le sanzioni amministrative di tipo pecuniario rientrano di norma nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali del diritto di rango superiore (cfr. n. 3). Ci si può chiedere in quale misura una sanzione possa avere una finalità rieducativa o dissuasiva se non riguarda una persona fisica<sup>41</sup>. Va aggiunto che le sanzioni amministrative pecuniarie non hanno un effetto risarcitorio o esecutivo diretto. Non permettono di eliminare direttamente l'illecito all'origine della loro irrogazione e, per questo motivo, vanno pronunciate in combinazione con altre misure amministrative del diritto in materia di vigilanza (cfr. n. 4.4.4);
- *possibilità di sanzionare direttamente le imprese*: se un'impresa viola gli obblighi di comportamento che le incombono, è passibile di sanzione amministrativa pecuniaria. Il principio della responsabilità diretta delle imprese si trova anche nell'ambito dell'attuazione delle pretese civili in caso di violazione contrattuale o di risarcimento dei danni. Per sanzionare l'impresa non è necessario che l'autorità provi che una persona fisica ha violato la legge all'interno dell'impresa: basta la prova della realizzazione della fattispecie oggettiva. Questa soluzione tiene conto del fatto che spesso, a causa della complessa organizzazione del lavoro, non è possibile provare la colpa di una determinata

<sup>34</sup> ZELLER/HÜRLIMANN, *Fernmelde- und Rundfunkrecht*, pag. 128.

<sup>35</sup> *Messaggio concernente la revisione totale della legge federale sulla radiotelevisione*, pag. 1485.

<sup>36</sup> RIEDO/NIGGLI, *Verwaltungsstrafrecht*, Teil 1, pag. 49.

<sup>37</sup> DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 68.

<sup>38</sup> DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 68; KARLEN, *Verwaltungsrecht*, pag. 474.

<sup>39</sup> TAGMANN, *Sanktionen*, pag. 81 seg.; riguardo agli strumenti repressivi in generale, cfr. JAAG, *Sanktionen*, pag. 13.

<sup>40</sup> Riguardo alle disposizioni relative alle sanzioni nell'ambito dei giochi in denaro, cfr. DTF 140 II 384 consid. 3.2.2 – Spielbank; riguardo al diritto sui cartelli: DTF 139 I 72 consid. 2 – *Publigroupe*; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 68; KARLEN, *Verwaltungsrecht*, pag. 474.

<sup>41</sup> *Messaggio concernente la legge federale sul trattamento fiscale delle sanzioni finanziarie*, pag. 7586; *rapporto del Consiglio federale sulla pena detentiva a vita per i reati particolarmente gravi*, pag. 10 con ulteriori rinvii (disponibile in francese e in tedesco). Va comunque notato che ad oggi l'effetto deterrente delle disposizioni penali non è ancora stato dimostrato, cfr. WIPRÄCHTIGER/KELLER, *BSK-StGB*, n. 80 ad art. 47 CP; KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss*, n. marg. 1006 segg., 1037.

persona nell'ambito di un reato ascritto all'impresa<sup>42</sup>. È invece controversa la questione se debba essere richiesta la colpa dell'impresa (cfr. n. 4.3).

- *conseguenza giuridica*: la conseguenza giuridica della violazione di una regola di comportamento consiste nel «pagamento di un importo» (*Belastung*) legato perlopiù alla cifra d'affari dell'impresa (cfr. p. es. art. 49a LCart). Alcune leggi speciali prescrivono anche importi fissi per ogni violazione (cfr. p. es. art. 122a LStrI). Per assicurare l'efficacia delle sanzioni amministrative pecuniarie, le leggi speciali prevedono sanzioni pecuniarie dall'importo elevato fino a molto elevato. La sanzione più elevata finora passata in giudicato nell'ambito del diritto sui cartelli ammonta a 186 milioni di franchi<sup>43</sup>;
- *rapporto con altri strumenti di attuazione*: le sanzioni amministrative pecuniarie rappresentano di regola uno strumento meno severo rispetto alla revoca dell'autorizzazione o della concessione spesso prevista nel settore della vigilanza sul mercato<sup>44</sup>. Va anche considerato che queste ultime sono eseguite solo in via di esecuzione, essendo esclusa l'esecuzione in via di fallimento (cfr. art. 40 PA in combinato disposto con art. 43 n. 1 della legge federale dell'11 aprile 1889<sup>45</sup> sulla esecuzione e sul fallimento [LEF]). Ne consegue che una sanzione amministrativa pecuniaria, di norma, non equivale a una minaccia esistenziale diretta per l'impresa sanzionata. Per quanto riguarda la delimitazione e il rapporto tra le sanzioni amministrative pecuniarie e gli altri strumenti di attuazione, si vedano i numeri 2.4 e 4.4.4;
- *influenza del diritto dell'UE*: le disposizioni relative alle sanzioni amministrative di tipo pecuniario nei settori dei lavoratori distaccati e degli stranieri<sup>46</sup> rientrano nel campo d'applicazione di disposizioni dell'Unione europea che non fanno parte degli accordi bilaterali. Di conseguenza, la Svizzera, in veste di Stato associato a Schengen<sup>47</sup>, ha introdotto in base all'*acquis* di Schengen sanzioni dissuasive nei confronti di imprese che trasportano per via aerea o marittima, da un Paese terzo verso il suo territorio, cittadini di Stati terzi che non sono in possesso dei documenti di viaggio richiesti<sup>48</sup>. Nel caso concreto,

<sup>42</sup> KARLEN, *Verwaltungsrecht*, pag. 474.

<sup>43</sup> DTF 146 II 217 – *Swisscom ADSL*. Gli importi in parte elevati delle sanzioni nei procedimenti di sanzione in materia di cartelli si spiegano anche con il fatto che la LCart non contempla una disposizione separata per la confisca degli utili conseguiti con attività illecite (cfr. p. es. art. 56 LGD o 58 cpv. 2 lett. b LTC o 24 cpv. 2 lett. e LPO).

<sup>44</sup> DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 64.

<sup>45</sup> RS 281.1. Questa legge è attualmente esaminata nel quadro delle deliberazioni parlamentari relative a un progetto di legge federale sulla lotta contro il fallimento abusivo (cfr. FF 2019 4321, in particolare 5216).

<sup>46</sup> Cfr. art. 9 LDist o art. 122a e 122b LStrI.

<sup>47</sup> *Messaggio relativo al decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e l'Unione europea concernente il recepimento del codice frontiere Schengen e le modifiche nel diritto in materia di stranieri e di asilo per la trasposizione completa dell'acquis di Schengen e di Dublino*, pag. 7149.

<sup>48</sup> Art. 26 cpv. 2 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAS) in combinato disposto con art. 4 della direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giu. 1985, GU L 187 del 10.7.2001, pag. 45; cfr. al riguardo anche la sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 3.2 – *Swiss I*.

l'autorità deve quindi tenere conto sia delle garanzie procedurali penali del diritto di rango superiore (Cost., CEDU) sia del diritto ripreso dall'UE.

## 2.4 Distinzione rispetto ad altri strumenti di applicazione

A prescindere dalle sanzioni amministrative pecuniarie, l'ordinamento giuridico conosce un ampio ventaglio di strumenti per imporre gli obblighi di diritto amministrativo. Di seguito è illustrato come distinguere le sanzioni amministrative pecuniarie da tali strumenti:

- *le misure amministrative* con effetto esecutivo<sup>49</sup> o risarcitorio<sup>50</sup> sono volte a prevenire le minacce o a ripristinare l'ordinamento giuridico amministrativo. Diversamente dalle sanzioni amministrative pecuniarie, non hanno un effetto repressivo o preventivo e non perseguono finalità punitive<sup>51</sup>. In linea di massima, quindi, la questione dell'applicabilità delle garanzie procedurali penali del diritto sovraordinato non si pone nel quadro dei procedimenti relativi a misure amministrative, peraltro non trattati nel presente rapporto;
- *le misure disciplinari* interessano le persone fisiche che si trovano in un rapporto giuridico particolare con lo Stato (p. es. i militari, gli studenti, i funzionari ecc.) o che sono soggette a una vigilanza statale particolare (p. es. persone che esercitano una «libera professione», quali gli avvocati o il personale medico)<sup>52</sup>. Le misure disciplinari assomigliano alle sanzioni amministrative pecuniarie, i cui destinatari – perlopiù le imprese – si trovano altresì tipicamente in un rapporto di diritto amministrativo con lo Stato o sono soggette a vigilanza<sup>53</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, non hanno tuttavia un carattere punitivo, bensì amministrativo, visto che sono volte al mantenimento del buon ordine, non alla repressione di atti illeciti<sup>54</sup>. Secondo la prassi giudiziaria corrente<sup>55</sup> e la dottrina<sup>56</sup>, le multe previste dal diritto disciplinare

<sup>49</sup> P. es. le esecuzioni di crediti pecuniari di diritto pubblico, l'esecuzione sostitutiva (anticipata) e le misure di coercizione dirette, quali la chiusura di un esercizio pubblico per violazione delle norme sulla salute. Cfr. nella letteratura p. es. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. marg. 1442, 1478 segg.; LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, n. 53 segg.; TANQUEREL, *droit administratif*, n. marg. 1184 segg., 1173.

<sup>50</sup> P. es. la revoca di un'autorizzazione per inosservanza delle condizioni d'autorizzazione. Non presuppongono una colpa della persona in questione. Cfr. nella letteratura p. es. TANQUEREL, *droit administratif*, n. marg. 1197 segg.

<sup>51</sup> JAAG, *Sanktionen*, pag. 561.

<sup>52</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 32 n. marg. 46 segg.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. marg. 1505 seg.; JAAG, *Sanktionen*, pag. 572 seg.; TANQUEREL, *droit administratif*, n. marg. 1223 segg.

<sup>53</sup> Cfr. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 68.

<sup>54</sup> Cfr., in particolare, DTF 128 I 346 consid. 2.2.

<sup>55</sup> Sentenza del TF 2C 407/2008 del 23 ott. 2008 consid. 3.5; DTF 128 I 346 consid. 2.3; 121 I 379 consid. 3c/aa; riguardo all'intera problematica: HERZOG, *Art. 6 EMRK*, pag. 201 segg., 255 seg., 304 seg.

<sup>56</sup> Cfr., in particolare, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 42 n. marg. 47; e per un approfondimento: WALDMANN, *Disziplinarwesen*, pag. 95 segg., in particolare 119.

non rientrano quindi nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali del diritto sovraordinato. È fatto eventualmente salvo il caso dell'imposizione di multe previste dal diritto disciplinare dall'importo elevato<sup>57</sup> e quello delle situazioni in cui, per inesigibilità, le multe previste dal diritto disciplinare sono commutate (in un procedimento separato) in una pena detentiva sostitutiva e raggiungono un determinato importo<sup>58</sup>;

- se l'autorità amministrativa revoca alla persona che si è comportata in modo illecito i vantaggi che le erano stati accordati in precedenza (p. es. l'autorizzazione a esercitare una professione o un permesso di gestione) o se non li accorda del tutto a tale persona, si è in presenza di *pregiudizi giuridici amministrativi*<sup>59</sup>. Nella dottrina, la loro classificazione giuridica è controversa<sup>60</sup>. Visto che un pregiudizio giuridico amministrativo non comporta il pagamento di un importo nel senso di una sanzione amministrativa pecuniaria, questo tipo di sanzione resterà estraneo al perimetro del presente rapporto. Va aggiunto che, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il divieto sancito dal diritto in materia di vigilanza di esercitare una professione – nonostante abbia un effetto repressivo – non è considerato un'accusa penale secondo l'articolo 6 CEDU<sup>61</sup>. Anche secondo la recente dottrina della Corte EDU, simili misure, che non mirano in prima linea alla punizione per la commissione di un illecito, bensì a (ri)stabilire la fiducia pubblica in una determinata professione, non rientrano nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali della Corte EDU<sup>62</sup>;
- *le pene amministrative* sono strumenti di carattere repressivo e preventivo quali la multa, la pena pecuniaria o la pena detentiva. Nell'ottica della sistematica della legge figurano in una propria partizione dell'atto normativo. Di norma si riferiscono alle persone fisiche<sup>63</sup>. Sotto certi aspetti assomigliano alle sanzioni amministrative pecuniarie. I due strumenti si distinguono tuttavia in particolare per il tipo di diritto procedurale applicabile (cfr. n. 2.5).

<sup>57</sup> Cfr. DTF 128 I 346 consid. 2.3.

<sup>58</sup> Cfr. le sentenze della Corte EDU *Weber c. Svizzera* del 22 mag. 1990, n. 11034/84, serie A n. 177 § 34; *O'Halloran e Francis contro Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 60.

<sup>59</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 32 n. marg. 39 segg.;

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. marg. 1520 segg.

<sup>60</sup> LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, n. 48 e 72 segg.; WIEDERKEHR/RICHLI, *Verwaltungsrecht*, § 7 n. marg. 3165 segg.; cfr. anche MOOR/POLTIER, *Droit administratif: vol. II*, n. 1.4.3, in particolare 1.4.3; TANQUEREL, *Droit administratif*, n. marg. 1191.

<sup>61</sup> Riguardo al divieto d'esercizio della professione in ambito di mercati finanziari, cfr. DTF 142 II 243 consid. 3.4 (art. 33 della legge del 22 giu. 2007 sulla vigilanza dei mercati finanziari (RS 956.1 LFINMA)).

<sup>62</sup> Secondo la Corte EDU, simili misure interessano una determinata professione con uno statuto particolare, motivo per cui il divieto di esercitare la professione non avrebbe lo stesso effetto repressivo e dissuasivo di una sanzione penale, cfr. sentenza della Corte EDU *Rola c. Slovenia* del 4 giu. 2019, n. 12096/14 e 39335/16, § 54, 56 seg., 64, 66 con riferimento alle sentenze della Corte EDU *Müller-Hartburg c. Austria* del 19 feb. 2013, n. 47195/06 § 44 seg.; *Biagioli c. San Marino* del 13 set. 2016, n. 64735/14 § 54 segg.; di parere diverso: GRAF, *Strafrechtlicher Umgang*, pag. 46.

<sup>63</sup> Cfr. p. es. art. 6 DPA.

## 2.5 Diritto procedurale applicabile

Considerata la particolare natura delle sanzioni amministrative pecuniarie, occorre stabilire quale sia il diritto procedurale applicabile. Si può trattare o del diritto procedurale amministrativo o del diritto procedurale penale (amministrativo). Non va tuttavia scordato che, secondo la corrente giurisprudenza della Corte EDU, gli Stati parte sono liberi di scegliere in base a quale legge procedurale irrogare le sanzioni amministrative considerate accuse penali secondo la CEDU, sempreché siano rispettate le garanzie secondo l'articolo 6 CEDU.

Riguardo alle disposizioni penali nella legislazione sui cartelli e sui giochi in denaro, il Tribunale federale ha deciso di assoggettare il procedimento alla PA<sup>64</sup>. In questi settori non si applicano quindi né la legge federale del 22 marzo 1974<sup>65</sup> sul diritto penale amministrativo (DPA) né il Codice di procedura penale<sup>66</sup> (CPP). La procedura amministrativa subisce tuttavia determinati adeguamenti se il procedimento rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU<sup>67</sup>, come è di regola il caso per le sanzioni amministrative pecuniarie (cfr. n. 3). Secondo la giurisprudenza, questo significa che nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria occorre interpretare le regole della procedura amministrativa alla luce delle garanzie costituzionali e convenzionali in materia penale e adeguarle in caso di conflitto<sup>68</sup>.

È lecito supporre che la citata giurisprudenza relativa ai procedimenti di sanzione in materia di cartelli e di giochi in denaro possa valere, in termini generali, anche nell'ambito delle sanzioni amministrative pecuniarie, sempreché l'esecuzione spetti alla Confederazione. Ne consegue che, in linea di principio, si applica la PA, come previsto esplicitamente da determinate leggi speciali<sup>69</sup>.

Sono fatte salve le disposizioni procedurali specifiche delle leggi speciali (cfr. art. 4 PA). Il legislatore competente nella materia può quindi emanare disposizioni procedurali complementari nei settori speciali, come ha già fatto puntualmente nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie. Nel farlo, non dovrebbe scostarsi inutilmente dall'ordinamento generale della procedura amministrativa<sup>70</sup>. Alle disposizioni

<sup>64</sup> Cfr. DTF **146** II 217 consid. 8.5.3 – *Swisscom ADSL*, DTF **140** II 384 – *Spielbank* consid. 3.3.1 con ulteriori rinvii; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 – *Swisscom ADSL* consid. 649 segg., in particolare 652. Una parte della dottrina sul diritto in materia di cartelli è a favore dell'applicabilità della PA, cfr. p. es. BILGER, *BSK-KG*, n. 20, 57 segg., in particolare 82 segg. ad art. 39 LCart; altri postulano invece l'applicazione del CPP o del DPA, cfr. NIGGL/RIEDO, *Verwaltungsstrafrecht, Teil 2*, pag. 52; NIGGL/RIEDO, *BSK-KG*, n. 50 segg., prima dell'art. 49a – 53 LCart.

<sup>65</sup> RS **313.0**

<sup>66</sup> RS **312.0**

<sup>67</sup> Cfr. DTF **146** II 217 consid. 8.5.3 – *Swisscom ADSL*, con riferimento alla DTF **139** I 72 – *Publigruppe*, e sentenza del TF 2C 1065/2014 del 26 mag. 2016 consid. 8.

<sup>68</sup> Cfr. DTF **146** II 217 consid. 8.5.3 – *Swisscom ADSL*; DTF **140** II 384 consid. 3.3.1 con ulteriori rinvii – *casa da gioco*; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 649 segg., in particolare 652 – *Swisscom ADSL*. Le garanzie costituzionali e convenzionali in materia penale vanno osservate anche nei procedimenti svolti secondo il diritto procedurale cantonale.

<sup>69</sup> Cfr. p. es. art. 39 LCart e 122c cpv. 3 LStrL.

<sup>70</sup> Cfr. per l'intera problematica: TSCHANNEN, *VwVG-Kommentar*, n. 5 segg. ad art. 4 PA.

di diritto federale la cui applicazione spetta ai Cantoni, come la LDist, si applica il diritto procedurale cantonale, fatte salve le esigenze stabilite dalla legge speciale.

## 2.6 Sintesi intermedia

La sanzione amministrativa pecuniaria è in prima linea uno strumento del diritto in materia di vigilanza in ambito economico. Serve all'applicazione del diritto amministrativo nell'ambito dei mercati regolamentati e consente di annullare retroattivamente i guadagni economici legati a pratiche illegali incoraggiando comportamenti conformi alla legge.

Il diritto federale prevede sanzioni amministrative pecuniarie in 13 atti normativi. Le disposizioni permettono di imporre un importo elevato, talvolta molto elevato. Lo strumento ha carattere repressivo e ha una finalità sia generalpreventiva che specialpreventiva.

Le sanzioni amministrative pecuniarie sono disposte sotto forma di decisioni impugnabili in applicazione della PA. Se il procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU o dell'articolo 32 Cost., occorre interpretare le regole della procedura amministrativa alla luce delle garanzie convenzionali e costituzionali in materia penale e adeguarle in caso di conflitto. Visto che queste garanzie prevedono una tutela più ampia delle parti rispetto al diritto amministrativo, nella prassi emergono molteplici questioni giuridiche che approfondiremo qui di seguito.

## 3 Garanzie del diritto sovraordinato

I diritti fondamentali delle parti coinvolte in un procedimento risultano da un insieme di norme che comprende, oltre ai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, anche le garanzie dei diritti umani del diritto internazionale. Nel presente contesto i requisiti in materia di procedimenti penali stabiliti dalla CEDU e dal Protocollo n. 7 alla CEDU rivestono un'importanza centrale (n. 3.1). Vi si aggiungono le garanzie procedurali generali, le garanzie procedurali penali e i principi legalitari della Costituzione federale (n. 3.2). Infine si tratterà di stabilire le condizioni alle quali occorrerà tenere in considerazione le garanzie del diritto sovraordinato nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria (n. 3.3 segg.).

### 3.1 Garanzie secondo gli articoli 6 e 7 CEDU e l'articolo 4 Protocollo n. 7 alla CEDU

Gli articoli 6 e 7 CEDU e gli articoli 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU<sup>71</sup> stabiliscono dei requisiti in materia di procedimenti penali. L'articolo 6 CEDU garantisce il diritto

<sup>71</sup> RS 0.101.07

a un processo equo. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, tale diritto comprende il diritto di non autoincriminarsi (principio del *nemo tenetur*), la presunzione d'innocenza (*in dubio pro reo*), il diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria, il diritto di essere sentiti, il diritto a un'udienza pubblica e orale, il diritto alla pubblicazione della sentenza, il diritto a essere giudicati entro un termine ragionevole nonché il diritto alla difesa e di farsi assistere gratuitamente da un interprete.

L'articolo 7 CEDU sancisce il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, da cui derivano anche il principio di riserva di legge e quello di tassatività. L'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU prevede il principio del *ne bis in idem* in forza del quale nessuno può essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (divieto di un secondo giudizio). Infine, l'articolo 2 del Protocollo n. 7 alla CEDU sancisce il diritto di ricorso in materia penale.

Queste garanzie procedurali penali si applicano quando è data un'accusa penale. La natura penale dell'accusa secondo l'articolo 6 o 7 CEDU è determinata in base ai criteri Engel<sup>72</sup>. Tali criteri sono applicati alternativamente e comprendono:

- 1) la qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto interno: se secondo il diritto nazionale il reato rientra nell'ambito del diritto penale, si applica, in linea di massima, l'articolo 6 CEDU;
- 2) la natura dell'illecito: la natura penale del reato è presunta se la disposizione ha finalità dissuasiva e punitiva e non è rivolta a una particolare cerchia di persone, bensì a chiunque, vale a dire se è vincolante a livello generale e astratto<sup>73</sup>;
- 3) la natura e la gravità della sanzione: a essere determinante è la comminatoria della pena prevista dalla legge (pena massima); anche la possibilità di trasformare la multa in una pena detentiva parla a favore dell'applicazione dell'articolo 6 CEDU<sup>74</sup>.

I criteri Engel hanno esteso la tutela garantita dall'articolo 6 CEDU al di là del *nocciolo duro del diritto penale* (Codice penale[CP]<sup>75</sup>, diritto penale amministrativo). Ne

<sup>72</sup> Sentenza della Corte EDU *Engel e altri. c. Paesi Bassi* dell'8 giu. 1976, n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 e 5370/72, serie A22, n. 80 segg., confermata da ultimo dalla sentenza della Corte EDU *Rola c. Slovenia* del 4 giu. 2019, n. 12096/14 e 39335/16 § 54 (riguardo all'art. 6 CEDU); e sentenza della Corte EDU *Žaja c. Croazia* del 4 ott. 2016, n. 37462/09 § 86 (riguardo all'art. 7 CEDU). Per rendere operativi i criteri della Corte EDU possono essere utili le seguenti considerazioni: (1) L'imputabilità della violazione è valutata all'atto della determinazione della pena (colpa). (2) La sanzione ha un effetto dissuasivo e punitivo (repressione). (3) Di regola, la sanzione è una reazione a una violazione del diritto commessa in passato. La prevenzione delle minacce o l'eliminazione di turbamenti non stanno in primo piano. (4) La disposizione violata interessa tutte le persone, non si limita a un gruppo di persone o a un rapporto giuridico speciale (prevenzione generale). (5) La sanzione va oltre il ripristino dell'ordine legale (oltre a una mera restituzione). (6) L'ammontare della sanzione pregiudica notevolmente i diritti (finanziari) della persona interessata.

<sup>73</sup> Cfr. Meyer, EMRK Kommentar 2015, art. 6 n. 25; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, EMRK Handkommentar 2017, n. 27 ad art. 6 CEDU.

<sup>74</sup> Sentenza della Corte EDU *Weber c. Svizzera* del 22 mag. 1990, n. 11034/84, serie A177, n. 34; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, EMRK Handkommentar 2017, n. 27 ad art. 6 CEDU.

<sup>75</sup> RS 311.0

sono un chiaro esempio le sanzioni amministrative pecuniarie: nel diritto svizzero rientrano nel diritto amministrativo, non in quello penale, ma in virtù del secondo o del terzo criterio Engel possono essere assoggettate anche alle garanzie procedurali penali. Sui dettagli ci soffermeremo nel numero 3.3.

La Corte EDU definisce la nozione di *accusa penale* secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU a prescindere dalla legislazione nazionale. L'interpretazione autonoma significa che l'applicazione dell'articolo 6 CEDU non presuppone un'accusa formale. Si parla di accusa quando l'autorità competente comunica ufficialmente alla persona interessata che è imputata di aver commesso un reato. L'accusa sussiste anche dal momento in cui gli atti delle autorità competenti pregiudicano notevolmente la situazione in cui si trova la persona interessata, perché sospettata<sup>76</sup>. Se dalla valutazione in base ai criteri Engel si giunge alla conclusione che è data un'accusa penale secondo l'articolo 6 CEDU, si applicano le garanzie procedurali penali sancite dal medesimo articolo.

È data una *pena* secondo l'articolo 7 CEDU quando la sanzione è stata imposta a seguito di una condanna penale per un reato. Altri criteri che possono essere presi in considerazione in questo contesto sono segnatamente la natura e lo scopo della sanzione, la sua qualificazione secondo il diritto nazionale, la procedura relativa all'adozione e all'esecuzione della sanzione e la gravità della sanzione (i cosiddetti criteri «Welch»)<sup>77</sup>. Se dalla valutazione in base a tali criteri si giunge alla conclusione che è data una pena secondo l'articolo 7 CEDU, si applicano le garanzie dell'articolo 7 CEDU.

Per quanto riguarda l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio di cui all'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, e quindi l'interpretazione della nozione di *procedimento penale*, conviene rifarsi ai principi sviluppati in merito alle nozioni di cui agli articoli 6 e 7 CEDU; così i criteri Engel si applicano anche in questo caso<sup>78</sup>. Se è data un'accusa penale secondo l'articolo 6 CEDU, si applica anche il diritto di ricorso in materia penale (art. 2 Protocollo n. 7 alla CEDU)<sup>79</sup>.

Secondo la prassi della Corte EDU, in linea di massima le garanzie procedurali penali della CEDU possono essere fatte valere non solo dalle persone fisiche, ma anche dalle quelle giuridiche e dalle società di persone, ovvero dalle imprese<sup>80</sup>. Va tuttavia notato

<sup>76</sup> Sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 249.

<sup>77</sup> Sentenza della Corte EDU *Welch c. Regno Unito* del 9 feb. 1995, n. 17440/90, serie A, n. 307-A § 28; *G.I.consid.M. S.R.L. e altri c. Italia* del 28 giu. 2018 [Grande Camera], n. 1828/06 e altre § 211.

<sup>78</sup> Sentenze della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia* del 15 nov. 2016 [Grande Camera], n. 24130/11 e 29758/11, Recueil CourEDH 2016 § 105 segg.; *Zolotukhin c. Russia* del 10 feb. 2009 [Grande Camera], n. 14939/03, Recueil CourEDH 2009 § 52 seg.

<sup>79</sup> Sentenza della Corte EDU *Kamburov c. Bulgaria* del 23 apr. 2009, n. 31001/02 § 22.

<sup>80</sup> Sentenze della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 mar. 2014, n. 18640/10 e altri; *SA-Capital Oy c. Finlandia* del 14 feb. 2019, n. 5556/10.

che, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, tali garanzie si applicano in modo diverso a seconda che si tratti di persone giuridiche o fisiche<sup>81</sup>.

### 3.2 Garanzie di cui agli articoli 29, 29a, 30 e 32 Cost.

La Costituzione federale contiene garanzie procedurali generali (art. 29, 29a, 30 Cost.), garanzie procedurali penali (art. 32 Cost.) e principi legalitari (art. 5 Cost.) che corrispondono in ampia misura alle garanzie di cui agli articoli 6 e 7 CEDU nonché agli articoli 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. Queste disposizioni vanno osservate anche nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria o nell'ambito dell'articolazione dell'attività legislativa relativa alle procedure e alle norme sulle sanzioni amministrative. Le garanzie invocate dal ricorrente nel quadro del ricorso contro una sanzione inflittagli, determinano se un tribunale svizzero esaminerà il ricorso nell'ottica della costituzionalità o della conformità con la CEDU o nell'ottica di entrambe. L'interpretazione delle garanzie costituzionali e quella delle garanzie parallele della CEDU s'influenzano reciprocamente. La giurisprudenza dei tribunali svizzeri è fortemente orientata alla giurisprudenza della Corte EDU<sup>82</sup>.

Le garanzie sancite dagli articoli 29, 29a, 30 e 32 Cost. devono essere considerate nel loro insieme. Definiscono i requisiti costituzionali posti ai procedimenti fondati sul rispetto dei principi dello Stato di diritto dinanzi ai tribunali e alle autorità amministrative. Rispecchiano non solo la precedente prassi creativa del Tribunale federale relativa all'articolo 4 della Costituzione federale del 1874 (vCost.), ma anche l'influsso della CEDU e del Patto internazionale del 16 dicembre 1966<sup>83</sup> relativo ai diritti civili e politici (Patto II dell'ONU)<sup>84</sup>.

- Nelle controversie giuridiche l'articolo 29a Cost. garantisce la via giudiziaria in *tutti* gli ambiti del diritto. Questa garanzia va oltre l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, in quanto l'accesso alla giustizia non si limita alle «accuse penali» e ai «diritti e doveri di carattere civile», ma comprende le controversie di diritto pubblico, che non rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU. In casi eccezionali, il legislatore può tuttavia escludere l'accesso alla giustizia e limitare la via giudiziaria. Tuttavia, se in uno di questi casi eccezionali la controversia giuridica rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 capoverso 1 CEDU, l'accesso alla giustizia resta garantito. In questi casi l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU va quindi oltre l'articolo 29a Cost.
- Ispirandosi ai diversi elementi dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, l'articolo 29 Cost. sancisce il diritto fondamentale a un equo processo, il diritto a essere

<sup>81</sup> Cfr. DTF 147 II 144 consid. 5.2.1 – *Boycott Apple Pay*; DTF 140 II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*. Cfr. nella letteratura p. es. VAN KEMPEN PIET HEIN, *The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?*, in: *Corporate Criminal Liability*, 2011, pagg. 355–389, 372 seg.: «Indeed, the ECtHR's case law implies that these and other human rights accrue to legal persons but not necessarily under the same conditions as they apply to human beings.»

<sup>82</sup> Cfr. p. es. DTF 142 IV 207 consid. 8.3 – *Bankunterlagen*.

<sup>83</sup> RS 0.103.2

<sup>84</sup> Cfr. STEINMANN, *SGK-BV*, n. 1, 4 seg. ad art. 29 Cost.

- giudicati entro un termine ragionevole, il diritto di essere sentiti nonché il diritto alla gratuità della procedura e al patrocinio gratuito. Queste garanzie si applicano ai procedimenti giudiziari e amministrativi. Il loro campo d'applicazione è quindi più esteso rispetto a quello dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU.
- L'articolo 30 capoversi 1 e 3 Cost. stabilisce i requisiti fondamentali posti ai procedimenti che si orientano all'articolo 6 paragrafo 1 CEDU (il diritto di essere giudicati da un tribunale fondato sulla legge, competente nel merito, indipendente e imparziale e il diritto a un'udienza e a una pronuncia della sentenza pubbliche). Dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2007, della garanzia della via giudiziaria il campo d'applicazione dell'articolo 30 capoverso 1 Cost. è stato esteso nella misura in cui le rispettive garanzie valgono anche per il giudizio di controversie di diritto pubblico che non rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU. Le garanzie costituzionali valgono per tutti i procedimenti di tutte le autorità giudiziarie<sup>85</sup>. La giurisprudenza del Tribunale federale ha peraltro esteso l'applicazione di tali garanzie alle decisioni che permettono a un'autorità non giudiziaria di porre fine a un procedimento<sup>86</sup>; questo è segnatamente il caso dei decreti d'accusa, dei casi di impunità secondo l'articolo 53 CP<sup>87</sup> e delle decisioni che pongono fine a un procedimento penale<sup>88</sup> rese in primo luogo dal pubblico ministero nonché dei decreti penali pronunciati dalle autorità amministrative di primo grado in applicazione del DPA<sup>89</sup>. Nella misura in cui le sanzioni amministrative pecuniarie possono essere considerate un'«accusa penale» secondo l'articolo 6 capoverso 1 CEDU, va tuttavia notato che tale giurisprudenza può essere applicata anche ad esse<sup>90</sup>.
  - Ispirandosi all'articolo 6 paragrafi 2 e 3 CEDU e all'articolo 2 Protocollo n. 7 alla CEDU, l'articolo 32 Cost. stabilisce le garanzie specifiche applicabili ai procedimenti penali. Come per l'articolo 6 CEDU, la loro applicabilità è determinata in base ai criteri Engel, validi non solo nell'ambito del nocciolo duro del diritto penale, ma anche nel contesto dell'imposizione di sanzioni amministrative con un carattere analogo al diritto penale (cfr. n. 3.4).<sup>91</sup> L'articolo 32 capoverso 1 (presunzione d'innocenza) e capoverso 2 Cost. (diritto a una difesa efficace) valgono per l'intero procedimento penale (inchiesta penale e procedimento giudiziario). L'elemento centrale della presunzione d'innocenza (il principio *in dubio pro reo* come regola relativa all'apprezzamento delle prove e all'onere materiale della prova) è invece rivolto principalmente all'autorità chiamata a decidere al momento del giudizio. Di norma si tratta del giudice, ma, nel caso di un procedimento di decreto d'accusa, può trattarsi

<sup>85</sup> STEINMANN, *SGK-BV*, n. 10 ad art. 30 Cost., con rinvii alla prassi.

<sup>86</sup> Cfr. al riguardo anche: REICH, *BSK-BV*, n. 52 ad art. 30 Cost.

<sup>87</sup> DTF 137 I 16 consid. 2.3.

<sup>88</sup> DTF 134 I 286 consid. 6.3.

<sup>89</sup> DTF 124 IV 234 consid. 3, concernente un decreto penale pronunciato in primo grado dall'UFAC.

<sup>90</sup> La dottrina non è unanime sulla questione dell'applicabilità diretta dell'art. 30 cpv. 1 e 3 Cost. nella procedura amministrativa. Cfr. in particolare: HERZOG, *Art. 6 EMRK*, pag. 333 segg.

<sup>91</sup> DTF 139 I 72 consid. 2.2.2 – *Publigroupe*.

del pubblico ministero e, nel quadro di un procedimento penale amministrativo, di un'autorità amministrativa<sup>92</sup>. La presunzione d'innocenza come regola relativa all'onere della prova ha invece effetti anche sull'articolazione del procedimento per l'applicazione delle norme relative a sanzioni amministrative con un carattere analogo a quello penale (parole chiave: inversione dell'onere della prova, presunzioni legali) ed è quindi rivolta anche al legislatore. L'articolo 32 capoverso 3 Cost. sancisce inoltre una garanzia della via giudiziaria più estesa di quella dell'articolo 29a Cost.

### 3.3 Applicabilità delle garanzie nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria

Il procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria deve innanzitutto rispettare i principi legalitari e le garanzie procedurali generali (cfr. n. 3.2). Da questo punto di vista, non è diverso dagli altri procedimenti amministrativi. Presenta tuttavia una peculiarità: può prevedere anche l'applicazione delle garanzie procedurali penali della CEDU e della Costituzione federale. I criteri Engel determinano se tale è il caso (cfr. n. 3.1).

A più riprese la Corte EDU e i giudici svizzeri hanno avuto modo di esprimersi sull'applicabilità delle garanzie procedurali penali ai procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria:

- *diritto sui cartelli*: nella sentenza *Menarini Diagnostics S.R.L. contro Italia* relativa a un procedimento per partecipazione a un cartello e sfociato in una multa elevata, la Corte EDU ha constatato che, in linea di massima, si applica l'articolo 6 CEDU<sup>93</sup>. Anche il Tribunale federale ritiene che le sanzioni amministrative secondo l'articolo 49a LCart rientrano nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali<sup>94</sup>. Di conseguenza, a tali sanzioni, considerate accuse penali secondo l'articolo 6 CEDU, si applicano le garanzie degli articoli 6 e 7 CEDU e l'articolo 32 Cost.;
- *diritto dei giochi in denaro*: riguardo alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla legge federale sulle case da gioco<sup>95</sup>, nel frattempo abrogata, il Tribunale federale ha deciso che tale sanzione presenta caratteristiche analoghe alla sanzione di cui all'articolo 49a LCart<sup>96</sup>. Riconoscendo che il suo ca-

<sup>92</sup> Cfr. DTF **139** I 72 consid. 4.5 in combinazione con consid. 8.3 – *Publigroupe*.

<sup>93</sup> Sentenza della Corte EDU, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia* del 27 set. 2011, n. 43509/08 § 44.

<sup>94</sup> DTF **139** I 72 consid. 2 – *Publigroupe*. Cfr. anche DTF **144** II 194 consid. 5.1; **143** II 297, consid. 9.1; sentenza del TF 2C 149/2018 del 4 feb. 2021 9 dic. 2019 consid. 8.2 – *Hors Liste Medikamente*; per ulteriori approfondimenti, cfr. le sentenze del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 1475 segg. – *SLX/DCC* (non ancora passata in giudicato); B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 6.3 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne* e B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 5.5.2. seg. – *Nikon*.

<sup>95</sup> Cfr. art. 51 della legge federale del 18 dic. 1998 sulle case da gioco, abrogata il 29 set. 2017 (RU **2018** 5103).

<sup>96</sup> DTF **140** II 384 *Spielbank*.

rattere è sì preventivo, ma anche penale e repressivo, ha ritenuto che la sanzione rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU. È quindi lecito supporre che lo stesso valga per gli articoli 100 e 109 LGD;

- *diritto concernente la navigazione aerea*: secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista contro le imprese di trasporto aereo dall'articolo 122a LStrI ha il carattere di un'accusa penale secondo l'articolo 6 CEDU<sup>97</sup>, perché ha finalità dissuasive e punitive e perché è molto severa;
- *diritto dell'agricoltura*: secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, le garanzie processuali penali della CEDU e della Costituzione devono essere rispettate nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria basati sull'articolo 169 capoverso 1 lettera h LAgr<sup>98</sup>.

Per quanto riguarda le disposizioni relative alle sanzioni amministrative previste dalla LPO (art. 25), dalla LTC (art. 60) e dalla LRTV (art. 90) non esiste una giurisprudenza sull'applicabilità delle garanzie procedurali penali, ma le autorità competenti hanno sviluppato una prassi al riguardo. Dalla sua entrata in vigore, nel 2020, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal diritto fiscale (art. 12 LSRPP) non è mai stata irrogata, ma l'autorità esecutiva competente parte dal presupposto che si applichino le garanzie procedurali penali<sup>99</sup>. Per quanto riguarda la qualificazione giuridica delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge sui lavoratori distaccati (art. 9 LDist), praticamente non vi è una prassi<sup>100</sup>.

Si presume che alla maggior parte delle disposizioni relative a sanzioni amministrative pecuniarie previste dal diritto vigente si applichino le garanzie procedurali penali. Non è tuttavia possibile dare una risposta esaustiva a questa domanda per quanto riguarda le leggi speciali in merito alle quali non vi è giurisprudenza delle giurisdizioni supreme<sup>101</sup>.

Il numero 4 e seguenti approfondiscono la tematica relativa alle singole garanzie nel contesto delle sanzioni amministrative pecuniarie.

<sup>97</sup> Sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 4.3.2 – *Swiss International Airlines*, confermata dalla sentenza del TAF A-597/2020 del 23 feb. 2021 consid. 5.3.

<sup>98</sup> Sentenza del TAF B-6592/2010 del 18 mar. 2011 consid. 3.2.

<sup>99</sup> La dottrina la considera una «pena» senza precisarne la natura giuridica, cfr. HUBER MARKUS F. ET AL. Blickpunkt International, StR 74/2019, pagg. 876–885, 884; DUSS FABIAN/DIETSCHI MARC, Dokumentationsvorschriften im Transfer Pricing, EF 9/17 pag. 620.

<sup>100</sup> Cfr. la sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone di Berna dell'8 feb. 2016, in: Raccolta della giurisprudenza amministrativa bernese (BVR), n. 6 2017 pag. 255 consid. 3.2 segg. (disponibile in tedesco), che nega il carattere penale della sanzione amministrativa secondo l'art. 9 cpv. 1 lett. a LDist anche in ragione dell'importo poco elevato da pagare. Va notato invece che, da allora, l'importo massimo della sanzione amministrativa previsto dall'art. 9 cpv. 2 lett. b e f LDist è passato da 5000 a 30 000 fr.; cfr. il *messaggio concernente la modifica della legge sui lavoratori distaccati*.

<sup>101</sup> Se lo strumento della sanzione amministrativa sarà introdotto in altre leggi speciali, si raccomanda di spiegare le intenzioni del legislatore negli atti preparatori.

### 3.4 **Graduazione qualitativa delle garanzie procedurali negli «ambiti marginali» del diritto penale**

Secondo la Corte EDU, il diritto a un equo processo e le sue componenti vanno considerati nel loro insieme. In sostanza, si tratta di dimostrare che, nel complesso, il processo è stato equo<sup>102</sup> in base a molteplici fattori<sup>103</sup> e alle circostanze concrete del procedimento<sup>104</sup>. In considerazione dell'ampiato spettro di procedimenti rientranti nelle disposizioni penali dell'articolo 6 CEDU, nella causa *Capital Oy contro la Finlandia* la Corte di Strasburgo ha confermato che non tutte le «accuse penali» hanno lo stesso peso<sup>105</sup>. Mentre il «nocciolo duro del diritto penale»<sup>106</sup> pone i requisiti più elevati a un processo equo, vi sono casi in cui le garanzie procedurali non si applicano necessariamente in tutto il loro rigore. Sono quindi ipotizzabili delle graduazioni negli ambiti marginali del diritto penale quali il diritto in materia di concorrenza, il diritto doganale o il diritto fiscale<sup>107</sup>. La portata esatta di tale graduazione dipende dal singolo caso. La Corte EDU ritiene ad esempio ammissibile che un procedimento di sanzione amministrativa nel campo del diritto dei cartelli sia giudicato in primo grado da un'autorità amministrativa anziché da un tribunale indipendente (per ulteriori approfondimenti cfr. n. 5.1.1) o che si rinunci a un'udienza orale (cfr. n. 5.5).

Anche secondo la prassi giudiziaria svizzera in materia sanzioni amministrative pecuniarie, le garanzie procedurali penali della CEDU non si applicano pienamente e non hanno validità assoluta. In materia di giochi in denaro e di cartelli, il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale ritengono che convenga includere tali garanzie nella ponderazione degli interessi nel caso specifico e tenere conto di eventuali peculiarità, sempreché discendano dalla natura giuridica delle imprese<sup>108</sup>. Per i dettagli si vedano i numeri 4 e 5.

<sup>102</sup> Cfr. p. es. le sentenze della Corte EDU *SA-Capital Oy c. Finlandia* del 14 feb. 2019, n. 5556/10; *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altri, Recueil CourEDH 2016 § 251.

<sup>103</sup> Per un elenco non esaustivo di questi fattori, cfr. la sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 274.

<sup>104</sup> Sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 250 seg.

<sup>105</sup> Sentenza della Corte EDU *SA-Capital Oy c. Finlandia* del 14 feb. 2019, n. 5556/10 § 71 con ulteriori rinvii.

<sup>106</sup> La Corte EDU parla di «*hard core of criminal law*» (nocciolo duro del diritto penale), cfr. sentenza della Corte EDU *SA-Capital Oy c. Finlandia* del 14 feb. 2019, n. 5556/10 § 71.

<sup>107</sup> Sentenza della Corte EDU *Jussila c. Finlandia* del 23 nov. 2006, n. 73053/01, Recueil CourEDH 2006-XIV § 43.

<sup>108</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.4, 3.3.5 – *Spielbank*; cfr. anche la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 643 segg. Con ulteriori rinvii – *Swisscom ADSL*.

### 3.5 Aspetti temporali dell'applicabilità

In linea di principio, le garanzie procedurali penali della CEDU si applicano dal momento in cui è promossa l'accusa<sup>109</sup>. Lo scopo primario dell'articolo 6 CEDU è garantire il rispetto dell'equità processuale. A tal fine, la Corte EDU adotta un approccio globale in cui fa confluire anche le indagini e le inchieste. Le garanzie sancite dall'articolo 6 CEDU si applicano quindi già nella misura in cui la loro inosservanza iniziale rischi di pregiudicare seriamente l'equità del processo<sup>110</sup>. Si possono citare segnatamente i diritti sanciti dall'articolo 6 paragrafo 3 CEDU (diritti alla difesa, incluso il diritto di essere sentiti). Lo stesso vale per il diritto di non autoincriminarsi (principio del *nemo tenetur*), la presunzione d'innocenza e il divieto di giudicare due volte una persona per lo stesso fatto.

Trasposto ai procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria, ciò significa che le garanzie procedurali penali la cui inosservanza iniziale è suscettibile di pregiudicare seriamente l'equità del processo nel suo complesso devono essere garantite dall'autorità amministrativa già nell'ambito del procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di primo grado. Quest'ultima non è invece legata alle altre garanzie. Si tratta in particolare dei diritti che presuppongono un tribunale indipendente e imparziale (p. es. il diritto a un'udienza pubblica e orale, cfr. n. 5.5).

### 3.6 Altre garanzie procedurali di diritto internazionale

Per completezza, va ricordato che ai procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria si applicano, oltre alle garanzie procedurali della CEDU, anche altre garanzie specifiche previste da trattati internazionali. Il Patto II dell'ONU contempla garanzie procedurali simili a quelle della CEDU e dei suoi protocolli addizionali, segnatamente il diritto a un processo equo (art. 14 par. 1 Patto II dell'ONU), la presunzione d'innocenza (art. 14 par. 2 Patto II dell'ONU), i diritti delle persone accusate (art. 14 par. 3 Patto II dell'ONU), il diritto a interporre ricorso in materia penale (art. 14 par. 5 Patto II dell'ONU), il principio «nessun pena senza legge» (art. 15 Patto II dell'ONU), il divieto di un secondo giudizio (art. 14 par. 7 Patto II dell'ONU) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 17 Patto II dell'ONU). Va tuttavia notato che, secondo la prassi del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, le persone giuridiche o altre forme d'impresa analoghe non hanno il diritto di interporre ricorso<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 249, con rinvio anche alla sentenza della Corte EDU *Deweert c. Belgio* del 27 feb. 1980, n. 6903/75, serie A, n. 35 § 42 segg.

<sup>110</sup> Sentenza della Corte EDU *Dvorski c. Croazia* del 20 ott. 2015 [Grande Camera], n. 25703/11, Recueil CourEDH 2015 § 76, con riferimento alla sentenza della Corte EDU *Imbrioscia c. Svizzera* del 24 nov. 1993, n. 1372/88, serie A, n. 275 § 36 seg.; sentenza della Corte EDU *Vera Fernández-Huidobro c. Spagna* del 6 gen. 2010, n. 74181/01 § 108 segg.

<sup>111</sup> Cfr. art. 1 Protocollo n. 1 al Patto II dell'ONU, non ratificato dalla Svizzera, e l'osservazione generale n. 31 del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani del 29 mar. 2004, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 (2004), § 9.

Per contro, singoli membri della persona giuridica o di un'altra associazione possono interporre ricorso se sono interessate dalla presunta violazione<sup>112</sup>. Le citate garanzie corrispondono in ampia misura a quelle sancite dagli articoli 6 e 7 CEDU e 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU (cfr. n. 3.1). Considerata la notevole importanza delle garanzie procedurali contemplate dalla Costituzione federale e dalla CEDU e dei meccanismi d'attuazione (in particolare la Corte EDU), il presente rapporto si concentra in seguito sulle fonti giuridiche citate da ultimo.

Alcuni accordi bilaterali tra la Svizzera e l'UE contengono disposizioni da osservare per l'introduzione, l'articolazione e l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. La disposizione sulle sanzioni amministrative dell'articolo 9 LDist è stata emanata nell'ambito dell'approvazione degli Accordi bilaterali I del 1999 per garantire l'applicazione delle prescrizioni vigenti in Svizzera sulle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi. Tali disposizioni devono essere conformi all'Accordo del 21 giugno 1999<sup>113</sup> sulla libera circolazione delle persone (ALC) stipulato tra la Svizzera e l'UE<sup>114</sup> e agli atti dell'UE ivi menzionati<sup>115</sup>. Le sanzioni amministrative previste agli articoli 122a e 122b LStrI rivolte alle imprese di trasporto aereo attuano le disposizioni dell'Accordo di associazione a Schengen tra la Svizzera e l'UE (AAS)<sup>116</sup> 117; devono essere «dissuasive, efficaci e proporzionate» (art. 4 direttiva 2001/51/CE, art. 4 direttiva 2004/82/CE)<sup>118</sup>. Il numero 5.9.6 approfondisce la questione del divieto di doppia punizione di cui all'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAS).

Conformemente agli articoli 31–33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 3 maggio 1969<sup>119</sup>, in linea di massima, la Svizzera decide autonomamente se le sanzioni amministrative pecuniarie in questione sono compatibili con le disposizioni

<sup>112</sup> Cfr. p. es. *B.d.B. e altri c. Paesi Bassi* (n. 273/1988), decisione del 30 mar. 1989, A/44/40 (1989), allegato XI.F (pag. 286) = CCPR/C/OP/3 (2002), pag. 37, § 2.1.

<sup>113</sup> RS **0.142.112.681**

<sup>114</sup> Cfr. segnatamente la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dic. 1996, sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU L 18 del 2.1.1997, pag. 1 segg.

<sup>115</sup> *Messaggio concernente l'approvazione degli accordi settoriali tra la Svizzera e la CE*, FF 1999 5092, in particolare 5357; cfr. riguardo all'intera tematica PÄRLI KURT, *Entsendegesetz* (EntsG) Handkommentar, n. 1 seg. ad art. 9 LDist, Berna 2018.

<sup>116</sup> RS **0.362.31**

<sup>117</sup> Art. 26 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAS), direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra l'articolo 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giu. 1985, GU L 187 del 10.7.2001, pag. 45, direttiva 2004/82/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, GU L X del 6.8.2004. La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen vale per la Svizzera in virtù del rimando nell'art. 2 AAS.

<sup>118</sup> *Messaggio relativo al decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e l'Unione europea concernente il recepimento del codice frontiere Schengen e le modifiche nel diritto in materia di stranieri e di asilo per la trasposizione completa dell'acquis di Schengen e di Dublino*, pag. 7170 segg.; *messaggio concernente la modifica della legge federale sugli stranieri*, pag. 2195 in particolare 2230; sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 4.3.2 – *Swiss International Airlines*.

<sup>119</sup> RS **0.111**; entrata in vigore per la Svizzera il 6 giu. 1990.

contemplate dagli Accordi bilaterali<sup>120</sup>. Determinati accordi obbligano tuttavia le autorità svizzere a considerare la prassi della Corte di giustizia europea (CGUE) nell'interpretazione delle disposizioni parallele contenute nel diritto europeo (p. es. art. 16 ALC). Altri accordi, pur menzionando l'interpretazione dei citati atti normativi dell'UE, non sono vincolanti (p. es. art. 8 e 9 AAS). Le autorità svizzere incaricate dell'applicazione del diritto, nonostante secondo l'ALC siano obbligate a tenere conto solo della giurisprudenza della CGUE che precede la firma dell'accordo (art. 16 par. 2 ALC), si orientano tuttavia anche a quella successiva a tale firma per interpretare gli atti giuridici dell'UE menzionati nell'ALC, a meno che validi motivi ne suggeriscano un'interpretazione diversa. In linea di massima, l'AAS sancisce l'obbligo di seguire la giurisprudenza della CGUE o dei competenti tribunali svizzeri nel comitato misto (art. 8 par. 1 AAS).

Gli accordi bilaterali non comprendono cataloghi di diritti fondamentali e non rimandano nemmeno direttamente alla CEDU, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE o ad altri strumenti dei diritti fondamentali<sup>121</sup>. Ciononostante, le autorità svizzere interpretano gli accordi bilaterali alla luce delle garanzie dei diritti fondamentali internazionali, in primo luogo della CEDU. È lecito supporre che le garanzie procedurali penali del diritto di rango superiore si applichino anche nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie rientranti nel campo d'applicazione degli accordi bilaterali (n. 3.1 seg.). È tuttavia senz'altro possibile immaginare che, se del caso, le autorità si orientino anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>122</sup>.

### 3.7 **Excursus: garanzie nei procedimenti relativi ai «diritti e doveri di carattere civile» secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU**

L'articolo 6 CEDU si applica, oltre alle accuse penali, alle controversie concernenti diritti e doveri di carattere civile. L'applicazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU presuppone un'autentica e seria controversia concernente un diritto di carattere civile di cui si può almeno ragionevolmente affermare che è riconosciuto dal diritto nazionale. L'esito della controversia deve inoltre essere direttamente determinante per il diritto in questione<sup>123</sup>.

Nel campo d'applicazione di diritto civile dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU rientrano anche i procedimenti che il diritto interno di uno Stato considera di diritto pubblico, ma il cui esito può essere decisivo per i diritti e gli obblighi di diritto civile o per la protezione dei diritti di proprietà<sup>124</sup>. Per quanto è dato sapere, tale questione non è

<sup>120</sup> Cfr. per l'interpretazione degli accordi internazionali e il principio dell'interpretazione parallela, OESCH, *Schweiz – Europäische Union*, n. marg. 77 segg.

<sup>121</sup> Fermo restando che ad esempio l'AAS precisa almeno nel preambolo che la cooperazione Schengen si fonda sul rispetto dei diritti umani così come garantiti in particolare dalla CEDU.

<sup>122</sup> Cfr. al riguardo OESCH, *Schweiz – Europäische Union*, n. marg. 78.

<sup>123</sup> Sentenza della Corte EDU *Denisov c. Ucraina* del 25 set. 2018 [Grande Camera], n. 76639/11 § 44.

<sup>124</sup> Sentenze della Corte EDU *Ringelsen c. Austria* del 16 lug. 1971, n. 2614/65, serie A n. 13 § 94; *König c. Germania* del 28 giu. 1978, n. 6232/73, serie A n. 27 § 94 seg.

stata chiarita in riferimento *alle sanzioni amministrative pecuniarie*. Come esposto in precedenza, a questa forma di sanzione amministrativa si applicano, di norma, i requisiti più severi delle garanzie procedurali penali di cui all'articolo 6 paragrafo 1 CEDU. Il presente rapporto rinuncia quindi a esaminare l'applicazione in ambito civile dell'articolo 6 capoverso 1 CEDU.

### 3.8 Sintesi intermedia

I procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria sottostanno in prima linea ai principi legalitari (art. 5 Cost.) e alle garanzie procedurali generali (art. 29, 29a, 30 Cost). Sottostanno inoltre anche alle garanzie procedurali penali della Costituzione federale e della CEDU (art. 32 Cost., art. 6 e 7 CEDU, art. 2 e 4 Protocollo n. 7 alla CEDU), sempreché le sanzioni amministrative pecuniarie siano qualificate come «accuse penali» in base ai criteri Engel, il cui adempimento dipende, in definitiva, dal caso specifico.

In base alla prassi giudiziaria e amministrativa, alla maggior parte delle sanzioni amministrative pecuniarie analizzate nel presente rapporto si applicano le garanzie procedurali penali del diritto di rango superiore. Sono tuttavia ammesse graduazioni qualitative per quanto riguarda la loro portata. Secondo la giurisprudenza, nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria le garanzie di diritto penale non devono essere applicate così rigorosamente come nell'ambito del nocciolo duro del diritto penale. Il numero 4 e seguenti trattano più approfonditamente le singole garanzie e la loro graduazione nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria.

## 4 Inserimento dello strumento nelle leggi speciali

Di seguito sono descritti i requisiti posti al disciplinamento delle sanzioni amministrative pecuniarie. Il legislatore gode di un'ampia libertà nel definire gli strumenti volti a imporre gli obblighi di diritto amministrativo. Nell'ottica del diritto convenzionale e costituzionale, in linea di principio, nulla si oppone all'introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie, a complemento di altre misure amministrative, sanzioni amministrative non pecuniarie o sanzioni penali, per far rispettare le regole di comportamento. L'applicazione efficace del diritto materiale grazie a strumenti previsti dalla legge e conformi al principio di proporzionalità è nell'interesse pubblico.

Nell'emanare le disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie, il legislatore deve rispettare le norme del diritto sovraordinato. Il principio di legalità esige innanzitutto che lo strumento poggi su una base legale (n. 4.1). Gli obblighi comportamentali soggetti a sanzione amministrativa pecuniaria (fattispecie oggettiva) devono essere conformi al principio di determinatezza e tassatività della legge penale (n. 4.2). Il numero 4.3 verte sulla domanda se le leggi speciali dovranno prevedere il requisito dell'imputabilità soggettiva nel senso di una colpa e il numero 4.4 definisce le conseguenze giuridiche (pagamento di un determinato importo). Infine, il numero 4.5 illustra la necessità di adeguare i termini di prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione.

#### 4.1 Base legale della sanzione nelle leggi speciali

Nel diritto svizzero, il principio di legalità in quanto principio generale dell'attività dello Stato è retto dall'articolo 5 capoverso 1 Cost.<sup>125</sup>, da cui risulta che l'imposizione di una sanzione penale necessita di una base legale. Se la sanzione amministrativa pecuniaria rientra nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali della CEDU, occorre osservare le garanzie di cui all'articolo 7 CEDU. L'articolo 7 CEDU sancisce il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. I corollari del principio della legalità delle pene<sup>126</sup> sono il principio di riserva di legge, il principio di determinatezza, il divieto di analogia e il principio di irretroattività della norma penale.

I severi requisiti posti dal principio di legalità in materia penale impongono una base legale formale per le sanzioni amministrative pecuniarie rientranti nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU<sup>127</sup>. Questa base deve indicare segnatamente l'importo massimo della sanzione (p. es. in franchi o nella percentuale massima della cifra d'affari dell'impresa sanzionata).

È possibile delegare la competenza legislativa alle autorità incaricate di emanare le ordinanze, purché siano rispettati i principi alla base della delega. La Costituzione o la legge può quindi autorizzare il Consiglio federale a emanare disposizioni che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie o prevedere di sanzionare l'inosservanza delle disposizioni d'esecuzione che il Consiglio federale munisce esplicitamente di sanzione. Appare inoltre possibile emanare ordinanze che concretizzano la legge (p. es. in relazione alle modalità di calcolo dell'importo della sanzione), fermo restando che, logicamente, occorrerebbe applicare le stesse regole del diritto penale accessorio<sup>128</sup>.

Sotto il profilo della sistematica della legge, le disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie devono essere separate dalle disposizioni penali, così da facilitare la determinazione del diritto applicabile (cfr. n. 2.5).

#### 4.2 Definizione degli obblighi soggetti a sanzione

Gli obblighi di comportamento da attuare con una sanzione amministrativa pecuniaria devono essere fissati nelle pertinenti leggi speciali. Si tratta innanzitutto di stabilire il livello normativo richiesto per definire gli elementi costitutivi di una sanzione. Per quanto riguarda le sanzioni amministrative pecuniarie rientranti nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali della CEDU, i comportamenti passibili di

<sup>125</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENE, *Droit administratif*: vol. I, pag. 652.

<sup>126</sup> Riguardo al principio di legalità dell'azione penale (obbligo di procedere), cfr. n. 5.1.2.

<sup>127</sup> TANQUEREL, *droit disciplinaire*, pag. 21 seg.; WALDMANN, *Disziplinarwesen*, pag. 113; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 32 n. 52. Le deroghe sono ammesse solo se l'elemento penale è nettamente in secondo piano. Cfr. la *Guida di legislazione*, n. marg. 891 sul diritto penale accessorio che verosimilmente si può applicare per analogia anche alle sanzioni amministrative pecuniarie.

<sup>128</sup> Cfr. *Guida di legislazione*, n. marg. 891.

sanzione devono, in linea di principio, figurare in una legge formale (art. 6 e 7 CEDU)<sup>129</sup>.

A questo proposito la disposizione formale concernente gli elementi costitutivi di una sanzione amministrativa pecuniaria può rimandare ad altre disposizioni legali formali o a disposizioni d'esecuzione. Il rimando a disposizioni d'esecuzione appare possibile segnatamente quando la norma è rivolta a una ristretta cerchia di destinatari, ad esempio ai titolari di un'autorizzazione o di una concessione<sup>130</sup>. È anche possibile rimandare agli obblighi sanciti da un atto giuridico (concessione o autorizzazione), se la concessione o l'autorizzazione è prevista in una legge formale. Gli obblighi validi per i titolari figurano nella concessione o nell'autorizzazione e possono anche risultare da ordinanze.

In secondo luogo, si tratta di definire la densità normativa necessaria. Le regole comportamentali soggette a sanzioni amministrative pecuniarie utilizzano perlopiù formulazioni aperte o termini giuridici indefiniti che devono essere interpretati. In forza del principio di determinatezza e di tassatività della fattispecie penale sancito dall'articolo 7 CEDU, la legge deve determinare con sufficiente chiarezza la fattispecie di reato in modo da orientare il comportamento del destinatario della norma<sup>131</sup>. In forza del principio di determinatezza, il soggetto giuridico deve poter desumere dal testo della pertinente norma, se necessario rifacendosi all'interpretazione datane dai tribunali o ricorrendo a un'adeguata consulenza giuridica, quali atti e quali omissioni innescano la sua responsabilità penale e in quale pena incorre<sup>132</sup>. I requisiti posti alla determinatezza dipendono in ampia misura dal contenuto del testo in questione e dall'ambito del diritto. Vanno inoltre considerati anche il numero e la posizione giuridica dei destinatari della norma<sup>133</sup>. La giurisprudenza del Tribunale federale precisa che una legge deve essere formulata con un grado di precisione tale da permettere agli interessati di orientare il loro comportamento e riconoscere le conseguenze di un determinato comportamento con un grado di certezza adeguato alle circostanze<sup>134</sup>. Inoltre, il requisito della tassatività della base legale interessa sia la fattispecie sia le conseguenze giuridiche di una norma<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> TANQUEREL, *droit disciplinaire*, pag. 19 segg.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENE, *Droit administratif*: vol. I, pag. 721 seg.; WALDMANN, *Disziplinarwesen*, pag. 101 segg.

<sup>130</sup> Cfr. p. es. art. 25 LPO, 60 LTC, 100 e 109 LGD che menzionano la violazione della «presente legge, [o delle] disposizioni d'esecuzione».

<sup>131</sup> Sentenza della Corte EDU *Del Río Prada c. Spagna* del 21 ott. 2013 [Grande Camera], n. 42750/09, Recueil CourEDH 2013 § 91.

<sup>132</sup> Sentenza della Corte EDU *Del Río Prada c. Spagna* del 21 ott. 2013 [Grande Camera], n. 42750/09, Recueil CourEDH 2013 § 79.

<sup>133</sup> Sentenze della Corte EDU *Kononov c. Lettonia* del 17 mag. 2010 [Grande Camera], n. 36376/04, Recueil CourEDH 2010 § 235; *Cantoni c. Francia* dell'11 nov. 1996, n. 17862/91, Recueil 1996-V § 35.

<sup>134</sup> DTF 119 IV 242 consid. 1c; 125 IV 35 consid. 8; sentenza del TAF B-5291/2018 del 14 mag. 2020, consid. 11. Si veda anche: NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, n. 68 prima degli art. 49a-53 LCart.

<sup>135</sup> Si veda segnatamente le sentenze del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 1428 segg. – *SLX/DCC* (non ancora efficace giuridicamente); B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 11.1 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*. Si veda anche: TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 19 ad art. 49a LCart.

Come esposto dal Tribunale federale e dal Tribunale amministrativo federale alla luce della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 7 paragrafo 1 CEDU, è escluso a priori che una disposizione legale possa coprire espressamente tutte le varianti immaginabili di una fattispecie<sup>136</sup>. Il legislatore deve quindi usare termini generali e più o meno definiti e lasciare che sia la prassi giuridica ad interpretarli e applicarli. Ciò vale anche per gli ambiti che prevedono tipicamente le sanzioni amministrative pecuniarie. Analogamente a quanto accade nel diritto penale e nel diritto penale economico, occorre quindi usare norme aperte anche nel diritto amministrativo economico. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, in linea di principio, le disposizioni possono essere chiarite gradualmente (*schrittweise erfolgenden Klärung*)<sup>137</sup> dall'interpretazione da parte delle autorità<sup>138</sup>.

Una possibilità per chiarire il tenore degli obblighi comportamentali formulati in modo aperto è pubblicare le decisioni di sanzione di primo grado. La pubblicazione permette a terzi di prendere atto dei comportamenti sanzionabili e dei motivi all'origine dell'imposizione della sanzione. Informa inoltre il pubblico sulle modalità di applicazione delle norme soggette a sanzione (cfr. n. 5.7.2 sulla pubblicazione delle decisioni di sanzione).

### 4.3 **Condizione dell'imputabilità soggettiva (colpevolezza)**

#### 4.3.1 **Situazione iniziale e disposizioni convenzionali e costituzionali**

In genere, le vigenti disposizioni di diritto amministrativo federale sulle sanzioni amministrative pecuniarie non prevedono requisiti riguardo alla colpa. La loro formulazione suggerisce una responsabilità meramente oggettiva, nella misura in cui la responsabilità del destinatario è dedotta dalla tipicità oggettiva della violazione dell'obbligo soggetto a sanzione. Le pertinenti norme non contengono prescrizioni sui requisiti soggettivi posti alla responsabilità dei destinatari (p. es. l'«intenzione» o la «negligenza») o sulla colpa individuale. In altre parole, il legislatore ha concepito le

<sup>136</sup> Cfr. DTF **146** II 217 consid. 8.2 – *Swisscom ADSL*; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 594 – *Swisscom ADSL*.

<sup>137</sup> DTF **143** II 297 consid. 9.3.

<sup>138</sup> DTF **146** II 217 consid. 8.3.1 – *Swisscom ADSL*; **143** II 297 consid. 9.3; **139** I 72 consid. 8.2.3 – *Publigroupe*. Riguardo al principio di determinatezza nella procedura di sanzione in materia di cartelli, cfr. anche la sentenza del TF 2C 149/2018 del 4 feb. 2021 consid. 8.3.3.

sanzioni amministrative pecuniarie come uno strumento indipendente dall'esistenza di una colpa<sup>139</sup>.

La CEDU non disciplina esplicitamente la questione dell'ammissibilità di strumenti indipendenti dalla colpa. Non giudica di per sé inammissibili le sanzioni pronunciate esclusivamente sulla base della tipicità oggettiva della violazione degli obblighi, senza che sia necessario provare l'esistenza di una negligenza o di un'intenzione<sup>140</sup>. Le interpreta piuttosto come presunzioni d'innocenza (confutabili) ammissibili a condizione che le parti abbiano sufficienti possibilità di difesa<sup>141</sup>. La Corte EDU giudica quindi questi casi alla luce dei principi della presunzione d'innocenza<sup>142</sup> e di legalità<sup>143</sup>. In questo contesto occorre garantire che nel singolo caso il giudice o l'autorità amministrativa godano di un margine d'apprezzamento sufficiente per decidere a favore delle parti. A tal fine possono già bastare considerazioni in merito alla proporzionalità, alle circostanze attenuanti o alla forza maggiore<sup>144</sup>. In sostanza, la Corte EDU esige anche in questi casi un «legame di natura intellettuale» (*mental link*) per legittimare una sanzione, e ciò con particolare riferimento alla prevedibilità della punibilità<sup>145</sup>. Allo stesso tempo conferma tuttavia l'ammissibilità delle disposizioni che basano la punizione sulla tipicità oggettiva delle violazioni di un obbligo, ma solo

- 139 Così, esplicitamente, nel *messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli*, pag. 1846; cfr anche il *messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge sull'Autorità della concorrenza*, pag. 3495. Nel *messaggio concernente le sanzioni amministrative pecuniarie del diritto in materia di stranieri* (art. 122a e 122b LStrf), il Consiglio federale dichiara esplicitamente che la colpa non è un elemento autonomo del reato. Tiene tuttavia conto indirettamente della colpa nel quadro degli elementi a discolorpa (cfr. il *messaggio concernente la modifica della legge federale sugli stranieri*, pagg. 2220 e 2223 seg.). Per quanto riguarda sanzioni amministrative pecuniarie più recenti, non sono state fatte osservazioni esplicite sulla colpa. Si ravvisano tuttavia puntualmente dei paralleli con le sanzioni amministrative del diritto sui cartelli o con altre sanzioni amministrative (cfr. p. es. il *messaggio concernente la legge federale sui giochi in denaro*, pag. 6939; il *messaggio concernente la legge sulle poste*, pagg. 4520 e 4541; il *messaggio relativo all'approvazione e all'attuazione dell'Accordo multilaterale tra autorità competenti concernente lo scambio di rendicontazioni Paese per Paese*, pagg. 73 e 79; il *messaggio concernente la modifica della legge sui lavoratori distaccati*, pag. 4819).
- 140 Viceversa, le disposizioni che non richiedono la negligenza o l'intenzione non perdono automaticamente il carattere di accusa penale, cfr. la sentenza della Corte EDU *Janosevic c. Svezia* del 23 lug. 2002, n. 34619/97, Recueil CourEDH 2002-VII § 68.
- 141 Sentenze della Corte EDU *Janosevic c. Svezia* del 23 lug. 2002, n. 34619/97, Recueil CourEDH 2002-VII § 96 segg.; *Salabiaku c. Francia* del 7 ott. 1998, n. 10519/83, serie A, n. 141-A § 27 seg.; cfr. al riguardo WASER, *Wettbewerbsverfahren*, pag. 158 seg.
- 142 Sentenza della Corte EDU *Janosevic c. Svezia* del 23 lug. 2002, n. 34619/97, Recueil CourEDH 2002-VII § 96 segg.
- 143 Sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italia* del 29 ott. 2013, n. 17475/09 § 66, 70. Cfr. a proposito del principio di legalità n. 4.1.
- 144 Sentenze della Corte EDU *Janosevic c. Svezia* del 23 lug. 2002, n. 34619/97, Recueil CourEDH 2002-VII § 96 segg.; *Salabiaku c. Francia* del 7 ott. 1998, n. 10519/83, serie A, n. 141-A § 29.
- 145 Solo se una disposizione di legge è accessibile e le sue conseguenze sono prevedibili, la persona interessata è in grado di riconoscere quali atti sono punibili e quindi può sorgere un «legame di natura intellettuale» (cfr. sentenza della Corte EDU *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia* del 28 giu. 2018 [Grande Camera], n. 1828/06 e altri § 242).

entro determinati limiti<sup>146</sup>. La giurisprudenza della Corte EDU non appare quindi essere del tutto consolidata.

La Costituzione non disciplina espressamente la questione dell'ammissibilità delle sanzioni indipendenti dalla colpa. Non garantisce esplicitamente il principio di colpevolezza<sup>147</sup>. L'articolo 47 CP, invece, lo fa espressamente. Nella stragrande maggioranza dei casi, il principio di colpevolezza sancito dal diritto penale deriva dal principio di legalità<sup>148</sup>. In alcuni casi è anche desunto dalla presunzione d'innocenza del diritto convenzionale e costituzionale<sup>149</sup>.

### 4.3.2 Concetto di «imputabilità» nel diritto sui cartelli

La questione dell'ammissibilità delle sanzioni amministrative pecuniarie di diritto convenzionale e costituzionale che non presuppongono una colpa ha suscitato controversie soprattutto nell'ambito del diritto sui cartelli. Secondo alcuni, emanando l'articolo 49a LCart, il legislatore si è esplicitamente scostato dal CP e le sanzioni amministrative possono essere pronunciate indipendentemente dalla colpa<sup>150</sup>. Altri invece, in considerazione del carattere penale delle sanzioni amministrative, esigono una colpa per legittimare la sanzione<sup>151</sup>.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e del Tribunale amministrativo federale, l'imputabilità soggettiva rappresenta una condizione necessaria per irrogare una sanzione<sup>152</sup>. Nella causa *Swisscom ADSL*, il Tribunale amministrativo federale si è occupato approfonditamente della questione della compatibilità dell'articolo 49a LCart con il diritto convenzionale. Ha ritenuto che la parte generale del Codice penale,

<sup>146</sup> Sentenza della Corte EDU *G.I.consид.M. S.R.L. e altri c. Italia* del 28 giu. 2018 [Grande Camera], n. 1828/06 e altri § 243.

<sup>147</sup> Sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.1 – *Nikon*.

<sup>148</sup> Autori scelti tra tanti: WIPRÄCHTIGER/KELLER, *BSK-StGB*, n. 80 ad art. 47 CP. Cfr. anche la sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.1 – *Nikon*, con ulteriori rinvii.

<sup>149</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 654 segg. – *Swisscom ADSL*.

<sup>150</sup> Cfr. p. es. DÄHLER/KRAUSKOPF, *Sanktionsbemessung*, pag. 139; KOUMBARAKIS ZINON, *Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda*, tesi di dottorato. Zurigo 2006, pag. 114; LÜSCHER CHRISTOPH, *Der Ruf nach einem wirksameren und gerechteren Kartellstrafrecht – Ein irritierender Ruf?*, Jusletter 15 mar. 2010, n. marg. 45. WASER, *Wettbewerbsverfahren*, pag. 162, deduce dall'art. 49a LCart una presunzione di colpa oggettiva che può essere confutata dall'impresa nel singolo caso.

<sup>151</sup> Cfr. p. es. NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, n. 106 prima degli art. 49a-53 LCart; ROTH, *CR-Concurrence*, n. 37 segg. ad Rem., art. 49a-53 LCart; REINERT, *KG-Handkommentar*, n. 5 ad art. 49a LCart; WIPRÄCHTIGER/HANS/ZIMMERLIN SVEN, *Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts: Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz*, in: Niggli/Amstutz, *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, Basilea 2007, pagg. 203–244, 209.

<sup>152</sup> DTF 143 II 297 consid. 9.6.1 seg., con rinvio alla sentenza del TF 2C 484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 12.2.1. seg. (non pubblicata, in: DTF 139 I 72) – *Publigroupe*; DTF 146 II 217 – consid. 8.5.2 *Swisscom ADSL*; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 654 segg., 674 – *Swisscom ADSL*, confermata dalla sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.2 – *Nikon*.

segnatamente il principio di colpevolezza (cfr. art. 333 cpv. 1 e 7 CP), non è applicabile alle sanzioni di diritto sui cartelli<sup>153</sup>. Ha inoltre osservato che le condizioni e i limiti del principio di colpevolezza sono stati ritagliati esclusivamente attorno alla persona fisica<sup>154</sup>. Alla luce di quanto esposto, l'articolo 49a LCart rappresenta quindi una disposizione speciale che prevale sulle disposizioni generali del diritto penale in quanto *lex specialis*<sup>155</sup>. I principi di diritto penale vanno tuttavia considerati nell'ambito delle sanzioni di diritto sui cartelli, nella misura in cui la loro applicazione sia imperativa in forza del diritto di rango superiore nel quadro di un'interpretazione conforme al diritto costituzionale e convenzionale<sup>156</sup>.

In concreto, secondo la giurisprudenza in materia di cartelli e una parte della letteratura, la responsabilità dell'impresa nel quadro dell'articolo 49a LCart presuppone un atto colpevole di una persona responsabile o la prova di una lacuna nell'organizzazione dell'impresa<sup>157</sup>. Queste due alternative, che risultano dalla nozione di «imputabilità», sono descritte qui appresso:

- *comportamento colpevole di una persona responsabile*: se è possibile provare il comportamento intenzionale o colposo di un collaboratore, la responsabilità ricade sull'impresa. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, i requisiti posti alla prova della violazione non possono essere eccessivi<sup>158</sup>. Non è possibile accertare il comportamento di ogni singolo collaboratore dell'impresa. Ne consegue che, dall'esistenza di un elemento oggettivo (p. es. un accordo anticoncorrenziale) è possibile desumere la presunzione confutabile del comportamento colpevole delle persone responsabili (dolo eventuale), precisato che una causalità contraria agli obblighi di diligenza (negligenza) è già reputata tipica dalla giurisprudenza<sup>159</sup>;
- *lacuna nell'organizzazione*: da una prova della violazione del diritto sui cartelli da parte di un'impresa si può desumere anche una violazione degli obblighi di diligenza oggettivi nella forma di una lacuna nell'organizzazione e quindi un comportamento colpevole dell'impresa<sup>160</sup>. Gli obblighi di diligenza

<sup>153</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 651 – *Swisscom ADSL*, confermata dalla DTF 146 II 217 consid. 8.5.3 – *Swisscom ADSL*.

<sup>154</sup> Cfr. le sentenze del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 645 – *Swisscom ADSL*; B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.2 – *Nikon*; DTF 140 II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*.

<sup>155</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 649 – *Swisscom ADSL*, con rinvio a HEINE/ROTH, *Kartellgesetzrevision 2010*, pag. 15.

<sup>156</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 651 – *Swisscom ADSL*.

<sup>157</sup> Cfr. sentenza del TF 2C\_149/2018 del 4 feb. 2021 consid. 8.4. – *Hors Liste Medikamente*; più in dettaglio: sentenza del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018, consid. 1488 segg. – *SIX/DCC* (non ancora efficace giuridicamente). Cfr. inoltre, TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 10a ad art. 49a LCart.

<sup>158</sup> Sentenza del TF 2C\_484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 3.4 (non pubblicata, in: DTF 139 I 72) – *Publigroupe*; cfr. anche la sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.4 – *Nikon* con ulteriori rinvii.

<sup>159</sup> Sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.4 – *Nikon*.

<sup>160</sup> Sentenza del TF 2C\_484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 12.2.1. seg. (non pubblicata, in: DTF 139 I 72) – *Publigroupe*; sentenze del TAF B-581/2012 16 set. 2016 consid. 8.2.2 – *Nikon*; B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 674 – *Swisscom ADSL*, entrambe con ulteriori rinvii.

discendono primariamente dalla legge sui cartelli<sup>161</sup>. Non è necessario che la violazione sia ascritta a una determinata persona fisica all'interno dell'impresa<sup>162</sup>. La logica di fondo è che spetta all'impresa adottare misure organizzative e gestionali adeguate per impedire che gli organi e i collaboratori violino la legge. Se, cionondimeno, è commessa un'infrazione, si può in linea di massima desumere la violazione di un obbligo di diligenza. L'imputabilità si basa su di una presunzione confutabile e per questo motivo, secondo la giurisprudenza, non sussiste una contraddizione di fondo con la presunzione d'innocenza<sup>163</sup>. L'impresa può produrre prove a discarico<sup>164</sup>.

Il Tribunale federale ha ritenuto che, di norma, vi è violazione dell'obbligo di diligenza oggettiva se è possibile fornire una prova del comportamento anticoncorrenziale<sup>165</sup>. Per contro, la questione sugli eventuali motivi a discolta suscita controversie. Parte della dottrina relativa ai cartelli esige infatti che i programmi di conformità dell'impresa esimino quest'ultima dal rimprovero della colpa di organizzazione<sup>166</sup>. Secondo l'opinione contraria<sup>167</sup>, condivisa anche dalla giurisprudenza<sup>168</sup>, i programmi di conformità possono tuttavia essere considerati solo per il calcolo dell'importo della sanzione. Anche il Consiglio federale si è espresso contro un effetto disculpante dei programmi di conformità<sup>169</sup>. Lo stesso potrebbe valere per il ricorso a una perizia esterna sull'ammissibilità del comportamento in questione<sup>170</sup>.

<sup>161</sup> DTF 146 II 217 consid. 8.5.2 – *Swisscom ADSL*.

<sup>162</sup> DTF 146 II 217 consid. 8.5.2 – *Swisscom ADSL*; confermata dalla DTF 147 II 72 consid. 8.4.2.

<sup>163</sup> Sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.4 – *Nikon*; cfr. anche la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 677 *in fine* – *Swisscom ADSL*.

<sup>164</sup> Sentenze del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 644, 677 – *Swisscom ADSL*; B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.4 – *Nikon*; cfr. anche WASER, *Wettbewerbsverfahren*, pag. 161 seg.

<sup>165</sup> DTF 146 II 217 consid. 8.5.2 con ulteriori rinvii – *Swisscom ADSL*.

<sup>166</sup> NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, n. 144 segg. prima degli art. 49a-53 LCart; WOHLMANN, *Sanktionsverfahren*, n. marg. 17 seg.

<sup>167</sup> HEINEMANN ANDREAS, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [a. c.], *Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung – Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, 2015, pagg. 49–65, 62 seg.; HEINE/ROTH, *Kartellgesetzrevision 2010*, pag. 23 segg.; TAGMANN, *Sanktionen*, pag. 81 seg.; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 111 ad art. 49a LCart.

<sup>168</sup> DTF 143 II 297 consid. 9.6.2 *in fine*, confermata dalla sentenza del TF 2C 149/2018 del 4 feb. 2021 consid. 8.4.4.3; sentenze del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.3 – *Nikon*; B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 11.2.5 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*.

<sup>169</sup> *Rapporto del Consiglio federale concernente lo stralcio della mozione Schweiger*, pag. 1542.

<sup>170</sup> I presupposti per ammettere un errore di diritto che escluda la colpa sono che la perizia risponda alle domande rilevanti in modo approfondito, inequivocabile e dettagliato e che l'impresa possa confidare nella correttezza della stessa, cfr. sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 8.2.3 – *Nikon*.

### 4.3.3 Apprezzamento

Alcuni autori della dottrina relativa al diritto dei cartelli<sup>171</sup> hanno accolto con favore il concetto dell'imputabilità, altri, invece, lo respingono<sup>172</sup> deplorando la mancata applicazione dei principi di diritto penale. Per quanto è dato constatare, tale concetto si è affermato nella prassi relativa al diritto dei cartelli. Nel complesso, rappresenta una *via di mezzo* praticabile, perché l'autorità amministrativa deve provare o la lacuna nell'organizzazione o un comportamento colpevole di un collaboratore, senza tuttavia porre requisiti eccessivi alla prova. Secondo la giurisprudenza, per infliggere una sanzione, basta che la violazione dell'obbligo di diligenza commessa da un singolo collaboratore non identificato possa essere ascritta all'impresa in quanto tale<sup>173</sup>.

La conclusione tratta riguardo all'articolo 49a potrebbe valere per analogia anche per le altre disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie, come dimostrato dalle considerazioni del Tribunale federale sulla violazione degli obblighi di diligenza nell'ambito dei giochi in denaro<sup>174</sup>.

Va aggiunto che il concetto di colpa dell'impresa non è mai completamente privo di elementi di responsabilità causale. Rispetto al diritto penale individuale, questo è da ritenersi una significativa agevolazione a vantaggio dell'autorità amministrativa, perché nel contesto delle imprese l'applicazione del diritto materiale è spesso notevolmente complicata dal fatto che i destinatari sono organizzati in modo collettivo. È infatti difficile individuare il o i collaboratori responsabili in particolare quando si tratta di provare la colpa individuale in un contesto in cui vige la divisione del lavoro. Va inoltre considerato che gli obblighi in questione interessano direttamente l'impresa, la quale, di norma, trae anche vantaggi dalla violazione della legge, non i collaboratori. Questo approccio differenziato permette di tenere conto della natura delle sanzioni amministrative pecuniarie, ovvero di uno strumento di diritto amministrativo che, di norma, ha un carattere analogo al diritto penale e che quindi va preferito sia rispetto alla mera responsabilità causale sia all'applicazione rigorosa del principio di colpevolezza sancito dal diritto penale.

Da quanto appena esposto emerge che, attraverso l'interpretazione, la giurisprudenza ha corretto la nozione di sanzione amministrativa pecuniaria indipendente dall'esistenza di una colpa prevista dal legislatore. Di conseguenza, la sanzione presuppone una colpa che possa essere rimproverata all'impresa (*Vorwerfbarkeit*). L'autorità amministrativa deve quindi quanto meno provare una colpa in termini di organizzazione (violazione oggettiva di un obbligo di diligenza). L'impresa può anche essere sanzionata in caso di comportamento illecito di un collaboratore responsabile. Questa via di

<sup>171</sup> Cfr. p. es. BORER, *OFK-Wettbewerbsrecht I*, n. 11 ad art. 49a LCart; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 10 ad art. 49a LCart; cfr. la sintesi della giurisprudenza e della letteratura in KUBLI LINDA, *Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern*, Basilea 2014, pag. 149 seg. Questi autori chiedono anche una trasposizione dei principi del diritto penale in considerazione dello scopo e del funzionamento del diritto sui cartelli, cfr. HEINE, *Quasi-Strafrecht*, pag. 118; HEINE/ROTH, *Kartellgesetzrevision 2010*, pagg. 9 e 14 seg.

<sup>172</sup> Cfr. NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, n. 124 segg. prima degli art. 49a-53 LCart; ROTH, *CR-Concurrence*, n. 37 segg. ad Rem. art. 49a-53 LCart.

<sup>173</sup> Cfr. TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 10 ad art. 49a LCart.

<sup>174</sup> DTF **140** II 384 consid. 5.2.3 – *Casa da gioco*.

mezzo ha dato buona prova nella prassi relativa al diritto sui cartelli e si lascia traspore anche alle altre disposizioni che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie.

Nel complesso, non è quindi necessario intervenire a livello legislativo per quanto riguarda la colpa dei destinatari della sanzione. Nell'ambito dell'adozione di nuove disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie, sarà necessario esaminare in maniera approfondita la necessità di integrare la regolamentazione con determinati aspetti soggettivi, in funzione delle circostanze concrete.

## 4.4 Conseguenze giuridiche

### 4.4.1 Pagamento di un importo

La conseguenza giuridica di una sanzione amministrativa «pecuniaria» consiste in un onere finanziario a carico della parte del procedimento. È paragonabile a un credito pecuniario che i poteri pubblici vantano nei confronti della parte sanzionata.

Per chiarire la natura di questa sanzione, le vigenti disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie (cfr. n. 2.2) non usano, di norma, il termine «multa» (*Busse*), ma un'espressione del tipo «pagamento di un importo» («*Belastung mit einem Betrag*»; p. es. l'impresa è tenuta a pagare un importo pari a ...»). Questa formulazione permette di delimitare lo strumento dalle sanzioni di diritto penale e facilita la determinazione del diritto procedurale applicabile (cfr. n. 2.5). Si raccomanda di usare questa terminologia anche nelle eventuali nuove disposizioni.

Come esposto al numero 4.3, il concetto di imputabilità sviluppato nel diritto sui cartelli si applica anche al settore delle sanzioni amministrative pecuniarie. Sul piano funzionale, le conseguenze giuridiche del procedimento di sanzione amministrativa sono quindi analoghe a quelle del diritto penale, che presuppone un principio di colpevolezza più severo e prevede ad esempio la confisca degli utili conseguiti con le pratiche illegali.

### 4.4.2 Importo della sanzione

Le sanzioni amministrative pecuniarie sono volte a incoraggiare i destinatari a rispettare la legge e a dissuadere i trasgressori dal commettere nuovi reati (cfr. n. 2.3). Il legislatore deve quindi fissare un importo sufficientemente elevato perché la sanzione possa essere efficace. Deve tenere conto delle specificità del settore in questione, del valore del bene giuridico protetto<sup>175</sup> e del principio di proporzionalità. Di seguito sono illustrate diverse forme di determinazione dell'importo:

- *importo legato alla cifra d'affari*: l'importo della sanzione può essere determinato in funzione di una grandezza oggettivamente determinabile, ad esempio la cifra d'affari annua o il ricavo lordo della parte da sanzionare<sup>176</sup>. La

<sup>175</sup> Cfr. JETZER, *Bestimmtheitsgebot*, pag. 176.

<sup>176</sup> Cfr. p. es. art. 49a LCart, 50 e 51 cpv. 2 LCart, 100 e 109 LGD, 25 LPO, 60 LTC, 90 cpv. 1 LRTV, 169 cpv. 2 LAgr.

determinazione dell'importo della sanzione in funzione della cifra d'affari appare opportuna soprattutto nei settori che interessano un numero elevato di imprese o nei casi in cui le imprese si distinguono notevolmente l'una dall'altra per dimensione o situazione finanziaria<sup>177</sup>. Nel caso concreto, questo tipo di determinazione dell'importo può portare a sanzioni dall'importo molto elevato. Va aggiunto che il principio di determinatezza (art. 7 CEDU) non esige che la legge fissi un importo massimo<sup>178</sup>;

- *sanzione forfettaria*: le sanzioni forfettarie imposte per ogni violazione del diritto permettono di creare trasparenza e certezza del diritto. Esempi di sanzioni forfettarie figurano negli articoli 122a e 122b LStrl<sup>179</sup>. La forfetizzazione è opportuna se le violazioni dell'obbligo da sanzionare non differiscono sostanzialmente le une dalle altre rispetto ai classici criteri utilizzati per misurare la colpa dell'autore e la gravità dell'atto o se simili differenze non si lasciano dimostrare<sup>180</sup>;
- *importo fissato entro determinati limiti*: è anche ipotizzabile che l'importo della sanzione sia fissato entro determinati limiti in franchi svizzeri e che sia previsto un importo massimo<sup>181</sup>. Questa formulazione è paragonabile a quella di una classica disposizione penale (multa);
- infine, vi è il caso particolare dell'articolo 12 LSRPP che prevede l'imposizione di un importo forfettario pari a 200 franchi per ogni giorno trascorso dalla scadenza del termine stabilito, per un ammontare complessivo massimo di 50 000 franchi. Una simile formulazione può essere paragonata allo strumento della pena convenzionale.

### 4.4.3 Criteri per il calcolo dell'importo della sanzione

In ottemperanza ai principi di legalità, della parità di trattamento e di proporzionalità, l'autorità competente dispone di un margine di apprezzamento nel determinare l'importo della sanzione pecuniaria amministrativa<sup>182</sup>. Il principio di proporzionalità esige che nel singolo caso sia tenuto conto adeguatamente delle conseguenze della sanzione

<sup>177</sup> In questo senso: JETZER, *Bestimmtheitsgebot*, pag. 176 segg.

<sup>178</sup> Cfr. segnatamente la sentenza del TAF B-2977/2007 del 27 apr. 2010 consid. 8.1.4 segg., 8.1.7.1 seg. – *Publigroupe*. In questa sentenza il TAF ha ritenuto che dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale non si è pronunciata direttamente sulla questione, si può dedurre che non vi è violazione dell'art. 7 CEDU se la LCart non prevede un importo massimo (cfr. in particolare consid. 8.1.7.2 della citata sentenza). Cfr. inoltre: JETZER, *Bestimmtheitsgebot*, pag. 177.

<sup>179</sup> Cfr. segnatamente il *messaggio concernente la modifica della legge federale sugli stranieri*, pag. 2195 in particolare 2203 segg. Cfr. anche le sentenze del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 3.3 – *Swiss International Airlines* e A-597/2020 del 23 feb. 2021 consid. 3.

<sup>180</sup> Cfr. il *messaggio concernente la modifica della legge federale sugli stranieri*, pag. 2195 in particolare 2203.

<sup>181</sup> Cfr. p. es. art. 9 cpv. 2, lett. a, b n. 1, d n. 1 e f LDist, 51, cpv. 1 e 52 LCart, 90 cpv. 2 LRTV, 169 cpv. 1 lett. h LAgr.

<sup>182</sup> Nell'ambito dei cartelli cfr. anche le considerazioni di TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 15 segg. ad art. 49a LCart.

per la parte del procedimento, segnatamente per quanto riguarda la sua situazione finanziaria e sociale<sup>183</sup>.

Munendo le leggi speciali che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie di criteri per determinare l'importo della sanzione, è possibile definire un importo diverso caso per caso e quindi rispettare il principio di proporzionalità. Tali criteri non sono tuttavia sempre formulati con la stessa precisione nelle pertinenti leggi speciali<sup>184</sup>.

In alcuni casi, i criteri che determinano l'importo della sanzione figurano già in disposizioni speciali<sup>185</sup>. Di norma, secondo queste disposizioni l'importo delle sanzioni è determinato in base alla gravità e alla durata della violazione in questione o alla situazione finanziaria dell'impresa sanzionata.

Altre disposizioni speciali definiscono solo l'importo della sanzione, senza indicare i criteri che permettono all'autorità di determinare l'importo esatto della sanzione in un caso concreto<sup>186</sup>. I criteri di determinazione dell'importo delle sanzioni possono anche risultare da un messaggio del Consiglio federale o dalla prassi delle autorità amministrative oppure dalla giurisprudenza<sup>187</sup>.

Considerata la diversità dei regimi coesistenti in materia, ci si chiede se non convenga disciplinare i criteri per determinare l'importo di una sanzione in una disposizione generale. Il seguente paragone con la soluzione adottata nel diritto penale trova la sua legittimazione nel fatto che le sanzioni amministrative pecuniarie hanno un carattere analogo a quello penale:

- l'articolo 47 CP enumera i criteri generali per la commisurazione della pena, ovvero il grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico in questione, la repressibilità dell'atto, i moventi e gli obiettivi perseguiti nonché la possibilità che l'autore aveva, in funzione delle circostanze esterne o interne, di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione. Il giudice beneficia di un ampio margine di apprezzamento nel commisurare la pena secondo questi criteri<sup>188</sup>. Va tuttavia tenuto conto del fatto che i citati criteri sono ritagliati attorno alle persone fisiche e non sono automaticamente applicabili alle sanzioni amministrative pecuniarie imposte alle imprese;

<sup>183</sup> Si pensi p. es. a un danno alla reputazione, al fatto che la riduzione dei mezzi finanziari della parte sanzionata può ripercuotersi sul personale o sui dipendenti, ecc.

<sup>184</sup> Per quanto riguarda il principio di determinatezza e tassatività della base legale nell'ambito dell'accertamento dei fatti, cfr. n. 4.1.

<sup>185</sup> Cfr. p. es. art. 50 LCart, 90 cpv. 3 LRTV, 60 cpv. 3 LTC e 109 cpv. 1 LGD. L'art. 49a cpv. 1 LCart precisa p. es. che «l'importo è calcolato in funzione della durata e della gravità delle pratiche illecite» e che «nella determinazione dell'importo è tenuto adeguatamente conto del presunto guadagno che l'impresa ha conseguito con le pratiche illecite». Cfr.: JETZER, *Bestimmtheitsgebot*, pag. 176 segg.; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 41 segg. ad art. 49a LCart; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, n. 24 segg. ad art. 49a LCart.

<sup>186</sup> Questo è segnatamente il caso degli art. 100 LGD, 51 e 52 LCart, 169 LAgr e 12 LSRPP.

<sup>187</sup> Nel settore dei giochi in denaro, l'autorità di vigilanza sulle case da gioco ha stabilito criteri, in seguito approvati dalla giurisprudenza del TF, di determinazione dell'importo delle sanzioni previste dalla vecchia LF del 18 dic. 1998 sulle case da gioco (RS 935.52). Cfr. sentenza del TF 2C\_949/2010 del 18 mag. 2011 consid. 6.2.2 e 6.3.1. I citati criteri valgono anche per l'art. 100 LGD, cfr. il *messaggio concernente la legge federale sui giochi in denaro*, pag. 6939.

<sup>188</sup> Si veda anche: QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, *CR-CP I*, n. 8 segg. ad art. 47 CP.

- l'articolo 102 capoverso 3 CP elenca i criteri per determinare le multe imposte alle imprese secondo l'articolo 102 CP, ovvero la gravità del reato, la gravità della lacuna nell'organizzazione, il danno provocato e la capacità economica dell'impresa. La gravità del reato è determinata in base alla gravità oggettiva del reato (*in abstracto*) e all'insieme delle circostanze del caso concreto (*in concreto*)<sup>189</sup>. I criteri per determinare la multa vanno interpretati, se del caso integrati, secondo l'articolo 47 CP, nella misura in cui i criteri sanciti da questa disposizione si applichino anche alle imprese<sup>190</sup>.

Una regolamentazione generale, nella PA, dei criteri per determinare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie non appare per contro indicata, perché si tratta di una questione di diritto materiale da disciplinare nelle leggi speciali che prevedono tali sanzioni. Inoltre, considerata la diversità degli ambiti di diritto che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie, appare più opportuno definire i criteri nelle leggi speciali caso per caso.

#### 4.4.4 Rapporto tra le sanzioni amministrative pecuniarie e gli altri strumenti di attuazione

Le disposizioni che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie possono essere suddivise in diverse categorie: alcune leggi speciali prevedono solo sanzioni amministrative pecuniarie<sup>191</sup>, altre, invece, prevedono sanzioni pecuniarie e non pecuniarie nonché misure con altre finalità in disposizioni distinte<sup>192</sup>. Infine, vi sono leggi che prevedono sanzioni pecuniarie e non pecuniarie in un'unica disposizione<sup>193</sup>.

La scelta tra le diverse forme di sanzioni amministrative, comprese le sanzioni amministrative pecuniarie, deve essere operata in funzione del loro scopo. In sostanza, le sanzioni pecuniarie dovrebbero avere un effetto preventivo e repressivo sui destinatari. Altre sanzioni, che in generale non hanno un carattere penale, quali la revoca dell'autorizzazione o il divieto per un'impresa di offrire i propri servizi in Svizzera, possono essere cumulate con una sanzione amministrativa pecuniaria (cfr. p. es. art. 9

<sup>189</sup> MACALUSO, *CR-CP I*, n. 80 ad art. 102 CP; NIGGLI/GFELLER, *BSK-StGB*, n. 318 segg. ad art. 102 CP.

<sup>190</sup> MACALUSO, *CR-CP I*, n. 81 ad art. 102 CP.

<sup>191</sup> Cfr. p. es.: art. 122a-122b LStrI e 12 LSRPP.

<sup>192</sup> Cfr. p. es. art. 49a, 50, 51 e 52 LCart. Gli art. 100 e 109 LGD prevedono sanzioni pecuniarie amministrative nell'ambito dei giochi in denaro. Gli art. 15 e 31 LGD prevedono anche la revoca della concessione, dell'autorizzazione d'organizzatore o dell'autorizzazione del gioco. L'art. 98 LGD illustra le misure che la CFCG può adottare per sopprimere le irregolarità, prevenire i pericoli o ripristinare lo stato legale. Cfr. anche gli art. 24 cpv. 2 e 25 LPO, 58 e 60 LTC e 89 e 90 LRTV.

<sup>193</sup> Cfr. art. 169 cpv. 1 LAgr o 9 LDist.

cpv. 2 lett. d LDist). Infine, alcune leggi speciali prevedono la possibilità per le autorità di confiscare il guadagno conseguito illecitamente dall'impresa<sup>194</sup>. Contrariamente alla sanzione amministrativa pecuniaria, che ha finalità preventiva e punitiva, questa misura ha lo scopo di ripristinare l'ordine legale. Nonostante le autorità in questione usino questi due strumenti alternativamente se ne potrebbe ipotizzare un cumulo, purché sia rispettato il principio di proporzionalità<sup>195</sup>.

Da quanto esposto, emerge che il legislatore è sostanzialmente libero nel definire il catalogo degli strumenti d'applicazione ammessi (misure amministrative, sanzioni o pene amministrative).

#### 4.5 Prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione

La questione del termine di prescrizione può porsi anche nei procedimenti di sanzione amministrativa. Il diritto penale conosce lo strumento della prescrizione dell'azione penale<sup>196</sup>, secondo il quale, una volta scaduto il termine di prescrizione, non è più possibile aprire il procedimento penale.

Secondo il Tribunale federale, la prescrizione deve essere considerata come un principio giuridico generale del diritto pubblico, applicabile anche senza una base legale esplicita<sup>197</sup>. Il vigente diritto generale nell'ambito della procedura amministrativa non contiene disposizioni esplicite sulla prescrizione del perseguimento per gli atti passibili di sanzioni amministrative. Alcune leggi speciali contengono disposizioni analoghe alla prescrizione dell'azione penale<sup>198</sup>. Per contro altri settori, segnatamente quello delle case da gioco, non prevedono disposizioni esplicite nelle leggi speciali.

Secondo la prassi corrente del Tribunale federale, in assenza di disposizioni sulla prescrizione il giudice si orienta innanzitutto alle regole che il legislatore ha introdotto nel diritto pubblico per fattispecie affini. In assenza di corrispondenti regolamentazioni, si applicano i principi generali (di diritto civile) sulla prescrizione, secondo i

<sup>194</sup> Cfr. segnatamente art. 56 LGD, 89 cpv. 1 lett. a n. 3 LRTV, 58 cpv. 2 lett. b LTC, 24 cpv. 2 LPO. Per calcolare l'importo della sanzione nei procedimenti sanzionatori in materia di diritto sui cartelli, si tiene invece conto del presunto guadagno che l'impresa avrebbe conseguito con le pratiche illegali (cfr. art. 49a cpv. 1 LCart). Si osserva inoltre che le sanzioni in materia di diritto sui cartelli non sono deducibili fiscalmente, perché il loro carattere è prevalentemente penale (cfr. il *messaggio concernente la legge federale sul trattamento fiscale delle sanzioni finanziarie*, pag. 7575 in particolare 7602).

<sup>195</sup> Nei casi di confisca del guadagno conseguito illecitamente, il destinatario della misura non è posto in una situazione peggiore di quella in cui si sarebbe trovato se non avesse commesso il reato. La sanzione amministrativa pecuniaria può essere irrogata in via cumulativa allo scopo di incoraggiare il destinatario ad adottare un comportamento conforme alla legge in futuro. Nel diritto penale la confisca di valori patrimoniali di cui all'art. 70 CP può inoltre essere cumulata con una pena.

<sup>196</sup> Cfr. art. 97 segg. CP per i crimini e i delitti e art. 109 CP per le contravvenzioni.

<sup>197</sup> Cfr. p. es. DTF 126 II 49 consid. 2a; 124 I 247 consid. 5; cfr. anche: MOOR/FLÜCKIGER/MARTENE, *Droit administratif*, vol. I, pag. 70 segg.

<sup>198</sup> P. es. art. 14 LSRPP (5 o 10 anni), 122c cpv. 3 LStrI (2 anni), 49a cpv. 3 LCart (5 anni), cfr. anche TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 239a seg. ad art. 49a LCart, secondo i quali non si tratta della prescrizione del perseguimento, ma di un termine di perenzione.

quali per le prestazioni uniche il termine di prescrizione è di dieci anni; cinque per quelle periodiche<sup>199</sup>.

Nel settore delle case da gioco, il Tribunale federale si è orientato alla disposizione dell'articolo 49a capoverso 3 LCart e ha ritenuto che la pena si prescrive se il comportamento da sanzionare è cessato da oltre cinque anni al momento dell'avvio dell'inchiesta. Per le contravvenzioni in materia di case da gioco, il Tribunale federale ipotizza anche un'analogia con il termine di prescrizione sancito dal diritto penale il quale, secondo il diritto allora in vigore, prevedeva sette anni<sup>200</sup>.

Per motivi legati alla prevedibilità e alla certezza del diritto, appare opportuno fissare per legge la prescrizione dell'azione penale nell'ambito delle sanzioni amministrative pecuniarie. La priorità va comunque data all'integrazione delle leggi speciali settore per settore. Tali regolamentazioni non dovrebbero impedire alle autorità amministrative di pronunciare altre misure, anche alla scadenza del termine di prescrizione. I seguenti punti devono essere disciplinati:

- *durata del termine di prescrizione*: il termine di prescrizione dovrebbe considerare il valore del bene giuridico offeso e l'eseguità pratica del procedimento di sanzione amministrativa. Al riguardo, il legislatore potrebbe orientarsi alle regolamentazioni settoriali citate nell'introduzione. In generale, le disposizioni speciali dovrebbero prevedere un termine sufficientemente lungo tra la commissione del reato e l'avvio del procedimento nonché tra l'avvio del procedimento e la sua conclusione (pronuncia della sanzione);
- *decorrenza del termine*: la prescrizione dovrebbe decorrere dal giorno in cui l'obbligo è stato violato o in cui è cessata la violazione continua dell'obbligo;
- *fine della prescrizione*: occorrerebbe stabilire se la prescrizione del perseguimento cessa all'insorgere di un determinato evento (p. es. l'avvio di una procedura formale o la pronuncia di una sentenza penale di primo grado)<sup>201</sup>;
- *scelta tra termine di prescrizione relativo o assoluto*: riguardo al termine con- verrebbe optare per l'approccio del termine unico assoluto.

Per quanto riguarda la *prescrizione della pena*, va notato che secondo l'articolo 40 PA le decisioni che intimano il pagamento di denaro sono eseguite in via di esecuzione conformemente alla LEF. Le disposizioni del CO si applicano quindi implicitamente

<sup>199</sup> DTF 140 II 384 consid. 4.2 con ulteriori rinvii – *Spielbank*.

<sup>200</sup> DTF 140 II 384 consid. 4.3.2 – *Spielbank*. Riguardo alla prescrizione nel procedimento sanzionatorio in materia di cartelli cfr. p. es. la sentenza del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 1660 segg. – *SIX/DCC* (non ancora efficace giuridicamente).

<sup>201</sup> L'art. 25 par. 3 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli art. 81 e 82 del trattato, GU L del 4 .1. 2003, pag. 1, va oltre e conferisce il carattere interruttivo della prescrizione ad ogni atto destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione.

alla prescrizione<sup>202</sup>. Al riguardo, non è necessario procedere a modifiche legislative<sup>203</sup>.

#### 4.6 Sintesi intermedia

Alla luce del diritto convenzionale e costituzionale, l'idea di provvedere le regole comportamentali di sanzioni amministrative pecuniarie non è, in linea di massima, esclusa. In virtù del principio di legalità sancito dal diritto penale, le sanzioni amministrative pecuniarie che rientrano nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali richiedono tuttavia una base legale formale. Gli obblighi comportamentali che vanno imposti con una sanzione amministrativa pecuniaria devono inoltre essere precisati nella corrispondente legge speciale.

Secondo la giurisprudenza, la sanzione presuppone una *colpa che possa essere rimproverata all'impresa*. L'autorità amministrativa deve quindi quanto meno poter provare una colpa in termini di organizzazione (mancanza oggettiva di diligenza). L'impresa può essere sanzionata anche se il comportamento colpevole è riconducibile a una persona responsabile. Le disposizioni esaminate non disciplinano esplicitamente la questione della colpa, ma gli adeguamenti legislativi non appaiono urgenti. Occorrerà esaminare approfonditamente, in funzione delle circostanze concrete, la questione della necessità di regolamentare determinati aspetti soggettivi nelle eventuali nuove disposizioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie.

Le *conseguenze giuridiche* di una sanzione amministrativa pecuniaria devono essere formulate utilizzando un'espressione del tipo «pagamento di un importo» (*Belastung mit einem Betrag*; p. es. «l'impresa è tenuta a pagare un importo pari a ...»), non con il termine «multa». Questa formulazione permette di delimitare le sanzioni amministrative dalle sanzioni penali e di determinare il diritto procedurale applicabile (la PA anziché la DPA).

Per rendere la sanzione efficace, *l'importo della sanzione* dovrà essere sufficientemente elevato. Le modalità di calcolo dell'importo variano a seconda dell'ambito interessato (importo stabilito in base alla cifra d'affari, sanzione forfettaria, importo fisso entro determinati limiti).

I criteri per il *calcolo dell'importo della sanzione* dovrebbero essere sanciti dalla pertinente legge speciale o dalle disposizioni d'esecuzione. Possono anche risultare da un messaggio del Consiglio federale, dalla pratica delle autorità amministrative o dalla giurisprudenza. Occorre inoltre assicurare che l'autorità amministrativa competente disponga di un margine discrezionale sufficientemente ampio riguardo alla *scelta del tipo di sanzioni*.

<sup>202</sup> Cfr. art. 81 cpv. 1 *in fine* LEF. Cfr. anche: MOOR/POLTIER, *Droit administratif*: vol. II, pag. 145 segg.

<sup>203</sup> Nell'ottica del diritto comparato, va aggiunto che nel diritto sulla concorrenza dell'UE l'art. 26 par. 1 e 2 del citato regolamento (CE) n. 1/2003 prevede un termine di prescrizione di cinque anni per l'esecuzione delle decisioni della Commissione con decorrenza dal giorno in cui la decisione diventa inoppugnabile.

L'inserimento della *prescrizione del perseguimento* nella pertinente legge speciale appare appropriato per motivi inerenti alla prevedibilità e alla certezza del diritto.

## 5 Procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie

Il presente capitolo descrive la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie con particolare attenzione agli aspetti che hanno fatto emergere incertezze giuridiche nella prassi delle autorità. È strutturato in base alla cronologia della procedura di sanzione amministrativa di primo grado e corrisponde alla sistematica della PA.

### 5.1 Apertura del procedimento di sanzione amministrativa

#### 5.1.1 Autorità competenti

I procedimenti di sanzione amministrativa sono istruiti in primo grado dalle stesse autorità amministrative che pronunciano la decisione di sanzione. Tali autorità rivestono quindi una duplice funzione. A seconda dell'ambito interessato, questo compito è affidato all'amministrazione centrale<sup>204</sup> o alle commissioni extraparlamentari<sup>205</sup>.

Secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, 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. Ne consegue che la persona accusata deve avere un effettivo accesso a un tribunale con pieno potere d'esame in fatto e in diritto. Il tribunale deve essere indipendente dagli altri poteri dello Stato, ovvero dall'Esecutivo e dal Legislativo, così come dai partiti. La sua indipendenza è giudicata in base alle modalità di nomina e alla durata della carica dei suoi membri, all'esistenza di una protezione da pressioni esterne e alla capacità di trasmettere verso l'esterno un'immagine d'indipendenza<sup>206</sup>.

Sebbene le autorità amministrative di primo grado non costituiscano dei «tribunali», nella sentenza *Menarini Diagnostics S.R.L.* relativa a un procedimento in materia di cartelli (sfociata in una multa elevata) la Corte EDU ha affermato che il fatto che l'autorità di primo grado sia un'autorità amministrativa (con competenze in materia d'inchiesta, d'accusa e di sanzione) non è di per sé incompatibile con l'articolo 6 CEDU. In questi casi, le esigenze dell'articolo 6 CEDU devono essere soddisfatte

<sup>204</sup> P.es l'UFCOM è competente per istruire i procedimenti e irrogare le sanzioni previste dagli art. 60 LTC e 90 LRTV.

<sup>205</sup> P. es. la COMCO per le sanzioni amministrative secondo l'art. 49a segg. LCart, la Post-Com per l'art. 25 LPO e la CFCG per l'art. 100 LGD.

<sup>206</sup> Sentenza della Corte EDU, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* del 6 nov. 2018 [Grande Camera], n. 55391/13, 57728/13 e 74041/13 § 144.

nella procedura di ricorso successiva, ossia dinanzi a un tribunale con pieno potere d'esame<sup>207</sup>.

Alla luce della giurisprudenza *Menarini*, il Tribunale federale ha ritenuto che, nell'ambito del diritto sui cartelli, la struttura istituzionale della COMCO, in veste di autorità di primo grado, è compatibile con i requisiti della CEDU<sup>208</sup>, poiché le sue decisioni possono essere impugnate dinanzi al Tribunale amministrativo federale conformemente alle disposizioni del diritto convenzionale. Generalizzando, si può affermare che l'attuale organizzazione delle competenze nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie secondo il diritto amministrativo federale è ammissibile alla luce del diritto convenzionale.

Da un punto di vista pratico, questa soluzione presenta vantaggi, perché le autorità amministrative dispongono dell'esperienza necessaria nell'ambito in questione e spesso si trovano già in un rapporto di vigilanza con le imprese interessate dal procedimento<sup>209</sup>. Il fatto di conferire alle autorità di vigilanza dell'Amministrazione la competenza d'istruire i procedimenti e pronunciare le sanzioni presenta infine il vantaggio di garantire la stessa via giudiziaria per le decisioni di vigilanza e di sanzione amministrativa pecuniaria (di norma, prima il Tribunale amministrativo federale e poi il Tribunale federale). La concentrazione delle competenze di vigilanza e di sanzione presso la stessa autorità amministrativa permette di evitare la frammentazione delle competenze e promuove l'efficacia delle procedure.

Occorre inoltre assicurarsi che le autorità amministrative competenti dispongano delle qualifiche e dell'esperienza necessarie per svolgere i procedimenti sanzionatori<sup>210</sup>.

Da quanto esposto in precedenza emerge che la concentrazione delle competenze istruttorie e decisionali presso le autorità di vigilanza non è solo ammissibile nell'ottica del diritto costituzionale e di quello convenzionale, ma è anche vantaggiosa a livello pratico.

### 5.1.2 Apertura del procedimento

I procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria sono aperti d'ufficio o su (auto)denuncia. Occorre quindi definire a quali condizioni l'autorità può agire e l'ampiezza del suo margine discrezionale.

<sup>207</sup> Sentenza della Corte EDU, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia* del 27 set. 2011, n. 43509/08 § 57 segg., confermata dalla sentenza della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 mar. 2014, n. 18640/10 seg. § 139. Per la questione relativa al potere d'esame dell'autorità di ricorso cfr. n. 5.8.

<sup>208</sup> DTF 139 I 72 consid. 4.4 – *Publigroupe*. Nel messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge sull'Autorità della concorrenza, pag. 3514, il Consiglio federale ha proposto la completa separazione tra l'autorità incaricata dell'inchiesta e l'autorità giudicante. Il Parlamento non è tuttavia entrato nel merito del progetto. Di conseguenza, dal punto di vista politico, non vi è nemmeno la necessità di separare nettamente le funzioni.

<sup>209</sup> P. es. la PostCom, la CFCG o l'UF.COM.

<sup>210</sup> Cfr. al riguardo, segnatamente, art. 14 cpv. 2 PA.

La vigente PA non prevede regole generali sull'apertura del procedimento. La *competenza* di avviare un procedimento risulta dalle pertinenti disposizioni delle leggi speciali. Di norma, l'autorità competente avvia un procedimento se esiste un fondato sospetto di realizzazione della fattispecie e se vi è motivo di regolare il rapporto giuridico in via autoritativa.

Occorre distinguere tra la competenza dell'autorità di avviare un procedimento e l'*obbligo* dell'autorità di farlo. Il diritto amministrativo non conosce un «obbligo di procedere» generalizzato, come invece è il caso nell'ambito del perseguimento penale (cfr. art. 7 CPP). In generale, l'autorità amministrativa dispone di un certo margine di manovra nel decidere se avviare un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria o se rinunciarvi per motivi d'opportunità. Il potere discrezionale va esercitato osservando i principi di parità di trattamento, di legalità e di proporzionalità. In linea di massima, l'autorità amministrativa è tenuta ad applicare il diritto nei limiti delle sue competenze. Di conseguenza, avvia un procedimento o interviene d'ufficio, quando viene a conoscenza di fatti che richiedono il suo intervento o su richiesta di un soggetto giuridico che fa valere un interesse degno di protezione<sup>211</sup>. Per contro, può, ad esempio, rinunciare all'apertura di un procedimento se una procedura di sanzione amministrativa appare sproporzionata rispetto alla gravità della violazione o al dispendio in termini di costi e tempo.

Il diritto sui cartelli costituisce un'eccezione (cfr. art. 27 cpv. 1 LCart). Per ragioni legate allo Stato di diritto, in questo ambito è in linea di principio previsto l'obbligo di procedere nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>212</sup>.

L'introduzione di una regolamentazione generale sulle modalità di apertura di un procedimento e sui criteri per rinunciarvi potrebbe uniformare la prassi nel settore delle sanzioni amministrative pecuniarie. Considerata la diversità dei settori in questione è tuttavia difficile adottare una regolamentazione trasversale. Per poter tener conto delle peculiarità dei singoli settori, è opportuno che le autorità mantengano il loro margine d'apprezzamento. Spetta all'autorità amministrativa competente assicurare un'«unità de doctrine» nel suo ambito d'esecuzione. L'applicazione di una legge speciale dovrebbe riflettere una prassi improntata alla parità di trattamento degli autori coinvolti da parte dell'autorità che pronuncia la sanzione.

Va aggiunto che, contrariamente al procedimento penale (cfr. art. 309 cpv. 3 CPP)<sup>213</sup>, l'avvio di un procedimento amministrativo non presuppone una decisione formale<sup>214</sup>. Il diritto procedurale amministrativo non conosce nemmeno il «decreto di non luogo

<sup>211</sup> BOVAY, *Procédure administrative*, pag. 211 segg.

<sup>212</sup> Cfr. ZIRLICK/TAGMANN, *BSK-KG*, n. 52a segg. ad art. 27 LCart. Nella prassi, la COMCO tiene in considerazione anche i seguenti criteri per decidere se rinunciare ad aprire un procedimento in materia di cartelli: il tipo e la gravità della limitazione della concorrenza, la sua portata e durata, la necessità di una decisione di principio, l'esistenza d'interessi privati, la complessità e i costi stimati del procedimento, la prognosi della decisione e l'esistenza di risorse sufficienti presso le competenti autorità della concorrenza.

<sup>213</sup> Cfr. art. 309 CPP. Nemmeno il diritto penale amministrativo prevede esigenze formali per aprire un procedimento. Va notato che l'art. 104 cpv. 4, della legge del 12 giugno 2009 sull'IVA (LIVA; RS 641.20) rappresenta un'eccezione a questo principio, poiché prevede che l'apertura dell'inchiesta penale debba essere comunicata per scritto all'imputato.

<sup>214</sup> Ciò nemmeno qualora l'atto normativo preveda un esplicito avviso alle parti di avvio del procedimento, cfr. p. es. art. 30 LFINMA.

a procedere» per il caso in cui l'autorità rinunci ad avviare il procedimento (cfr. art. 310 CPP)<sup>215</sup>. Questa soluzione convince: per i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria non è necessario formalizzare l'apertura o la rinuncia all'apertura di un procedimento, tanto più che, di norma, non sussiste nemmeno la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale a terzi.

Occorre per contro comunicare alla parte l'apertura del procedimento e le conseguenze giuridiche che ne derivano. Questa comunicazione costituisce, in definitiva, la condizione preliminare per l'esercizio del diritto di esprimersi che risulta dal diritto di essere sentiti<sup>216</sup>. L'obbligo di comunicazione alle parti si lascia quindi desumere dal diritto di essere sentiti (art. 29 Cost., cfr. n. 5.5)<sup>217</sup>. La PA in vigore non prevede espressamente la comunicazione dell'apertura del procedimento alla parte<sup>218</sup>, ma alla luce dell'articolo 29 Cost. e del fatto che, nella prassi, le autorità amministrative comunicano l'avvio del procedimento, non sussiste un bisogno immediato d'integrare la PA di conseguenza.

### 5.1.3 Diritto alla difesa, diritto al patrocinio gratuito e a un interprete

Secondo l'articolo 6 paragrafo 3 lettera c CEDU, l'accusato ha il diritto di difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore. Il diritto a una difesa efficace da parte di un avvocato è parte integrante del diritto a un processo equo<sup>219</sup>. Sussiste dal momento in cui è proposta l'accusa penale<sup>220</sup>. L'autorità deve informare la persona accusata sul diritto alla difesa<sup>221</sup>. Se non ha i mezzi per pagare un difensore, la persona accusata ha il diritto al patrocinio gratuito, quando lo esigano gli interessi della giustizia<sup>222</sup>.

A livello costituzionale, il diritto di farsi rappresentare o patrocinare sono parte integrante del diritto di essere sentiti secondo l'articolo 29 capoverso 2 Cost.<sup>223</sup>. Per i procedimenti penali tale diritto è disciplinato agli articoli 128 e seguenti CPP e, per le

<sup>215</sup> Cfr. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, n. marg. 463, con rinvio alla DTF **130** II 521 consid. 2.7.4 e alla DTF **135** II 60 consid. 3.1.2, secondo il quale un'eventuale comunicazione a un denunciante (p. es. un concorrente nell'ambito dei cartelli) dell'intenzione dell'autorità di non avviare un procedimento non rappresenta una decisione impugnabile.

<sup>216</sup> Cfr. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, n. marg. 461 seg.; cfr. riguardo al diritto di essere informati sullo svolgimento del procedimento anche DTF **140** I 99 consid. 3.4.

<sup>217</sup> WALDMANN, *BSK-BV*, n. 53 ad art. 29 Cost.

<sup>218</sup> L'art. 28 LCart costituisce una disposizione speciale che prevede la comunicazione dell'apertura dell'inchiesta mediante pubblicazione ufficiale (art. 28 LCart). La pubblicazione serve principalmente all'informazione di terzi che possono partecipare all'inchiesta.

<sup>219</sup> Sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 255.

<sup>220</sup> Sentenza della Corte EDU *Simionovi c. Bulgaria* del 12 mag. 2017 [Grande Camera], n. 21980/04, Recueil CourEDH 2017 § 110.

<sup>221</sup> Sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 272.

<sup>222</sup> Sentenza della Corte EDU *Quaranta c. Svizzera* del 24 mag. 1991, n. 12744/87, serie A, n. 205 § 27.

<sup>223</sup> Sentenza del TAF A-897/2012 del 13 ago. 2012 consid. 4.1.1; cfr. anche DTF **132** V 443 consid. 3.3, con rinvio alla DTF **119** la 261 consid. 6a.

procedure amministrative, all'articolo 11 capoverso 1 PA. Una parte può far compiere gli atti processuali da un terzo di sua scelta in ogni momento (rappresentanza) o farsi assistere da un terzo di sua scelta nell'udienza orale (patrocinio). Per le procedure relative alle sanzioni amministrative pecuniarie che rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU, è lecito supporre che il diritto di ricorrere a un avvocato sussista già in occasione della prima audizione («avvocato della prima ora»)<sup>224 225</sup>.

L'articolo 29 capoverso 3 Cost. sancisce il diritto al patrocinio gratuito. Tale diritto vale in generale anche per le procedure amministrative di primo grado. In linea di massima, può essere fatto valere solo da persone fisiche, perché è concesso solo alla parte che si trova nel bisogno<sup>226</sup>. Le persone giuridiche possono farlo valere solo in casi eccezionali e quindi l'articolo 29 capoverso 3 Cost., di regola, non si applica nel quadro dei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria<sup>227</sup>.

La PA non prevede espressamente il patrocinio gratuito nel quadro delle procedure non contenziose, ma contiene una regolamentazione corrispondente per la procedura di ricorso (cfr. art. 65 PA). Visto che i diritti risultano direttamente dall'articolo 29 capoverso 3 Cost., sotto il profilo costituzionale non sussiste una necessità d'intervento legislativo immediato.

Oltre al patrocinio gratuito, l'articolo 6 paragrafo 3 lettera e CEDU garantisce alla persona accusata il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza. La persona accusata deve essere informata di tale diritto<sup>228</sup>. Contrariamente al CPP (art. 68), la Costituzione federale e la PA non prevedono un diritto generale di farsi assistere da un interprete<sup>229</sup>. Secondo la giurisprudenza del TAF, si può esigere dalle imprese attive a livello internazionale che si prendano carico delle spese di traduzione anche nel quadro delle procedure relative alle sanzioni amministrative rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 6 CEDU. Il TAF non ritiene che ciò limiti eccessivamente il diritto di essere sentiti<sup>230</sup>. Se, invece, i procedimenti di sanzione amministrativa interessano persone fisiche di lingua straniera, è lecito supporre che, conformemente all'articolo 6 paragrafo 3 lettera e CEDU, sussista il diritto alla traduzione gratuita.

224 Le inchieste previste dal diritto sui cartelli iniziano spesso con una perquisizione domiciliare (art. 42 cpv. 2 LCart) che, grazie al suo effetto sorpresa, permette di sequestrare immediatamente i mezzi di prova. Le autorità in materia di concorrenza, oltre a effettuare perquisizioni domiciliari, interrogano le parti e i testimoni anche qui con lo scopo di ottenere dichiarazioni non concertate grazie all'effetto sorpresa.

225 Cfr. la nota informativa della Segreteria della COMCO, Strumenti investigativi del 6 gen. 2016 n. marg. 59.

226 DTF **131** II 306 consid. 5.2.

227 Secondo la giurisprudenza del TF, affinché una persona giuridica possa beneficiare del gratuito patrocinio, il suo solo attivo deve essere in lite e le persone fisiche che partecipano economicamente all'impresa devono essere nell'indigenza (cfr. DTF **143** I 328 consid. 3.1; DTF **131** II 306 consid. 5.2.2).

228 Sentenza della Corte EDU *Vizgirda c. Slovenia* del 28 ago. 2018, n. 59868/08 § 86.

229 LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, n. 456.

230 Sentenza del TAF B-6030/2012 del 5 dic. 2012, pag. 6. Per le procedure relative a sanzioni amministrative di tipo pecuniario nei confronti di parti che parlano lingue diverse, cfr. la sentenza del TAF B-2577/2016 del 12 ott. 2016 consid. 4 segg.

### 5.1.4 Sintesi intermedia

I procedimenti di sanzione amministrativa di primo grado sono condotti dall'autorità amministrativa competente per l'applicazione della pertinente legge speciale. La giurisprudenza ha riconosciuto che questa ripartizione delle competenze è in linea di massima compatibile con il diritto, risultante dall'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, di una persona accusata di far giudicare da un tribunale l'accusa penale che le è stata rivolta. La condizione preliminare è che la decisione di sanzione pronunciata in primo grado possa essere riesaminata nella procedura di ricorso conformemente alle disposizioni del diritto convenzionale. Questo è il caso delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal diritto amministrativo federale.

La facoltà dell'autorità amministrativa di aprire il procedimento risulta dalle disposizioni della legge speciale. La PA non prevede l'obbligo di procedere (*Verfolgungszwang*). Spetta quindi alle autorità amministrative decidere se aprire un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria o se rinunciare per motivi d'opportunità. L'autorità comunica alla parte l'apertura di un procedimento sanzionatorio conformemente alla sua prassi.

Per quanto concerne il diritto di farsi rappresentare, il diritto di patrocinare e il diritto di farsi assistere da un interprete, nella prassi non sono emersi problemi giuridici tali da legittimare la modifica delle basi legali.

## 5.2 Parti e altri partecipanti (terzi)

### 5.2.1 Qualità di parte dei destinatari di sanzioni amministrative pecuniarie

La qualità di parte nel procedimento amministrativo secondo l'articolo 6 PA presuppone anche che il destinatario della decisione sia un soggetto che gode dei diritti civili sanciti dal Codice civile<sup>231</sup> e che quindi abbia la capacità di essere parte o che l'abbia acquisita per legge<sup>232</sup>. In molti casi, le leggi speciali esaminate che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie comprendono soggetti che hanno la capacità giuridica e soggetti che non l'hanno. Gli obblighi in materia di diritto dei cartelli, ad esempio, interessano le imprese secondo l'articolo 2 capoverso 1<sup>bis</sup> LCart, tra cui si possono annoverare anche i gruppi di società o le società in nome collettivo<sup>233</sup>. Altri esempi di regolamentazioni rivolte a soggetti che non hanno la capacità giuridica si trovano nella

<sup>231</sup> Art. 11 e 53 CC (RS 210).

<sup>232</sup> MARANTELLI-SONANINI/HUBER, *Praxiskommentar VwVG*, n. 12 seg. ad art. 6 PA; JOST, *Parteien*, n. marg. 422 segg.; LEBER, *Parteistellung*, pag. 19.

<sup>233</sup> TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 97 ad art. 49a LCart.

LDist<sup>234</sup>, nella LTC<sup>235</sup> o nella legislazione in materia di navigazione aerea<sup>236</sup>. In particolare, si possono fare delle distinzioni in base alle seguenti categorie:

- *corporazioni*: le imprese organizzate in corporazioni, quali le società anonime o le società a responsabilità limitata, sono soggetti di diritto con capacità giuridica e rivestono la forma di persone giuridiche. Ne consegue che hanno la personalità giuridica e la capacità di essere parte in un procedimento di sanzione amministrativa (cfr. art. 643 cpv. 1 e 779 cpv. 1 CO);
- *gruppi di società*: il gruppo di società in quanto tale non ha personalità giuridica, solo le singole società del gruppo ne hanno una<sup>237</sup>. Sotto il profilo processuale sono quindi solo le singole società ad avere la qualità di parte<sup>238</sup>;
- *società di persone*: le società di persone, tra cui si annoverano le società in nome collettivo e le società in accomandita, non hanno la capacità giuridica<sup>239</sup>. Tuttavia, le società in nome collettivo e le società in accomandita acquisiscono la qualità di parte e la capacità processuale per legge (art. 562 e 602 CO). Sul piano procedurale possono quindi essere sanzionate direttamente. Le società semplici, invece, non hanno la capacità di essere parte e quindi nel procedimento non è la società semplice in quanto tale ad avere la qualità di parte, ma i singoli soci<sup>240</sup>. Questa categoria riveste tuttavia un'importanza marginale nel quadro delle sanzioni amministrative pecuniarie, poiché non appena la società è gestita come un'impresa commerciale, si è in presenza di una società in nome collettivo, non di una società semplice<sup>241</sup>;

234 La legge sui lavoratori distaccati è rivolta alle persone giuridiche, alle società di persone e alle imprese individuali.

235 Secondo l'art. 60 cpv. 1 LTC, i destinatari delle sanzioni sono le «imprese». Secondo il *messaggio relativo alla modifica della legge sulle telecomunicazioni*, pag. 6921, i privati che non esercitano imprese commerciali, come i radioamatori, non sono assoggettati a questa disposizione. Per contro, anche le persone fisiche che nell'esercizio della loro attività imprenditoriale violano il diritto in materia di telecomunicazione sottostanno alla disposizione sanzionatoria. Finora per la ComCom e l'UFCOM sono sempre state le imprese le destinatarie della sanzione.

236 Nell'ambito delle imprese di trasporto aereo secondo gli art. 122a e 122b LStrI, si tratta di norma di persone giuridiche, ma non sono escluse le imprese individuali o le società di persone.

237 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 24 n. marg. 61.

238 Secondo la giurisprudenza in materia di diritto sui cartelli, le singole società del gruppo, indipendenti sul piano giuridico (si tratta, di norma, delle filiali direttamente coinvolte nella violazione e della società capogruppo), sono le destinatarie della sanzione amministrativa pecuniaria e sono tenute a pagare un importo; riguardo alla qualità di parte dei gruppi di società nei procedimenti sanzionatori nel diritto sui cartelli cfr. JOST, *Parteien*, n. marg. 719 segg.; riguardo al diritto dell'UE in materia di cartelli cfr. anche RAUBER, *Verteidigungsrechte von Unternehmen*, pag. 109 seg.

239 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 2 n. marg. 83. Non avendo la capacità giuridica, in linea di massima le società di persone non hanno nemmeno la capacità di essere parte, cfr. JOST, *Parteien*, n. marg. 481 con ulteriori rinvii.

240 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 11 n. mar. 18, con rinvio alla DTF 100 la 392 consid. 1; 132 I 256 consid. 1.1; sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 4.1.4 con ulteriori rinvii – *Nikon*. Per maggiori informazioni sulla società semplice in quanto litisconsorzio cfr. JOST, *Parteien*, n. marg. 483 segg.

241 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 11 n. marg. 32 segg.

- *imprese individuali*: l'impresa individuale è la forma giuridica di un'impresa commerciale gestita dal titolare che ne è il solo proprietario<sup>242</sup>. L'impresa individuale non ha capacità giuridica: è il proprietario che rientra nel campo d'applicazione della legge e ha la capacità di essere parte<sup>243</sup>. A livello formale questa categoria non sembra porre problemi;
- *persone fisiche*: nell'ottica processuale le persone fisiche che esercitano un'attività commerciale e rientrano nel campo d'applicazione personale delle leggi speciali (p. es. LCart<sup>244</sup>, LTC, LDist, LAgr) sono considerate parti nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria. A livello formale, quindi, nemmeno questa categoria sembra porre problemi.

I gruppi di società, le società semplici e le imprese individuali in quanto tali non hanno quindi la qualità di parte, benché sul piano materiale rientrino appieno nel campo d'applicazione delle leggi speciali e siano le destinatarie delle disposizioni sanzionatorie. Nel caso dei gruppi di società, sono le società del gruppo a essere le parti nel procedimento di sanzione amministrativa. Nel caso delle società semplici e delle imprese individuali, invece, lo sono i proprietari (*Unternehmensträger*).

L'analisi ha mostrato che la prassi e la giurisprudenza hanno risolto le questioni legate alla qualità di parte basandosi sul diritto in vigore. Non è quindi necessario intervenire a livello legislativo.

## 5.2.2 Effetti della ristrutturazione dell'impresa sulla qualità di parte

Nel quadro di un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria, un'impresa può modificare la sua struttura sociale, ad esempio trasferendo l'attività economica ad altre imprese/società nel quadro di una successione universale, di una separazione o di un trasferimento di valori patrimoniali («asset deal»)<sup>245</sup>. La ristrutturazione può impedire la conclusione del procedimento di sanzione o l'esecuzione di una decisione di sanzione. Un'impresa può ad esempio sottrarsi al pagamento di un importo facendo

<sup>242</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 26 n. marg. 2, 5.

<sup>243</sup> Sentenza del TAF A-6542/2012 del 22 apr. 2013 consid. 1.2.

<sup>244</sup> Il termine *impresa* di cui all'art. 2 cpv. 1<sup>bis</sup> LCart comprende anche le persone fisiche attive p. es. in qualità di investitori professionali, BORER, *OFK-Wettbewerbsrecht I*, n. 7 ad art. 2 LCart.

<sup>245</sup> Riguardo ai diversi tipi di ristrutturazione dell'impresa, cfr. la sentenza del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 56 – *SLX/DCC* (non ancora passata in giudicato).

fallire la società sanzionata e continuare l'attività economica attraverso un'altra società<sup>246</sup>.

La PA in vigore non disciplina le conseguenze giuridiche della ristrutturazione di imprese. Appare opportuno chiarire se una tale modifica strutturale influisca in maniera decisiva sul procedimento amministrativo e, se del caso, sulla procedura di ricorso. A tal fine, occorre tenere in considerazione il campo d'applicazione personale delle leggi speciali, le parti interessate o i destinatari della decisione e la parte di responsabilità del gruppo di società per il comportamento illecito<sup>247</sup>.

Nella prassi in materia di diritto della concorrenza, la COMCO risolve questo problema riallacciandosi alla nozione d'impresa dal punto di vista economico (art. 2 cpv. 1<sup>bis</sup> LCart) e facendo rientrare nel campo d'applicazione della legge il nuovo proprietario dell'impresa (*Unternehmensträger*) se sussiste una continuità economica, ovvero se, dal punto di vista economico, il nuovo proprietario porta avanti l'impresa (principio della continuità dell'impresa [*Prinzip der Unternehmenskontinuität*])<sup>248</sup>.

Il Tribunale amministrativo federale sembra condividere questo approccio<sup>249</sup>. Tuttavia il Tribunale federale non ha ancora reso una decisione al riguardo. Non si è nemmeno espresso sulla problematica legata all'esecuzione della decisione di sanzione in caso di una ristrutturazione dell'impresa in seguito alla decisione di primo grado della COMCO. Infine, non è chiaro se il principio della continuità dell'impresa, così come risulta dalla definizione di *impresa* secondo il diritto sui cartelli, possa essere applicato ad altre leggi settoriali. In ogni caso, questo principio non risulta dalla PA stessa.

Da quanto precede emerge che occorre chiarire o disciplinare in una disposizione generale l'effetto giuridico di una ristrutturazione dell'impresa sul procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria e l'eventuale trasferimento della responsabilità per evitare che l'impresa possa sottrarsi a una sanzione. A tal fine è opportuno orientarsi al principio della continuità dell'impresa (*Unternehmenskontinuität*) invalso nella prassi relativa al diritto sui cartelli.

<sup>246</sup> Nell'ottica del diritto comparato, il § 81 par. 3a–3f della legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* [GWB]) disciplina la responsabilità dei gruppi di società per le violazioni commesse dalle filiali. La disposizione è stata introdotta per colmare la «lacuna della salsiccia» (*Wurstlücke*). All'origine vi erano le sanzioni contro imprese di lavorazione della carne che avevano partecipato al «cartello della salsiccia» (*Wurstkartell*). Una parte delle imprese sanzionate era riuscita a sfruttare la citata lacuna e quindi a sottrarsi alla sanzione trasferendo importanti valori patrimoniali ad altri gruppi di imprese. Cfr. al riguardo JUNGBLUTH ARMIN, Die 9. GWB-Novelle – Digitalisierung, Schliessung der Wurstlücke, Kartellschadensersatz und anderes mehr, in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, vol. 5 n. 6, 2017, pag. 257.

<sup>247</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 57 – *SIX/DCC*.

<sup>248</sup> Cfr. TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 100 seg. ad art. 49a LCart; cfr. anche ROTH, *CR-Concurrence*, n. 34 segg. ad Rem. art. 49a-53 LCart.

<sup>249</sup> Sentenza del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 56 segg., 1494 segg. – *SIX/DCC* (non ancora passata in giudicato).

### 5.2.3 Rappresentanza nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria

A seconda della loro forma giuridica, le imprese agiscono per il tramite dei loro organi, soci o rappresentanti; in funzione della loro forma giuridica e di come hanno regolato i poteri di rappresentanza nei confronti di terzi, si può trattare di più persone. Nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria, ci si chiede quali di queste persone fisiche possano rappresentare l'impresa nel procedimento e impegnarla con i loro atti. La vigente PA non regola esplicitamente tale questione<sup>250</sup>.

Il diritto penale applicabile alle imprese, per contro, contempla una disposizione che definisce la rappresentanza processuale dell'impresa (art. 112 CPP). In primo luogo, l'impresa designa da sé il rappresentante nella cerchia delle persone autorizzate a rappresentarla illimitatamente in materia civile (p. es. gestore, amministratori). Se l'impresa non designa il suo rappresentante, lo fa chi dirige il procedimento. Per evitare conflitti d'interesse, non può essere rappresentante chi è indagato per i medesimi fatti o per fatti connessi a quelli contestati all'impresa<sup>251</sup>.

Appare necessario regolare la questione della rappresentanza nel quadro dei procedimenti relativi alle sanzioni amministrative pecuniarie. Per motivi legati alla certezza del diritto, dovrebbe essere garantito che sia un'unica persona fisica a rappresentare l'impresa nel procedimento, non tutte le persone che possono rappresentarla illimitatamente in materia civile. Se tale persona fisica è oggetto di un procedimento penale per lo stesso fatto o per fatti connessi e quindi vi è un conflitto d'interessi tra la parte e i suoi organi o altri collaboratori, la legge dovrebbe prevedere la competenza del giudice di nominare d'ufficio un rappresentante. A tal fine, si raccomanda d'introdurre una disposizione generale basata sulla disposizione parallela nella procedura penale (art. 112 CPP).

### 5.2.4 Posizione giuridica dei collaboratori delle imprese

Nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria riguardanti le imprese occorre stabilire quale sia la posizione procedurale (parte o terzo) delle persone fisiche. Si tratta segnatamente dei rappresentanti attuali o degli ex rappresentanti dell'impresa (p. es. gli organi di una persona giuridica, cfr. n. 5.2.4.1 seg.) e degli altri collaboratori (che non sono né organi né rappresentanti, cfr. n. 5.2.4.3). La questione riveste un'importanza particolare per le imprese nella forma di persone giuridiche nonché per le società in nome collettivo e in accomandita.

<sup>250</sup> La rappresentanza (obbligatoria) e il patrocinio delle parti di cui agli art. 11 e 11b PA fanno sorgere una domanda diversa, ovvero se sussista il diritto di farsi rappresentare, che è una componente del diritto costituzionale di essere sentiti. L'art. 18 della legge del 4 dic. 1947 di procedura civile federale (RS 273), per contro, contempla una pertinente norma, ma questa non è applicabile perché manca il rimando esplicito alla procedura amministrativa.

<sup>251</sup> Cfr. il messaggio del 21 dicembre 2005 concernente l'unificazione del diritto processuale penale, pag. 1074.

La posizione giuridica dei collaboratori dell'impresa nel procedimento determina i diritti procedurali di cui dispongono (segnatamente il diritto di non deporre) e i loro obblighi.

### 5.2.4.1 Rappresentanti attivi dell'impresa

La rappresentanza è articolata in base alla forma giuridica dell'impresa nei confronti della quale è stato aperto un procedimento. Se si tratta di una *persona giuridica*, nei procedimenti amministrativi la rappresentanza è esercitata dai suoi *organi formali*<sup>252</sup> *attivi* e l'impresa agisce per mezzo di questi ultimi (art. 55 CC)<sup>253</sup>. Non è stato tuttavia ancora chiarito in via definitiva se ciò valga anche per gli *organi di fatto*<sup>254</sup> <sup>255</sup>. Le persone fisiche con una funzione di organo non hanno un diritto proprio alla qualità di parte (cfr. art. 6 in combinato disposto con art. 48 PA). Secondo la giurisprudenza, tuttavia, devono in linea di massima essere considerate parti<sup>256</sup>. Di conseguenza, non sono considerate terzi e non possono essere interrogate in qualità di testimoni con l'obbligo di dire la verità<sup>257</sup>. Se sono interrogati gli organi attivi, questi possono far valere tutti i diritti della difesa di cui dispongono le persone giuridiche.

Se si tratta di una *società in nome collettivo o in accomandita*, cui la legge conferisce la qualità di parte (art. 562 o art. 602 CO), la società è rappresentata dai soci nel procedimento<sup>258</sup>. Per quanto è dato sapere, finora non è ancora stato chiarito se i soci abbiano un diritto proprio o derivato alla qualità di parte, come gli organi di una per-

<sup>252</sup> Gli organi formali in una società anonima sono il consiglio d'amministrazione, l'assemblea generale, l'organo di revisione e la direzione nel quadro del trasferimento della gestione, (art. 698 seg., art. 716b CO, cfr. DTF 114 V 213 consid. 4.).

<sup>253</sup> DTF 147 II 144 consid. 4.6 con ulteriori rinvii – *Boycott Apple Pay*.

<sup>254</sup> Gli organi di fatto sono persone fisiche che prendono decisioni generalmente riservate agli organi societari o che si occupano della gestione degli affari propriamente detta e che quindi influenzano in maniera decisiva la volontà della società, cfr., tra tante altre, DTF 141 III 159 consid. 1.2.2 con ulteriori rinvii.

<sup>255</sup> Cfr. da un lato, l'*obiter dictum* della DTF 147 II 144 consid. 4.6 – *Boycott Apple Pay* secondo la quale le sentenze del TF menzionate non si riferiscono agli organi di fatto e, dall'altro, la DTF 141 III 159 consid. 2.3 segg., secondo la quale gli organi di fatto non possono rappresentare persone giuridiche nelle procedure di conciliazione. La dottrina penalistica non ammette la rappresentanza dell'impresa secondo l'art. 112 CPP da parte di un organo di fatto, ENGLER, *BSK-StPO*, n. 22 ad art. 112 CPP; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz – Hand- und Studienbuch*, Berna 2013, n. marg. 100.

<sup>256</sup> DTF 147 II 144 consid. 4.6 – *Boycott Apple Pay*.

<sup>257</sup> DTF 147 II 144 consid. 4.3 – *Boycott Apple Pay* e DTAF 2018 IV/12 consid. 3.2.4 con ulteriori rinvii alla dottrina. Secondo l'art. 178 lett. g CPP nel procedimento penale contro un'impresa è interrogato in qualità di persona informata sui fatti chi è stato o potrebbe essere designato rappresentante dell'impresa, come pure i suoi collaboratori.

<sup>258</sup> PESTALOZZI/VOGT, *BSK OR II*, n. 6 ad art. 562, PESTALOZZI/VOGT, *BSK OR II*, n. 1 ad art. 602 CO.

sona giuridica. Nella letteratura in materia di diritto civile, suscita controversie la domanda connessa se i soci o terzi cui è stata trasferita la gestione abbiano il diritto di non deporre o se possano essere interrogati in qualità di testimoni<sup>259</sup>.

La *PA* in vigore non contiene una disposizione esplicita sulla posizione procedurale dei rappresentanti attivi delle imprese sotto inchiesta. Nel quadro della procedura amministrativa, o quanto meno in quello dei procedimenti sanzionatori contro persone giuridiche fondati sul diritto dei cartelli, la citata giurisprudenza offre una base che potrebbe servire anche in altri ambiti del diritto. Non vi è quindi una necessità d'intervento legislativo immediato.

### 5.2.4.2 Ex rappresentanti

La questione dello statuto degli ex rappresentanti dell'impresa sotto inchiesta è stata tematizzata in diverse procedure di ricorso in materia di cartelli<sup>260</sup>. Il Tribunale federale ha deciso che gli ex organi sono terzi, non parti e quindi possono essere chiamati a testimoniare<sup>261</sup>. Con il venir meno della funzione di organo in un'impresa, la persona fisica non avrebbe più un interesse *diretto* all'esito del procedimento. Sempre secondo il Tribunale federale, ciò varrebbe anche nel caso in cui dovesse fare dichiarazioni in merito a eventi verificatisi nel periodo in cui aveva la qualità di parte e dai quali possono risultare svantaggi in termini di diritto civile nei rapporti con il suo ex datore di lavoro<sup>262</sup>. Un criterio centrale per distinguere gli organi attivi dagli ex organi è il momento determinante. Secondo la giurisprudenza, il momento determinante non è quello dell'apertura del procedimento, ma quello dell'audizione da parte dell'autorità sanzionatoria<sup>263</sup>.

Nel caso di società in nome collettivo o in accomandita, è lecito supporre che per i soci uscenti valga lo stesso che per gli ex organi delle persone giuridiche, nella misura in cui il contratto preveda l'avvicendamento dei soci. Gli ex membri possono quindi essere chiamati a testimoniare<sup>264</sup>. Per quanto è dato sapere, non è ancora stato chiarito come procedere in caso di avvicendamento della direzione operato tramite un terzo.

<sup>259</sup> Secondo alcuni autori della dottrina, i soci, indipendentemente dalla loro autorizzazione a rappresentare l'impresa, non possono essere chiamati a testimoniare, PESTALOZZI/VOGT, *BSK OR II*, n. 6 ad art. 562 CO; LEU, *ZPO-Kommentar*, n. 22 segg. ad art. 159 CPC. A volte la qualità di parte è conferita ai soci gerenti e a terzi incaricati della gestione per motivi diversi, cfr. JUNG PETER, Die Stellung der Gesellschafter im Zivilprozess der Gesellschaft, *BJM* 2009 pagg. 121–132, 125 seg.; BRÖNNIMANN, *BK-ZPO*, n. 5 ad art. 159 CPC; CHABLOZ, *FC-CPC*, n. 7 ad art. 159 CPC. Altri ritengono che l'art. 159 CPC non si applichi alle società in nome collettivo e alle società in accomandita, GUYAN PETER, in: Spühler/Tencio/Infanger, *Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3<sup>a</sup> ed., Basilea 2017, n. 3 ad art. 159 CPC.

<sup>260</sup> Cfr. DTF 147 II 144 – *Boycott Apple Pay*; DTAf 2018 IV/12.

<sup>261</sup> Cfr. DTF 147 II 144 consid. 4.7.2 – *Boycott Apple Pay*; DTAf 2018 IV/12 consid. 3.2.4.

<sup>262</sup> Cfr. DTF 147 II 144 consid. 4.7.2 – *Boycott Apple Pay*.

<sup>263</sup> DTAf 2018 IV/12 consid. 3.4 con ulteriori rinvii alla dottrina; confermata dalla DTF 147 II 144 consid. 4.7.1 seg. – *Boycott Apple Pay*.

<sup>264</sup> Riguardo all'audizione dei testimoni nel processo civile, cfr. HASENBÖHLER FRANZ/YAÑEZ SONIA, *Das Beweisrecht der ZPO* – vol. 2, Die Beweismittel, Zurigo/Basilea/Ginevra 2019, n. marg. 4.50; PESTALOZZI/VOGT, *BSK OR II*, n. 6 ad art. 562 CO.

La vigente PA non prevede una regolamentazione esplicita della posizione procedurale degli ex rappresentanti dell'impresa sotto inchiesta. Per i procedimenti sanzionatori di diritto dei cartelli, la citata giurisprudenza del Tribunale federale fornisce una base di diritto giudiziale che potrebbe servire anche in altri ambiti del diritto.

### 5.2.4.3 Altri membri delle imprese

Di norma, gli *altri membri* delle imprese sotto inchiesta (p. es. i collaboratori) non hanno la qualità di parte. Sono quindi considerati terzi e sottostanno all'obbligo di testimoniare (art. 15 PA)<sup>265</sup>.

In linea di principio, i testimoni sono sottoposti all'obbligo di dire la verità nel quadro dell'interrogatorio (art. 307 CP)<sup>266</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria contro un'impresa, la persona obbligata a testimoniare non può invocare i diritti alla difesa che sono prerogativa dell'impresa stessa in quanto parte. In particolare, non può far valere il diritto di non testimoniare basato sul diritto di non autoincriminarsi della parte<sup>267</sup>. Il testimone può tuttavia rifiutare di deporre se la risposta a una domanda lo esporrebbe a procedimento penale o a un danno pecuniario immediato (art. 16 PA in combinato disposto con art. 42 cpv. 1 della legge di procedura civile federale)<sup>268</sup>. Questo potrebbe ad esempio essere il caso se il testimone avesse commesso una falsità in documenti secondo il CP nel quadro della sua attività presso l'impresa sulla quale deve testimoniare.

### 5.2.5 Sintesi intermedia

La maggior parte dei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria è rivolta contro persone giuridiche che, in virtù della loro capacità giuridica, hanno anche la capacità di essere parte. Spesso, tuttavia, le leggi speciali riguardano anche a soggetti che non hanno la capacità giuridica o di essere parte (p. es. i gruppi di imprese o le imprese individuali) e che quindi non hanno la qualità di parte nei procedimenti relativi alle sanzioni amministrative pecuniarie. Secondo la prassi, in questi casi le parti sono le singole società del gruppo o i proprietari dell'impresa (*Unternehmensträger*). A livello giuridico, non sono emersi problemi riguardo alla qualità di parte.

L'impresa sotto inchiesta può tentare di sottrarsi al pagamento dell'importo della sanzione facendo fallire la società sanzionata e continuando l'attività economica attra-

<sup>265</sup> DTF 147 II 144 consid. 4.6 – *Boycott Apple Pay*. Cfr. anche DTAF 2018 IV/12 consid. 3.2.4. Nel diritto dei cartelli, cfr. anche ROTH, *CR-Concurrence*, n. 29 ad Rem. art. 49a-53 LCart.

<sup>266</sup> DTF 147 II 144 consid. 4.3 – *Boycott Apple Pay*.

<sup>267</sup> Nella DTF 147 II 144 consid. 5.2.3 – *Boycott Apple Pay* il TF ha ritenuto che il principio del *nemo tenetur* applicato alle imprese ha come unico scopo quello di garantire alle persone interessate dall'inchiesta un diritto di difesa efficace. Ha inoltre osservato che non è chiaro se l'audizione di ex organi incida sulla possibilità di una difesa efficace per l'impresa interessata, tanto più che le dichiarazioni non possono esserle ascritte.

<sup>268</sup> Cfr. DTF 147 II 144 consid. 5.2 *in fine*, – *Boycott Apple Pay*.

verso un'altra società. La vigente PA non contempla disposizioni esplicite per contrastare la vanificazione delle sanzioni. Occorrerebbe quindi regolare per legge, sotto forma di una disposizione generale, gli effetti di diritto processuale e della responsabilità che ha la *ristrutturazione dell'impresa* sul procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. A tal fine è opportuno orientarsi al principio di continuità dell'impresa (*Unternehmenskontinuität*) invalso nella prassi in materia di cartelli.

È necessario intervenire a livello legislativo anche per quanto riguarda la *rappresentanza dell'impresa* nei procedimenti di sanzione amministrativa. Secondo il diritto vigente l'impresa può essere rappresentata da più persone fisiche in un procedimento sanzionatorio. Per motivi legati alla certezza del diritto, occorrerebbe limitare la rappresentanza a una sola persona fisica. Si dovrebbe inoltre creare la *competenza di nominare un rappresentante d'ufficio* nel caso di conflitti d'interesse tra le parti e i loro organi. A tal fine, si raccomanda l'introduzione di una disposizione generale basata sulla disposizione parallela nella procedura penale (art. 112 CPP).

Benché la legge non disciplini espressamente la *posizione procedurale dei membri* di un'impresa (organi, collaboratori ecc.) interessati da un procedimento, la giurisprudenza in materia di diritto dei cartelli ha già risolto numerose questioni legate all'applicazione e potrebbe servire da guida in altri ambiti del diritto. A livello normativo, non sono sorti problemi riguardo alla posizione procedurale dei membri di un'impresa.

## 5.3 Collaborazione delle parti all'accertamento dei fatti

### 5.3.1 Situazione iniziale

La procedura amministrativa è retta dal principio inquisitorio (art. 12 PA), secondo il quale spetta all'autorità accertare i fatti giuridicamente rilevanti. Questa massima è limitata dall'obbligo di collaborare delle parti<sup>269</sup> o, a seconda del punto di vista, tale obbligo integra la massima<sup>270</sup>. Le autorità e le parti collaborano all'accertamento dei fatti in funzione delle loro diverse responsabilità<sup>271</sup>. L'obbligo generale delle parti di collaborare all'accertamento dei fatti risulta dal principio della buona fede (art. 5 cpv. 3 Cost)<sup>272</sup>. L'obbligo di collaborare nel quadro delle procedure amministrative è sancito dall'articolo 13 PA e da numerose leggi speciali. Si estende a tutti i mezzi di

<sup>269</sup> Cfr. DTF 125 V 193 consid. 2; sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone di Berna del 23 mar. 1999, in: Raccolta della giurisprudenza amministrativa bernese (BVR) anno 2000 n. 9 pag. 428 consid. 4a (disponibile in tedesco).

<sup>270</sup> Cfr. la sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 5.3.2 – *Swiss International Airlines*, sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone di Berna del 30 lug. 2018, in: Raccolta della giurisprudenza amministrativa bernese (BVR) anno 2019 n. 3 pag. 122 consid. 3.3.2 (disponibile in tedesco); Riguardo all'intera tematica, cfr. DAUM, *VPRG/BE-Kommentar*, n. 5 ad art. 18 della legge sulla giurisdizione amministrativa del Cantone di Berna (VRPG/BE); AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 1 ad art. 13 PA.

<sup>271</sup> DAUM, *VPRG/BE-Kommentar*, n. 5 ad art. 18 della legge sulla giurisdizione amministrativa del Cantone di Berna (VRPG/BE).

<sup>272</sup> AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 18, 30 ad art. 13 PA; sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 5.3.2 – *Swiss International Airlines*.

prova menzionati nella PA, e quindi la parte è obbligata a presentare atti, fornire informazioni o tollerare sopralluoghi<sup>273</sup>. L'autorità amministrativa precisa tale obbligo in ogni caso d'applicazione, informando la parte dell'esistenza e della portata di tale obbligo<sup>274</sup>. Per far valere gli obblighi di collaborare, può impiegare mezzi coercitivi di diritto amministrativo e penale.

Viceversa, nei procedimenti penali vige il principio in forza del quale nessuno può essere obbligato ad autoincriminarsi (*nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere*, diritto di non autoincriminarsi o di non collaborare). Questi due principi inquisitori possono entrare in conflitto qualora la situazione di fatto presenti una componente di diritto amministrativo e una di diritto penale, come è di regola il caso per le sanzioni amministrative pecuniarie.

I seguenti numeri precisano gli obblighi di collaborare (5.3.2), il contenuto e la portata del principio del *nemo tenetur* (5.3.3) e i conflitti tra i due principi inquisitori (5.3.4). Il numero 5.3.5 illustra le proposte di soluzione avanzate finora dai tribunali, dal legislatore e dalla dottrina. Infine, il rapporto illustra le tre opzioni per risolvere i conflitti prese in considerazione nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie (n. 5.3.6).

## 5.3.2 Obbligo di collaborare amministrativo

### 5.3.2.1 In generale

Nei procedimenti di sanzione amministrativa avviati d'ufficio, l'obbligo di collaborare delle parti deriva primariamente dagli obblighi d'informazione e di rivelazione imposti dalle leggi speciali (cfr. art. 13 cpv. 1 lett. c PA). A titolo d'esempio, si possono citare gli articoli 40 LCart, 98 lettera a e 108 lettera a LGD nonché 59 LTC. Gli obblighi d'informazione e di rivelazione possono risultare anche dal principio della buona fede, come confermato ad esempio dal Tribunale amministrativo federale nel caso di un'impresa di trasporto aereo in relazione all'articolo 122a LStrI, alla luce degli interessi in gioco e delle conoscenze specialistiche dell'impresa<sup>275</sup>.

Le leggi speciali possono inoltre imporre anche *atti* di collaborazione particolari quali l'obbligo di comunicazione o d'allestire documenti. Questi obblighi di collaborazione più estesi rispetto a quelli d'informazione e di rivelazione sono tipici per i settori dell'economia regolamentati in cui vige una vigilanza particolare sulle imprese<sup>276</sup>. Gli obblighi di comunicazione perseguono la trasmissione (spontanea) di informazioni rilevanti nel singolo caso. Gli obblighi di documentare obbligano la parte sottoposta a vigilanza ad allestire e conservare una documentazione relativa alle proprie attività, peraltro suscettibili di essere rilevanti sotto il profilo penale, e a trasmetterla all'autorità di vigilanza periodicamente o su richiesta. Esempi al riguardo si trovano negli

<sup>273</sup> AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 3 ad art. 13 PA.

<sup>274</sup> AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 7 ad art. 13 PA; DTF 132 II 113 consid. 3.2.

<sup>275</sup> Sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 5.3.2., 5.3.6 – *Swiss International Airlines*. Nella citata sentenza vengono giudicati gli obblighi di collaborazione alla luce della presunzione legale secondo l'art. 122a cpv. 3 lett. a – b LStrI. Cfr. anche AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 30 ad art. 13 PA;

<sup>276</sup> KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *Praxiskommentar VwVG*, n. 35 seg. ad art. 13 PA. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 39 seg.

articoli 6 e seguente LSRPP, 43 LGD, 104 LStrI, 43 LAgr, 23 capoverso 1 PO, 9 LCart, 7 capoverso 2 LDist nonché 15 e seguenti LRTV.

L'obbligo di collaborare di diritto amministrativo persegue molteplici scopi. Serve in primo luogo a ottimizzare la ricerca della verità materiale<sup>277</sup>. È anche utile per accertare i fatti di cui la parte ha una migliore conoscenza rispetto all'autorità e che non potrebbero essere accertati senza la sua collaborazione, se non al prezzo di un onere eccessivo<sup>278</sup>. L'obbligo di collaborare permette di raccogliere le prove presso le parti e rappresenta, per l'autorità amministrativa, uno strumento per acquisire informazioni. Dal momento che la parte è tenuta a collaborare nel procedimento amministrativo, l'autorità amministrativa non deve ricorrere a misure coercitive quali, segnatamente, la perquisizione domiciliare del diritto penale. Senza la collaborazione della parte, l'applicazione del diritto amministrativo sarebbe seriamente compromessa<sup>279</sup>.

### 5.3.2.2 Informazione sugli obblighi di collaborazione concreti

Secondo la prassi, le autorità amministrative informano le parti sui loro obblighi di collaborare nel procedimento e sulle conseguenze del rifiuto di collaborare<sup>280</sup>. L'obbligo d'informare rappresenta quindi la controparte dell'obbligo di collaborare. L'autorità amministrativa deve informare in maniera adeguata i partecipanti al procedimento sui fatti da provare (p. es. sotto forma di misure istruttorie)<sup>281</sup> e precisare cosa si attende da loro in termini di complementi, spiegazioni o eventuali mezzi di prova. La PA non regola esplicitamente l'informazione della parte sugli obblighi di collaborazione. L'informazione può essere fornita assieme alla comunicazione dell'apertura del procedimento (n. 5.1.2).

### 5.3.2.3 Collaborazione volontaria e forzata

La parte chiamata a collaborare all'accertamento dei fatti passibili di sanzione può scegliere se collaborare o no. Se collabora, rinuncia all'eventuale diritto di non di collaborare<sup>282</sup>. In questo caso, non vi è nemmeno un conflitto con il principio del *nemo tenetur*. Del resto, la collaborazione può rivelarsi vantaggiosa per la parte in termini di reputazione<sup>283</sup>. Collaborando può infatti evitare misure di raccolta delle prove più

<sup>277</sup> MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 36; RHINOW RENÉ A. E ALTRI., *Öffentliches Prozessrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, n. marg. 1208.

<sup>278</sup> Cfr., tra tante altre, DTF 143 II 425 consid. 5.1.

<sup>279</sup> In questo senso, MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 36 seg.; SEILER, *Missverhältnis*, pag. 14.

<sup>280</sup> Cfr. al riguardo la sentenza del TF 2C\_165/2018 del 19 set. 2018 consid. 2.2.2.

<sup>281</sup> Quest'informazione sull'obbligo di collaborare va distinta dall'ordinanza sulle prove. Cfr. al riguardo AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 24 seg. ad art. 12 PA.

<sup>282</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 125 – *Swisscom ADSL*.

<sup>283</sup> Per un approfondimento sui motivi, cfr. la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 126 seg. – *Swisscom ADSL*.

invasive quali l'audizione di testimoni o, se previsto da una legge speciale, la perquisizione domiciliare, che potrebbero peraltro ripercuotersi negativamente sulla sua attività. Infine, la parte può anche accettare di collaborare nella speranza di vedersi ridurre la sanzione.

Se la parte obbligata a collaborare non adempie ai suoi obblighi volontariamente, l'autorità amministrativa può ricorrere ai mezzi coercitivi previsti dalla PA o dalle leggi speciali. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il carattere volontario della collaborazione viene meno solo se nel singolo caso è fatta esplicita minaccia dell'uso di mezzi coercitivi<sup>284</sup>.

La PA prevede, in maniera generale, che il giudice possa considerare il rifiuto di collaborare come elemento a sfavore della parte nel quadro dell'apprezzamento delle prove (art. 19 PA in combinato disposto con l'art. 40 della legge di procedura civile federale)<sup>285</sup>. La parte può inoltre anche essere punita con l'ammonimento o con una multa disciplinare fino a 500 franchi (art. 19 in combinato disposto con art. 60 PA). L'atteggiamento non cooperativo può anche essere considerato come elemento a sfavore della parte nel quadro del trasferimento dei costi (cfr. art. 63 cpv. 3 PA)<sup>286</sup>. Un'altra possibilità è l'avvio del perseguimento penale per inosservanza di una decisione intimata dall'autorità secondo l'articolo 292 CP. La dottrina non è unanime quanto alla possibilità di ordinare anche misure esecutorie per far valere gli obblighi di collaborare<sup>287</sup>.

284 Cfr. DTF 142 IV 207 consid. 8.3.1 – *Bankunterlagen*; 140 II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*. L'esigenza supplementare di una minaccia concreta si trova anche nella recente giurisprudenza del TF sul diritto fiscale (cfr. DTF 138 IV 53 consid. 2.6.2) e in nuove regolamentazioni in questo settore (cfr. art. 183 cpv. 1<sup>bis</sup> della legge federale del 14 dic. 1990 sull'imposta federale diretta [LIFD; RS 642.11]), art. 57a cpv. 2 e 72g della legge federale del 14 dic. 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni [LAID; RS 642.14]). Nella letteratura questa prassi viene in parte criticata. Tra gli autori che condividono questo punto di vista cfr.: FELLMANN/VETTERLI, *Nemo tenetur*, pag. 48; HEINEMANN ANDREAS/HEIZMANN RETO, *Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation*, in: Sethe Rolf, *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Berna 2011, pagg. 63–82, 79; contrari: MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pagg. 47 e 73; ROTH, *Zum Zweiten*, n. marg. 34 seg.

285 Alcuni autori della dottrina sono a favore dell'*inversione dell'onere della prova* come sanzione processuale per violazione grave degli obblighi di collaborare di diritto amministrativo, SUTTER PETER, *Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens*, tesi di dottorato, San Gallo 1988, pag. 192 seg.; CANDRIAN JÉRÔME, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, Basilea 2013, n. 64 con ulteriori rinvii, riguardo all'intera tematica cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 43.

286 AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 43 ad art. 13 PA.

287 Favorevole: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, n. marg. 467, con rinvio alla decisione 1987 n. 54 consid. 2.1 (UFG; disponibile in tedesco e francese); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. marg. 995; esprime riserva: AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 41 ad art. 13 PA; MEYER, *Mitwirkungsmaxime*, n. marg. 785; contrario: KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, n. marg. 714; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *Praxiskommentar VwVG*, n. 70 seg. ad art. 13 PA.

Tra le  *misure coercitive previste dalle leggi speciali*  si annoverano ad esempio l'ordine di un pregiudizio amministrativo di natura giuridica per violazione degli obblighi<sup>288</sup>, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>289</sup>, il perseguimento penale<sup>290</sup> o, come previsto nel diritto dei cartelli, l'obbligo per la parte di deporre con comminatoria di pena in caso di falsa testimonianza<sup>291</sup>. Per completezza, va aggiunto che la legge sui cartelli prevede anche la possibilità della perquisizione domiciliare e il sequestro dei mezzi di prova (cfr. art. 42 cpv. 2 LCart). Queste misure rappresentano delle alternative alla raccolta delle prove con la collaborazione della parte.

Da quanto esposto emerge che l'autorità amministrativa dispone di un ampio spettro di mezzi coercitivi previsti da leggi sia generali sia speciali per l'applicazione coattiva degli obblighi di collaborare. Nell'ottica del diritto convenzionale e costituzionale, l'applicazione coattiva degli obblighi di collaborare non è problematica al di fuori del campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali. Non è tuttavia chiaro in quale misura il ricorso a tali mezzi sia compatibile con il principio del *nemo tenetur* nel quadro di procedure relative a sanzioni amministrative pecuniarie o di procedure amministrative, penali o relative a sanzioni amministrative parallele (cfr. n. 5.3.3 segg.).

### 5.3.3                    **Diritto di non autoincriminarsi del diritto penale (principio del *nemo tenetur*)**

Il principio del *nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere* sancito dal diritto penale fonda il diritto della persona accusata di non contribuire attivamente alla propria condanna (nessuno è obbligato a incriminarsi o accusarsi). Il principio del *nemo tenetur*, anche chiamato diritto di non autoincriminarsi o diritto di non rispondere e di non collaborare oppure divieto dell'obbligo di deporre a proprio carico, non è sancito espressamente né dalla CEDU né dalla Costituzione federale<sup>292</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'articolo 6 CEDU e gli articoli 29 e 32 Cost. sanciscono il diritto di non rispondere (non scritto) e il diritto di non dover contribuire alla propria incriminazione<sup>293</sup>. A livello di legge, il principio del *nemo tenetur* è precisato all'articolo 113 capoverso 1 CPP.

Il diritto di non autoincriminarsi assicura alla persona accusata la protezione dalla coercizione delle autorità e quindi un processo equo. La persona accusata non deve segnatamente venire a trovarsi nell'*inammissibile situazione di conflitto* che la vedrebbe costretta a consegnarsi da sé alle autorità preposte al perseguimento penale.

288 P. es. l'art. 15 LGD prevede la revoca, la limitazione e la sospensione della concessione in caso di contravvenzione (grave) alla LGD, alle disposizioni d'esecuzione o alla concessione.

289 P. es. l'art. 52 LCart (violazione dell'obbligo di fornire informazioni); riguardo alla possibilità di punire la collaborazione negata con una sanzione amministrativa pecuniaria cfr. anche la decisione della PostCom 16/2015 del 25 giu. 2015.

290 P. es. art. 48 FINMA, 55 LCart o 12 cpv. 1 lett. a LDist.

291 Art. 42 cpv. 1 LCart in combinato disposto con l'art. 64 della legge di procedura civile federale (non applicato dall'autorità della concorrenza nella prassi). Va aggiunto che la regolamentazione fondamentale della PA non prevede la possibilità di esigere dalle parti una deposizione sotto minaccia di sanzione penale (cfr. art. 19 PA).

292 Il diritto internazionale sancisce il principio all'art. 14 cpv. 3 lett. g del Patto II dell'ONU.

293 Cfr. DTF 140 II 384 consid. 3.3.2 – *Spielbank*; 142 IV 207 consid. 8.3 – *Bankunterlagen*.

Nel procedimento penale tale diritto si traduce nella facoltà di non rispondere e nel diritto di non contribuire *attivamente* alla propria incriminazione<sup>294</sup>. L'accusato decide se fornire informazioni<sup>295</sup>, produrre documenti<sup>296</sup> o rinunciare a collaborare e tacere. Oltre alle informazioni direttamente incriminanti, sono protette anche quelle che a prima vista non sembrano esserlo<sup>297</sup>. Dal principio del *nemo tenetur* scaturisce l'obbligo per le autorità penali di non fare ricorso a prove ottenute con la pressione o la coercizione in dispregio del volere dell'accusato<sup>298</sup>. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU e del Tribunale federale, il principio del *nemo tenetur* non vale tuttavia in questa forma assoluta<sup>299</sup>: non vieta ogni obbligo di fornire informazioni; vieta più che altro una coercizione *abusiva* («improper compulsion»/«coercition abusive») per ottenere una collaborazione attiva in un procedimento penale<sup>300</sup>. Per stabilire se la coercizione è abusiva, occorre tenere conto del tipo e della gravità della coercizione, dell'utilizzo delle prove così ottenute e di altre prove nonché delle possibilità di difesa della persona in questione (*garanzie procedurali*)<sup>301</sup>. Un altro aspetto da considerare nel quadro di questa valutazione è il tipo e la portata delle informazioni richieste (p. es.

294 Cfr. la sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 68; anche citata nella DTF **140** II 384 consid. 3.3.2 – *Spielbank*; LIEBER, *StPO-Kommentar*, n. 1, 19 ad art. 113 CPP.

295 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Marttinen c. Finlandia* del 21 apr. 2009, n. 19235/03 § 73; *Shannon c. Regno Unito* del 4 ott. 2005, n. 6563/03 § 39 seg.

296 Cfr. la sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 65; RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basilea 2011, n. marg. 834.

297 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 268; *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 71.

298 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 68; *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 64; cfr. anche DTF **140** II 384 consid. 3.3.2 – *Spielbank* con ulteriori rinvii.

299 Cfr. le sentenze della Corte EDU *O'Halloran and Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 53; *Weh c. Austria* del 8 apr. 2004, n. 38544/97 § 46; *Heaney & McGuinness c. Irlanda* del 21 dic. 2000, n. 347/97, Recueil CourEDH 2000-XII § 47; *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 269. DTF **142** IV 207 consid. 8.4 – *Bankunterlagen*: **140** II 384 consid. 3.3.5 – *Spielbank*.

300 DTF **142** II 243 consid. 3.3; **140** II 384 consid. 3.3.2 – *Spielbank*: sentenza della Corte EDU *Marttinen c. Finlandia* del 21 apr. 2009, n. 19235/03 § 60, con rinvio alla sentenza *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 68; *Murray c. Regno Unito* dell'8 feb. 1996, n. 18731/91, Recueil CourEDH 1996-I § 45 seg.

301 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Jalloh c. Germania* dell'11 lug. 2006 [Grande Camera], n. 54810/00, Recueil CourEDH 2006-IX § 101 seg.; *O'Halloran and Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 55 seg.; cfr. anche OTT, *nemo tenetur*, pag. 153 segg.

le informazioni da fornire sono chiaramente descritte e circoscritte)<sup>302</sup>. Anche l'interesse pubblico (in particolare alla ricerca della verità e al perseguimento penale) può essere preso in considerazione per valutare se il processo è equo nel suo complesso<sup>303</sup>.

I criteri menzionati permettono quindi di stabilire se i diversi mezzi coercitivi usati per far valere gli obblighi di collaborare (cfr. n. 5.3.2.3) sono compatibili con il diritto di non autoincriminarsi. Va notato che minacciare di una sanzione penale una persona che rifiuta di collaborare rappresenta una coercizione inammissibile secondo l'articolo 6 CEDU, quantomeno nel quadro di un procedimento penale contro una persona fisica<sup>304</sup>. Secondo la Corte EDU, è ammissibile tenere conto del rifiuto di collaborare nel quadro del libero apprezzamento delle prove se vi sono altri elementi di prova e se l'unica conclusione ragionevole derivante dal silenzio della parte è che non può dare risposta alle accuse mosse nei suoi confronti<sup>305</sup>. Infine, sono esclusi i mezzi coercitivi previsti dalla legge quali la perquisizione domiciliare.

Il principio del *nemo tenetur* si applica in primo luogo ai procedimenti penali contro persone fisiche. Si applica anche espressamente nel quadro delle procedure penali contro imprese conformemente agli articoli 265 capoverso 2 lettera c e 178 lettera g CPP. La portata del diritto di non incriminarsi nei procedimenti penali contro imprese è controversa<sup>306</sup>. La Corte EDU ha confermato implicitamente che l'articolo 6 CEDU si applica alle *persone giuridiche*<sup>307</sup>. Per quanto è dato sapere, non si è ancora pronunciata sulla portata del principio del *nemo tenetur* per le persone giuridiche<sup>308</sup>.

La *PA* non contiene disposizioni sul diritto di non autoincriminarsi. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, questo principio, derivante dal diritto di rango superiore, si applica direttamente nel quadro dei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria contro imprese, sempreché tali procedimenti costituiscano un'accusa

<sup>302</sup> Sentenza Corte EDU *O'Halloran and Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 58 con ulteriori rinvii.

<sup>303</sup> Sentenza della Corte EDU *Jalloh c. Germania* dell'11 lug. 2006 [Grande Camera], n. 54810/00, Recueil CourEDH 2006-IX § 97; cfr. anche PABEL KATHARINA, in: Grabenwarter (a. c.), *Europäischer Grundrechtsschutz – Enzyklopädie Europarecht*, vol. II, 1a ed., Zurigo/San Gallo 2014, § 19 n. marg. 94; DTF 142 IV 207 consid. 8.4 – *Bankunterlagen*.

<sup>304</sup> WOHLERS/GODENZI, *Strafbewehrte Verhaltenspflichten*, pag. 1057.

<sup>305</sup> Cfr. le sentenze della Corte EDU *Telfner c. Austria* del 20 mar. 2001, n. 33501/96 § 17 seg.; *Condron c. Regno Unito* del 2 mag. 2000, n. 35718/97, Recueil CourEDH 2000-V § 56 seg.; *Murray c. Regno Unito* dell'8 feb. 1996, n. 18731/91, Recueil CourEDH 1996-I § 47 seg. Cfr. anche la sentenza del TF 1P.641/2000 del 24 apr. 2001 consid. 3. Secondo la sentenza del TPF SK.2019.13 del 17 giu. 2020 consid. 1.1.14 (non ancora passata in giudicato), la conciliabilità con l'art. 6 CEDU deve essere valutata caso per caso e tenendo conto di tutte le circostanze.

<sup>306</sup> GLESS SABINE in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, *Basler Kommentar – Strafprozessordnung*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, n. 24 ad art. 140 CPP.

<sup>307</sup> Cfr. le sentenze della Corte EDU *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 mar. 2014, n. 18640/10; *SA-Capital Oy c. Finlandia* del 14 feb. 2019, n. 5556/10; *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia* del 27 set. 2011, n. 43509/08.

<sup>308</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 95 – *Swisscom ADSL*; cfr. anche MEYER, *Mitwirkungsmaxime*, n. marg. 463; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, *EMRK-Handkommentar*, n. 4, 137 ad art. 6 CEDU, con pareri contrari; ROTH, *Zum Zweiten*, n. marg. 43 seg.; MEYER, *EMRK-Kommentar*, n. 6, 133 ad art. 6 CEDU.

penale secondo l'articolo 6 CEDU<sup>309</sup>. Per quanto riguarda le persone giuridiche, tuttavia, il principio del *nemo tenetur* non ha lo scopo di tutelare l'autonomia della volontà, visto che questo concetto è connesso a quello della dignità umana, ma solo di assicurare un diritto efficace alla difesa<sup>310</sup>. Questa finalità di protezione limitata assume una rilevanza nell'applicazione del principio del *nemo tenetur* nei procedimenti contro le imprese, poiché rispetto ai procedimenti rivolti alle persone fisiche anche la sua applicazione è limitata<sup>311</sup>. Nella letteratura questa giurisprudenza suscita controverse<sup>312</sup>.

### 5.3.4 Tipiche situazioni di conflitto tra gli obblighi di collaborare e il diritto di non autoincriminarsi

Nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria, che costituisce un'accusa penale secondo l'articolo 6 CEDU, si verifica un conflitto con il diritto di non autoincriminarsi quando la parte si rifiuta di collaborare volontariamente e l'autorità ricorre o minaccia di ricorrere a mezzi coercitivi. In questa situazione, occorre stabilire se la parte abbia il *diritto di non rispondere o non collaborare* e, in caso affermativo, se l'autorità incaricata di pronunciare la sanzione amministrativa debba *informare* la parte del fatto che beneficia di tale diritto. La vigente PA non disciplina tali questioni. Per quanto riguarda le proposte di soluzione della giurisprudenza e della dottrina si veda il numero 5.3.5.

Una seconda situazione conflittuale sorge nel caso in cui sono svolti un procedimento amministrativo e un procedimento di *sanzione* amministrativa pecuniaria contro la stessa parte e per gli stessi fatti, ma in tempi diversi (procedimenti paralleli). Questo può ad esempio essere il caso quando un'autorità amministrativa apre prima un procedimento in materia di vigilanza per il ripristino dell'ordinamento legale e poi un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. Se le prove raccolte nel primo procedimento amministrativo «normale» sono usate nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria, vi è un conflitto con il diritto di non autoincriminarsi se la parte non ha adempiuto il suo obbligo di collaborare in modo volontario e ciò è stato sanzionato con una coercizione inammissibile alla luce del principio del *nemo tenetur*. Si tratta quindi di stabilire se queste prove raccolte legalmente nel quadro del procedimento amministrativo «normale» possano essere usate nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria e se l'autorità amministrativa debba *informare* la parte già

<sup>309</sup> Cfr. DTF 147 II 144 consid. 5.2.1 – *Boycott Apple Pay*; DTF 140 II 384 consid. 3.3.2 segg. – *Spielbank*; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 100 – *Swisscom ADSL*; TAF 2011/32 consid. 5.7.4.2. Cfr. nella letteratura MEYER, *Mitwirkungsmaxime*, n. marg. 466; critico rispetto all'applicabilità del principio del *nemo tenetur* nel procedimento di sanzione amministrativa: SEILER, *Missverhältnis*, pag. 18 seg.; nella letteratura sul diritto sui cartelli cfr. BOVET CHRISTIAN/SABRY YASMINE, in: Martenet/Bovet/Tercier (a. c.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea, 2013, n. 29 seg. ad art 42 LCart; SPITZ, *Problemstellungen*, pag. 557.

<sup>310</sup> DTF 147 II 144 consid. 5.2.2 seg. – *Boycott Apple Pay*; cfr. anche DTF 140 II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*; 142 IV 207 consid. 8.3.3 – *Bankunterlagen*.

<sup>311</sup> DTF 147 II 144 consid. 5.2.2 seg. – *Boycott Apple Pay*; cfr. anche MEYER, *Mitwirkungsmaxime*, n. marg. 466.

<sup>312</sup> Cfr. la sintesi dei pareri in MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 20.

nel procedimento amministrativo «normale» sull'eventuale utilizzo successivo delle prove. Infine, ci si chiede se la parte possa invocare il diritto di non rispondere o di non collaborare già nel procedimento amministrativo normale quando rischia di essere aperto un procedimento (parallelo) di sanzione amministrativa pecuniaria. Attualmente la PA non disciplina tali questioni.

Si hanno procedure parallele anche in caso di procedimento amministrativo e di procedimento penale svolti per gli stessi fatti e contro la stessa parte, ma in tempi diversi<sup>313</sup>. L'utilizzo in un procedimento penale dei mezzi di prova raccolti in modo coattivo in un procedimento amministrativo solleva questioni analoghe a quelle appena esposte. Va aggiunto che il CPP non contiene una disposizione specifica sull'uso delle prove così ottenute. Questa situazione si presenta spesso nella prassi, soprattutto nel campo del diritto della circolazione stradale, del diritto fiscale e del diritto in materia di mercati finanziari<sup>314</sup>. Ciò si spiega con il fatto che numerose leggi assoggettano le autorità amministrative e le autorità di perseguimento penale all'obbligo di prestarsi assistenza giuridica e giudiziaria. La parte al procedimento amministrativo deve quindi partire dal presupposto che l'autorità amministrativa trasmetta le informazioni alle autorità penali e che tra di esse ci possano essere anche quelle ottenute in modo coattivo nel quadro dell'obbligo di collaborare.

### 5.3.5 Proposte di soluzione dei tribunali, del legislatore e della dottrina

#### 5.3.5.1 Giurisprudenza dei tribunali svizzeri

Il Tribunale federale si è già espresso a più riprese sulla questione della compatibilità tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur* nel contesto dei procedimenti sanzionatori. A seconda della causa, si è trattato dell'uso delle prove in un procedimento di sanzione amministrativa o in un procedimento penale.

In una causa concernente una casa da gioco concessionaria (*Spielbank*) colpita da una sanzione amministrativa pecuniaria, il Tribunale federale ha ritenuto che il principio del *nemo tenetur* non era applicabile in maniera assoluta e che occorre trovare il giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco nel singolo caso, fermo restando che il diritto di non autoincriminarsi può essere limitato<sup>315</sup>. Secondo il Tribunale federale, la giurisprudenza della Corte EDU deve essere adeguata alle specificità del procedimento amministrativo, perché, essendo sviluppata principalmente nel contesto del diritto penale, risulta eccessiva nelle cause di diritto in materia di vigilanza<sup>316</sup>. Il Tribunale federale sottolinea inoltre che, nella causa in questione, l'impresa aveva chiesto l'au-

<sup>313</sup> Se un procedimento di sanzione amministrativa e un procedimento penale sono svolti parallelamente, il principio del *nemo tenetur* si applica in entrambi i casi e quindi le questioni sollevate non si pongono. Per quanto riguarda il divieto di un secondo giudizio, cfr. n. 5.9.5.

<sup>314</sup> LIEBER, *StPO-Kommentar*, n. 56 ad art. 113 CPP.

<sup>315</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.5 – *Spielbank*.

<sup>316</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.2 – *Spielbank*.

torizzazione d'esercizio per la sua casa da gioco prima del procedimento sanzionatorio, nella consapevolezza che ciò avrebbe fondato l'obbligo legale di collaborare. L'impresa ha quindi istaurato un rapporto giuridico particolare con la Confederazione e si è assoggettata all'obbligo di collaborare<sup>317</sup>. In seguito il Tribunale federale ha illustrato altri argomenti a favore della preminenza degli obblighi di collaborare di diritto amministrativo quali le difficoltà pratiche nell'ambito dell'assunzione delle prove, gli interessi preponderanti al perseguimento penale e l'applicabilità del diritto amministrativo materiale. Infine, ha concluso che la parte non aveva il diritto di non deporre<sup>318</sup>.

Un'altra sentenza del Tribunale federale riguardava il dissigillamento di diritto processuale penale di un promemoria interno sequestrato a una banca precedentemente oggetto di un'inchiesta preliminare o di una domanda d'informazioni secondo le normative in materia di vigilanza sulle banche<sup>319</sup>. Il Tribunale federale ha autorizzato il dissigillamento dei mezzi di prova nel quadro di un procedimento penale contro la banca, perché l'autorità di vigilanza aveva chiesto a quest'ultima solo un'informazione e non l'aveva obbligata a redigere un promemoria<sup>320</sup>. Il Tribunale federale ha giudicato ammissibile la raccolta delle prove con i mezzi coercitivi (anche contro la volontà dell'accusato), tanto più che tali prove esistevano già *prima* dell'impiego della coercizione nel quadro del procedimento penale<sup>321</sup>. Infine, ha ritenuto che il diritto di non autoincriminarsi nel caso delle banche in quanto imprese deve essere applicato in maniera più restrittiva, perché l'accesso ai documenti che queste devono allestire per legge non deve essere ostacolato<sup>322</sup>.

Un'altra sentenza del Tribunale federale aveva per oggetto *l'obbligo di collaborare nel diritto della circolazione stradale*. In riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, il Tribunale ha confermato l'obbligo di collaborare, perché i proprietari e i conducenti di veicoli a motore, in virtù dell'accettazione della legislazione in materia di circolazione stradale e del possesso di una licenza di condurre, sottostanno a determinati obblighi speciali e oggettivamente giustificati<sup>323</sup>.

I casi esposti hanno un elemento in comune, ovvero che le parti si trovavano in un rapporto di diritto amministrativo (speciale) istaurato su loro richiesta (concessione, autorizzazione, e ciò vale anche, entro determinati limiti, per la licenza di condurre) e

<sup>317</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*.

<sup>318</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.5 seg. – *Spielbank*. Parere contrario: DONATSCH/SMOKVINA, *Nemo tenetur-Grundsatz*, pag. 872 seg.; FELLMANN/VETTERLI, *Nemo tenetur*, pag. 47; ROTH, *Zum Zweiten*, n. marg. 27 seg., favorevole nel complesso: MACULA, *Mitwirkungspflichten*, passim.

<sup>319</sup> DTF 142 IV 207 – *Bankunterlagen*.

<sup>320</sup> DTF 142 IV 207 consid. 8 – *Bankunterlagen*.

<sup>321</sup> DTF 142 IV 207 consid. 8.3.2, 8.18.1 – *Bankunterlagen*; DTF 138 IV 47 consid. 2.6.1.

<sup>322</sup> DTF 142 IV 207 consid. 8.3.3, 8.18.3 – *Bankunterlagen*. Per un'analisi approfondita cfr. MACULA, *Erzwungene Selbstbelastung*. L'autrice approva la limitazione del principio del *nemo tenetur*, ma contesta parte della motivazione del TF, cfr. pag. 53. Il TPF ha confermato questa giurisprudenza nelle sentenze SK.2016.19 del 19 set. 2018 consid. 6.4.1.1 e SK.2019.13 del 17 giu. 2020 consid. 1.1.3.

<sup>323</sup> Cfr. le sentenze del TF 6B 439/2010 del 29 giu. 2010 consid. 5.3 seg.; 6B\_571/2009 del 28 dic. 2009 consid. 3.2, entrambe con ulteriori rinvii; riguardo alle sentenze precedenti sull'obbligo di collaborare nel diritto in materia di circolazione stradale, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 53.

quindi si sono assoggettate a una regolamentazione speciale. I casi di diritto fiscale sono diversi, poiché l'obbligo fiscale colpisce tutte le persone: manca l'elemento volontario. In questo ambito, il Tribunale federale ha ritenuto, in seguito alla condanna della Svizzera da parte della Corte EDU nella causa *J.B.*<sup>324</sup> (cfr. n. 5.3.5.2), che è inammissibile obbligare un contribuente sotto minaccia di una multa a produrre, nel quadro di un procedimento per frode fiscale (ovvero un procedimento penale), giustificativi relativi a importi sottratti e utilizzare in questo procedimento le prove ottenute con la coercizione nel quadro della procedura di ricupero d'imposta<sup>325</sup>.

Anche la *giurisprudenza relativa al diritto dei cartelli* si è espressa sulla portata del principio del *nemo tenetur* in relazione agli obblighi di collaborare. Nella causa *Swisscom ADSL*, il Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che non è vietato utilizzare determinati documenti o informazioni<sup>326</sup>, in particolare informazioni di carattere puramente fattuale, dati provenienti da un affare giudiziario precedente, dati registrati conformemente all'obbligo d'informare imposto da una gestione corretta degli affari, dati registrati in forza dell'obbligo di documentazione in settori soggetti a concessione nonché informazioni fornite dall'impresa stessa.

Riassumendo, sembra che nei tribunali svizzeri gli obblighi di collaborare del diritto amministrativo prevalgano sulla finalità protettiva del principio del *nemo tenetur*, soprattutto nei casi in cui sussiste un obbligo legale d'informazione o di documentazione. È fatta eccezione per l'ambito fiscale. Questa giurisprudenza ha sollevato critiche nella dottrina, secondo la quale il legislatore federale non può limitare le garanzie del diritto convenzionale stabilendo eccezioni nella legge<sup>327</sup>.

### 5.3.5.2 Giurisprudenza della Corte EDU

La Corte EDU si è espressa a più riprese sul conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur*, in particolare sull'utilizzo delle prove nei procedimenti penali contro persone fisiche. Per quanto noto, non esistono decisioni relative agli obblighi di collaborare di imprese oggetto di un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria.

Nella causa *J.B. contro la Svizzera*, la Corte EDU ha constatato una violazione del principio del *nemo tenetur* secondo l'articolo 6 CEDU<sup>328</sup>. La causa riguardava un procedimento per sottrazione d'imposta nei confronti di un contribuente che, secondo gli elementi di prova, era sospettato di aver omesso di dichiarare alcuni redditi in determinati periodi fiscali. Il contribuente aveva ammesso il fatto, ma si era rifiutato di

<sup>324</sup> Sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III.

<sup>325</sup> DTF 138 IV 47 consid. 2.6.2. Riguardo alla giurisprudenza anteriore in materia di diritto fiscale del TF, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 52.

<sup>326</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 104 – *Swisscom ADSL*. Di parere contrario: TSCHUDIN MICHAEL, *Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung*, AJP 2016 pagg. 323–334, 331 segg.

<sup>327</sup> Secondo OTT, *nemo tenetur*, pag. 180 seg.; dello stesso parere ENGLER, *BSK-StPO*, n. 7a ad art. 113 CPP; più differenziato: MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 55.

<sup>328</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III.

produrre i documenti richiesti dall'amministrazione fiscale del suo Cantone. L'autorità fiscale gli ha quindi inflitto più multe per violazione dell'obbligo di collaborare. La Corte EDU ha ritenuto che, nel suo complesso, il procedimento costituiva un'accusa penale, nonostante il fatto che perseguisse anche scopi diversi dalla repressione della frode fiscale<sup>329</sup>. Poiché il contribuente non poteva escludere che da questi documenti sarebbero potuti emergere altri redditi da fonti non dichiarate, giustificando così la fattispecie della sottrazione d'imposta, la Corte EDU ha constatato una violazione del diritto di non autoincriminarsi secondo l'articolo 6 CEDU<sup>330</sup>. La condanna della Svizzera è stata all'origine di una modifica del diritto fiscale (cfr. n. 5.3.5.3) accolta con favore dalla Corte EDU nella causa *Chambaz contro la Svizzera*<sup>331</sup>.

Nella causa *Saunders contro Regno Unito*, la Corte EDU ha ritenuto che i mezzi di prova ottenuti con misure coercitive, ma esistenti indipendentemente dalla volontà dell'imputato, non sono protetti dal principio del *nemo tenetur*<sup>332</sup>. Si trattava dell'utilizzo, in un procedimento penale, di prove che l'imputato aveva fornito in un procedimento amministrativo in forza dell'obbligo di deporre soggetto a sanzione penale. La Corte EDU ha esaminato in particolare se le prove ottenute con la coercizione costituivano una parte importante dell'accusa o se erano servite solo per corroborare singoli elementi<sup>333</sup>. Ha concluso che l'utilizzo delle prove nel procedimento penale successivo era inammissibile<sup>334</sup>. In sentenze successive, ha esaminato l'eccezione relativa ai mezzi di prova ottenuti indipendentemente dalla volontà della persona interessata, ma non l'ha mai applicata<sup>335</sup>. Nella sua giurisprudenza relativa alle sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto dei cartelli, il Tribunale amministrativo federale ha altresì fatto riferimento a tale limitazione<sup>336</sup> e ha ritenuto che le informazioni potevano essere utilizzate nella causa in questione<sup>337</sup>.

329 Sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 44 segg.

330 Sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 65 segg.

331 Sentenza della Corte EDU *Chambaz c. Svizzera* del 5 apr. 2012, n. 11663/04 § 56.

332 Sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 69, come esempi vengono addotti i documenti ottenuti in occasione di una perquisizione, accanto all'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue, delle urine e dei tessuti corporei per la prova del DNA, cfr. anche le sentenze della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 47.

333 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Saunders c. Regno* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 72; *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 60.

334 Nel caso concreto, la Corte ha inoltre ritenuto che il diritto di non autoincriminarsi prevaleva sull'interesse pubblico a una condanna del ricorrente per frode, cfr. la sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 74.

335 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Jalloh c. Germania* dell'11 lug. 2006 [Grande Camera], n. 54810/00, Recueil CourEDH 2006-IX § 112 segg.; *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 68; *Shannon c. Regno Unito* del 4 ott. 2005, n. 6563/03 § 36. *Marttinen c. Finlandia* del 21 apr. 2009, n. 19235/03 § 69; sentenza della Corte EDU *H. e J. c. Paesi Bassi* del 13 nov. 2014, n. 978/09, 992/09, Recueil CourEDH 2014 § 69 seg.

336 Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 102 seg., 114, 117, 120 – *Swisscom ADSL*.

337 Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 123 seg. – *Swisscom ADSL*.

Nella causa *Jalloh contro Germania*, relativa alla somministrazione forzata di un emetico per sospetto inghiottimento di sostanze stupefacenti, la Corte EDU ha stabilito dei criteri di delimitazione: la natura e il grado di coercizione, la portata dell'interesse pubblico, l'esistenza di eventuali garanzie procedurali e l'utilizzo delle prove raccolte<sup>338</sup>. Vi è violazione dell'articolo 6 CEDU quando la natura e il grado di coercizione esercitata minano l'essenza stessa del diritto di non autoincriminarsi<sup>339</sup>. Questo non è tuttavia il caso per ogni coercizione diretta a far deporre o collaborare. Occorre ad esempio stabilire se le informazioni richieste sono chiaramente definite e circoscritte<sup>340</sup>. Nell'ambito della ponderazione dell'interesse pubblico nel contesto dei procedimenti penali, l'interesse a perseguire il reato e a punire l'autore del reato svolgono un ruolo importante. Tali interessi possono essere presi in considerazione in particolare per valutare se il procedimento è equo nel suo complesso. La ponderazione degli interessi non può tuttavia legittimare misure suscettibili di minare l'essenza stessa del diritto di non autoincriminarsi<sup>341</sup>.

In seguito, la Corte EDU ha applicato i criteri stabiliti nella giurisprudenza relativa alla causa *Jalloh* in modo più o meno rigoroso<sup>342</sup>. Nella causa *O'Halloran e Francis*, vertente sull'obbligo invalso nel diritto in materia di circolazione stradale di fornire l'identità del conducente accusato di un eccesso di velocità, la Corte EDU ha ritenuto che l'accusato si era precedentemente assoggettato consapevolmente al sistema di regolamentazione della circolazione stradale. Questo elemento, a suo avviso, doveva essere preso in considerazione nella valutazione del tipo di coercizione esercitata<sup>343</sup>. Il sistema di regolamentazione esisterebbe a causa dei pericoli insiti nella circolazione stradale. Secondo la Corte si può quindi partire dal presupposto che le persone che scelgono di possedere e condurre un veicolo a motore accettano una certa responsabilità e anche degli obblighi tra cui quello suesposto. La Corte EDU ha inoltre valutato se nel procedimento concreto l'accusato aveva avuto sufficienti possibilità di contestare la raccolta delle prove e l'utilizzo di queste ultime<sup>344</sup>. In questa causa ha ritenuto ammissibile l'utilizzo nel procedimento penale delle prove raccolte con mezzi coercitivi.

338 Cfr. le sentenze della Corte EDU *Jalloh c. Germania* dell'11 lug. 2006 [Grande Camera], n. 54810/00, Recueil CourEDH 2006-IX § 101, 117; *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 55.

339 Cfr. la sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 269.

340 A titolo di esempio si può citare l'obbligo di fornire l'identità del conducente, cfr. le sentenze della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 58 con ulteriori rinvii; *Weh c. Austria* dell'8 apr. 2004, n. 38544/97 § 24

341 Cfr. la sentenza della Corte EDU *Jalloh c. Germania* dell'11 lug. 2006 [Grande Camera], n. 54810/00, Recueil CourEDH 2006-IX § 97. Cfr. anche la sentenza della Corte EDU *Ibrahim e altri c. Regno Unito* del 13 set. 2016 [Grande Camera], n. 50541/08 e altre, Recueil CourEDH 2016 § 269.

342 Cfr. ROTH, Mitwirkungspflichten, pag. 319; MACULA, Erzwangene Selbstbelastung, pag. 50.

343 Cfr. la sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 57.

344 Cfr. la sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 60.

Nel complesso, la Corte EDU sembra risolvere il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur* nel quadro di una ponderazione degli interessi caso per caso<sup>345</sup>. In diversi ambiti giuridici la Corte europea fa prevalere il principio del *nemo tenetur* sugli obblighi di collaborare di diritto amministrativo<sup>346</sup>. Nel campo del *diritto della circolazione stradale* sembra tuttavia fare un'eccezione<sup>347</sup>. A volte, la Corte EDU riconosce anche nel contesto del nocciolo duro del diritto penale (*Kernstrafrecht*), che gli interessi pubblici possono limitare il principio del *nemo tenetur*. Ha per esempio ritenuto ammissibile l'utilizzo di informazioni provenienti da una procedura d'asilo in un *successivo procedimento penale relativo a reati gravi*<sup>348</sup>. Va tuttavia notato che si è trattato perlopiù di cause in cui le informazioni ottenute con la coercizione non erano state utilizzate in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria, ma in un procedimento penale e che i procedimenti non riguardavano persone giuridiche, bensì fisiche. Non è quindi dato sapere come deciderebbe la Corte EDU in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria contro persone giuridiche, e quindi in un ambito marginale del diritto penale.

### 5.3.5.3 Soluzioni del legislatore nel diritto penale fiscale

Recentemente il legislatore ha modificato il diritto penale fiscale allo scopo di risolvere il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur*. Ha quindi introdotto, dopo la condanna della Svizzera da parte della Corte EDU nella causa *J.B.*<sup>349</sup>, gli articoli 183 capoverso 1<sup>bis</sup> LIFD e gli articoli 57a capoverso 2 e 72g LAID. Queste disposizioni vietano l'utilizzo, in un procedimento penale, delle informazioni del contribuente e della documentazione da lui fornita, se quest'ultimo non è stato avvisato e se le informazioni e la documentazione sono state ottenute sotto comminatoria di una tassazione d'ufficio o di una multa per violazione degli obblighi procedurali<sup>350</sup>. Si è rinunciato a conferire all'autorità fiscale la competenza per la raccolta coattiva delle prove.

L'articolo 104 capoverso 3 LIVA offre una tutela più ampia del principio del *nemo tenetur*, poiché prevede che le informazioni raccolte nel quadro di un procedimento amministrativo secondo la LIVA possano essere utilizzate in un procedimento penale

<sup>345</sup> In questo senso: MACULA, *Erzwungene Mitwirkung*, pag. 34.

<sup>346</sup> Cfr. segnatamente le sentenze della Corte EDU *Chambaz c. Svizzera* del 5 apr. 2012, n. 11663/04 § 43 segg.; *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III § 63 segg.; *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI.

<sup>347</sup> MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 64.

<sup>348</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *H. e J. c. Paesi Bassi* del 13 nov. 2014, n. 978/09, 992/09, Recueil CourEDH 2014 § 75 segg.

<sup>349</sup> Sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III. Riguardo a questa causa cfr. n. 5.3.5.2. Cfr. anche il rapporto della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati del 13 feb. 2006 sull'iniziativa del Cantone del Giura «Soppressione delle norme fiscali federali contrarie all'articolo 6 CEDU», FF 2006 3697, in particolare 3698 segg.

<sup>350</sup> Critico al riguardo: MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 73.

soltanto se l'imputato vi acconsente. L'articolo 21 capoverso 3 della legge del 28 settembre 2012<sup>351</sup> sull'assistenza amministrativa fiscale (LAAF) prevede una regolamentazione analoga<sup>352</sup>.

Un'altra soluzione consiste nel definire l'ordine cronologico dei procedimenti amministrativi e penali paralleli. Nell'ambito della legislazione sull'IVA, di norma, è svolto prima il procedimento penale e poi quello amministrativo volto a definire la riscossione posticipata dell'imposta<sup>353</sup>. S'intende così evitare che i diritti del contribuente alla difesa vengano limitati nel procedimento penale da una precedente procedura d'imposizione fiscale<sup>354</sup>. Va aggiunto che questo approccio non appare opportuno nel diritto in materia di vigilanza in cui prevalgono la prevenzione rapida delle minacce o il ripristino dell'ordine legale nel quadro di una procedura in materia di misure.

Si può quindi affermare che nel diritto *penale* fiscale le regolamentazioni sono eterogenee. La soluzione sviluppata per il diritto penale fiscale (divieto di utilizzare le prove) non dovrebbe tuttavia essere ripresa tale e quale nel settore delle sanzioni amministrative pecuniarie, perché si tratta di due ambiti diversi. Di fatto, in caso di procedimenti amministrativi e penali paralleli, le garanzie procedurali penali originarie si applicano nel contesto del diritto penale fiscale e al centro sta l'esercizio del monopolio penale dello Stato nei confronti del cittadino. I procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria, invece, interessano – solo, ma comunque – un ambito marginale del diritto penale e il punto centrale è l'applicazione del diritto materiale nei confronti di persone soggette a una vigilanza particolare. Sussiste quindi un margine sufficientemente ampio per adottare una soluzione differenziata, che permetta di tenere maggiormente conto delle peculiarità del diritto in materia di vigilanza. Occorre infine considerare che i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria hanno praticamente sempre per oggetto imprese che rivestono la forma di persone giuridiche. È per questo motivo che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale lo scopo del diritto di non autoincriminarsi deve essere considerato in base a una prospettiva differenziata. Ne consegue che le soluzioni adottate per i procedimenti amministrativi e penali fiscali paralleli non possono essere riprese automaticamente nei procedimenti di sanzione amministrativa in materia di vigilanza<sup>355</sup>.

<sup>351</sup> RS **651.1**

<sup>352</sup> Anche l'art. 31 della legge federale del 25 mar. 1977 sugli esplosivi (LEspl; RS **941.41**) fa salvo il diritto legale di non deporre nei confronti degli obblighi di collaborare di diritto amministrativo.

<sup>353</sup> Cfr. art. 103 cpv. 1 LVA, secondo il quale l'art. 63 cpv. 1 e 2 DPA non si applica ai procedimenti penali in materia d'IVA. L'ultima disposizione citata prevede che nel campo d'applicazione del diritto penale amministrativo venga prima svolto il procedimento amministrativo e poi quello penale amministrativo. Questo ordine può portare a un conflitto con il principio del *nemo tenetur*. Per ulteriori informazioni cfr. MATTEOTTI, *Mehrwertsteuer-Strafverfahren*, n. marg. 14 segg.

<sup>354</sup> MATTEOTTI, *Mehrwertsteuer-Strafverfahren*, n. marg. 12 seg. con rinvii.

<sup>355</sup> In questo contesto occorre ricordare che l'Assemblea federale, nel corso della revisione della legge sulle borse, aveva chiaramente rifiutato d'introdurre nell'art. 13 PA una regolamentazione generale secondo la quale l'obbligo di collaborare di diritto amministrativo non si applicherebbe nel caso di un procedimento penale parallelo contro un debitore (cfr. Boll. Uff. 2011 S 1229 seg.).

### 5.3.5.4 Soluzioni proposte dalla dottrina

Al centro del dibattito dottrinale sulla soluzione del conflitto tra gli obblighi di collaborare e il principio del *nemo tenetur* vi sono soprattutto tre posizioni estreme e diverse soluzioni di compromesso<sup>356</sup>. A un estremo si posiziona la *preminenza* generale del principio del *nemo tenetur*: la parte avrebbe il pieno diritto di non collaborare già nel procedimento amministrativo, sempreché sia dato un legame sufficiente con un procedimento che rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU<sup>357</sup>. Il numero 5.3.6.3 approfondisce questa soluzione.

La seconda posizione estrema chiede invece di staccare dal diritto amministrativo le sanzioni amministrative rientranti nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU e di trasformarle in disposizioni penali<sup>358</sup>. Di conseguenza, invece della PA si applicherebbe il pertinente codice procedurale (CPP o DPA). Questa proposta di soluzione non corrisponde alla volontà espressa finora dal legislatore, che ha creato, nella forma della sanzione amministrativa pecuniaria, uno strumento di vigilanza che permette un'applicazione efficace ed efficiente degli obblighi di diritto amministrativo delle imprese attive negli ambiti economici regolamentati e sottoposti a vigilanza. Il presente rapporto mostra che, in linea di principio, le sanzioni amministrative pecuniarie possono essere applicate conformemente al diritto convenzionale e costituzionale. Un cambiamento radicale del sistema non appare quindi necessario<sup>359</sup>. A ciò si aggiunge che la trasformazione in disposizioni penali non risolverebbe in maniera soddisfacente il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur*, poiché la questione dell'utilizzo dei mezzi di prova raccolti in procedimenti amministrativi paralleli non è stata risolta definitivamente nemmeno nel diritto processuale penale. Per la stessa ragione va respinta anche la proposta discussa dalla dottrina che prevede una netta separazione dei procedimenti<sup>360</sup>. Va infine notato che la trasformazione in disposizioni penali comporterebbe una forte estensione della criminalizzazione delle fattispecie, il che non appare auspicabile a livello di politica giuridica.

La terza posizione estrema chiede la *preminenza generale degli obblighi di collaborare di diritto amministrativo*<sup>361</sup>. Le disposizioni speciali sugli obblighi di collaborazione prevarrebbero sul diritto di non autoincriminarsi. Visto tuttavia che il diritto di non autoincriminarsi secondo l'articolo 6 CEDU è di rango costituzionale, questa posizione contraddice il diritto di rango superiore e non corrisponde alla giurisprudenza

<sup>356</sup> Per informazioni dettagliate al riguardo, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 66 segg.

<sup>357</sup> Per un'opinione critica al riguardo, cfr. BECK, *Enforcementverfahren*, n. marg. 776 con ulteriori rinvii.

<sup>358</sup> Riguardo a questo approccio, cfr. BECK, *Enforcementverfahren*, n. marg. 807 seg. con ulteriori rinvii.

<sup>359</sup> Cfr. in questo contesto anche il rapporto del Consiglio federale concernente lo stralcio della mozione Schweiger [07.3856], pag. 1549 seg.

<sup>360</sup> Riguardo a questo approccio, cfr. BECK, *Enforcementverfahren*, n. marg. 785.

<sup>361</sup> Cfr. AESCHLIMANN JÜRIG, *Einführung in das Strafprozessrecht*, Berna 1997, n. marg. 1242; HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6<sup>a</sup> ed., Basilea 2005, § 39 n. marg. 14; critico al riguardo: SEILER, *Missverhältnis*, pag. 14 con ulteriori rinvii.

differenziata del Tribunale federale e della CEDU. Il numero 5.3.6.2 esamina la possibilità di prevedere, nel diritto in materia di vigilanza, una *prevalenza puntuale* dell'obbligo di collaborare di diritto amministrativo.

Secondo la prima soluzione di compromesso, il principio del *nemo tenetur* si applica solo dopo l'apertura di un procedimento penale, *ma non negli altri procedimenti precedenti*<sup>362</sup>. Le informazioni ottenute al di fuori del procedimento penale sarebbero quindi utilizzabili. Questo è ad esempio l'approccio adottato dal Tribunale amministrativo federale nella causa Swisscom ADSL, secondo il quale è ammesso utilizzare nel procedimento relativo a una sanzione amministrativa le informazioni ottenute precedentemente nel quadro di un'altra causa (p. es. documenti fiscali, comunicazioni afferenti al diritto in materia di vigilanza, iscrizione in un registro ecc.)<sup>363</sup>. La dottrina critica questa proposta, segnatamente perché porterebbe a una situazione paradossale in cui, anche se la parte si rifiuta di collaborare, l'autorità amministrativa potrebbe comunque ottenere la corrispondente documentazione dall'autorità precedente mediante assistenza giudiziaria<sup>364</sup>.

La seconda soluzione di compromesso chiede l'introduzione di un *divieto di utilizzo delle prove* quando si tratta di informazioni ottenute sotto coercizione in un procedimento amministrativo, senza che le persone interessate siano state precedentemente informate sui loro diritti<sup>365</sup>. A tal fine, sarebbe necessario separare nettamente i due procedimenti o sospendere quello amministrativo fino alla conclusione del procedimento di sanzione<sup>366</sup>.

Secondo la terza soluzione di compromesso, *non vi è una risposta valida per tutti gli ambiti amministrativi* riguardo al giusto equilibrio tra i diversi interessi privati e pubblici<sup>367</sup>. La soluzione che prevede il divieto di utilizzare le prove potrebbe essere soddisfacente in alcuni casi, ad esempio nel diritto fiscale, ma non in quelli specifici al

<sup>362</sup> Riguardo a questo approccio, cfr. SEILER, *Missverhältnis*, pag. 13 con ulteriori rinvii; MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 69; BENEDICK, *Aussagedilemma*, pag. 179. Va notato che la Corte EDU tiene in considerazione se un procedimento penale è in corso o previsto; cfr. la sentenza della Corte EDU *Weh c. Austria* dell'8 apr. 2004, n. 38544/97 § 45.

<sup>363</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 111 segg. – *Swisscom ADSL*.

<sup>364</sup> SEILER, *Missverhältnis*, pag. 13.

<sup>365</sup> Cfr. AUER CHRISTOPH, *Das Verhältnis zwischen Nachsteuerverfahren und Strafverfahren, insbesondere das Problem des Beweisverwertungsverbots*, ASA 66 pagg. 1–20, 18; riguardo al diritto bancario, cfr. BAUMGARTEN MARK-OLIVER/BURCKHARDT PETER/ROESCH ALEXANDER, *Gewährverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren*, AJP 2006 pagg. 169–180, 177 seg.; BENEDICK, *Aussagedilemma*, pag. 177 segg. con eccezioni; DONATSCH ANDREAS/ARNOLD IRENE, *Einflüsse von EMRK und Verfassungsrecht auf das schweizerische Steuerstrafrecht – Teil 2*, StR 2012 pagg. 82–91, 90; GETH CHRISTOPHER, *Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur*, in: *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, 2014, pagg. 141–164, 159; WOHLERS/GODENZI, *Strafbewehrte Verhaltenspflichten*, pag. 1060; FELLMANN/VETTERLI, *Nemo tenetur*, pag. 49; KURZBEIN REGULA, *Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG). Verwaltungs- und strafrechtliche Konsequenzen nach dem revidierten Börsengesetz (2013)*, Zurigo/San Gallo 2013, n. marg. 701 segg. con eccezioni; LIEBER, *StPO-Kommentar*, n. 62 ad art. 113 CPP.

<sup>366</sup> Riguardo alla separazione dei procedimenti, cfr. BECK, *Enforcementverfahren*, n. marg. 785 con ulteriori rinvii.

<sup>367</sup> Riguardo a questo approccio di soluzione di MACULA, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 74.

diritto in materia di vigilanza. Questo approccio differenziato si riallaccia alla giurisprudenza relativa all'assoggettamento della parte a una determinata regolamentazione, come quella sviluppata dalla CEDU nell'ambito del diritto della circolazione stradale<sup>368</sup> e dal Tribunale federale nell'ambito del diritto in materia di giochi in denaro<sup>369</sup>. Il numero 5.3.6.2 approfondisce altri aspetti di questa soluzione.

### 5.3.6 Opzioni per il legislatore

Di seguito sono presentate tre opzioni a disposizione del legislatore per risolvere il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur*. La prima opzione prevede la rinuncia a un disciplinamento legale e lascia, come previsto dall'ordinamento in vigore, alle competenti autorità giudiziarie e amministrative il compito di risolvere il conflitto nel singolo caso (opzione *status quo*, n. 5.3.6.1). La seconda prevede che i mezzi di prova raccolti in applicazione degli obblighi di collaborare risultanti da leggi speciali (in particolare gli obblighi di fornire documentazione, di comunicazione, di allestire documenti e di rendiconto), possano essere utilizzati nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria anche se sono stati raccolti sotto una coercizione eccessiva. Quest'opzione entra in linea di conto segnatamente quando i destinatari della sanzione si trovano già in un rapporto di diritto amministrativo o di vigilanza (p. es. instaurato sulla base di una concessione o di un'autorizzazione) e quindi sono sottoposti a una regolamentazione speciale (cfr. n. 5.3.6.2). La terza opzione postula la preminenza del diritto di non autoincriminarsi grazie all'introduzione di un diritto di non collaborare della parte e/o di un divieto di utilizzo delle prove raccolte sotto coercizione (n. 5.3.6.3). Questa opzione è opportuna per gli ambiti che esulano dal diritto in materia di vigilanza<sup>370</sup>. In linea di principio, è ipotizzabile combinare singoli elementi delle diverse opzioni per l'attuazione concreta nel rispettivo ambito amministrativo.

#### 5.3.6.1 Opzione 1: *status quo*

La presente analisi ha mostrato che la prassi amministrativa e la giurisprudenza applicano le garanzie processuali penali risultanti dagli articoli 6 e 7 CEDU e dall'articolo 32 Cost. nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria e che hanno sviluppato soluzioni caso per caso. È quindi possibile, come previsto dal diritto in vigore, lasciare che siano le autorità incaricate dell'applicazione del diritto a risolvere il conflitto tra gli obblighi di non collaborare e il principio del *nemo tenetur*, con decisioni da prendere caso per caso (di seguito: *status quo*).

<sup>368</sup> Sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 57 segg., cfr. n. 5.3.5.2.

<sup>369</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.3.4 segg. – *Spielbank*.

<sup>370</sup> Riguardo ad altre proposte di soluzione non trattate in questa sede, quali la trasformazione di sanzioni amministrative pecuniarie in disposizioni penali o l'allineamento con la DPA, cfr. n. 5.3.5.4.

Il mantenimento dello *status quo* ha il vantaggio di permettere un'attenta ponderazione degli interessi contraddittori in gioco in ogni singolo caso. La necessità di una chiarificazione giuridica appare meno urgente segnatamente negli ambiti del diritto in cui vi è già una giurisprudenza su singole questioni relative alla portata del principio del *nemo tenetur*. Va anche considerato che nuove disposizioni legali farebbero sorgere nuove questioni d'interpretazione, quanto meno nella fase immediatamente successiva alla loro entrata in vigore.

Un argomento contro il mantenimento dello *status quo* è la scarsa certezza del diritto per le persone interessate e per le autorità<sup>371</sup>. È inoltre difficile immaginare come questa opzione possa assicurare a lungo termine gli obblighi di collaborare del diritto in materia di vigilanza e l'utilizzo delle prove in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. In questo contesto, la dottrina richiama l'attenzione sul fatto che la Corte EDU potrebbe dichiarare contraria al diritto convenzionale la limitazione, postulata dalla giurisprudenza del Tribunale federale, del diritto di non autoincriminarsi nel quadro degli obblighi di collaborare del diritto in materia di vigilanza<sup>372</sup>. Un disciplinamento esplicito conforme alle opzioni 2 o 3 illustrate di seguito avrebbe il vantaggio di consentire al legislatore, che gode della legittimazione democratica, di procedere a una ponderazione degli interessi nel singolo caso e di chiarire per i privati le conseguenze giuridiche dell'assoggettamento alla rispettiva regolamentazione. Nella giurisprudenza e nella dottrina si rimanda inoltre all'obbligo del legislatore di risolvere la tensione tra gli obblighi di collaborare e il principio del *nemo tenetur*<sup>373</sup>.

### 5.3.6.2 Opzione 2: preminenza degli obblighi di collaborare nel caso di un preesistente rapporto di diritto amministrativo o di vigilanza

Secondo l'opzione 2, nel quadro di procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria, gli obblighi di collaborare risultanti dalle leggi speciali (in particolare gli obblighi di fornire documentazione, di comunicazione, di allestire documenti e di rendiconto) prevalgono sul diritto di non autoincriminarsi, se la parte si trova in un rapporto di diritto amministrativo preesistente (p. es. concessione o autorizzazione) o se è sottoposta a una vigilanza amministrativa speciale (in forza p. es. di un obbligo di comunicazione<sup>374</sup>).

Questa opzione si riallaccia alla giurisprudenza del Tribunale federale sui giochi in denaro che s'ispira, a sua volta, alla giurisprudenza della Corte EDU<sup>375</sup>. Semplificando, secondo questa opzione il diritto di non autoincriminarsi può essere messo in

<sup>371</sup> Cfr. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, *Marktaufsicht*, pag. 73.

<sup>372</sup> Cfr. MACULA, *Erzwungene Selbstbelastung*, pag. 54.

<sup>373</sup> Cfr. la sentenza del TF B-3099/2016, B-3702/206 del 17 set. 2018 consid. 4.5.5. Nella dottrina cfr. BENEDICK, *Aussagedilemma*, pag. 180; FELLMANN/VETTERLI, *Nemo tenetur*, pag. 49; PFLAUM SONJA/WOHLERS WOLFGANG, *Kurs- und Marktmanipulation*, GesKR 04/2013 pagg. 523–540, pag. 539. Per una descrizione dettagliata delle soluzioni possibili nel diritto ordinario, cfr. BÖSE, *Wirtschaftsaufsicht*, pag. 544 segg.; per maggiori informazioni sull'insieme della tematica, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 72 seg.

<sup>374</sup> Cfr. l'obbligo di notifica di cui all'art. 4 LPO.

<sup>375</sup> Cfr. DTF 140 II 384 consid. 3.3.2 segg. – *Spielbank*.

secondo piano se la parte è assoggettata a una determinata normativa<sup>376</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il principio del *nemo tenetur* non è valido in maniera assoluta, perché riconoscere una protezione assoluta alle parti violerebbe il principio della concordanza pratica degli interessi costituzionali<sup>377</sup>. Il requisito costituzionale dell'efficacia del diritto materiale (cfr. art. 170 Cost.) ne risulterebbe compromesso. Sempre secondo il Tribunale federale, occorre ponderare i vari interessi ai fini di un'equa ricerca della verità materiale. A tal fine bisogna adeguare opportunamente e caso per caso il principio in linea di massima applicabile del *nemo tenetur* (persona fisica o giuridica, obbligo di informare sui fatti o riconoscimento implicito della colpa, qualità della sanzione in caso di inosservanza dell'obbligo di collaborare ecc.)<sup>378</sup>. Nel caso delle persone giuridiche il principio del *nemo tenetur* non si spinge così lontano da impedire l'accesso a documenti che la parte è tenuta ad allestire, conservare e documentare in virtù di disposizioni di diritto amministrativo (in particolare in materia di concessioni)<sup>379</sup>.

Questo approccio di diritto giudiziale può essere generalizzato e applicato all'ambito del diritto in materia di vigilanza, se le leggi speciali definiscono la portata dell'obbligo di collaborare, sanciscono la sostanziale preminenza di quest'ultimo rispetto al diritto di non autoincriminarsi e l'ammissibilità dei mezzi coercitivi ai fini della sua attuazione. Se la legge chiarisse la preminenza dell'obbligo di collaborare, la certezza del diritto ne risulterebbe rafforzata. Già all'inizio del rapporto di vigilanza o dell'avvio dell'attività sottoposta a vigilanza, gli individui sarebbero quindi informati del fatto che se violano gli obblighi comportamentali dovranno collaborare in un procedimento di sanzione amministrativa. Il trasferimento e lo sviluppo della proposta di soluzione del Tribunale federale nel diritto scritto consentono al legislatore, che gode della legittimazione democratica, di ponderare gli interessi in gioco. Una siffatta disciplina dovrebbe comunque lasciare sufficiente spazio per le valutazioni caso per caso.

Va aggiunto che nell'ambito del diritto in materia di circolazione stradale<sup>380</sup>, la Corte EDU ha seguito un approccio analogo per legittimare la preminenza dell'obbligo di collaborare di diritto amministrativo (cfr. n. 5.3.5.2). Tale approccio si basa sull'accettazione di un quadro normativo da parte della persona interessata. Va tuttavia notato che la portata delle informazioni richieste era limitata e che nelle cause giudicate tali informazioni coprivano solo un elemento della fattispecie<sup>381</sup>. Si deve inoltre aggiungere che la Corte EDU non ha seguito questo approccio in situazioni che esulano

<sup>376</sup> DTF **140** II 384 consid. 3.3.6 – *Spielbank*.

<sup>377</sup> DTF **140** II 384 consid. 3.3.5 – *Spielbank*.

<sup>378</sup> DTF **140** II 384 consid. 3.3.5 – *Spielbank*.

<sup>379</sup> DTF **140** II 384 consid. 3.3.4 – *Spielbank*, confermata dalla DTF **142** IV 207 consid. 8.3.3 – *Bankunterlagen*.

<sup>380</sup> Sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 57 segg.; cfr. n. 5.3.5.2.

<sup>381</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 60, 62. La dottrina ha osservato che questa informazione riveste un'importanza centrale nel quadro dell'assunzione delle prove, cfr. DONATSCH/SMOKVINA, *Nemo tenetur-Grundsatz*, pag. 867.

dal diritto in materia di circolazione stradale. In alcune decisioni ha ammesso la ponderazione degli interessi nel contesto del principio del *nemo tenetur*, in altri ne ha relativizzato l'importanza<sup>382</sup>. La Corte EDU non accetta inoltre il fatto che un'autorità ricorra alla coercizione per attuare l'obbligo di fornire informazioni solo perché la manca la competenza per ricorrere ad altri mezzi coercitivi e quindi tenta in questo modo di superare le difficoltà probatorie<sup>383</sup>. È quindi difficile fare un pronostico sulle future decisioni della Corte EDU<sup>384</sup> nell'ambito dei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria.

Per quanto riguarda l'assoggettamento volontario a una regolamentazione specifica, occorre rilevare che il Tribunale federale e la Corte EDU sembrano partire dal presupposto che la parte rinunci all'esercizio dei diritti alla difesa risultanti per *atti concludenti* dal principio del *nemo tenetur*<sup>385</sup>. Secondo tale giurisprudenza, la parte accetta la regolamentazione alla base dell'esercizio di un'attività sottoposta a vigilanza, compresi gli obblighi di collaborare che ne derivano nel caso di un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. La letteratura evidenzia che, in contropartita, le parti sottoposte a vigilanza beneficiano di diritti particolari, per cui nell'ottica processuale, determinati obblighi speciali sono giustificati<sup>386</sup>. Appare pertanto legittimo che, in questo contesto preciso, i diritti fondamentali delle parti siano più limitati.

Gli obblighi di collaborare sanciti dal diritto in materia di vigilanza (in particolare gli obblighi di fornire documentazione, di allestire documenti, di rendiconto e di comunicazione) servono a controllare il rispetto degli obblighi comportamentali del diritto in materia di vigilanza e a prevenire le minacce per gli interessi pubblici di particolare importanza (p. es. prevenire i comportamenti dannosi per la società, assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari, del settore sanitario). A ciò si accompagna generalmente anche un accresciuto interesse pubblico a prevenire gli inadempimenti di obblighi. Lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria del diritto in materia di vigilanza serve a garantire il «buon» ordine delle cose annullando i vantaggi conseguiti illegalmente (p. es. confisca degli utili) e irrogando sanzioni penali legate

382 REISER NINA, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftlicher Normen, Zurigo/San Gallo 2017, § 5 n. 240 segg.; OTT, *nemo tenetur*, pag. 134 segg.; ROTH SIMON, Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, Jusletter 17 feb. 2014., n. marg. 30 segg.

383 Cfr. la sentenza della Corte EDU *J.B. c. Svizzera* del 3 mag. 2001, n. 31827/96, Recueil CourEDH 2001-III.

384 MACULA, *Erzwungene Selbstbelastung*, pag. 34.

385 DTF 140 II 384 consid. 3.3.4, 3.3.6 – *Spielbank*; sentenza della Corte EDU *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* del 29 giu. 2007 [Grande Camera], n. 15809/02 e 25624/02, Recueil CourEDH 2007-III § 57 segg. Per un parere critico su questo approccio, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 76 seg.; OTT, *nemo tenetur*, pag. 145 segg. La letteratura rimanda al fatto che è possibile rinunciare ai diritti alla difesa quali il diritto di non autoincriminarsi solo a condizioni molto severe. La parte deve spiegare perché vi rinuncia in maniera inequivocabile ed essere consapevole della portata della sua scelta, cfr. MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 76 seg.; cfr. anche TRECHSEL STEFAN, *Bankgeheimnis – Strafverfahren – Menschenrechte Nemo tenetur bei Steuerhinterziehung*, ZStrR 2005 pagg. 256–276, pag. 273 con ulteriori rinvii tra cui segnatamente la sentenza della Corte EDU *Pfeifer e Plankl c. Austria* del 24 feb. 1992, n. 10802/84, serie A, n. 227 § 37.

386 MACULA, *Mitwirkungspflichten*, pag. 75.

all'attività sottoposta a vigilanza. In altre parole, esiste una stretta correlazione materiale tra la sanzione amministrativa pecuniaria e l'attività sottoposta a vigilanza.

L'opzione 2 limita l'obbligo di collaborare ai documenti che devono essere allestiti e trasmessi in forza di una legge speciale. Gli obblighi di fornire documentazione, di allestire documenti, di rendiconto e di comunicazione servono a rendere conto del tipo di attività commerciale sottoposta a vigilanza e delle modalità con cui tale attività viene eseguita (p. es. rispetto degli obblighi di diligenza). I relativi documenti contengono quindi informazioni sui fatti che permettono all'autorità di vigilanza di controllare l'osservanza delle disposizioni legali (in particolare i requisiti posti all'autorizzazione o alla concessione)<sup>387</sup>. Di norma, questi documenti sono prodotti prima dell'apertura del procedimento in materia di vigilanza o di sanzione amministrativa e quindi sono considerati preesistenti<sup>388</sup>. Considerate queste limitazioni sul piano contenutistico e temporale, non è escluso che le leggi speciali possano prevedere anche obblighi d'informare di portata minore.

La preminenza degli obblighi di collaborare sancita da una legge speciale entra in considerazione soprattutto nel quadro della vigilanza sulle *persone giuridiche*<sup>389</sup>, poiché, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, in questo ambito la portata del diritto di non rispondere è limitata. Occorre quindi garantire – solo, ma comunque – una difesa efficace delle persone giuridiche. Il principio del *nemo tenetur* nei procedimenti contro persone giuridiche non mira a tutelare il libero arbitrio, concetto legato alla dignità umana<sup>390</sup> e quindi valido per principio solo per le persone fisiche. Questo aspetto è rilevante per le informazioni e i documenti da fornire, perché non devono contenere un'autovalutazione giuridica dell'impresa nel senso di una «confessione», ma possono limitarsi agli elementi di fatto<sup>391</sup>. L'impresa è quindi libera di rimettere

<sup>387</sup> Cfr. DTF **140** II 384 consid. 3.3.6 – *Spielbank*.

<sup>388</sup> Cfr. al riguardo la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 118 segg. – *Swisscom ADSL*, con rinvio alla dottrina Saunders della Corte EDU (sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 set. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 69). Anche il TF parte dal presupposto che la raccolta delle prove con mezzi di coercizione legali (anche contro la volontà dell'accusato) sia ammissibile se tali prove sono già disponibili prima dell'esercizio della coercizione penale (DTF **142** IV 207 consid. 8.3.2, 8.18.1, 8.18.3 – *Bankunterlagen*; DTF **138** IV 47 consid. 2.6.1). Il TPF ha confermato questa giurisprudenza nella sentenza SK.2019.13 del 17 giu. 2020 consid. 1.1.3; cfr. inoltre la sentenza SK.2016.19 del 19 set. 2018 consid. 6.4.1.1.

<sup>389</sup> Non è chiaro se l'opzione 2 possa entrare in linea di conto anche per i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria contro persone fisiche sottoposte a vigilanza (p. es. il titolare di un'impresa individuale), cfr. n. 5.3.1. Per quanto è dato sapere, la giurisprudenza non si è ancora dovuta esprimere su questa situazione, ma è lecito supporre che in questo caso d'applicazione la portata del principio del *nemo tenetur* sia più estesa rispetto a quando si tratta di persone giuridiche. Per contro, la giurisprudenza della Corte EDU, sulla quale poggia l'opzione 2, interessa l'obbligo di collaborare delle persone fisiche. Occorrerebbe esaminare più da vicino l'introduzione dell'opzione 2 per i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria rivolti contro le persone fisiche, non le imprese.

<sup>390</sup> Cfr. DTF **147** II 144 consid. 5.2.2 f. – *Boycott Apple Pay*. Nell'ottica del diritto comparato, va notato che la CGUE ha ritenuto che la portata dei diritti di protezione risultanti dal principio del *nemo tenetur* non vanno giudicati nello stesso modo nel quadro dei procedimenti di sanzione amministrativa quando si tratta di persone fisiche, cfr. sentenza della CGUE C-481/19 del 2. feb. 2021 § 48.

<sup>391</sup> Questa differenziazione appare comunque difficile da operare nella prassi, cfr. anche la DTF **147** II 144 consid. 5.2 – *Boycott Apple Pay* e la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 105 – *Swisscom ADSL*.

in discussione l'apprezzamento giuridico delle informazioni divulgate nel corso dell'ulteriore svolgimento del procedimento o, se del caso, di confutarlo con altri mezzi di prova, senza correre il rischio di contraddirsi. In questo modo la difesa efficace è garantita. Non si può parlare di una pressione per ottenere testimonianze forzate o di un dilemma disumano di autoincriminazione<sup>392</sup>. Va aggiunto che l'opzione 2 si limita all'utilizzo dei mezzi di prova in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria rivolto direttamente contro un'impresa sottoposta a vigilanza. L'utilizzo d'informazioni così ottenute in un procedimento penale parallelo rivolto contro la parte o contro terzi (p. es. organi o collaboratori), non rientra nell'opzione 2, perché è retto dalle disposizioni più severe del diritto processuale penale, ovvero del CPP.

L'opzione 2 ammetterebbe l'attuazione degli obblighi di collaborare sanciti da leggi speciali con mezzi coercitivi generali o previsti da leggi speciali (n. 5.3.2.3), sempreché tali obblighi siano diretti contro la parte stessa<sup>393</sup>. In linea di massima, sarebbe consentito l'utilizzo dei mezzi di prova ottenuti sotto coercizione della parte sottoposta a vigilanza in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. Tali mezzi di prova includerebbero anche quelli raccolti in un procedimento amministrativo precedente contro la stessa parte. In questo contesto preciso, gli obblighi di collaborare derivanti da leggi speciali prevarrebbero sul principio del *nemo tenetur*. In un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria, la parte non potrebbe far valere il suo diritto di non collaborare o, detto altrimenti, non sarebbe vietato utilizzare i mezzi di prova ottenuti in un procedimento in materia di vigilanza parallelo.

L'opzione 2 sembra invece spingersi troppo lontano per quanto riguarda gli obblighi di collaborare che non implicano l'obbligo di comunicare, di fornire documentazione e di rendiconto previsti da leggi speciali (p. es. gli obblighi d'informare generali). Vi è una differenza tra il caso in cui la parte deve fornire informazioni sul significato di determinati eventi e il caso in cui si deve – solo, ma comunque – comunicare i fatti e i documenti richiesti relativi a tali eventi, senza specificarne il contenuto. L'opzione 2 dovrebbe essere limitata a documenti predefiniti e ad altri documenti simili che sono stati o avrebbero dovuto essere allestiti nel corso dell'attività dell'impresa. Alla luce del principio del *nemo tenetur*, questa opzione sarebbe eccessiva se si estendesse a contenuti che vanno oltre gli aspetti puramente fattuali. La proposta differenziazione tra gli obblighi di collaborare specifici e generali permette di ponderare gli interessi in gioco. Le parti sottoposte a vigilanza potrebbero esercitare la loro attività sapendo quali informazioni devono fornire nel caso di un procedimento di sanzione e, nello stesso tempo, sarebbero tutelate dal diritto di non autoincriminarsi sancito dal diritto costituzionale e convenzionale, nella misura in cui si tratti di obblighi di collaborare generali.

La sfida legata all'attuazione dell'opzione 2 è definire in modo sufficientemente chiaro gli obblighi di collaborare previsti dalle leggi speciali, quali gli obblighi di comunicazione, di rendiconto o di fornire documentazione, e delimitarli dagli obblighi

<sup>392</sup> MACULA, *Erzwungene Selbstbelastung*, pag. 49, in questo senso cfr. anche la DTF 147 II 144 consid. 5.2.2 seg. – *Boycott Apple Pay*.

<sup>393</sup> Appare per contro dubbio se ammettere il ricorso a mezzi coercitivi nei confronti di persone fisiche che rappresentano una parte (in particolare la minaccia di sanzioni penali nei confronti degli organi di una persona giuridica).

d'informazione generali. L'attuazione di questa opzione non dovrebbe rendere necessario precisare in una legge o in un'ordinanza d'esecuzione tutti gli obblighi d'informare nei confronti di un'autorità amministrativa imposti in un procedimento in materia di diritto di vigilanza e privare tale autorità nel caso concreto del margine discrezionale per decidere quali informazioni sono necessarie per vigilare sull'impresa e quindi devono essere ottenute. Un'esclusione più estesa d'informazioni relative anche a elementi di fatto che un'autorità di vigilanza chiede in relazione a un determinato evento ridurrebbe probabilmente l'importanza della sanzione amministrativa pecuniaria come misura a disposizione dell'autorità di vigilanza.

L'opzione 2 non appare opportuna nemmeno per i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di una parte che non ha un legame particolare con i poteri di sovranità dello Stato. Questo è ad esempio il caso nei settori analoghi al diritto fiscale (in cui gli obblighi riguardano tutti i cittadini, *Jedermannspflichten*)<sup>394</sup>. In questi settori manca infatti l'elemento dell'assoggettamento «volontario» a una regolamentazione specifica. Il diritto *in vigore* non prevede lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria nemmeno per questi settori, fatta eccezione per il caso speciale del diritto dei cartelli.

### 5.3.6.3 Opzione 3: diritto di non collaborare e/o divieto di utilizzare le prove

L'opzione 3 postula la preminenza del diritto di non autoincriminarsi nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria. Le parti non sono quindi più obbligate a collaborare. Il livello di tutela delle parti nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria sarebbe elevato a quello del Codice di procedura penale o del diritto penale, non appena vi fosse un nesso sufficiente con un procedimento che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 6 CEDU<sup>395</sup>.

A livello legale l'opzione 3 può essere applicata introducendo nelle leggi speciali il diritto di non collaborare della parte nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. Alternativamente o cumulativamente, occorrerebbe introdurre un divieto di utilizzo delle prove<sup>396</sup> raccolte sotto coercizione in forza dell'obbligo di collaborare

<sup>394</sup> Questo è stato uno dei motivi per cui il Consiglio federale non ha introdotto sanzioni nella nuova legge sulla protezione dei dati secondo l'esempio del Regolamento europeo sulla protezione dei dati (RGPD), cfr. *il messaggio concernente la legge federale relativa alla revisione totale della legge sulla protezione dei dati e alla modifica di altri atti normativi sulla protezione dei dati*, pag. 5970.

<sup>395</sup> Per un parere critico, cfr. BECK, *Enforcementverfahren*, n. marg. 776 con ulteriori rinvii.

<sup>396</sup> Occorrerebbe stabilire segnatamente se il divieto di utilizzare le prove include o esclude informazioni di carattere puramente fattuale, documenti preesistenti, dati provenienti da una causa precedente e dati risultanti dall'obbligo di informare alla base di una gestione corretta degli affari. Riguardo alla giurisprudenza relativa a documenti preesistenti, cfr. i rinvii nella nota a piè di pagina n. 388.

in un procedimento amministrativo «normale» parallelo o simultaneo<sup>397</sup>. I seguenti argomenti depongono a favore di tale approccio:

- *tutela esautiva della parte*: il diritto di non collaborare o il divieto di utilizzo delle prove garantirebbe pienamente i diritti procedurali della parte risultanti dal principio del *nemo tenetur*. Tale principio avrebbe la preminenza sugli obblighi di collaborare di diritto amministrativo (art. 190 Cost.)<sup>398</sup>;
- *collegamento al diritto penale fiscale*: nell'ambito del diritto *penale* fiscale, il legislatore ha risolto il conflitto tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur* con l'introduzione settoriale del divieto di utilizzo delle prove (cfr. p. es. art. 183 cpv. 1<sup>bis</sup> LIFD). Lo sviluppo di questo approccio favorirebbe l'uniformità dell'ordinamento giuridico, nella misura in cui gli ambiti in questione siano comparabili;
- *realizzazione degli obblighi di collaborare di diritto amministrativo*: in linea di massima, il diritto di non deporre o il divieto di utilizzo delle prove non inciderebbe sull'applicazione forzata degli obblighi di collaborare nel quadro di procedimenti amministrativi esecutori o restitutori. Il principio del *nemo tenetur* si oppone – solo, ma comunque – alla raccolta delle prove con la coercizione e al loro utilizzo in un procedimento sanzionatorio. L'applicazione del diritto amministrativo materiale nel quadro di misure esecutorie o restitutorie continuerebbe così a essere garantita.

L'introduzione di un diritto di non collaborare e/o di un divieto di utilizzare le prove causerebbe tuttavia importanti difficoltà probatorie nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria. Gli interessi della parte sarebbero privilegiati e ciò a scapito dell'interesse a un'applicazione del diritto efficiente ed efficace altresì sancito dalla Costituzione. Contrariamente alle autorità penali, di norma, le autorità amministrative non possono ricorrere ad altri mezzi di raccolta delle prove, quali la perquisizione domiciliare<sup>399</sup>. Secondo le vigenti norme di procedura amministrativa, l'audizione dei testimoni, che permette l'acquisizione di mezzi di prova presso terzi, è ammessa solo a determinate condizioni. In particolare, non tutte le autorità preposte alle sanzioni amministrative hanno la competenza di ordinare l'audizione di testimoni, ma solo quelle di cui all'articolo 14 capoverso 1 PA. Un diritto di non collaborare generale e/o un divieto di utilizzare le prove avrebbero un effetto notevolmente più incisivo e complicherebbero notevolmente l'applicazione del diritto amministrativo rispetto alla procedura penale. Non appare pertanto opportuno introdurre un obbligo di non collaborare generale e/o di un divieto di utilizzare le prove in tutti gli ambiti del diritto e nei casi d'applicazione in cui possono essere pronunciate sanzioni amministrative pecuniarie. L'opzione 3 appare ipotizzabile nel caso in cui non vi sia un rapporto di diritto amministrativo preesistente con la parte o quest'ultima non sia soggetta ad alcuna

<sup>397</sup> Occorrerebbe stabilire quale tipo di misure coercitive fanno scattare il divieto di utilizzo (cfr. p. es. art. 183 cpv. 1<sup>bis</sup> LIFD) e se a tal fine occorre la minaccia concreta del ricorso ai mezzi di coercizione (di diritto amministrativo o processuale penale) o se basta la possibilità astratta di sanzionare il rifiuto di collaborare.

<sup>398</sup> SPITZ, *Problemstellungen*, pag. 557, non è tuttavia certo se ciò debba valere senza restrizioni anche per le imprese.

<sup>399</sup> La perquisizione domiciliare del diritto dei cartelli (art. 42 LCart) costituisce un'eccezione.

vigilanza ufficiale particolare e quindi non sia assoggettata ad alcuna normativa specifica.

Se si optasse per l'opzione 3, sarebbe indispensabile compensare la soppressione dell'obbligo di collaborare della parte conferendo alle autorità nuove competenze per la raccolta delle prove in vista dell'accertamento dei fatti, segnatamente per ovviare alle prevedibili difficoltà probatorie<sup>400</sup>. Si può trattare ad esempio dell'audizione di testimoni o della perquisizione domiciliare<sup>401</sup>. L'esecuzione di una perquisizione domiciliare è molto dispendiosa in termini di tempo e di risorse. Alla luce del principio del *nemo tenetur*, alcune misure di raccolta delle prove previste dalla legge sono in linea di massima ammissibili, in particolare quelle non rivolte contro la parte, quali l'audizione di testimoni o quelle che presuppongono solo un obbligo di tolleranza della parte, non un'azione concreta, quali la perquisizione domiciliare<sup>402</sup>. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, per valutare se vi è violazione dell'articolo 8 CEDU è determinante se le perquisizioni domiciliari sono state autorizzate dal giudice (*Richtervorbehalt*) o se è prevista una regolamentazione equivalente alla riserva del giudice<sup>403</sup>.

Se si adottasse l'opzione 3, occorrerebbe inoltre valutare la necessità d'inserire nella legge un obbligo d'informare le parti sul diritto di non deporre e di non collaborare. Nella dottrina relativa ai cartelli tale questione è controversa<sup>404</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniarie secondo l'articolo 49a LCart non sussiste un obbligo generale di informare sul diritto di non deporre<sup>405</sup>. Se le autorità invece adottano misure senza avviso (p. es. l'audizione di testimoni, una perquisizione domiciliare o un sequestro), le persone fisiche direttamente coinvolte devono in linea di principio essere espressamente informate sul loro diritto di non fornire informazioni<sup>406</sup>.

<sup>400</sup> Se la soppressione dell'obbligo di collaborare non viene compensata con nuove competenze di raccolta delle prove, sarebbe praticamente impossibile svolgere i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria.

<sup>401</sup> Per quanto riguarda la perquisizione domiciliare alla luce del principio del *nemo tenetur*, cfr. la sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito* del 17 dic. 1996, n. 19187/91, Recueil CourEDH 1996-VI § 69; sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 cons. 103 – *Swisscom ADSL*.

<sup>402</sup> DTF 142 IV 207 cons. 8.3.2 – *Bankunterlagen*; 140 II 384 cons. 3.3.2 – *Spielbank*.

<sup>403</sup> Cfr. le sentenze della Corte EDU *Miaülhe c. Francia* del 25 feb. 1993, n. 12661/87, serie A, n. 256-C; *Crémieux c. Francia* del 25 feb. 1993, n. 11471/85, serie A, n. 256-C; *Camenzind c. Svizzera* del 16 dic. 1997, n. 21353/93, Recueil CourEDH1997-VIII.

<sup>404</sup> A favore di questo punto di vista: SPITZ, *Problemstellungen*, pag. 558; SCHAAD THOMAS, *Verhältnis zwischen der ausländerechtlichen Mitwirkungspflicht und den strafprozessualen Verweigerungsrechten*, Jusletter 20 mar. 2017, n. marg. 86; TAGMANN, *Sanktionen*, pag. 119 seg.; contrari: SEILER, *Missverhältnis*, pag. 19 seg.; HAURI KURT, *Verwaltungsstrafrecht*, Berna 1998, art. 39, n. marg. 4.

<sup>405</sup> Sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 cons. 5.3.2 – *Nikon*, con rinvio alla DTF 140 II 384 cons. 3.3.6, 3.4 – *Spielbank*.

<sup>406</sup> Sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 cons. 14. 136 – *Swisscom ADSL*.

### 5.3.7 Sintesi intermedia

Gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo sono in conflitto con il principio del *nemo tenetur* di diritto processuale penale, laddove sono applicati con la coercizione e utilizzati come mezzi di prova in un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. L'indagine ha mostrato che la prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno trovato soluzioni ritagliate attorno ai singoli casi. È quindi possibile lasciare alle autorità incaricate dell'applicazione del diritto il compito di ponderare, caso per caso, gli interessi in gioco tra gli obblighi di collaborare di diritto amministrativo e il principio del *nemo tenetur* (opzione 1: *status quo*).

Per contro, un disciplinamento esplicito secondo le opzioni 2 e 3 avrebbe il vantaggio di lasciare al legislatore, che gode della legittimazione democratica, il compito di ponderare gli interessi e quindi di chiarire la conseguenza giuridica. Non è tuttavia possibile trovare una soluzione ideale per tutti gli ambiti amministrativi.

Per i destinatari della sanzione assoggettati a una regolamentazione particolare che si trovano in un rapporto amministrativo preesistente o che sono sottoposti a vigilanza particolare, la preminenza degli obblighi di collaborare imposti dalle leggi speciali appare una soluzione praticabile (opzione 2). Per attuare questa soluzione e per motivi legati alla certezza del diritto e alla prevedibilità, si raccomanda di stabilire esplicitamente nella pertinente legge speciale la portata dell'obbligo di collaborare (in particolare gli obblighi di comunicazione, di allestire documenti e di rendiconto) come pure la sua preminenza rispetto al diritto di non autoincriminarsi nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria. Questa regola sulla preminenza non interessa tuttavia gli obblighi generali di collaborare (p. es. l'obbligo d'informazione generale). L'opzione di compromesso 2 si basa sull'attuale giurisprudenza del Tribunale federale nella citata causa *Spielbank*. Non è possibile prevedere esattamente come sarà giudicata dalla Corte EDU.

La preminenza del diritto di non autoincriminarsi e la conseguente soppressione dell'obbligo di collaborare (opzione 3) in tutti gli ambiti d'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie non appare opportuna. Questo approccio è ipotizzabile tutt'al più per gli ambiti in cui i destinatari della sanzione non hanno legami particolari con i poteri di sovranità dello Stato, ad esempio quelli paragonabili al diritto fiscale, in cui gli obblighi riguardano tutti i cittadini (*Jedermannspflichten*). Il diritto vigente non prevede lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria in tali ambiti, fatta eccezione per la legge sui cartelli. Nel caso in cui fosse adottata l'opzione 3, occorrerebbe introdurre, come nel diritto dei cartelli, nuove competenze di raccolta delle prove in vista dell'accertamento dei fatti (in particolare l'audizione di testimoni e le perquisizioni domiciliari) per compensare le prevedibili difficoltà probatorie.

## 5.4 Questioni di diritto probatorio

### 5.4.1 Situazione iniziale

Per quanto riguarda i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria che rientrano nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali, ci si chiede se il

diritto probatorio di diritto amministrativo sia compatibile con la presunzione d'innocenza garantita dal diritto processuale penale, secondo la quale ogni persona che ha commesso un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpa non sia stata legalmente accertata o che non sia condannata con sentenza passata in giudicato (art. 6 par. 2 CEDU, art. 32 cpv. 1 Cost.). La disposizione più importante che concretizza l'articolo 32 capoverso 1 Cost. è l'articolo 10 CPP<sup>407</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e del Tribunale amministrativo federale, la presunzione d'innocenza si applica anche nei confronti delle imprese nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria<sup>408</sup>.

I capitoli seguenti approfondiscono le presunzioni legali di fatto e di diritto a carico della parte previste nelle diverse leggi speciali (n. 5.4.2), la riduzione del grado di prova a carico della parte (n. 5.4.3) e la possibilità di considerare il comportamento come elemento a sfavore della parte in occasione della valutazione delle prove nel quadro del procedimento sanzionatorio (n. 5.4.3).

## 5.4.2 Presunzioni legali di fatto e di diritto

Diverse leggi speciali che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie contemplano presunzioni legali di fatto e di diritto a carico della parte (art. 122a cpv. 2 e 122b cpv. 2 LStrI, 5 cpv. 3 e 4 LCart e 171a cpv. 2 LAgr). Come finora, l'onere della prova alla base della presunzione da cui risulta un fatto ignorato o una conseguenza giuridica ignorata incombe all'autorità amministrativa. Se tale base è data, spetta alla parte fornire le prove per confutare le conseguenze della presunzione. Se la parte non fornisce le prove, valgono le conseguenze della presunzione e la parte è tenuta a sopportarle.

Se il procedimento in questione rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU, le presunzioni legali entrano in conflitto con la presunzione d'innocenza. La presunzione d'innocenza, come regola relativa all'onere della prova, esige che sia l'autorità e non l'imputato a sopportare le conseguenze dell'assenza di prove<sup>409</sup>. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, le presunzioni a carico della parte possono, in via eccezionale, essere compatibili con l'articolo 6 paragrafo 2 CEDU, se rimangono entro limiti ragionevoli. In questo contesto svolgono un ruolo centrale la rilevanza della causa nonché i diritti procedurali e alla difesa esistenti (p. es. la possibilità

<sup>407</sup> Cfr. al riguardo, TOPHINKE ESTHER in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar – Strafprozessordnung, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, n. 1 segg. ad art. 10 CPP; JEANNERET/KUHN, *procédure pénale*, n. marg. 4060 segg.

<sup>408</sup> DTF 140 II 384 consid. 3.4 – *Spielbank*; sentenze del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 6.3 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*, A-597/2019 del 27 gen. 2020, consid. 5.3.3 – *Swiss International Airlines* relativa a una sanzione amministrativa pecuniaria secondo l'art. 122a LStrI e sentenza del TAF B-6592/2010 del 18 mar. 2011 consid. 3.2 relativa a una sanzione amministrativa pecuniaria secondo l'art. 169 LAgr. Nella dottrina, cfr. p. es. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, *Verfahrensrecht*, n. marg. 728; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, n. marg. 486.

<sup>409</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018, consid. 6.3 con ulteriori rinvii – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*.

di confutare la presunzione)<sup>410</sup>. In altre parole, i mezzi impiegati devono essere proporzionati allo scopo legittimo perseguito<sup>411</sup>.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale relativa agli articoli 122a e 122b LStrl, le presunzioni legali di fatto e di diritto sono ammesse nei procedimenti di sanzione amministrativa, sempreché non vengano intese nella loro forma assoluta, servano a uno scopo legittimo, siano contenute entro limiti ragionevoli e possano essere apprezzate dal giudice nel singolo caso<sup>412</sup>. In ogni caso, la persona interessata deve avere la possibilità di confutare la presunzione, ad esempio facendo valere i motivi a discolora previsti agli articoli 122a capoverso 3 e 122b capoverso 3 LStrl. In più casi, il Tribunale amministrativo federale ha confermato la loro conciliabilità con l'articolo 6 paragrafo 2 CEDU<sup>413</sup>.

La giurisprudenza ritiene conciliabili con la presunzione d'innocenza anche le presunzioni legali di cui all'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart, poiché si tratta di presunzioni confutabili<sup>414</sup>. La presunzione summenzionata di cui all'articolo 171a capoverso 2 LAgr è altresì confutabile<sup>415</sup>, per cui è lecito supporre che, in linea di massima, non sia in conflitto con la presunzione d'innocenza.

### 5.4.3 Riduzione del grado della prova

Secondo la giurisprudenza e la prassi svizzere, nel procedimento amministrativo vale, in linea di principio, il grado della prova della «certezza piena» (*Überzeugungsbeweis*,

<sup>410</sup> Cfr. le sentenze della Corte EDU *Kangers c. Lettonia* del 14 mar. 2019, n. 35726/10 § 56; *Krumpholz c. Austria* del 18 mar. 2010, n. 13201/05 § 34; *Busuttil c. Malta* del 3 giu. 2021, n. 48431/18 § 46 segg.; *Salabiaku c. Francia* del 7 ott. 1998, n. 10519/83, serie A, n. 141-A § 28. Cfr. anche DTF **142** IV 137 consid. 9.2.

<sup>411</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Busuttil c. Malta* del 3 giu. 2021, n. 48431/18 § 47, con rinvio alla sentenza della Corte EDU *Janosevic c. Svezia* del 23 lug. 2002, n. 34619/97, Recueil CourEDH 2002-VII § 101; sentenza della Corte EDU *Falk c. Paesi Bassi* del 19 ott. 2004, n. 66273/01.

<sup>412</sup> Cfr. le sentenze del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 4.4.2 segg.; 5.3.3 – *Swiss International Airlines*; A-1384/2019 del 27 apr. 2020 consid. 7.3.3.

<sup>413</sup> Cfr. la sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 4.4.2 segg. e 5.3.3 – *Swiss International Airlines*; A-597/2020 del 23 feb. 2021 consid. 4; A-1384/2019 del 27 apr. 2020 consid. 7.3.3 segg.

<sup>414</sup> Cfr. le sentenze del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 5.5.3 – *Nikon*; B-8399/2010 del 23 set. 2014 consid. 6.4.5. Cfr. al riguardo anche DTF **143** II 297 consid. 9.4.2; ZIRLICK BEAT/BANGERTER SIMON, in: Zäch e altri, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar, 1ª ed., Zurigo/San Gallo 2018, n. 359 segg. ad art. 5 LCart. Inoltre, nella prassi le autorità competenti in materia di concorrenza non si basano solo sulla presunzione, ma esaminano sempre d'ufficio se la stessa può essere confutata.

<sup>415</sup> Cfr. al riguardo anche WASSERFALLEN ANDREAS, Landwirtschaftsgesetz (LWG) Handkommentar, Berna 2019, n. 32 segg. ad art. 171a.

*certitude*)<sup>416</sup>. A determinate condizioni il grado della prova nel procedimento di sanzione amministrativa può tuttavia essere ridotto alla «verosimiglianza preponderante». Secondo tale grado una prova è ritenuta fornita quando secondo criteri oggettivi vi sono motivi fondati per ritenere corretta un'asserzione di fatto a fronte di altre possibilità ipotizzabili che però non entrano ragionevolmente in considerazione in maniera decisiva<sup>417</sup>. Nei casi in cui la prova piena non è possibile né ragionevolmente esigibile, non solo nella singola fattispecie ma per la natura stessa dei fatti, e quindi si è in presenza di una necessità di prova (*Beweisnot*), la giurisprudenza svizzera ammette la riduzione del grado della prova alla verosimiglianza preponderante<sup>418</sup>.

A volte le sanzioni amministrative pecuniarie riguardano fatti complessi che possono porre l'autorità amministrativa di fronte a notevoli difficoltà probatorie. Nel diritto dei cartelli, si parla ad esempio di «concause multiple» quando nel quadro di analisi economiche o della formulazione di pronostici occorre considerare numerosi attori e fattori. Questo può ad esempio essere il caso se si tratta di provare la posizione dominante di un'impresa sul mercato secondo l'articolo 7 LCart<sup>419</sup>. Secondo il Tribunale federale, nel contesto delle sanzioni amministrative del diritto in materia di cartelli non bisogna porre esigenze eccessive alla prova, poiché a partire da un certo grado di complessità la prova stretta non appare più possibile<sup>420</sup>. Il Tribunale amministrativo federale ha inoltre ritenuto esplicitamente che la mera riduzione del grado della prova non viola la presunzione d'innocenza (*in dubio pro reo*)<sup>421</sup><sup>422</sup>. Va infine aggiunto che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU spetta alle autorità nazionali stabilire il grado della prova necessario per accertare la colpa<sup>423</sup>.

<sup>416</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-581/2012 del 16 set. 2016 consid. 5.5.1 – *Nikon*, con rinvio alla DTF **130** III 321 consid. 3.2; riguardo alla letteratura relativa al diritto procedurale, cfr. p. es. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, *Verfahrensrecht*, n. marg. 727; DAUM, *VRPG/BE-Kommentar*, n. 19 ad art. 19. Il grado della prova nel diritto amministrativo è compatibile con la presunzione d'innocenza, cfr. la sentenza del TAF B-880/2012 del 25 giu. 2018 consid. 8.4.4.1.

<sup>417</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 8.4.4.2 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*, con rinvio alle DTF **140** III 610 consid. 4.1 e **132** III 715 consid. 3.1.

<sup>418</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018 2018 consid. 8.4.4.2 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*, con rinvio alle DTF **132** III 715 consid. 3.1; **130** III 321 consid. 3.2 e **128** III 271 consid. 2b/aa.

<sup>419</sup> Secondo il TAF, in definitiva, questa stima non vale solo per l'accertamento della posizione dominante nei casi di cui all'art. 7 LCart, ma per tutti gli elementi costitutivi dell'infrazione, nella misura in cui nel singolo caso siano date concause multiple. Il grado ridotto della prova può applicarsi anche nei casi di cui all'art. 5 LCart, segnatamente quando si tratta di valutare gli sviluppi del mercato futuri o alternativi, i possibili effetti sulla concorrenza dei fatti contemplati dal diritto dei cartelli o gli eventuali motivi di efficienza (cfr. sentenza del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 8.4.4.4 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*).

<sup>420</sup> Cfr. DTF **139** I 72 consid. 8.3.2 – *Publigroupe*; sentenza del TAF B-807/2012 del 25 giu. 2018 consid. 8.4.4.2 – *Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Erne*.

<sup>421</sup> Secondo il precetto dell'*in dubio pro reo*, i dubbi insopprimibili in ordine alla commissione del reato contestato si ripercuotono favorevolmente sulla persona accusata, cfr. la sentenza della Corte EDU del 14 feb. 2019, n. 5556/10 § 107; sentenza del TF **6B\_804/2017** del 23 mag. 2018 consid. 2.1.

<sup>422</sup> Cfr. la sentenza del TAF B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 582 – *Swisscom ADSL*.

<sup>423</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Bikas c. Germania* del 25 gen. 2018, n. 76607/13 § 59.

#### 5.4.4 Libero apprezzamento delle prove

Nel procedimento amministrativo l'autorità amministrativa apprezza liberamente le prove e può ad esempio tenere in considerazione il rifiuto di rispondere a domande del giudice o di produrre mezzi di prova (art. 19 PA in combinato disposto con l'art. 40 della legge di procedura civile federale). Se il procedimento rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU, può venire a crearsi un conflitto con la presunzione d'innocenza.

In virtù della presunzione d'innocenza come regola dell'apprezzamento delle prove, la sanzione di diritto amministrativo non è irrogata se permangono dubbi insopprimibili<sup>424</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, la presunzione d'innocenza si applica anche nei procedimenti amministrativi di carattere penale e quindi per considerare il comportamento come elemento a sfavore della parte vanno rispettate condizioni più severe<sup>425</sup>. Ne consegue che il comportamento della parte è considerato a titolo di prova in prima linea in funzione del caso specifico. Non è quindi necessario intervenire a livello legislativo per quanto riguarda le condizioni poste all'apprezzamento delle prove.

#### 5.4.5 Sintesi intermedia

Nel contesto del diritto probatorio va tenuto conto della *presunzione d'innocenza* garantita dal diritto processuale penale (art. 6 par. 2 CEDU, art. 32 cpv. 1 Cost.) nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria. Secondo la giurisprudenza, le *presunzioni legali di fatto e di diritto* a sfavore della parte previste dal diritto in materia di stranieri e dal diritto dei cartelli sono compatibili con la presunzione d'innocenza, a condizione che la parte possa confutarla.

La giurisprudenza ammette la *riduzione del grado della prova* a sfavore della parte (prova della verosimiglianza) nei casi in cui la prova piena non è possibile o non è ragionevolmente esigibile non solo nel singolo caso, ma per la natura stessa del fatto in questione e quindi quando vi è una *necessità di prova*. Questo è ad esempio il caso quando sussistono *concause multiple*, ovvero quando è necessario considerare numerosi attori e fattori o fare previsioni. In questo contesto, la riduzione del grado della prova è compatibile con la presunzione d'innocenza.

Infine, la giurisprudenza approva il fatto che l'autorità incaricata dell'applicazione della sanzione amministrativa consideri il comportamento non cooperativo della parte a sfavore di quest'ultima. Nel quadro del *libero apprezzamento delle prove* l'autorità

<sup>424</sup> Cfr. le sentenze del TAF B-6592/2010 del 18 mar. 2011 consid. 3.2; B-8399/2010 del 23 set. 2014 consid. 6.4.4; WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2016, n. 20 ad art. 19, con rinvio a KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, n. marg. 486; cfr. anche HÄNER ISABELLE, *Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes*, in: Häner/Waldmann, *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zurigo 2008, pagg. 33–53, in particolare 49 seg.

<sup>425</sup> Cfr. la sentenza del TAF A-597/2019 del 27 gen. 2020 consid. 5.3.3 – *Swiss International Airlines* con rinvio a AUER/BINDER, *VwVG-Kommentar*, n. 40 ad art. 13 PA.

deve tuttavia tenere conto della presunzione d'innocenza. Le circostanze del caso specifico sono determinanti.

## 5.5 Diritto di essere sentiti e diritto a un'udienza pubblica e orale

Il diritto di essere sentiti della parte al procedimento è un aspetto essenziale dell'equità procedurale. È garantito dall'articolo 29 capoverso 2 Cost. a tutte le autorità giudiziarie e amministrative. Deve essere considerato anche nei procedimenti che rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 6 CEDU. Il legislatore ha concretizzato espressamente nella PA gli elementi del diritto di essere sentiti risultanti dalla Costituzione (cfr. art. 26 segg. PA). Il diritto legale di essere sentiti corrisponde ampiamente al diritto di essere sentiti sancito dall'articolo 29 capoverso 2 Cost.<sup>426</sup> e dall'articolo 6 CEDU<sup>427</sup>. Singole leggi speciali quali la legge sui cartelli contengono inoltre disposizioni complementari sul diritto di essere sentiti che vanno oltre il minimo previsto dal diritto convenzionale e costituzionale<sup>428</sup>. Il diritto di essere sentiti esige che la parte sia informata sul procedimento e che possa esprimersi su tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti e avere la possibilità di produrre delle prove. L'esame della prassi e della giurisprudenza relative alle sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto amministrativo federale non ha fatto emergere una necessità di intervenire a livello legislativo in questo ambito, anche se riveste una notevole importanza pratica.

L'articolo 6 paragrafo 1 CEDU garantisce inoltre il diritto a un'udienza pubblica nei procedimenti giudiziari. Secondo la CEDU, il diritto a un'udienza orale è contenuto nel diritto a un'udienza pubblica secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU<sup>429</sup>. La persona accusata può rinunciare esplicitamente o tacitamente a un'udienza pubblica. Il diritto a un'udienza orale si applica in modo meno restrittivo in caso di decisioni che non rientrano nel nocciolo duro del diritto penale<sup>430</sup>. Ne consegue che la prassi della Corte EDU ammette la rinuncia in via eccezionale a un'udienza orale, purché lo permetta la natura delle questioni da chiarire. In altre parole, deve essere possibile rispondere alle questioni di fatto e di diritto in base agli atti, l'accusato deve aver avuto

<sup>426</sup> L'art. 30 cpv. 2 lett. e PA costituisce un'eccezione, perché si spinge più lontano delle garanzie minime previste dall'art. 29 cpv. 2 Cost., cfr. DTF 126 II 11 consid. 6b/aa.

<sup>427</sup> Il diritto di replica costituisce un'eccezione e, secondo la prassi della Corte EDU, va oltre le garanzie del diritto nazionale, si veda al riguardo DTF 133 I 100 consid. 4.6, e anche KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, n. marg. 490.

<sup>428</sup> Secondo l'art. 30 cpv. 2 LCart, la segreteria della COMCO, che istruisce l'inchiesta, deve innanzitutto presentare per scritto alle parti alla procedura la sua proposta alla Commissione, affinché le parti prendano posizione. Le parti hanno diritto di esprimersi sulla proposta della segreteria nonché sulle considerazioni d'ordine economico e giuridico, sulle conclusioni, sulle misure e le sanzioni richieste; cfr. il *messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza*, pag. 473; cfr., a titolo di esempio, DTF 129 II 497 consid. 2.2.

<sup>429</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Döry c. Svezia* del 12 nov. 2002, n. 28394/95 § 37.

<sup>430</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Jussila c. Francia* del 23 nov. 2006, n. 73053/01, Recueil CourEDH 2006-XIV § 43.

sufficienti possibilità di presentare la sua posizione per scritto e il caso non deve sollevare una questione di credibilità<sup>431</sup>. In questo contesto le autorità nazionali possono tenere conto degli imperativi di efficacia e di economicità<sup>432</sup>.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, spetta primariamente all'autorità giudiziaria di primo grado garantire il diritto a un'udienza pubblica<sup>433</sup>. Nella misura in cui i procedimenti di sanzione amministrativa si svolgono dinanzi alle autorità amministrative, è lecito supporre che, in questa fase del procedimento, tale diritto non si applichi ancora. Secondo l'articolo 40 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (LTAF)<sup>434</sup>, la parte ha il diritto di chiedere un'udienza pubblica e orale nel quadro di una procedura di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale, sempreché la causa riguardi pretese di diritto civile o accuse penali secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, il che permette di garantire il rispetto di questo diritto<sup>435</sup>.

## 5.6 Conclusioni del procedimento

### 5.6.1 Decisione nel merito

Se conclude che tutte le condizioni procedurali sono soddisfatte, che l'accertamento dei fatti è stato esaustivo e che la fattispecie è stata realizzata, l'autorità amministrativa determina le conseguenze giuridiche emanando una decisione materiale in cui ne definisce le modalità. Concretamente, definirà l'importo che la parte dovrà pagare. A seconda delle circostanze, l'autorità amministrativa può disporre altre misure per ripristinare lo stato legale (riguardo alla scelta del tipo di sanzione e al calcolo della sanzione cfr. n. 4.4.1 seg.).

### 5.6.2 Rinuncia alla sanzione

L'autorità amministrativa può giungere alla conclusione che, nonostante il soggetto di diritto abbia violato i suoi obblighi in modo colpevole, possano sussistere motivi per rinunciare all'imposizione di una sanzione, sempreché l'autorità disponga di un

<sup>431</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Jussila c. Finlandia* del 23 nov. 2006, n. 73053/01, Recueil CourEDH 2006-XIV § 41.

<sup>432</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Jussila c. Finlandia* del 23 nov. 2006, n. 73053/01, Recueil CourEDH 2006-XIV § 42.

<sup>433</sup> DTF 136 I 279 consid. 1.

<sup>434</sup> RS 173.32

<sup>435</sup> Secondo la DTF 134 I 229 consid. 4.4, la rinuncia (tacita) al diritto a un'udienza pubblica è inoltre ammissibile. Se solitamente il procedimento è scritto, la rinuncia tacita può essere presunta se la parte non presenta tempestivamente una richiesta corrispondente. Cfr. riguardo all'intera problematica anche KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, n. marg. 224 segg.

marginale d'apprezzamento riguardo alla conseguenza giuridica<sup>436</sup>. La rinuncia può essere giustificata ad esempio se la sanzione appare sproporzionata rispetto alla gravità della violazione o al dispendio in termini di spese procedurali o di tempo<sup>437</sup>.

Anche nei casi bagatellari è possibile rinunciare all'imposizione di una sanzione, come previsto esplicitamente ad esempio dagli articoli 122a capoverso 1 e 122b capoverso 1 LStrl<sup>438</sup>. Questa possibilità risulta dai principi della proporzionalità e della parità di trattamento e sussiste anche in assenza di una base legale esplicita.

### 5.6.3 **Abbandono del procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria**

Se conclude che non è possibile provare i fatti, l'autorità amministrativa abbandona il procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria (cfr. n. 5.6.1). In questo caso, il procedimento è concluso senza decisione materiale. La PA non disciplina espressamente l'abbandono del procedimento. Dall'analisi della prassi amministrativa e della giurisprudenza relative alle attuali sanzioni amministrative di tipo pecuniario non è tuttavia emersa una necessità di intervenire a livello legislativo.

Nell'ottica del divieto di giudicare due volte una persona per lo stesso reato, ci si chiede se sia possibile riaprire senza condizioni un procedimento abbandonato senza una modifica dei fatti, perché i fatti considerati sono già stati oggetto di un procedimento sanzionatorio<sup>439</sup>.

### 5.6.4 **Decisione entro un termine ragionevole**

L'imperativo di celerità sancito dall'articolo 6 paragrafo 1 CEDU chiede alle autorità di rendere la sentenza entro un termine ragionevole. Il termine di riferimento per valutare la durata del procedimento inizia a decorrere con l'apertura del procedimento<sup>440</sup> e termina con l'entrata in vigore della decisione<sup>441</sup>. La complessità della causa e il comportamento sia della persona accusata sia delle autorità giudiziarie e amministrative competenti devono essere presi in considerazione nell'esame della durata del procedimento<sup>442</sup>.

<sup>436</sup> Cfr. p. es. la formulazione potestativa dell'art. 60 LTC. Non sussiste un margine d'apprezzamento p. es. nel caso dell'art. 49a LCart, cfr. TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 17 ad art. 49a LCart, con rinvio alla sentenza del TF 2C 149/2018 del 4. feb. 2021, consid. 8.5.1 seg. – *Hors-Liste Medikamente (Preiseempfehlungen)*.

<sup>437</sup> TANQUEREL, *droit administratif*, n. 1229.

<sup>438</sup> Secondo l'art. 49a cpv. 2 LCart, è possibile rinunciare alla sanzione se l'impresa collabora.

<sup>439</sup> TAGMANN, *Sanktionen*, pag. 213 seg.; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 39 ad art. 49a LCart.

<sup>440</sup> Secondo la prassi, l'autorità amministrativa comunica alle parti l'apertura del procedimento sanzionatorio, cfr. n. 5.1.2.

<sup>441</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Neumeister c. Austria* del 27 giu. 1968, n. 1936/63, serie A, n. 8 § 18 seg.

<sup>442</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Neumeister c. Austria* del 27 giu. 1968, n. 1936/63, serie A, n. 8 § 21.

Da un esame della prassi e della giurisprudenza relative alle sanzioni amministrative pecuniarie del diritto amministrativo federale è emerso che i procedimenti amministrativi di primo grado durano generalmente tra i tre e i nove mesi. In generale, non è data una necessità d'intervenire a livello legislativo per quanto riguarda la durata del procedimento.

Il *diritto sui cartelli*, che prevede procedimenti significativamente più lunghi, costituisce un'eccezione. Infatti, i fatti rientranti nel diritto sui cartelli sono più complessi rispetto ad altri ambiti (portata materiale, profondità dell'esame richiesta, numero di attori coinvolti)<sup>443</sup>. A rivelarsi particolarmente dispendiosi in termini di tempo sono gli atti istruttori, quali la perquisizione domiciliare prevista dal diritto dei cartelli o l'audizione delle parti e dei testimoni<sup>444</sup>. Ne conseguono lunghi procedimenti di primo grado (dai due ai quattro anni). Infine, la procedura di ricorso può allungare ulteriormente la durata del procedimento, che può anche arrivare a otto anni in alcuni casi.

Per quanto è dato sapere, finora il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale non hanno ridotto o annullato alcuna sanzione amministrativa pecuniaria a causa della violazione dell'imperativo di celerità. Il Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che la durata del procedimento nel diritto sui cartelli, a volte ritenuta eccessiva dalle imprese, sia ammissibile nell'ottica del diritto convenzionale, adducendo che il trattamento di complessi procedimenti in materia di cartelli è spesso molto oneroso e può comportare tempi di trattamento molto lunghi anche per le autorità preposte alla concorrenza e i giudici chiamati a pronunciarsi sui rimedi giuridici, come dimostrato da procedimenti comparabili in altri Paesi e nell'Unione europea<sup>445</sup>.

La durata dei procedimenti giudiziari in materia di diritto sui cartelli è oggetto della mozione Fournier 16.4094 del 15 dicembre 2016 («Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza») accolta dal Parlamento. Secondo la mozione, i procedimenti giudiziari devono essere semplificati e accelerati tramite l'introduzione di scadenze nella legislazione. In risposta all'intervento parlamentare, il Consiglio federale propone, nel quadro del suo progetto concernente la revisione parziale della LCart del 24 novembre 2021, posto in consultazione, una durata complessiva per tutte le istanze di un procedimento non superiore ai cinque anni<sup>446</sup>. In proposito occorre tuttavia osservare che la necessità di svolgere indagini e adottare decisioni entro termini stabiliti può ridurre la qualità. Inoltre, tali disposizioni sollevano interrogativi in merito all'indipendenza della giustizia e alla parità di trattamento. Non si riscontrano motivi oggettivi per considerare prioritarie le procedure fondate sul diritto in materia di cartelli rispetto alle altre procedure (di diritto amministrativo)<sup>447</sup>.

<sup>443</sup> Cfr. DTF **139** I 72 consid. 8.3.2 – *Publigroupe*.

<sup>444</sup> A ciò si aggiunge che molte imprese fanno valere ampiamente i loro diritti di partecipazione e alla difesa (domande di prova, domande di procedimenti, numerose petizioni, ripetuto studio degli atti, proroga dei termini, pareri richiesti e spontanei nonché perizie private di carattere economico o giuridico ecc.).

<sup>445</sup> Cfr. le sentenze del TAF B-831/2011 del 18 dic. 2018 consid. 1651 – *SIX/DCC* (non ancora passate in giudicato); B-7633/2009 del 14 set. 2015 consid. 248 – *Swisscom ADSL*.

<sup>446</sup> Cfr. art. 44a del progetto del 24 novembre 2021 posto in consultazione.

<sup>447</sup> Cfr. il rapporto esplicativo del Consiglio federale del 24 novembre 2021 sulla revisione parziale della legge sui cartelli, n. 2.1.4.

## 5.6.5 Spese procedurali

Nella fase della conclusione del procedimento occorre stabilire quale regolamentazione applicare alle spese procedurali e se introdurre una simile regolamentazione per le sanzioni amministrative pecuniarie. La PA non contempla una regolamentazione generale sulle spese procedurali per i procedimenti di primo grado. Le spese procedurali per le procedure di ricorso sono disciplinate all'articolo 63 PA e consistono in una tassa di decisione, nelle tasse di cancelleria e negli sborsi, di regola a carico della parte soccombente<sup>448</sup>.

Nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie, alcune leggi speciali contengono una base legale per l'imposizione delle spese procedurali. È ad esempio il caso della LPO, della LGD, della LTC e della LRTV, delle sanzioni amministrative secondo la LStrI e del diritto sui cartelli<sup>449</sup>. Secondo l'articolo 53a capoverso 3 LCart, il Consiglio federale può inoltre esentare da emolumenti talune procedure o prestazioni, in particolare in caso di sospensione delle procedure<sup>450</sup>. Altre leggi speciali contenenti sanzioni amministrative pecuniarie non disciplinano la riscossione delle spese procedurali per i procedimenti di primo grado (p. es. art. 9 LDist).

Nella procedura penale le spese procedurali sono rette dagli articoli 422 e seguenti CPP. Al riguardo, l'articolo 426 CPP stabilisce che, in caso di condanna, le spese procedurali sono a carico dell'imputato<sup>451</sup>. In caso di assoluzione o di abbandono del procedimento, secondo l'articolo 423 CPP le spese sono a carico dello Stato. Questa soluzione si giustifica con il principio della presunzione d'innocenza garantito dall'articolo 6 paragrafo 2 CEDU e dall'articolo 32 capoverso 1 Cost. La decisione del giudice di accollare le spese procedurali alla persona assolta potrebbe essere interpretata come condanna per un reato che la persona accusata non ha commesso<sup>452</sup>.

Nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria che rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, le imprese interessate dal procedimento possono invocare la presunzione d'innocenza. Ne consegue che tale principio

<sup>448</sup> L'ordinanza del 10 set. 1969 sulle tasse e spese nella procedura amministrativa (RS 172.041.0) completa i principi applicabili in virtù dell'art. 63 PA, lasciando un margine di manovra al riguardo. Cfr. segnatamente l'art. 13 dell'ordinanza. Si può rimandare alle disposizioni di quest'ordinanza se una legge speciale prevede spese procedurali in prima istanza; essa non deve tuttavia essere considerata come una base legale che permette d'imporre spese procedurali in maniera generalizzata in assenza di una base legale settoriale che prevede simili spese. Cfr. inoltre: BOVAY, *Procédure administrative*, pag. 634.

<sup>449</sup> Cfr. art. 30 cpv. 1 LPO e 77 cpv. 1 lett. d dell'ordinanza del 29 ago. 2012 sulle poste (OPO; RS 783.01), 99 cpv. 1 LGD, 40 cpv. 1 lett. a LTC, 100 cpv. 1 lett. b e c LRTV e 78 segg. dell'ordinanza del 9 mar. 2007 sulla radiotelevisione (ORTV; RS 784.401), 123 cpv. 1 LStrI e 53a LCart.

<sup>450</sup> L'art. 3 cpv. 2 dell'ordinanza del 25 feb. 1998 sugli emolumenti nell'ambito della legge sui cartelli (OEm-LCart; RS 251.2) precisa in quali casi si rinuncia alla riscossione di emolumenti. Cfr. anche: TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 10 segg. ad art. 53a LCart.

<sup>451</sup> FONTANA, *CR-CPP*, n. 1 segg. ad art. 426 CPP.

<sup>452</sup> Cfr. la sentenza della Corte EDU *Minelli c. Svizzera* del 25 mar. 1983, n. 8660/79, Serie A n. 62. Per un commento dettagliato sulla prassi del TF dopo la sentenza *Minelli c. Svizzera* cfr. DOMEISEN, *BSK-StPO*, n. 24 segg. ad art. 426 CPP (con ulteriori rinvii). Cfr. anche: DTF 109 Ia 166; 114 Ia 299; 116 Ia 162.

può essere invocato anche in assenza di una base legale speciale che prevede la rinuncia alla riscossione delle spese procedurali in caso di abbandono del procedimento. Se il procedimento di sanzione amministrativa è sospeso, la parte sotto inchiesta non deve quindi sopportare alcuna spesa procedurale, a meno che gli indizi iniziali non siano confermati. Questa regolamentazione si trova ad esempio negli articoli 53a capoverso 3 LCart in combinato disposto con l'articolo 3 capoverso 2 lettera c OEm-LCart<sup>453</sup>. Le altre leggi speciali esaminate non prevedono disposizioni corrispondenti. Considerato che la possibilità di rinunciare alle spese procedurali in caso di abbandono del procedimento risulta direttamente dal principio della presunzione d'innocenza, non è necessario disciplinare la questione in altre leggi speciali.

### 5.6.6 Indennità per spese ripetibili

La PA non prevede l'indennità per spese ripetibili nei procedimenti amministrativi di prima istanza. Simili indennità possono essere fatte valere solo nelle procedure di ricorso dinanzi al giudice (art. 64 PA), a meno che una legge speciale non sancisca espressamente l'assegnazione di un'indennità alla parte<sup>454</sup>. Il Tribunale federale ha infatti ritenuto che l'indennità per spese ripetibili secondo l'articolo 64 PA non è un «principio processuale generale» e si applica unicamente alle procedure di ricorso<sup>455</sup>. In occasione dell'adozione della PA, il legislatore ha consapevolmente rinunciato a regolamentare in maniera generale l'assegnazione di indennità per ripetibili nei procedimenti di prima istanza (silenzio qualificato)<sup>456</sup>.

Secondo l'articolo 64 PA, l'autorità di ricorso può assegnare d'ufficio o a domanda un'indennità alla parte vincente in tutto o in parte.

Nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie, le leggi speciali non prevedono indennità per ripetibili. In una sentenza pronunciata nell'ambito delle telecomunicazioni, il Tribunale federale ha interpretato in modo restrittivo la nozione di «procedura di ricorso», facendo notare che, in assenza di una disposizione particolare nella legge sulle telecomunicazioni, l'articolo 64 PA non poteva essere applicato per analogia al procedimento di primo grado. Dopo la conclusione del procedimento in prima istanza dinanzi alla COMCO, non è quindi stato possibile assegnare alle parti un'indennità a

<sup>453</sup> Cfr. al riguardo p. es.: la sentenza del TAF B-3975/2013 del 30 ott. 2019 consid. 21.3; decisioni della COMCO *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG e altre* del 19 dic. 2005, in: DPC 2006/2 pag. 227 segg., n. marg. 125 segg.; *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable* del 4 giu. 2007, in: DPC 2007/3 pag. 400 segg., n. marg. 98 segg.; *Swisscom ADSL* del 7 mag. 2007, in: DPC 2007/3 pag. 410 segg., n. marg. 29 segg.; *Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)* del 18 giu. 2007, in: DPC 2007/3 415 n. marg. 122 seg. Cfr. anche: TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 11 ad art. 53a LCart; DURRER, *KG-Handkommentar*, n. 7 ad art. 53a LCart.

<sup>454</sup> BEUSCH, *VwVG-Kommentar*, n. 2 ad art. 64 PA. Fanno parte delle poche eccezioni l'art. 11a PA e l'art. 115 cpv. 1 della legge federale del 20 giu. 1930 sull'espropriazione (LEspr; RS 711).

<sup>455</sup> DTF 132 II 47 consid. 5.2; sentenza del TAF B-844/2015 del 19 dic. 2017 consid. 11.2.

<sup>456</sup> DTF 132 II 47 consid. 5.2.

titolo di ripetibili<sup>457</sup>. Il Tribunale amministrativo federale ha confermato questa giurisprudenza in una sentenza pronunciata nel 2017 nell'ambito dei cartelli<sup>458</sup>. È quindi lecito supporre che tale giurisprudenza possa essere generalizzabile. Occorre aggiungere che, di norma, le persone giuridiche non hanno nemmeno diritto alla gratuità della procedura secondo l'articolo 29 capoverso 3 Cost.<sup>459</sup>. In linea di massima, quindi, non appare opportuno introdurre una base legale speciale che preveda un'indennità per ripetibili nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie.

Va aggiunto che tale questione costituisce l'oggetto della mozione Fournier 16.4094 del 15 dicembre 2016 («Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza»), già menzionata al numero 5.6.4, che chiede fra l'altro l'introduzione di un'indennità alle parti per i procedimenti amministrativi di primo grado in materia di cartelli<sup>460</sup>. Secondo la mozione, i procedimenti amministrativi fondati sul diritto in materia di cartelli sono particolarmente complessi, lunghi e onerosi e rappresentano un onere finanziario considerevole, soprattutto per le PMI. È dunque giustificata una regolamentazione particolare. In risposta all'intervento, il Consiglio federale propone, nel quadro del progetto posto in consultazione relativo alla revisione parziale della LCart del 24 novembre 2021, l'introduzione di un indennizzo alle parti per i costi delle procedure amministrative fondate sul diritto in materia di cartelli, sempreché il procedimento sia stato completamente o parzialmente abbandonato senza conseguenze<sup>461</sup>. Occorre sottolineare al riguardo che anche altri procedimenti (sanzionatori) amministrativi possono essere complessi, lunghi e onerosi (p. es. nell'ambito dei giochi in denaro, delle telecomunicazioni o dei mercati finanziari). Non si riscontrano pertanto motivi oggettivi per privilegiare le imprese interessate da procedimenti amministrativi fondati sul diritto in materia di cartelli<sup>462</sup>.

Infine, va notato che nel procedimento penale le indennità per ripetibili sono rette dall'articolo 429 CPP<sup>463</sup>, secondo il quale l'imputato ha diritto a un'indennità per le

<sup>457</sup> DTF **132** II 47 consid. 5.2.

<sup>458</sup> Sentenza del TAF B-844/2015 del 19 dic. 2017 consid. 11.2.

<sup>459</sup> Cfr. segnatamente: DTF **143** I 328 consid. 3.1 (con ulteriori rinvii); **131** II 306 consid. 5.2.1 (con ulteriori rinvii); **126** V 42 consid. 4; **119** la 337 consid. 4b (con ulteriori rinvii). Cfr. anche: KAYSER MARTIN/ALTMANN RAHEL, in: Auer/Müller/Schindler (a. c.), *VwVG-Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2019, ad art. 65 PA. La giurisprudenza precisa che una persona giuridica può, in via eccezionale, avere diritto alla gratuità della procedura se il suo solo attivo è in lite e se le persone fisiche che partecipano economicamente alla persona giuridica sono altresì nell'indigenza.

<sup>460</sup> Mozione 16.4094 Fournier del 15. dic. 2016 «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», n. 4.

<sup>461</sup> Cfr. art. 53b del progetto di consultazione del 24 nov. 2021 sulla revisione parziale della legge sui cartelli.

<sup>462</sup> Cfr. il rapporto esplicativo del Consiglio federale del 24 novembre 2021 sulla revisione parziale della legge sui cartelli, n. 2.1.5.

<sup>463</sup> Per quanto riguarda il campo d'applicazione e la portata di questa disposizione penale cfr. segnatamente: WEHREBERG/FRANK, BSK-StPO, ad art. 429 CPP; MIZEL CÉDRIC/RÉTORNAY VALENTIN, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge, *Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2019, ad art. 429 CPP.

spese sostenute ai fini di un adeguato esercizio dei suoi diritti procedurali, se è pienamente assolto o se il procedimento nei suoi confronti è abbandonato<sup>464</sup>. La disposizione si applica tuttavia alle persone fisiche, non a quelle giuridiche e nemmeno alle imprese. Di conseguenza, non può essere ripresa nel contesto delle sanzioni amministrative pecuniarie.

## 5.6.7 Modifica delle decisioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie

Le decisioni dell'autorità amministrativa in prima istanza diventano vincolanti per l'autorità quando acquisiscono efficacia giuridica mentre per la parte lo diventano con il passaggio in giudicato formale<sup>465</sup>. Se la decisione si rivela scorretta, occorre stabilire se la decisione iniziale può essere modificata, a favore o a sfavore della parte.

La PA non disciplina espressamente la modifica delle decisioni di prima istanza<sup>466</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, è ammesso rivedere una decisione scorretta se vi sono motivi che giustificano anche la revisione della decisione su ricorso (art. 66 PA)<sup>467</sup>, quali ad esempio *l'allegazione di fatti o la produzione mezzi di prova nuovi e rilevanti*, che esistevano già al momento in cui è stata pronunciata la decisione ma che erano ignoti o nel caso in cui emerga successivamente che, all'epoca, l'autorità aveva trascurato *fatti rilevanti risultanti dagli atti*<sup>468</sup>.

Alla luce di questa giurisprudenza, non appare necessario introdurre disposizioni speciali sulla modifica successiva di decisioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie. Va aggiunto che, alle condizioni summenzionate, il divieto della duplice penalizzazione non appare violato (art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU)<sup>469</sup>. Secondo tale principio,

<sup>464</sup> Secondo la giurisprudenza del TF, il rifiuto di assegnare un'indennità viola il principio della presunzione d'innocenza, se l'imputato è assolto o se il procedimento nei suoi confronti è abbandonato. Cfr. la sentenza del TAF 6B\_241/2015 del 26 gen. 2016 2016 consid. 1.3.1 (con ulteriori rinvii). Cfr. anche: WEHRENBURG/FRANK, BSK-StPO, n. 5 ad art. 429 CPP.

<sup>465</sup> Per i termini usati cfr. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 31 n. marg. 1.

<sup>466</sup> L'art. 30 cpv. 3 LCart è una disposizione settoriale secondo la quale la COMCO, su proposta della segreteria o delle persone interessate può revocare o modificare la decisione, se le circostanze di fatto o giuridiche hanno subito modificazioni essenziali.

<sup>467</sup> DTF 103 Ib 87 consid. 2.

<sup>468</sup> Sarebbe anche ammesso rivedere la decisione se sulla decisione originaria ha influito un crimine o un delitto. Riguardo all'intera tematica, cfr. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 31 n. marg. 38. Per contro, la giurisprudenza ammette la revisione per *applicazione scorretta del diritto* in caso di decisioni analoghe a sentenze (tra cui si annoverano anche le decisioni relative alle sanzioni amministrative esaminate in questa sede) solo in casi eccezionali, ovvero qualora il mantenimento della decisione porti a un risultato urtante e contrario al senso di giustizia, cfr. DTF 98 Ia 568 consid. 5b.

<sup>469</sup> Le decisioni relative a sanzioni amministrative pecuniarie possono altresì essere modificate a sfavore della parte. In effetti, secondo la giurisprudenza del TF, il divieto di *reformatio in peius* non è desumibile né dall'art. 29 Cost. né dall'art. 6 par. 1 CEDU, cfr. DTF 139 IV 282 consid. 2.3.1; sentenza del TF 6B\_332/2009 del 4 ago. 2009 consid. 4.2. Alcuni autori della dottrina, orientandosi ai principi processuali penali, postulano un divieto generale di *reformatio in peius* nei procedimenti sanzionatori in materia di cartelli (NIGGLI/RIEDO, *Quasi-Strafrecht*, pag. 110 seg.).

in linea di massima, una persona non può essere perseguita o condannata penalmente per un'infrazione per cui è già stata scagionata o condannata a seguito di una sentenza definitiva (principio del *ne bis in idem*). È fatta salva la revisione della sentenza.

### 5.6.8 Sintesi intermedia

Il procedimento di sanzione amministrativa di prima istanza si conclude con una decisione che stabilisce l'importo che la parte deve pagare. A seconda delle circostanze, l'autorità amministrativa può disporre ulteriori misure per ripristinare lo stato legale. L'autorità preposta alle sanzioni amministrative può tuttavia anche rinunciare alla sanzione.

I procedimenti amministrativi di primo grado durano generalmente *dai tre ai nove mesi*. Un'eccezione è costituita dal diritto dei cartelli, nell'ambito del quale i procedimenti sono significativamente più lunghi. Per attuare una delle due richieste accolte dal Parlamento nella mozione 16.4094 Fournier del 15 dicembre 2016 («Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza»), il Consiglio federale propone che la durata complessiva di tutte le istanze di un procedimento non superi, di norma, i cinque anni.

Secondo il diritto vigente, la parte sopporta le spese del procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di primo grado se una legge speciale lo prevede. La LDist non contempla una corrispondente regolamentazione. Va aggiunto che, di norma, se il procedimento è abbandonato, si parte dal presupposto che, in virtù del principio della presunzione d'innocenza, le spese non vengano addossate alla parte.

La PA non prevede un'*indennità per ripetibili* nei procedimenti amministrativi di prima istanza. Nel diritto dei cartelli, tale questione è oggetto della mozione 16.4094 Fournier. In adempimento di tale mozione, il Consiglio federale prevede di introdurre un'*indennità per ripetibili* per i procedimenti amministrativi di primo grado fondati sul diritto in materia di cartelli completamente o parzialmente abbandonati.

La giurisprudenza ammette la *modifica successiva di decisioni sulle sanzioni amministrative pecuniarie* se sussistono motivi che giustificano anche una revisione della decisione di ricorso (art. 66 PA).

## 5.7 Informazione del pubblico

### 5.7.1 Informazione del pubblico circa i procedimenti pendenti

La PA non disciplina espressamente *l'informazione del pubblico* circa i procedimenti amministrativi in corso. I procedimenti amministrativi di prima istanza sono retti dal principio della pubblicità riservata alle parti (*Parteiöffentlichkeit*)<sup>470</sup>.

<sup>470</sup> Cfr. anche DTF 142 II 268 consid. 4.2.4.

Alcune leggi speciali che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie contengono invece disposizioni riguardanti l'informazione generale del pubblico sull'attività delle autorità ed eventualmente sui procedimenti pendenti, sempreché interessi preponderanti non vi si oppongano<sup>471</sup>. In altri casi, la giurisprudenza ha riconosciuto una simile possibilità<sup>472</sup>. Nell'ambito dei cartelli, il Tribunale federale ha ritenuto che le autorità non violano il principio della presunzione d'innocenza se informano il pubblico sulle inchieste e sui procedimenti pendenti<sup>473</sup>. Le autorità non possono tuttavia trattare le imprese come se fossero colpevoli, ad esempio comunicando alla stampa la decisione di sanzione prima dell'effettiva pronuncia della decisione<sup>474</sup>.

L'esperienza ha mostrato che, nel caso specifico, può esserci un interesse pubblico all'informazione del pubblico sui procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria in corso (in particolare se è necessaria la collaborazione di terzi per far luce su reati, se occorre rettificare notizie o voci inesatte o se lo richiede la particolare importanza di un caso). Considerata la portata dell'informazione del pubblico per le parti interessate, occorrerebbe creare una base legale a tal fine, sempreché non sia già prevista dalla legge speciale. La corrispondente regolamentazione potrebbe orientarsi alle condizioni poste dall'articolo 74 capoverso 1 CPP, secondo il quale il pubblico ministero può informare il pubblico sui procedimenti pendenti. L'informazione del pubblico circa i procedimenti pendenti deve avvenire nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e dei diritti della personalità delle parti.

Per motivi legati alla certezza del diritto, si raccomanda d'inserire nella pertinente legge speciale le condizioni alla base dell'informazione del pubblico sui procedimenti amministrativi in corso. La regolamentazione potrebbe orientarsi alle condizioni poste dall'articolo 74 capoverso 1 CPP e dovrebbe precisare che non vi deve essere alcun interesse preponderante che si opponga alla pubblicazione delle informazioni.

### 5.7.2 Pubblicità delle decisioni relative a sanzioni amministrative

Secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, le sentenze devono essere rese pubblicamente. Il requisito della pubblicità può essere soddisfatto anche in altro modo, ad esempio attraverso la consultazione delle sentenze o la pubblicazione delle sentenze più

<sup>471</sup> Art. 22 cpv. 3 LPO, 87 LRTV, 13 cpv. 1 e 3 LTC.

<sup>472</sup> Questo è p. es. il caso nel diritto dei cartelli quando si tratta delle possibilità delle autorità d'informare sui procedimenti in corso; cfr. la sentenza del TF 2C\_1065/2014 del 26 mag. 2016 consid. 8.3.

<sup>473</sup> Sentenza del TF 2C 1065/2014 del 26 mag. 2016 consid. 8.3. Cfr. anche TOPHINKE ESTHER, *Das Grundrecht der Unschuldsvermutung*, tesi di dottorato, Berna 2000, pag. 394 seg. Nel settore dei cartelli la mozione 16.4094 Fournier del 15 dic. 2016 chiedeva inoltre di disciplinare la pubblicazione d'informazioni sui procedimenti in corso e di pubblicare solo le decisioni delle autorità della concorrenza. Questo punto della mozione è stato respinto dal Consiglio nazionale (Boll. Uff. 2018 N 189).

<sup>474</sup> Sentenza del TF 2C 1065/2014 del 26 mag. 2016 consid. 8.2 e 8.4.2. Cfr. anche: NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, n. 253 prima degli art. 49a–53 LCart.

rilevanti in una raccolta ufficiale<sup>475</sup>. Il tipo e le modalità di pubblicazione vanno valutati alla luce delle peculiarità dei procedimenti in questione e nel rispetto del contenuto e della *ratio* dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU. Tale valutazione deve essere effettuata alla luce dell'intero procedimento<sup>476</sup>. Il diritto alla pubblicità risulta anche dall'articolo 30 capoverso 3 Cost.; interessa le decisioni nel merito o le decisioni formali di tutte le autorità giudiziarie con le quali viene concluso il procedimento<sup>477</sup>. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, anche i decreti penali secondo l'articolo 65 DPA devono essere resi pubblicamente<sup>478</sup>. Visto che le sanzioni amministrative pecuniarie sono considerate accuse penali ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, dovrebbe essere possibile trasporre la prassi del Tribunale federale.

In linea di massima, la PA non prevede la pubblicazione delle decisioni di primo grado. Per contro, alcune leggi speciali esaminate contengono disposizioni sulla pubblicazione delle decisioni<sup>479</sup>. L'esame della prassi sulle sanzioni amministrative pecuniarie esistenti nel diritto amministrativo federale ha mostrato che la maggior parte delle autorità amministrative pubblica le decisioni di sanzione di primo grado per informare il pubblico sull'interpretazione del diritto da parte delle autorità e sul calcolo delle sanzioni.

In questi ambiti, di norma, le decisioni pubblicate dalle autorità non sono rese anonime se vi è un interesse pubblico preponderante a informare il pubblico della decisione sanzionatoria, dei motivi alla base della sua irrogazione e del nome della parte sanzionata<sup>480</sup>. Le informazioni sui segreti d'affari sono oscurate<sup>481</sup>.

La pubblicazione delle decisioni assicura la trasparenza nel quadro dell'applicazione corretta delle disposizioni legali pertinenti da parte delle autorità e permette al pubblico di prendere conoscenza della prassi in materia di sanzioni. Il pubblico e i media possono così controllare l'attività amministrativa e prendere atto della pronuncia di una sanzione, dei motivi per i quali è stata imposta e di quali comportamenti sono suscettibili di essere sanzionati<sup>482</sup>.

Da quanto esposto emerge che la pubblicazione di decisioni di primo grado relative a sanzioni amministrative di tipo pecuniario è nell'interesse pubblico. In alcuni settori la pubblicazione è peraltro già una prassi amministrativa usuale. Per motivi legati alla

475 Cfr. la sentenza della Corte EDU *Sutter c. Svizzera* del 22 feb. 1984, n. 8209/78, Serie A, n. 74 § 33 seg.

476 Sentenza della Corte EDU *Welke e Bialek c. Polonia* del 1° mar. 2011, n. 15924/05 § 83.

477 Nei procedimenti penali la garanzia si applica quindi anche alle decisioni del pubblico ministero, segnatamente ai decreti di abbandono (cfr. p. es.: DTF 137 I 16 consid. 2.3; DTF 134 I 286 consid. 6.3) e ai decreti penali delle autorità amministrative in applicazione della DPA (DTF 124 IV 234 consid. 3). Cfr. anche: REICH, *BSK-BV*, n. 52 ad art. 30 Cost.

478 DTF 124 IV 234 consid. 3c, 3e.

479 Cfr. segnatamente art. 48 cpv. 1 LCart, 24 cpv. 2 lett. b LPO, 87 cpv. 1 LRTV e 13 cpv. 2 LTC.

480 Cfr. p. es. la decisione della PostCom *Epsilon SA 2/2020* del 30 gen. 2020, n. 28 con ulteriori rinvii.

481 Cfr. p. es. art. 25 cpv. 4 LCart o art. 87 cpv. 2 LRTV. Eloquenti: DTF 142 II 268 consid. 5. Cfr. inoltre la decisione della COMCO *Nikon AG* del 4 giu. 2012, in: DPC 2016/2 pag. 536 segg., n. 14 segg.

482 Riguardo alle finalità della pubblicazione secondo l'art. 48 cpv. 1 LCart, cfr. DTF 142 II 268 consid. 4.

trasparenza, si raccomanda d'integrare le leggi speciali che non contemplano ancora una corrispondente regolamentazione con una competenza in materia di pubblicazione. Ciò vale segnatamente per la LGD, la LDist e la LStrI. Una base legale appare opportuna non da ultimo in considerazione della portata delle decisioni per le parti interessate. Si tratta segnatamente di disciplinare nella legge se l'autorità amministrativa può decidere liberamente della pubblicazione delle decisioni (p. es. art. 48 cpv. 1 LCart) o se è obbligata a pubblicarle, se la decisione di sanzione può contenere informazioni sulla parte<sup>483</sup> e se occorre pubblicare le decisioni a prescindere da un'eventuale procedura di ricorso (pubblicazione di sentenze non passate in giudicato). In seguito occorrerebbe armonizzare le relative disposizioni sulla pubblicazione di sanzioni amministrative pecuniarie con eventuali altre disposizioni sulla pubblicazione delle decisioni di sanzione amministrativa.

## **5.8 Ricorso contro le decisioni di sanzione amministrativa pecuniaria**

### **5.8.1 Ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale (garanzia della via giudiziaria)**

Ai procedimenti di sanzione amministrativa considerati accuse penali secondo l'articolo 6 CEDU si applicano la garanzia costituzionale della via giudiziaria (art. 29a Cost.) e l'accesso a un tribunale indipendente e imparziale (art. 6 par. 1 CEDU). Sussiste quindi un diritto a un giudizio pronunciato da un tribunale con pieno potere d'esame in fatto e in diritto.

Nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie, l'autorità che giudica in prima istanza è tuttavia l'autorità amministrativa senza qualità di autorità giudiziaria<sup>484</sup>. L'autorità giudiziaria di primo grado competente per gli ambiti d'esecuzione che rientrano nella competenza della Confederazione è, di norma, il Tribunale amministrativo federale, che decide nelle procedure di ricorso. Il Tribunale amministrativo federale ha pieno potere d'esame in fatto e in diritto (cfr. art. 49 PA). Deve accertare i fatti giuridicamente rilevanti, definire le disposizioni legali applicabili ai fatti accertati e controllare la legalità della conseguenza giuridica, ovvero della sanzione amministrativa pecuniaria<sup>485</sup>. Il ricorso al Tribunale amministrativo federale permette quindi di soddisfare i requisiti di cui all'articolo 29a Cost. e all'articolo 6 CEDU. Secondo la giurisprudenza, la competenza delle autorità amministrative per rendere decisioni di

<sup>483</sup> Secondo la giurisprudenza del TF e del TAF in materia di cartelli, la pubblicazione in forma non anonimizzata delle sanzioni amministrative pecuniarie da parte della COMCO è ammissibile, cfr. la sentenza del TAF B-108/2019 del 1° set. 2020 consid. 4.3; DTF 142 II 268 consid. 5.1, 6.4.3. In particolare, il TF ritiene che una versione non anonimizzata serva a rafforzare la trasparenza, perché la pubblicazione secondo l'art. 28 LCart permette al pubblico di controllare la validità dei fatti contestati alla parte.

<sup>484</sup> Riguardo all'assenza della qualità di autorità giudiziaria della COMCO, cfr. p. es.

DTF 139 I 72 consid. 4.3 – *Publigruppe*.  
<sup>485</sup> Cfr. DTF 139 I 72 consid. 4.5 – *Publigruppe*.

sanzione di primo grado è quindi ammissibile nell'ottica del diritto convenzionale e costituzionale<sup>486</sup>.

Il Tribunale amministrativo federale può limitare il suo potere d'esame negli ambiti che presuppongono conoscenze molto tecniche. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, questa limitazione può essere ammissibile in casi specifici, in riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e alla luce degli articoli 29a Cost. e 6 CEDU. Occorre esaminare in particolare se si tratta di una materia specialistica che richiede conoscenze tecniche particolari, se sussiste un margine d'apprezzamento e quali garanzie procedurali sono state applicate dall'autorità amministrativa. Inoltre, il giudice che controlla le decisioni adottate dall'autorità amministrativa deve analizzare punto per punto gli argomenti o le censure del ricorrente<sup>487</sup>. Nei procedimenti amministrativi il tribunale può dar prova di un certo riserbo per quanto riguarda le questioni che richiedono competenze tecniche particolari, sempreché sia in grado di procedere a un esame effettivo della causa. Gli articoli 29a Cost. e 6 CEDU sono rispettati anche in questi casi.

Il diritto al ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale contro decisioni di sanzione amministrativa pecuniaria, previsto dal diritto sulla procedura amministrativa, risponde alle esigenze convenzionali e costituzionali in materia di garanzia della via giudiziaria. La giurisprudenza ritiene che, a determinate condizioni, l'autorità di ricorso possa limitare il suo potere d'esame.

## 5.8.2 Ricorso dinanzi al Tribunale federale (garanzia dei mezzi di ricorso)

In materia penale sono garantiti, oltre alla via giudiziaria, anche i mezzi di ricorso (art. 2 Protocollo n. 7 alla CEDU, 32 cpv. 3 Cost. e 14 cpv. 5 Patto II dell'ONU). Secondo il principio della doppia istanza, ogni persona condannata ha il diritto di far esaminare un giudizio penale da un tribunale superiore<sup>488</sup>. Rientrano nel campo di applicazione di tale principio le decisioni con un carattere penale secondo l'articolo 6 CEDU<sup>489</sup>. Secondo il Tribunale federale, sul piano personale non solo le persone fisi-

<sup>486</sup> DTF 139 I 72 consid. 4.4 – *Publigruppe*: sentenza della Corte EDU, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia* del 27 set. 2011, n. 43509/08 § 57 segg.

<sup>487</sup> Sentenza della Corte EDU *Sigma Radio Television Ltd. c. Cipro* del 21 lug. 2011, n. 32181/04, 35122/05 § 147 segg.; cfr. anche DTF 139 I 72 consid. 4.5 seg. – *Publigruppe*.

<sup>488</sup> MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, EMRK-Handkommentar, n. 2 ad art. 2 del Protocollo n. 7 alla CEDU. L'art. 2 cpv. 2 del Protocollo n. 7 alla CEDU stabilisce tre eccezioni non rilevanti in questa sede: 1) per le infrazioni minori stabilite dalla legge 2) nei casi in cui la persona interessata è stata giudicata in prima istanza da un tribunale superiore e 3) nei casi in cui la persona interessata è stata dichiarata colpevole dalla giurisdizione più elevata e condannata a seguito di un ricorso contro il suo proscioglimento.

<sup>489</sup> Sentenza della Corte EDU *Kamburov c. Bulgaria* del 23 apr. 2009, n. 31001/02 § 22 seg. Cfr. anche MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, pag. 918; BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 2 ad art. 32 Cost.; DTF 139 I 72 consid. 2.2.2 – *Publigruppe*.

che, ma anche quelle giuridiche possono invocare le garanzie costituzionali e convenzionali in materia di mezzi di ricorso<sup>490</sup>. Le esigenze poste al Tribunale federale sono precisate all'articolo 30 capoverso 1 Cost. e alle pertinenti disposizioni dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU<sup>491</sup>.

Secondo l'articolo 2 paragrafo 1 del Protocollo n. 7 alla CEDU, il legislatore nazionale stabilisce le modalità d'esercizio del diritto di ricorso. Le limitazioni al diritto di ricorso devono perseguire uno scopo legittimo e non possono compromettere la sostanza stessa di tale diritto<sup>492</sup>. Gli Stati parte hanno tuttavia un ampio margine d'apprezzamento nell'articolare il diritto di ricorso<sup>493</sup>. Sul piano costituzionale, anche l'articolo 32 capoverso 3 Cost. lascia un certo margine d'apprezzamento al legislatore, sempreché sia garantita l'efficacia della garanzia dei mezzi di ricorso<sup>494</sup>.

Le decisioni relative alle sanzioni amministrative pecuniarie con un carattere penale secondo l'articolo 6 CEDU rientrano nel campo d'applicazione della garanzia dei mezzi di ricorso. In questo contesto, la domanda centrale è se il potere d'esame limitato del Tribunale federale (art. 95 segg. LTF) – in veste di seconda autorità giudiziaria per le materie d'esecuzione che rientrano nella sfera di competenze della Confederazione – sia sufficiente per soddisfare i requisiti della garanzia dei mezzi di ricorso. La Corte EDU, il Tribunale federale e la dottrina maggioritaria ritengono che la limitazione del potere d'esame alla legalità sia compatibile con l'articolo 2 paragrafo 2 del Protocollo n. 7 alla CEDU<sup>495</sup>. Nemmeno la Costituzione conferisce alla persona condannata il diritto a un secondo controllo dell'apprezzamento e dei fatti: basta che la seconda autorità giudiziaria proceda a un controllo limitato alla legalità e all'arbitrio

<sup>490</sup> Sentenza del TF 2C 484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 5.4 (non pubblicata, in: DTF **139** I 72) – *Publigrroupe*.

<sup>491</sup> BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 4 ad art. 30 e n. 13 ad art. 32 Cost; sentenza della Corte EDU *Poulsen c. Danimarca* del 29 giu. 2000, n. 32092/96.

<sup>492</sup> Sentenza della Corte EDU *Poulsen c. Danimarca* del 29 giu. 2000, n. 32092/96, pag. 5; Sentenza della Corte EDU *Krombach c. Francia* del 13 feb. 2001, n. 29731/96, Recueil CourEDH 2001-II § 96.

<sup>493</sup> DTF **128** I 237 consid. 3; sentenza della Corte EDU *Krombach c. Francia* del 13 feb. 2001, n. 29731/96, Recueil CourEDH 2001-II § 96.

<sup>494</sup> BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 13 ad art. 32 Cost.

<sup>495</sup> Sentenze della Corte EDU *Pesti e Frodl c. Austria* del 18 gen. 2000, n. 27618/95, 27619/95, Recueil CourEDH 2000-I § 4; *Krombach c. Francia* del 13 feb. 2001, n. 29731/96, Recueil CourEDH 2001-II § 96; *Müller c. Austria* del 5 ott. 2006, n. 12555/03 § 25; *Müller c. Austria (n. 2)* del 18 set. 2008, n. 28034/04 § 36; sentenza del TF 2C 484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 5.4 (non pubblicata, in: DTF **139** I 72) – *Publigrroupe*. Per la dottrina cfr.: MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, EMRK-Handkommentar, n. 4 ad art 2 Protocollo n. 7 alla CEDU; BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 13 ad art. 32 Cost.; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Droit constitutionnel*, n. marg. 1430; SEILER, SHK-BGG, n. 3 ad art. 97; per un'opinione diversa cfr. GÖSKU, *BSK-BV*, n. 20 ad art. 32 Cost. MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, pag. 918, ritengono che non sia ancora chiaro in quale misura occorra procedere a un controllo dei fatti. Riguardo all'art. 14 par. 5 Patto II dell'ONU, cfr. l'osservazione generale n. 32 del Comitato dell'ONU per i diritti umani del 23 ago. 2007, *Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 § 48 con ulteriori rinvii; DTF **124** I 92 consid. 2, confermata dalla sentenza 6B\_352/2018 del 27 lug. 2018 consid. 3.2.1; BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 13 ad art. 32 Cost; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Droit constitutionnel*, n. marg. 1430; SEILER, SHK-BGG, n. 3 ad art. 97 LTF.

nell'esame dei fatti<sup>496</sup>. Questo vale a maggior ragione per le sanzioni amministrative pecuniarie che, secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, hanno un carattere penale. Il ricorso di diritto pubblico dinanzi al Tribunale federale soddisfa quindi i requisiti della garanzia dei mezzi di ricorso<sup>497</sup>.

## 5.9 Procedimenti paralleli

### 5.9.1 Situazione iniziale

I procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria hanno spesso un legame materiale e temporale con altri procedimenti amministrativi o penali (procedimenti paralleli). Questo è ad esempio il caso quando l'autorità amministrativa dispone misure amministrative esecutorie o risarcitorie per prevenire minacce o ripristinare lo stato legale<sup>498</sup>. La misura può essere cumulata con una sanzione amministrativa (riguardo alla scelta dello strumento d'applicazione cfr. n. 4.4.4). Nella maggior parte dei casi, il procedimento di sanzione amministrativa, che ha una finalità repressiva, è chiuso dopo il procedimento in materia di misure. Questo è dovuto al carattere relativamente più urgente della prevenzione di minacce imminenti e del ripristino dello stato legale. Infine, al procedimento di sanzione amministrativa può aggiungersi un procedimento penale.

### 5.9.2 Coordinamento dei procedimenti

Se due procedimenti interessano lo stesso oggetto, occorre assicurarne il *coordinamento*. S'intende così evitare che gli atti compiuti in un procedimento complichino o addirittura compromettano le indagini dell'altro. Se entrambi i procedimenti sono di competenza della stessa autorità, il coordinamento può ritenersi assicurato. In caso contrario, le autorità devono decidere assieme quali atti procedurali porre in essere in quale procedimento<sup>499</sup>. Le disposizioni sul coordinamento figurano unicamente nelle

<sup>496</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel*, n. marg. 1430; BIAGGINI, *OFK-BV*, n. 13 ad art. 32 Cost.; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2018, n. marg. 43; VEST HANS, in: Ehrenzeller e altri, *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>a</sup> ed., San Gallo 2014, n. 46 ad art. 32 Cost.; DTF 129 I 281 consid. 4.3; sentenze del TF 6B\_352/2018 del 27 lug. 2018 consid. 3.2.1; 6B\_150/2017 dell'11 gen. 2018 consid. 2.

<sup>497</sup> Art. 97 cpv. 1 e 105 cpv. 2 in combinato disposto con art. 95 LTF. Cfr. la sentenza del TF 2C\_484/2010 del 29 giu. 2012 consid. 5.4 (non pubblicata, in: DTF 139 I 72) – *Publigruppe*.

<sup>498</sup> Cfr. a titolo di esempio l'elenco delle misure amministrative ammesse di cui all'art. 98 LGD.

<sup>499</sup> Per i procedimenti che rientrano nel campo d'applicazione del divieto di un secondo giudizio, cfr. n. 5.9.5.

leggi speciali<sup>500</sup>. Attualmente appare opportuno introdurre (o esaminare più approfonditamente) disposizioni legali generali sull'obbligo di coordinamento delle autorità amministrative e penali.

### 5.9.3 Trasmissione di prove ad altre autorità

Se un'autorità amministrativa trasmette mezzi di prova a un'altra autorità e se tali mezzi sono stati raccolti coattivamente nel quadro degli obblighi di collaborare, può sorgere la domanda della loro ammissibilità alla luce del principio del *nemo tenetur*. Il Tribunale federale ha ritenuto che, in linea di massima, spetta all'autorità penale che riceve dei mezzi di prova ottenuti in un procedimento in materia di vigilanza decidere se tali mezzi possono essere utilizzati nel procedimento penale<sup>501</sup>. La persona interessata può far valere la violazione del principio del *nemo tenetur* solo nel procedimento penale. Questa giurisprudenza potrebbe essere trasposta per analogia al procedimento di sanzione amministrativa, nell'ambito del quale i mezzi di prova sono ottenuti presso un'altra autorità amministrativa mediante assistenza giudiziaria.

### 5.9.4 Carattere vincolante della prima decisione

Se sono condotti due procedimenti sullo stesso oggetto, si pone la domanda se il fatto accertato giuridicamente in un procedimento sia vincolante anche per l'altro. Ai fini dell'unità dell'ordinamento giuridico, l'autorità che si pronuncia in secondo luogo dovrebbe essere vincolata agli accertamenti della prima decisione<sup>502</sup>. Nella sua giurisprudenza, il Tribunale federale sottolinea che, secondo il principio della certezza del diritto, le decisioni non possono essere contraddittorie. Ne consegue che il giudice del secondo procedimento può scostarsi dai fatti accertati nell'ambito del primo procedimento solo in presenza di validi motivi (p. es. perché sono emersi fatti o mezzi di prova nuovi o non sono state chiarite tutte le questioni giuridiche)<sup>503</sup>.

Nel caso in cui i mezzi di prova ottenuti nel primo procedimento siano assoggettati al divieto di utilizzo nel secondo procedimento (riguardo a tale proposta di soluzione cfr.

<sup>500</sup> Cfr. art. 38 cpv. 2 LFINMA riguardo ai procedimenti di diritto in materia di vigilanza e procedimenti penali nel settore dei mercati finanziari; cfr. il *messaggio sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari*, pag. 2680.

<sup>501</sup> Cfr. le sentenze del TF 1B\_268/2019 del 15 nov. 2019 consid. 2.2 seg.; 1B\_179/2012 del 13 apr. 2012 consid. 2.4 nonché le deliberazioni del 14 giu. 2012 sulla legge federale sulle borse e il commercio di valori immobiliari, Boll. Uff. 2012 N 1134 seg.

<sup>502</sup> Cfr. in questo contesto, art. 77 cpv. 4 DPA secondo il quale il tribunale è sostanzialmente vincolato dalla decisione dell'autorità amministrativa.

<sup>503</sup> Cfr. DTF 137 I 363 consid. 2.3.2; 136 II 447 consid. 3.1 riguardo alla revoca della licenza di condurre prevista dal diritto della circolazione stradale in conseguenza di un procedimento penale per violazione delle norme della circolazione stradale; DTF 119 Ib 158, consid. 2.c.bb; per una visione d'insieme cfr. (in tedesco) la sentenza del Tribunale cantonale di Basilea-Campagna 810 09 79/DIE del 26 ago. 2009 consid. 5.2.

n. 5.4.6.3), l'autorità non potrà conformarsi rigorosamente alla prima decisione<sup>504</sup>. Si rischia quindi di avere decisioni dal contenuto divergente<sup>505</sup>. In definitiva, la questione dell'effetto vincolante dipende dal singolo caso: non appare opportuno intervenire a livello legislativo.

## 5.9.5 Procedimenti paralleli e divieto di un secondo giudizio

Diverse leggi speciali prevedono la coesistenza di disposizioni relative alle sanzioni amministrative e di disposizioni penali. Secondo la legge sui cartelli è ad esempio possibile imporre parallelamente una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 50 LCart) e una multa di diritto penale (art. 54 LCart). Esempi simili si possono trovare nella LGD<sup>506</sup>, nella LDist,<sup>507</sup> nella LSRPP<sup>508</sup> e nella LStrI<sup>509</sup>. Ciò può portare a procedimenti paralleli che devono essere esaminati nell'ottica della compatibilità con il divieto di un secondo giudizio.

Il divieto di essere punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*) vieta il secondo perseguimento (*bis*) per lo stesso reato (*idem*). La garanzia è sancita dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU<sup>510</sup>. In caso di irrogazione di più sanzioni da parte di diverse autorità, la Corte EDU basa il suo giudizio sull'esistenza di un nesso sufficientemente stretto sul piano materiale e temporale tra le sanzioni<sup>511</sup>.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il divieto di un secondo giudizio risulta direttamente dalla Costituzione (senza che sia esplicito)<sup>512</sup>. Per quanto riguarda i *procedimenti penali*, tale divieto è sancito dall'articolo 11 capoverso 1 CPP ed esige l'identità del fatto e dell'autore del reato. Non è quindi solo necessario che la situazione di fatto sia la stessa, ma occorre anche che nella causa penale già conclusa e nella disposizione penale applicata sia già racchiusa l'illiceità del reato oggetto del

<sup>504</sup> La stessa problematica si presenta nel diritto fiscale, cfr. per maggiori dettagli MATTEOTTI, *Mehrwertsteuer-Strafverfahren*, n. marg. 14 segg. L'autore postula anche la sospensione del procedimento amministrativo di tassazione fino alla conclusione del procedimento penale, così da rispettare la preminenza del principio del *nemo tenetur*.

<sup>505</sup> Cfr. la sentenza del TF 2C\_1040/2018 del 18 mar. 2021 consid. 5.4.8.2 sul rapporto tra il procedimento di sanzione amministrativa nell'ambito del diritto sui cartelli e i procedimenti civili per il risarcimento dei danni.

<sup>506</sup> Cfr. art. 100 LGD (sanzioni amministrative pecuniarie in caso di violazione della legge, delle disposizioni d'esecuzione o della concessione) e art. 130 segg. LGD (disposizioni penali).

<sup>507</sup> Cfr. art. 9 e 12 LDist.

<sup>508</sup> Cfr. art. 12 LSRPP (sanzione amministrativa pecuniaria in caso di inosservanza dell'ente) e art. 25 segg. LSRPP (disposizioni penali).

<sup>509</sup> Cfr. art. 122a e 122b LStrI (sanzione amministrativa pecuniaria per violazione dell'obbligo di diligenza o dell'obbligo di comunicazione) e 116 o 118 LStrI.

<sup>510</sup> Il divieto è previsto anche dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 18 dic. 2000, GU C 364/1, e si applica alle relazioni internazionali attraverso l'art. 54 CAS.

<sup>511</sup> Sentenza della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia* del 15 nov. 2016 [Grande Camera], n. 24130/11 e 29758/11, Recueil CourEDH 2016 § 130 segg.

<sup>512</sup> DTF 137 I 363 consid. 2.1; 128 II 355 consid. 5.1, entrambe con ulteriori rinvii.

nuovo procedimento<sup>513</sup>. Il diritto amministrativo federale non codifica espressamente il divieto di un secondo giudizio.

Per quanto riguarda i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria considerati accuse penali secondo l'articolo 6 CEDU, è lecito supporre che, in linea di massima, si applichi il divieto convenzionale e costituzionale<sup>514</sup>. Per quanto è dato sapere, le autorità giudiziarie non hanno ancora reso decisioni sulla compatibilità con il divieto di un secondo giudizio per quanto riguarda i procedimenti sanzionatori amministrativi e penali paralleli.

Di norma, le disposizioni sulle sanzioni amministrative e le disposizioni penali sono rivolte a persone diverse e quindi il conflitto con il principio del *ne bis in idem* non si pone: le prime sono rivolte alle imprese che, quando si tratta di persone giuridiche, rientrano direttamente nel campo d'applicazione della legge a causa della loro capacità giuridica, mentre le disposizioni penali interessano, di norma, le persone fisiche<sup>515</sup>.

Se per contro, il destinatario della sanzione amministrativa pecuniaria è una persona fisica (p.es il proprietario di un'impresa individuale) e se il procedimento penale è altresì rivolto contro questa persona, si ha identità di persona. Nei casi in cui è l'impresa a essere punibile in forza dell'articolo 102 CP, può quindi esserci identità di persone giuridiche<sup>516</sup>. In questi casi occorre decidere se dare la priorità al procedimento di sanzione amministrativa o a quello penale. Le autorità penali e quelle preposte alle sanzioni amministrative dovranno decidere chi è competente caso per caso<sup>517</sup>. Finora non sembra esserci alcun caso di applicazione nella prassi. Per il momento non è quindi necessario intervenire a livello legislativo.

## 5.9.6 Rapporto tra i procedimenti di sanzione amministrativa nazionali ed esteri o i procedimenti penali esteri

Per fatti transfrontalieri, come può essere il caso segnatamente nell'ambito del diritto dei cartelli, ci si chiede quali siano gli effetti di un procedimento di sanzione amministrativa estero o di un procedimento penale estero sul procedimento di sanzione am-

<sup>513</sup> JOSITSCH/SCHMID, StPO Praxiskommentar, n. 2 ad art. 11 CPP.

<sup>514</sup> Nel diritto sui cartelli, cfr. TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n 35 ad art. 49a LCart.

<sup>515</sup> Esempio: un'impresa di trasporto aereo è sanzionata in forza degli art. 122a e 122b LStrI e, allo stesso tempo, è condotto un procedimento penale contro i collaboratori interessati per violazione dell'art. 116 o 118 LStrI. In caso di infrazioni commesse in un'impresa assoggettata al diritto penale amministrativo federale, questo principio figura all'art. 6 DPA.

<sup>516</sup> Esempi: art. 67 o 68 in combinato disposto con art. 100 e 131 cpv. 1 lett. f. LGD, art. 102 cpv. 2 in combinato disposto con art. 305<sup>bis</sup> CP. Cfr. anche ROTH, *CR-Concurrence*, n. 14 segg. ad Rem. art. 49a–53 LCart.

<sup>517</sup> Nel diritto comparato si rimanda p. es. all'obbligo sancito dalla legislazione olandese per le autorità amministrative e inquirenti di intendersi sull'esecuzione di un procedimento (detta *una via-decision*), cfr. al riguardo J. FOURNIER E ALTRI, *Strafbarkeit von Unternehmen*, stato 30 apr. 2019, E-Avis ISDC 2019-09, disponibile all'indirizzo: [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch), pag. 68 con ulteriori rinvii.

ministrativa svizzero. In questo contesto, il principio del divieto di un secondo giudizio si applica unicamente alle procedure nazionali. Nei rapporti interstatali tale principio si applica solo se sussiste una base legale internazionale a tal fine.

In base all'articolo 54 dell'Accordo di Associazione a Schengen (CAS)<sup>518</sup>, il divieto di un secondo giudizio può in linea di massima applicarsi a procedimenti penali contro imprese<sup>519</sup> che hanno un legame con un procedimento sanzionatorio condotto nello spazio Schengen (riguardo al diritto dell'UE, cfr. anche n. 3.6)<sup>520</sup>. In definitiva, il divieto di un secondo giudizio nello spazio Schengen si fonda sul principio della fiducia reciproca delle Parti contraenti nei loro ordinamenti penali.

Per quanto è dato sapere, la prassi non ha ancora deciso se il campo d'applicazione dell'articolo 54 CAS comprenda anche i procedimenti di sanzione amministrativa di carattere penale<sup>521</sup>, ma è lecito supporre che debba essere definito in funzione dei criteri Engel relativi all'articolo 6 CEDU, come è il caso per il campo d'applicazione dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>522</sup>, e che quindi si estenda anche a tali procedimenti<sup>523</sup>. La letteratura ritiene inammissibile che un'autorità svizzera apra un procedimento di sanzione amministrativa se in un altro Stato Schengen è stata pronunciata una decisione definitiva che corrisponde ai criteri Engel<sup>524</sup>. Sarebbe quindi possibile svolgere un secondo procedimento amministrativo con effetto repressivo in Svizzera solo – ma comunque – alle condizioni stabilite dalla Corte EDU nella sentenza *A. e B. contro la Norvegia*<sup>525</sup>. Concretamente, questo significa che un cumulo di sanzioni può essere giustificato in due casi, ossia se i fatti non sono identici, perché le autorità svizzere giudicano una violazione del diritto svizzero che ha effetti in Svizzera, o se la sanzione penale e quella amministrativa perseguono scopi complementari che riguardano aspetti diversi dello stesso comportamento illecito<sup>526</sup>. Questa valutazione dipende dal caso specifico<sup>527</sup>.

<sup>518</sup> La CAS si applica in Svizzera in virtù del rinvio nell'art. 2 AAS.

<sup>519</sup> Considerato che l'art. 54 CAS non distingue in funzione del tipo di soggetto giuridico, in linea di massima, anche le imprese che esercitano un'attività sul mercato interno possono invocare il divieto del *ne bis in idem*, cfr. al riguardo le conclusioni dell'avvocato generale Kokott dell'8 set. 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e altri*, n. marg. 118.

<sup>520</sup> L'art. 54 CAS si applica sempre quando un procedimento è concluso in via definitiva (spegnimento dell'azione penale). Secondo la Corte EDU, il criterio determinante per stabilire il carattere definitivo di una decisione è che questa sia divenuta definitiva nella Parte contraente interessata e che garantisca il principio del *ne bis in idem*.

<sup>521</sup> Cfr. VILLARD, *ne bis in idem*, pag. 307 seg.

<sup>522</sup> Secondo la prassi consolidata della Corte EDU, l'art. 54 CAS deve essere interpretato alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che sancisce il divieto di un secondo giudizio nello spazio di giustizia dell'Unione europea, cfr. la sentenza della Corte EDU C-398/12 del 5 giu. 2014 § 37. Il campo d'applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si estende anche alle sanzioni amministrative repressive secondo i criteri Engel relativi all'art. 6 CEDU, cfr. la sentenza della Corte EDU C-489/10 del 5 giu. 2012 § 37.

<sup>523</sup> Cfr. VILLARD, *ne bis in idem*, pag. 309.

<sup>524</sup> Cfr. VILLARD, *ne bis in idem*, pag. 310.

<sup>525</sup> Sentenza della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia* del 15 nov. 2016 [Grande Camera], n. 24130/11 e 29758/11, Recueil CourEDH 2016 § 107, 130 segg.

<sup>526</sup> Nella sua sentenza 524/15 del 20 mar. 2018 § 44, la CGUE è giunta a una conclusione analoga riguardo all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

<sup>527</sup> Cfr. riguardo all'intera tematica anche TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, n. 36a ad art. 49a LCart.

Visto che la Svizzera non è completamente integrata nello spazio europeo di giustizia, la portata del divieto di un secondo giudizio deve essere definita caso per caso e in considerazione dell'*acquis* comunitario applicabile al fatto concreto. È ovvio che le autorità svizzere devono applicare l'articolo 54 CAS e che secondo l'AAS l'applicazione e l'interpretazione di tale articolo devono essere il più possibile omogenee, istaurando così a tal riguardo l'obbligo di seguire la giurisprudenza della CGUE. Nella prassi regna incertezza sulla misura in cui le autorità svizzere debbano orientarsi al diritto dell'UE o alla giurisprudenza della CGUE nell'applicare l'articolo 54 CAS. Per quanto riguarda il rapporto dei procedimenti di sanzione amministrativa nazionali con quelli esteri o con i procedimenti penali esteri non è emersa la necessità di intervenire a livello legislativo.

### 5.9.7 Sintesi intermedia

Dato che i procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria sono spesso connessi con altri procedimenti amministrativi o penali, le autorità devono coordinarli. Si raccomanda quindi di introdurre (o esaminare in maniera più approfondita) disposizioni generali sull'obbligo di coordinamento delle autorità amministrative e penali.

Se i mezzi di prova raccolti in un procedimento sono trasmessi alle autorità penali, spetta sostanzialmente a queste ultime decidere dell'utilizzo di tali mezzi nel procedimento penale. Non è necessario adeguare le basi del diritto amministrativo.

Il principio della certezza del diritto esige che le decisioni non siano contraddittorie. Se due procedimenti sono conclusi uno dopo l'altro, nel secondo procedimento l'autorità può scostarsi dai fatti accertati nel primo solo per validi motivi. La questione del carattere vincolante della prima decisione dipende, in definitiva, dal caso specifico. Non appare quindi necessario intervenire a livello legislativo.

La questione della compatibilità con il divieto di un secondo giudizio si pone nel caso sussistano disposizioni relative a sanzioni amministrative e disposizioni penali relative allo stesso fatto. Finora non si sono riscontrati casi d'applicazione nella prassi. Di conseguenza, non vi è la necessità di intervenire a livello legislativo.

## 6 Seguito dei lavori

Dall'analisi è emerso che lo strumento delle sanzioni amministrative pecuniarie può essere applicato conformemente al diritto convenzionale e costituzionale. Nel complesso, l'attuale approccio normativo di diritto federale ha dato buona prova. La PA e le leggi speciali offrono una solida base per le sanzioni amministrative pecuniarie nel rispetto delle garanzie procedurali penali del diritto di rango superiore. È emerso in particolare che, nell'ottica del diritto convenzionale e costituzionale, non è in linea di massima esclusa la possibilità di munire gli obblighi comportamentali di diritto amministrativo con sanzioni amministrative pecuniarie. In base all'approccio normativo esistente, la prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno sviluppato soluzioni praticabili. Il Consiglio federale ritiene pertanto che *non sia necessario procedere a modifiche fondamentali* della regolamentazione attuale.

È tuttavia necessario chiarire  *singole questioni*  a livello legislativo. Le eventuali modifiche dovrebbero essere introdotte nelle pertinenti leggi speciali o nella PA. La creazione di una legge federale a sé stante, pur essendo teoricamente possibile, non appare urgente, considerato che gli atti normativi esistenti forniscono già uno strumento di regolamentazione adeguato. Concretamente, le modifiche potrebbero interessare:

- la PA, in quanto quadro regolamentare appropriato per disciplinare gli aspetti procedurali della ristrutturazione dell’impresa (cfr. n. 5.2.2), della rappresentanza dell’impresa nel procedimento sanzionatorio (n. 5.2.3) e del coordinamento dei procedimenti (n. 5.9.2);
- le  *leggi speciali* , per quanto riguarda la questione della prescrizione del perseguimento e dell’esecuzione della sanzione (n. 4.5) e l’informazione del pubblico (n. 5.7). Nel caso in cui fosse adottata una soluzione legislativa per risolvere il conflitto tra l’obbligo di collaborare e il diritto di non autoincriminarsi (opzione 2 o 3), occorrerebbe introdurre un disciplinamento specifico a ogni settore (n. 5.3).

Per una modifica riassuntiva delle leggi speciali interessate sarebbe ipotizzabile la forma  *della legge mantello* . Dall’analisi è tuttavia emerso che la prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno trovato soluzioni adeguate al singolo caso. Secondo il Consiglio federale, ad oggi non appare quindi necessario armonizzare le basi legali a livello intersettoriale. Per contro, nei casi in cui ha constatato una necessità di procedere a modifiche legislative che hanno un impatto sulle procedure legislative in corso, si premurerà di far confluire i risultati della presente analisi direttamente nei progetti in corso. L’ulteriore sviluppo in questo ambito continuerà ad essere monitorato da vicino.

Il presente rapporto non tratta la tematica della necessità o meno di una  *futura*  introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie anche in altri ambiti settoriali, ma illustra le soluzioni possibili e le misure da adottare per realizzarle.

## 7 Conclusioni

Il presente rapporto illustra l’integrazione dello strumento delle sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto svizzero. A tal fine, sono state analizzate approfonditamente sia le leggi speciali che lo prevedono sia la procedura d’imposizione delle sanzioni amministrative pecuniarie alla luce delle garanzie del diritto di rango superiore.

La sanzione amministrativa pecuniaria è prevalentemente uno strumento del  *diritto di vigilanza dell’economia*  che serve all’applicazione del diritto amministrativo nel campo dei mercati regolamentati e permette di annullare retroattivamente i guadagni economici legati a pratiche illegali, così da incoraggiare comportamenti conformi alla legge.

Sono 13 le leggi federali che prevedono sanzioni amministrative pecuniarie. Le disposizioni permettono d’imporre il pagamento di un importo che può essere elevato o molto elevato. Tali sanzioni hanno finalità di prevenzione e di repressione e hanno un carattere penale. Sono ordinate sotto forma di decisioni impugnabili secondo la PA.

Di norma, si può partire dal presupposto che si applichino anche le *garanzie procedurali penali* della Costituzione federale e della CEDU, le quali prevedono una tutela più ampia della parte rispetto al diritto amministrativo. Va tuttavia notato che secondo la giurisprudenza non è necessario applicare le garanzie penali nei procedimenti di sanzione amministrativa pecuniaria con lo stesso rigore che nel nocciolo duro del diritto penale.

Le sanzioni amministrative pecuniarie sono perlopiù rivolte alle *imprese* in quanto tali, non ai loro organi o collaboratori. A seconda del campo d'applicazione della legge speciale, possono tuttavia eccezionalmente colpire anche le persone fisiche che svolgono una attività assoggettata a una regolamentazione specifica. Per contro, le sanzioni amministrative pecuniarie non sono generalmente rivolte a persone che non esercitano un'attività regolamentata secondo una legge speciale (p. es. i consumatori, i passeggeri aerei, i dipendenti ecc.).

Le sanzioni amministrative pecuniarie rientranti nel campo d'applicazione delle garanzie procedurali penali devono essere *inserite in una legge formale*. Occorre inserire nelle leggi speciali anche gli obblighi di comportamento da imporre con una sanzione amministrativa pecuniaria. Sul piano della sistematica, le disposizioni relative alle sanzioni amministrative pecuniarie devono essere chiaramente delimitate da quelle penali.

Il legislatore ha articolato le sanzioni amministrative pecuniarie esistenti a prescindere dalla questione della colpa. Secondo la giurisprudenza, la sanzione presuppone tuttavia una *colpa dell'impresa che possa esserle rimproverata (imputabilità)*. Nella prassi è sufficiente che l'autorità provi una colpa in termini di organizzazione (mancanza oggettiva di diligenza). Secondo la giurisprudenza, per infliggere una sanzione basta che la violazione dell'obbligo di diligenza, se commessa da un dipendente non identificato, sia ascrivibile all'impresa in quanto tale. Ciò è da ritenersi, rispetto al diritto penale, una significativa agevolazione a vantaggio dell'autorità amministrativa. Nonostante le disposizioni esaminate non regolino espressamente la questione della colpa, non appare urgente procedere ad adeguamenti legislativi se si considera lo sviluppo del diritto giudiziale. A tempo debito occorrerà esaminare approfonditamente e in funzione delle circostanze concrete la necessità di regolamentare determinati aspetti soggettivi nelle eventuali nuove disposizioni sulle sanzioni amministrative di tipo pecuniario.

Le vigenti disposizioni procedurali previste dalla PA e dalle leggi speciali non ostacolano l'imposizione di sanzioni amministrative di tipo pecuniario conformemente alla CEDU e alla Costituzione, come lo dimostra la questione della competenza: secondo la giurisprudenza, il fatto che il procedimento di sanzione amministrativa di prima istanza sia condotto dall'autorità amministrativa competente per l'esecuzione della pertinente legge speciale è compatibile con il *diritto* risultante dall'articolo 6 paragrafo 1 CEDU *al giudizio delle accuse penali da parte di un tribunale*. La condizione è che la decisione sanzionatoria di primo grado possa essere riesaminata nel quadro di una procedura di ricorso conformemente alle disposizioni del diritto convenzionale. Questo è il caso delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal diritto amministrativo federale.

L'analisi ha inoltre mostrato che le presunzioni legali a sfavore della parte previste in diverse leggi speciali sono compatibili con la *presunzione d'innocenza* (art. 6 par. 2 CEDU e 32 cpv. 1 Cost.). A seconda dell'ambito, le presunzioni possono essere un mezzo efficace per ovviare alle difficoltà probatorie. La *qualità di parte* dell'impresa interessata dal procedimento, la *posizione giuridica dei suoi organi e dei suoi collaboratori*, il *diritto di essere sentiti* e la *conclusione del procedimento* sono aspetti che non pongono problemi a livello normativo.

È tuttavia emersa l'eventuale necessità di chiarire le seguenti questioni a livello di legge:

- *prescrizione del perseguimento e dell'esecuzione della sanzione*: il diritto in vigore non contiene una regolamentazione generale sulla prescrizione delle sanzioni. Se non è già prevista nelle singole leggi speciali, appare opportuno, per motivi legati alla prevedibilità e alla certezza del diritto, disciplinare la prescrizione del perseguimento nell'ambito delle sanzioni amministrative pecuniarie (cfr. n. 4.5);
- *ristrutturazione dell'impresa*: il vigente diritto procedurale non contempla disposizioni per scongiurare il rischio che l'impresa sottoposta a una ristrutturazione si sottragga alle sanzioni. È opportuno introdurre una disposizione generale che disciplini l'effetto della ristrutturazione dell'impresa sul procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria e sulla responsabilità. A tal fine si raccomanda di orientarsi al principio di continuità dell'impresa invalso nella legislazione sui cartelli (cfr. n. 5.2.2);
- *rappresentanza dell'impresa*: un'impresa dovrebbe essere rappresentata da una sola persona fisica nel procedimento. In caso di conflitti d'interesse tra la parte e i suoi organi, occorrerebbe introdurre la possibilità di nominare d'ufficio un rappresentante. A tal fine, si raccomanda di prevedere una disposizione generale basata sulla norma parallela di diritto processuale penale (art. 112 CPP) (cfr. n. 5.2.3);
- *collaborazione della parte*: l'obbligo di collaborare di diritto amministrativo, se attuato con la coercizione, è in conflitto con il diritto di non autoincriminarsi del diritto penale. Non è stata trovata una soluzione legislativa unica, valida per tutti gli ambiti del diritto. Finora la prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno trovato soluzioni adeguate al singolo caso e quindi è possibile lasciare che le autorità continuino a risolvere questo problema complesso caso per caso (opzione 1). Per gli ambiti del diritto della vigilanza, vi è la possibilità di imporre la preminenza degli obblighi di collaborare previsti dalle leggi speciali conformemente alla giurisprudenza del Tribunale federale (opzione 2). Per attuare questo approccio di soluzione si raccomanda, per motivi legati alla certezza del diritto e alla prevedibilità, di definire espressamente nella pertinente legge speciale la portata dell'obbligo di collaborare (in particolare gli obblighi di comunicazione, di allestire documenti e di rendiconto) nonché la sua preminenza rispetto al diritto di non autoincriminarsi nel procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria. Non appare invece opportuno dare la preminenza al diritto di non autoincriminarsi e quindi abolire l'obbligo

di collaborare nel quadro del procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria (opzione 3) per tutti gli ambiti in cui sono applicate sanzioni di questo tipo. Questo approccio sarebbe ipotizzabile tutt'al più per gli ambiti in cui i destinatari della sanzione si trovano in una relazione di sovranità ordinaria con lo Stato (cfr. n. 5.3.6);

- *durata dei procedimenti sanzionatori amministrativi e assunzione delle ripetibili nei procedimenti di prima istanza*: non è emersa una necessità generale di intervenire a livello legislativo per quel che riguarda la durata dei procedimenti sanzionatori amministrativi e le ripetibili. È fatta eccezione per il diritto dei cartelli, nel cui ambito il Consiglio federale sta preparando un progetto separato in risposta alla mozione 16.4094 Fournier del 15 dicembre 2016 (cfr. n. 5.6.5 seg.);
- *informazione del pubblico*: per ragioni di trasparenza e certezza del diritto, si raccomanda di inserire nelle pertinenti leggi speciali disposizioni sull'informazione del pubblico circa i procedimenti in corso e sulla pubblicazione delle decisioni sanzionatorie (cfr. n. 5.7). Tali disposizioni possono prevedere l'obbligo di pubblicazione delle decisioni o concedere alle autorità un margine d'apprezzamento al riguardo;
- *coordinamento delle procedure*: attualmente appare opportuno elaborare (o esaminare da più vicino) disposizioni generali sull'obbligo di coordinamento delle autorità amministrative e penali (cfr. n. 5.9.2).

Per riassumere le modifiche degli atti normativi interessati sarebbe ipotizzabile una *legge mantello*. Secondo il Consiglio federale, per il momento non è tuttavia necessario procedere a un'armonizzazione intersettoriale delle basi legali esistenti. Se dovesse ritenere necessario intervenire a livello legislativo e se le conseguenti modifiche avessero un effetto sulle procedure legislative in corso, si premurerà di far confluire i risultati del presente rapporto direttamente nei progetti in corso.

Nel complesso, è emerso che le sanzioni amministrative pecuniarie possono essere integrate nel sistema di diritto amministrativo generale. Il Consiglio federale ritiene opportuno mantenere l'attuale regolamentazione, che ha dato buona prova. Ciò significa che le eventuali modifiche interesserebbero le leggi speciali o, eventualmente, la PA. Il vigente ordinamento di diritto amministrativo offre una solida base per lo strumento delle sanzioni amministrative pecuniarie, sempreché siano rispettate le garanzie di diritto penale di rango superiore. La creazione di una nuova legge federale è ipotizzabile, ma non appare urgente, perché gli atti normativi esistenti offrono già una base adeguata. La trasformazione delle sanzioni amministrative in disposizioni penali va respinta, perché non vi sono motivi fondati per un cambiamento di sistema così radicale e perché porterebbe a una forte estensione della criminalizzazione delle fattispecie, il che, secondo il Consiglio federale, non appare opportuno in termini di politica giuridica.

Nell'ipotesi della *futura introduzione di nuove sanzioni amministrative pecuniarie*, il rapporto illustra le diverse soluzioni possibili offerte dall'attuale approccio normativo e le misure necessarie per realizzarle. Il rapporto contribuisce così a chiarire come la legislazione e la prassi in Svizzera possano evolvere in direzione di un sistema generale di sanzioni amministrative pecuniarie. Mostra che sul piano materiale non è

escluso che un simile sistema venga inserito nella PA o in una legge mantello. Se questa dovesse essere la soluzione auspicata, il rapporto illustra le domande che occorrerà porsi, proponendo alcune soluzioni. Per concludere, non sussiste un fabbisogno urgente di intervenire sul piano legislativo per introdurre un sistema generale di sanzioni amministrative pecuniarie nel diritto svizzero tramite un progetto legislativo globale.

## Bibliografia

- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/ HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse* II, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2013.
- AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in: Auer/Müller/Schindler (a c.), *PA- Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar [VwVG -Kommentar]*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2019, ad art. 12 e 13 PA.
- BECK CAROLE CLAUDIA, *Enforcementverfahren* der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Zurigo 2019.
- BENEDICK GILLES, *Das Aussagedilemma* in parallelen Verfahren, AJP 2011, pagg. 169–180.
- BEUSCH MICHAEL, in: Auer/Müller/Schindler (a c.), *VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar [VwVG-Kommentar]*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2019, ad art. 64 PA.
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar [OFK-BV]*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2017.
- BORER JÜRIG, *Wettbewerbsrecht I. Kommentar [OFK-KG]*, 3<sup>a</sup> ed., Zurigo 2011, ad art. 2 LCart e ad art. 49a LCart.
- BÖSE MARTIN, *Wirtschaftsaufsicht* und Strafverfolgung, Tubinga 2005.
- BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2<sup>a</sup> ed. 2015.
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: Alvarez et al., *Berner Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung Bd. II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO [BK-ZPO Band II]*, Berna 2012, ad art. 159 CPC.
- CHABLOZ ISABELLE, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann, *Petit commentaire – Code de procédure civile [PC-CPC]*, 1<sup>a</sup> ed, Basilea 2020, ad art. 159.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Questionnaire du Comité européen pour les problèmes criminels sur les sanctions administratives [Questionnaire CDPC]*, Strasburgo, 6 febbraio 2020, consultabile all'indirizzo: <https://rm.coe.int/090000168093669b> (stato: 6.12.2021).
- DÄHLER ROLF/KRAUSKOPF PATRICK, *Die Sanktionsbemessung* und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [a c.], *Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen*, Zurigo/Ginevra 2004.
- DAUM MICHEL, *Kommentar zum Bernischen VRPG [VRPG/BE-Kommentar]*, ad art. 18 e 19, in: Herzog/Daum (a c.), *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsverwaltungspflege im Kanton Bern*, 2<sup>a</sup> ed., Berna 2020.
- DIEBOLD NICOLAS/RÜTSCHKE BERNHARD/KELLER ALWIN, *Instrumente der laufenden Marktaufsicht*, in: Häner/Waldmann (a c.), *Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure*, Zurigo 2018, pagg. 47–75.
- DOMEISEN THOMAS, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, *Basler Kommentar – Strafprozessordnung [BSK-StPO]*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, ad art. 426 CPP.

- DONATSCH ANDREAS/SMOKVINA JASMINA, Der «*Nemo-tenetur-Grundsatz*» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Weber et al., Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zurigo 2017, pagg. 863–878.
- ENGLER MARC, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar – Strafprozessordnung [BSK-StPO], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, ad art. 112 e 113 CPP.
- EPINEY ASTRID, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar – Bundesverfassung [BSK-BV], 1<sup>a</sup> ed., Basilea 2015, ad art. 5 e 36 Cost.
- FELLMANN JEREMIAS/VETTERLI LUZIA, «*Nemo tenetur*» light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen, *forum* 1/2015, pagg. 43–49.
- FONTANA JOËLLE, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge, Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse [CR-CPP], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2019, ad art. 423 e 426 CPP.
- FOURNIER JOHANNA/LANGHORST MAREN/VAN DEN BOSCH JACQUELINE/VIENNET CAROLE, Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten [*Strafbarkeit von Unternehmen*], E-Avis ISDC 2019-09, consultabile all'indirizzo: [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch) (stato: 03.12.2021).
- GÖSKU TARKAN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar – Bundesverfassung [BSK-BV], 1<sup>a</sup> ed., Basilea 2015, ad art. 32 Cost.
- GRAF DAMIAN K., *Strafrechtlicher Umgang* mit Verfehlungen in der Finanzbranche, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2018, pagg. 43–50.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8<sup>a</sup> ed., Zurigo/San Gallo 2020.
- HEINE GÜNTER, *Quasi-Strafrecht* und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, pagg. 105–132.
- HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT, *Kartellgesetzrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung von natürlichen Personen und Unternehmen*, in: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Grundlagen der Wirtschaftspolitik n. 20, Berna 2011.
- HERZOG RUTH, *Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege*, tesi di dottorato, Berna 1995.
- JAAG TOBIAS, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen* und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurigo 2002, pagg. 151–168.
- JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénale*, 2<sup>a</sup> ed., Berna 2018.
- JETZER LAURA, Das *Bestimmtheitsgebot* im Kartellrecht, *recht* 2013, pagg. 169–181.

- JOSITSCH DANIEL/SCHMID NICOLAS, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar [*StPO Praxiskommentar*], 3<sup>a</sup> ed, Zurigo/San Gallo 2017.
- JOST SAMUEL, Die *Parteien* im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basilea 2013.
- KARLEN PETER, Schweizerisches *Verwaltungsrecht*, Zurigo 2018.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches *Verfahrensrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo/San Gallo 2015.
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/AEBI MARCELO F., *Grundriss* der Kriminologie, 2<sup>a</sup> ed., Berna 2011.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren* und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3<sup>a</sup> ed., Zurigo 2013.
- KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [*Praxiskommentar VwVG*], 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2016, ad art. 13 PA.
- LEU CHRISTIAN, in: Brunner/Gasser/Schwander (a c.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar [*ZPO-Kommentar*], 2<sup>a</sup> ed., Zurigo/San Gallo 2016, ad art. 159 CPP.
- LIEBER VIKTOR, in: Donatsch/Hansjörg/Lieber [a c.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung [*StPO-Kommentar*], 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2014, ad art. 113 CPP.
- LOCHER ALEXANDER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, tesi di dottorato, Zurigo 2013.
- MACALUSO ALAIN, in: Moreillon et al., Commentaire romand – Code pénal I (art. 1–110 CP) [*CR-CP I*], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2020, ad art. 102 CP.
- MACULA LAURA, *Erzwungene Selbstbelastung* oder freiwillige Auskunft? Zur Verwertbarkeit von Unternehmensdossiers zuhanden der FINMA, ZStrR 136/2018, pagg. 30–54.
- MACULA LAURA, Verwaltungs(aufsichts)rechtliche *Mitwirkungspflichten* und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Zurigo/Basilea/Ginevra 2016.
- MARANTELLI-SONANINI VERA MARIA/HUBER SAID, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [*Praxiskommentar VwVG*], Zurigo 2016, ad art. 6 PA.
- MATTEOTTI RENÉ, Der Anspruch der Beteiligten auf ein faires *Mehrwertsteuer-Strafverfahren*, Jusletter, 11 gennaio 2011.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches *Gesellschaftsrecht*, 12<sup>a</sup> ed., Berna 2018.
- MEYER CHRISTIAN, Die *Mitwirkungsmaxime* im Verwaltungsverfahren des Bundes, Zurigo 2019.
- MEYER FRANK, in: Karpenstein/Mayer (a c.), *EMRK-Kommentar*, 2<sup>a</sup> ed., Monaco di Baviera 2015, ad art. 6 CEDU.

- MEYER-LADEWIG JENS/HARRENDORF STEFAN/KÖNIG STEFAN, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (a. c.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar [*EMRK Handkommentar*], 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2017, ad art. 6 CEDU e ad art. 2 Protocollo n. 7 alla CEDU.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif: vol. I – Les fondements*, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2012.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif: vol. II – Les actes juridiques et leur contrôle*, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2011.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte* in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4<sup>a</sup> ed., Berna 2008.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO R., in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar – Strafrecht [*BSK-StGB*], 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2019, ad art. 102 CP.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, in: Amstutz/Reinert (a. c.), Basler Kommentar – Kartellgesetz [*BSK-KG*], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2021, prima degli art. 49a–53 LCart.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, *Quasi-Strafrecht*, Strafrecht im engen und weiteren Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [a. c.], *Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Zurigo 2011, pagg. 91–111.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, *Verwaltungsstrafrecht, Teil 2*, in: Häner/Waldmann (a. c.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zurigo 2010, pagg. 51–73.
- OESCH MATTHIAS, *Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug*, Zurigo 2020.
- OTT DOMINIQUE, *Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» – unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten*, Zurigo 2012.
- PESTALOZZI CHRISTOPH M./VOGT HANS-UELI, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II [*BSK-OR II*], 5<sup>a</sup> ed., Basilea 2016, ad art. 562 e 602 CO.
- PETIT NICOLAS/NEYRINCK NORMAN, *Les fonctions de la procédure en droit européen de la concurrence*, in: *Revue internationale de droit économique*, 2015, pagg. 483–502.
- QUELOZ NICOLAS/MANTELLI-RODRIGUEZ LINDA, in: Moreillon u. a., *Commentaire romand – Code pénal I (art. 1-110 CP) [CR-CP I]*, 2<sup>a</sup> ed., 2020, ad art. 47 CP.
- REICH JOHANNES, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar – Bundesverfassung [*BSK-BV*], 1<sup>a</sup> ed., Basilea 2015, ad art. 30 Cost.
- REINERT MANI, in: Baker/McKenzie, *Kartellgesetz (KG) Handkommentar [KG-Handkommentar]*, 1<sup>a</sup> ed., Berna 2007, ad art. 49a LCart.

- RIEDO CHRISTOF/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, *Verwaltungsstrafrecht, Teil 1*: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (a. c.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, IDE-Tagungsband, Zurigo 2010, pagg. 41–50.
- RIKLIN FRANZ, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, *Basler Kommentar – Strafprozessordnung [BSK-StPO]*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, ad art. 113 CPP.
- ROTH ROBERT, in: Martenet/Bovet/Tercier, *Commentaire romand – Droit de la concurrence [CR-Concurrence]*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2012, ad Rem. art. 49a–53 LCart.
- ROTH ROBERT/BOVET CHRISTIAN, in: Martenet/Bovet/Tercier, *Commentaire romand – Droit de la concurrence [CR-Concurrence]*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2012, ad art. 49a LCart.
- ROTH SIMON, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen *Mitwirkungspflichten* und dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* – Zusammenfassung und Würdigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *ZStrR* 129/2011, pagg. 296–321.
- ROTH SIMON, *Zum Zweiten*: Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, *Jusletter* 24 novembre 2014.
- SEILER HANSJÖRG, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessuallem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht [*Missverhältnis*], *recht* 2005, pagg. 11–20.
- SEILER HANSJÖRG, in: Seiler et al., *Stämpfli Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [SHK-BGG]*, 2<sup>a</sup> ed., Berna 2015, ad art. 97 LTF.
- SPITZ PHILIPPE, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, pagg. 553–568.
- STEINMANN GEROLD, in: Ehrenzeller et al., *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar [SGK-BV]*, 3<sup>a</sup> ed., San Gallo 2014, ad art. 29 e 30 Cost.
- TAGMANN CHRISTOPH, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, Zurigo 2007.
- TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, in: Amstutz/Reinert (a. c.), *Basler Kommentar – Kartellgesetz [BSK-KG]*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2021, ad art. 49a, 50 e 53a LCart.
- TANQUEREL THIERRY, *Le droit disciplinaire*, in: Bellanger/Tanquerel, *Le droit disciplinaire – Pratique du droit administratif*, Zurigo 2018.
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2018.
- TSCHANNEN PIERRE, in: Auer/Müller/Schindler (a. c.), *VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar [VwVG-Kommentar]*, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 2019, ad art. 4 PA.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Berna 2014.

- UHLMANN FELIX, *Verfahrensrecht*, namentlich Melde- und Widerspruchsverfahren, in: Zäch/Weber/Heinemann [a. c.], Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zurigo/San Gallo 2012, pagg. 161–188.
- UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA, Guida di legislazione, 4<sup>a</sup> ed. 2019, consultabile all'indirizzo: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Stato & Cittadino > Legistica > Strumenti di legistica.
- VILLARD KATIA, L'application du principe *ne bis in idem* transnational à l'entreprise, in: ZStrR 137/2019, pagg. 291–333.
- WALDMANN BERNHARD, Das *Disziplinarwesen*, in: Häner/Waldmann (a. c.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurigo 2010, pagg. 95–121.
- WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar – Bundesverfassung [BSK-BV], 1<sup>a</sup> ed., Basilea 2015, ad art. 29 Cost.
- WASER ASTRID, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen *Wettbewerbsverfahren*, Zurigo 2002.
- WEHRENBURG STEFAN/FRANK FRIEDRICH, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar – Strafprozessordnung [BSK-StPO], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2014, ad art. 429 CPP.
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen *Verwaltungsrechts* – vol. I, Berna 2012.
- WIPRÄCHTIGER HANS/KELLER STEFAN, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar – Strafrecht [BSK-StGB], 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2019, ad art. 47 CP.
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD, *Strafbewehrte Verhaltenspflichten* nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, AJP 2005, pagg. 1045–1061.
- WOHLMANN HERBERT, Verstöße gegen bundesrechtliche Grundsätze des Strafverfahrensrechts bei *Sanktionsverfahren* im Kartellrecht, Jusletter 10 agosto 2015.
- ZELLER FRANZ/HÜRLIMANN MATTHIAS, Massnahmen zur Rechtsdurchsetzung im *Fernmelde- und Rundfunkrecht*, in: Häner/Waldmann, Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurigo 2010, pagg. 127–148.
- ZIRLICK BEAT/TAGMANN CHRISTOPH, in: Amstutz/Reinert (a. c.), Basler Kommentar – Kartellgesetz [BSK-KG], 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2021, ad art. 26–31 LCart.

## Indice dei materiali

*Messaggio del 21 aprile 1971 concernente il disegno di legge sul diritto penale amministrativo, FF 1971 I 727.*

*Messaggio del 23 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart), FF 1995 I 389.*

*Messaggio del 23 giugno 1999 concernente l'approvazione degli accordi settoriali tra la Svizzera e la CE, FF 1999 5092.*

*Messaggio del 7 novembre 2001 concernente la revisione della legge sui cartelli, FF 2002 1835.*

*Messaggio del 12 novembre 2003 relativo alla modifica della legge sulle telecomunicazioni (LTC), FF 2003 6883.*

*Messaggio del 12 dicembre 2002 concernente la revisione totale della legge federale sulla radiotelevisione (LRTV), FF 2003 1399.*

*Messaggio del 21 dicembre 2005 concernente l'unificazione del diritto processuale penale, FF 2006 989.*

*Messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari; LAUFIN), FF 2006 2625.*

*Rapporto della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati del 13 febbraio 2006 in risposta all'iniziativa del Cantone del Giura sulla soppressione delle norme fiscali federali contrarie all'articolo 6 CEDU, FF 2006 3697.*

*Messaggio del 24 ottobre 2007 relativo al decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e l'Unione europea concernente il recepimento del codice frontiere Schengen (sviluppo dell'acquis di Schengen) e le modifiche nel diritto in materia di stranieri e di asilo per la trasposizione completa dell'acquis di Schengen e di Dublino (complementi), FF 2007 7149.*

*Messaggio del 20 maggio 2009 concernente la legge sulle poste (LPO), FF 2009 4493.*

*Rapporto del Consiglio federale del 15 febbraio 2012 concernente lo stralcio della mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli, FF 2012 1541.*

*Messaggio del 22 febbraio 2012 concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge sull'Autorità della concorrenza, FF 2012 3496.*

*Messaggio dell'8 marzo 2013 concernente la modifica della legge federale sugli stranieri (violazioni dell'obbligo di diligenza e dell'obbligo di comunicazione da parte delle imprese di trasporto aereo, sistemi d'informazione), FF 2013 2195.*

*Rapporto del Consiglio federale del 12 settembre 2014 in risposta al postulato Leutenegger Oberholzer [14.3087]: deducibilità fiscale di multe e sanzioni amministrative finanziarie, consultabile in francese e tedesco all'indirizzo: <https://parlament.ch> > Ratsbetrieb > Curia Vista > Suche > Finanzielle Sanktionen wie z. B. Bussen. Steuerliche Abzugsfähigkeit (stato: 3.12.2021).*

*Messaggio del 1° luglio 2015 concernente la modifica della legge sui lavoratori distaccati, FF 2015 4809.*

*Messaggio del 21 ottobre 2015 concernente la legge federale sui giochi in denaro, FF 2015 6849.*

*Messaggio del 16 novembre 2016 concernente la legge federale sul trattamento fiscale delle sanzioni finanziarie, FF 2016 7575.*

*Messaggio del 15 settembre 2017 concernente la legge federale relativa alla revisione totale della legge sulla protezione dei dati e alla modifica di altri atti normativi sulla protezione dei dati, FF 2017 5939.*

*Messaggio del 23 novembre 2016 relativo all'approvazione e all'attuazione dell'Accordo multilaterale tra autorità competenti concernente lo scambio di rendicontazioni Paese per Paese (Legge federale sullo scambio automatico internazionale delle rendicontazioni Paese per Paese di gruppi di imprese multinazionali, LSRPP), FF 2017 33.*

*Rapporto del Consiglio federale del 25 novembre 2020 concernente la riforma della pena detentiva a vita per reati particolarmente gravi in adempimento dei postulati 18.3530 Caroni Andrea e 18.3531 Rickli Natalie (Schwander Pirmin), consultabile in tedesco e francese all'indirizzo: <https://parlament.ch> > Ratsbetrieb > Curia Vista > Suche > Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe (stato: 3.12.2021).*

## Abbreviazioni

AFC	Amministrazione federale delle contribuzioni
ALC	Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (RS 0.142.112.681)
BSK	Basler Kommentar (Commentario basilese)
CAS	Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (GU L 239 del 22.9.2000 pagg. 0019 – 0062; CAS). Questo testo è consultabile all'indirizzo: <a href="https://rhf.admin.ch/">https://rhf.admin.ch/</a> > Diritto penale > Basi legali > Trattati multilaterali > Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (stato: 7.12.2021)
CC	Codice civile svizzero (RS 210)
CDPC	Comitato europeo per i problemi della criminalità
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974 (RS 0.101)
CFCG	Commissione federale delle case da gioco
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CO	Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero, (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (RS 220)
COMCO	Commissione della concorrenza
ComCom	Commissione federale delle comunicazioni
Corte EDU	Corte europea dei diritti dell'uomo
CP	Codice penale (RS 311.0)
CPC	Codice di procedura civile (RS 272)
CPP	Codice di procedura penale (RS 312.0)
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (RS 313.0)
FF	Foglio federale
FINMA	Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari
GU	Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
LAgr	Legge federale del 29 aprile 1998 sull'agricoltura (RS 910.1; Legge sull'agricoltura)

---

LAID	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (RS 642.14)
LAMal	Legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie (RS 832.10)
LAVS	Legge federale del 20 dicembre 1946 su l'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (RS 831.10)
LBN	Legge federale del 3 ottobre 2003 sulla Banca nazionale svizzera (RS 951.11; Legge sulla Banca nazionale).
LCart	Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (RS 251; Legge sui cartelli)
LDist	Legge federale dell'8 ottobre 1999 concernente le misure collaterali per i lavoratori distaccati e il controllo dei salari minimi previsti nei contratti normali di lavoro (RS 823.20; Legge sui lavoratori distaccati).
LEF	Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.1)
Legge sul CO <sub>2</sub>	Legge federale del 23 dicembre 2011 sulla riduzione delle emissioni di CO <sub>2</sub> (RS 641.71)
LF	Legge federale
Lferr	Legge federale del 20 dicembre 1957 sulle ferrovie (RS 742.101)
LFINMA	Legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza dei mercati finanziari (RS 956.1; Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari)
LGD	Legge federale del 29 settembre 2017 (RS 935.51)
LIFD	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta (RS 642.11)
LIVA	Legge federale del 12 giugno 2009 concernente l'imposta sul valore aggiunto (RS 641.20; Legge sull'IVA).
LPO	Legge del 17 dicembre 2010 sulle poste (RS 783.0)
LRTV	Legge federale del 24 marzo 2006 sulla radiotelevisione (RS 784.40)
LSRPP	Legge federale del 16 giugno 2017 sullo scambio automatico internazionale delle rendicontazioni Paese per Paese di gruppi di imprese multinazionali (RS 654.1)
LStrI	Legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri e la loro integrazione (RS 142.20)
LTAF	Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (RS 173.32)
LTC	Legge del 30 aprile 1997 sulle telecomunicazioni (RS 784.10)
LTF	Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (RS 173.110)

---

OPO	Ordinanza del 29 agosto 2012 sulle poste (RS 783.01)
ORTV	Ordinanza del 9 marzo 2007 sulla radiotelevisione (RS 784.401)
PA	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (RS 172.021)
PATTO II dell'ONU	Patto internazionale del 16 dicembre 1966, entrato in vigore per la Svizzera il 18 settembre 1992 (RS 0.103.2).
Protocollo n. 7 alla CEDU	Protocollo n. 7 alla Convenzione del 22 novembre 1984 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrato in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1988 (RS 0.101.07)
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali
SAA	Accordo del 26 ottobre 2004 tra la Confederazione Svizzera, l'Unione europea e la Comunità europea, riguardante l'associazione della Svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen (RS 0.362.31)
SECO	Segreteria di Stato dell'economia
SG-DFP	Segreteria generale del Dipartimento federale delle finanze
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
UFAG	Ufficio federale dell'agricoltura
UFCOM	Ufficio federale delle comunicazioni
UFG	Ufficio federale di giustizia

## Analisi di diritto comparato

Di seguito sono analizzati tre ordinamenti giuridici simili a quello della Svizzera, ovvero quelli della Germania, dell'Unione europea e della Francia. Lo scopo è stabilire se tali Paesi prevedono sanzioni amministrative pecuniarie e quando le applicano. Si tratta di una panoramica fondata principalmente sui lavori del Comitato europeo per i problemi criminali (Comité européen pour les problèmes criminels, CDPC) che nel novembre 2019 ha elaborato un rapporto che riassume le regolamentazioni e le procedure applicabili alle sanzioni amministrative previste dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri<sup>528</sup>.

In primo luogo, si tratta di determinare se gli ordinamenti giuridici esaminati conoscono la nozione di «sanzione amministrativa pecuniaria» e, in caso affermativo, se e come tali sanzioni si distinguono dalle sanzioni di diritto penale. In secondo luogo, se gli ordinamenti giuridici esaminati prevedono una regolamentazione relativa alle sanzioni amministrative va stabilito in quale misura devono essere osservate le garanzie procedurali penali specifiche (in particolare quelle secondo l'art. 6 CEDU).

Una tabella riassuntiva mostra infine una panoramica della situazione nei restanti Stati membri del Comitato europeo per i problemi criminali.

### 1 Germania

La Germania non conosce questa forma di sanzione amministrativa. Il diritto tedesco distingue tra sanzioni penali in senso stretto (tra cui le pene detentive, le pene pecuniarie o la revoca dell'esercizio del diritto di voto e di eleggibilità) e le sanzioni previste dal diritto disciplinare (tra cui p. es. le pene pecuniarie, la confisca di valori patrimoniali o la revoca della licenza di condurre), che rientrano nel «diritto penale accessorio»<sup>529</sup>.

Diversamente dalle sanzioni penali in senso stretto, le sanzioni previste dal diritto disciplinare possono essere imposte dalle autorità amministrative<sup>530</sup>. Sottostanno al diritto penale amministrativo (*Ordnungswidrigkeitengesetz, OWiG*) e possono interessare persone giuridiche e imprese (§ 30 OWiG)<sup>531</sup>. Mentre le sanzioni di diritto amministrativo in Germania sono note non da ultimo per la loro applicazione nel diritto dell'Unione europea, i problemi sollevati da questa forma di sanzione (in particolare nell'ottica delle garanzie procedurali) sono stati risolti sottoponendo tali sanzioni al diritto penale amministrativo<sup>532</sup>.

<sup>528</sup> *Questionnaire CDPC*.

<sup>529</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 62.

<sup>530</sup> Cfr. segnatamente art. 35 (1) OWiG.

<sup>531</sup> Cfr. p. es. anche § 82 (2) GWB per il diritto in materia di concorrenza, che rimanda all'art. 30 OWiG per la definizione di «persone giuridiche» passibili di sanzione.

<sup>532</sup> Cfr. inoltre: *Questionnaire CDPC*, punti 62 e 63.2.

Il criterio determinante per distinguere le sanzioni di diritto penale in senso stretto dalle sanzioni di diritto penale amministrativo è la gravità della violazione e delle conseguenze che ne derivano<sup>533</sup>. Secondo l'articolo 21 OWiG, se un'azione costituisce nel contempo un reato e un illecito amministrativo, va inflitta solo la sanzione di diritto penale in senso stretto.

Considerato che le sanzioni secondo l'OWiG rientrano nel diritto penale amministrativo, si applicano anche le garanzie procedurali specifiche al procedimento penale, in particolare il requisito della tassatività e della determinatezza della base legale nonché i principi di proporzionalità, della presunzione d'innocenza e della *lex mitior* (giudizio secondo la legge più favorevole all'imputato). Il principio del *ne bis in idem* si applica tuttavia solo in misura limitata alle sanzioni secondo l'OWiG, poiché nel corso del procedimento un giudice può trasformare una sanzione per un illecito amministrativo in una sanzione penale in senso stretto<sup>534</sup>.

A titolo d'esempio, il diritto tedesco in materia di concorrenza rimanda all'OWiG e all'applicazione della procedura penale per le questioni procedurali legate all'irrogazione di sanzioni<sup>535</sup>.

## 2 Unione europea

Nell'Unione europea la situazione è diversa perché l'UE non ha competenze in materia penale. Essa ha tuttavia una competenza nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Lo strumento della sanzione amministrativa costituisce quindi l'unica possibilità a disposizione delle autorità europee preposte all'applicazione del diritto europeo per sanzionare i comportamenti illeciti. Lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria è quindi previsto in numerosi ambiti del diritto dell'Unione europea.

A titolo di esempio, nel settore della lotta contro gli abusi di mercato l'Unione europea ha emanato una direttiva e un regolamento sulle sanzioni penali in caso di abusi di mercato<sup>536</sup>. Il regolamento prevede sanzioni amministrative che possono raggiungere un importo elevato in caso di abusi di mercato<sup>537</sup>. Tali sanzioni sono inoltre applicabili

<sup>533</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 64.

<sup>534</sup> *Questionnaire CDPC*, punti 67–68. Cfr. anche art. 84 (1) OWiG.

<sup>535</sup> Cfr. segnatamente l'art. 82 segg. GWB.

<sup>536</sup> Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), GU L 173 del 12.6.2014, pag. 179 e Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato), GU L 173 del 12.6.2014, pag. 1.

<sup>537</sup> Cfr. in particolare art. 30 par. 2 lett. i e j del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato), GU L 173 del 12.6.2014, pag. 1.

sia alle persone giuridiche sia a quelle fisiche<sup>538</sup>. Gli Stati membri definiscono a livello di diritto interno quali sono le autorità competenti per l'imposizione di simili sanzioni nonché le regole procedurali applicabili.

Nel settore della concorrenza l'Unione europea ha competenze esecutive. La Commissione europea svolge, a partire da una certa soglia, delle indagini e sanziona le imprese che violano le regole dell'UE in materia di concorrenza (art. 101 segg. TFUE). In questo contesto, i diritti procedurali delle imprese (in particolare i diritti della difesa) nel procedimento di sanzione sono stati sviluppati sostanzialmente dalla giurisprudenza e in base ai testi sulla protezione dei diritti dell'uomo quali la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la CEDU<sup>539</sup>. Alcuni diritti delle parti sono in seguito stati codificati in un regolamento<sup>540</sup>, segnatamente le questioni relative alla consultazione dei dossier e al diritto di essere sentiti.

Per i procedimenti in materia di concorrenza può essere nominato un consigliere-auditore (*hearing officer*) della direzione generale della concorrenza il quale è competente per il corretto svolgimento del procedimento e assicura il rispetto dei diritti alla difesa<sup>541</sup>. Le parti possono rivolgersi a lui durante il procedimento se hanno l'impressione che i loro diritti non sono rispettati, ad esempio perché il termine è troppo breve o perché non possono accedere a determinati fascicoli. Il compito principale del consigliere-auditore è offrire consulenza e mediare in tutte le questioni procedurali<sup>542</sup>. Garantisce così alle parti l'esercizio effettivo dei diritti procedurali<sup>543</sup>. I poteri del consigliere-auditore sono relativamente esaustivi. Organizza le audizioni e modera le discussioni tra le imprese e la direzione generale della concorrenza, consiglia il commissario sulle questioni procedurali, redige una relazione finale sul procedimento e cerca di risolvere le controversie che sorgono tra le parti (comprese le questioni dell'accesso ai fascicoli e della riservatezza nonché del rispetto dei diritti alla difesa in generale)<sup>544</sup>. Le decisioni del consigliere-auditore relative ai diritti procedurali delle parti sono vincolanti per le autorità preposte al procedimento penale.

<sup>538</sup> Art. 30 par. 2 lett. i e j del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato), GU L 173 del 12.6.2014, pag. 1.

<sup>539</sup> SOUDEER MATHIEU, *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, Approche contentieuse, Bruxelles 2019, pag. 90 segg.

<sup>540</sup> Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU L 123 del 27.4.2004, pag. 18, modificato periodicamente, da ultimo nel 2015.

<sup>541</sup> Decisione (UE) 2011/695 del presidente della Commissione europea, del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, GU L 275 del 20.10.2011, pag. 29.

<sup>542</sup> PETIT/NEYRINCK, *fonctions*, pag. 490 seg.

<sup>543</sup> Art. 1 par. 2 decisione (UE) 2011/695 del presidente della Commissione europea, del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, GU L 275 del 20.10.2011, pag. 29.

<sup>544</sup> PETIT/NEYRINCK, *fonctions*, pag. 491.

Nel campo del distacco dei lavoratori, nel 1996 l'Unione europea ha emanato una direttiva (rivista nel 2018)<sup>545</sup> e una direttiva d'esecuzione<sup>546</sup> che prevedono che le «ammende amministrative» possono essere imposte da uno Stato o eseguite in un altro Stato membro, in base a un sistema di riconoscimento reciproco delle sanzioni<sup>547</sup>. La qualifica giuridica e la definizione delle sanzioni in quanto tali sono tuttavia rette dal diritto interno degli Stati membri, essendo le loro autorità competenti per istruire i procedimenti e pronunciare le sanzioni secondo i rispettivi diritti procedurali.

Nel settore della migrazione, l'articolo 26 paragrafo 2 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen in combinato disposto con l'articolo 4 della direttiva 2001/51/CE e l'articolo 4 della direttiva 2004/82/CE obbliga gli Stati membri a introdurre sanzioni (pecuniarie) efficaci (*carrier sanctions*) contro le violazioni dell'obbligo di diligenza e di comunicazione da parte delle imprese di trasporto aereo nello spazio Schengen. L'attuazione di questo obbligo – in particolare la qualificazione giuridica della sanzione e la procedura applicabile – è di competenza degli Stati parte all'Accordo di Schengen e varia a seconda del sistema giuridico di ogni Stato<sup>548</sup>.

### 3 Francia

In Francia le «sanzioni amministrative» (*sanctions administratives*) non rientrano nel diritto penale e sono suddivise in tre sottocategorie: «sanzioni morali» (*sanctions morales*), «sanzioni privative di diritti» (*sanctions privatives de droits*) e «sanzioni pecuniarie» (*sanctions pécuniaires*).

Le «sanzioni morali» comprendono l'avvertimento (*avertissement*) e il biasimo (*blâme*) e sono imposte contro persone fisiche<sup>549</sup>. In quanto tali assomigliano alle pene disciplinari secondo il diritto svizzero. Tra le «sanzioni privative di diritti» si annoverano in particolare la revoca di autorizzazioni e il divieto, temporaneo o definitivo, di esercitare attività regolamentate. Le «sanzioni pecuniarie» sono pronunciate sotto

<sup>545</sup> Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU L 18 del 21.01.1997, pag. 1 segg. Cfr. anche la direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU L 173 del 9.7.2018, pag. 16.

<sup>546</sup> Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»), GU L 159 del 28.5.2014, pag. 11.

<sup>547</sup> Art. 13 segg. della direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»), GU L 159 del 28.5.2014, pag. 11.

<sup>548</sup> Esempi si trovano nel *messaggio sulla modifica della legge sugli stranieri*, pag. 2574.

<sup>549</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 51.

forma di multe pecuniarie che in determinati settori (p. es. concorrenza, industria audiovisiva o mercati finanziari) possono essere irrogate da autorità amministrative indipendenti<sup>550</sup>.

Le sanzioni amministrative sono decisioni rese da autorità amministrative che agiscono nel quadro dell'esercizio dei poteri pubblici. Sono di carattere penale e sanzionano le violazioni contro le leggi e i regolamenti amministrativi (contrariamente alle norme di diritto penale, la cui violazione è perseguita dalle autorità penali secondo le regole della procedura penale)<sup>551</sup>. Le sanzioni penali assumono la forma di una decisione giurisdizionale (*décision juridictionnelle*) e le sanzioni di diritto amministrativo quella di una decisione amministrativa (*décision administrative*)<sup>552</sup>.

In base ai criteri di distinzione secondo la sentenza della Corte EDU nella causa Engel, la Francia qualifica le sanzioni amministrative pecuniarie come «accuse penali» alle quali si applicano le garanzie dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU<sup>553</sup>.

Le sanzioni amministrative in Francia si fondano ampiamente sui principi applicabili alle sanzioni di diritto penale<sup>554</sup>. Il Consiglio costituzionale francese ritiene in particolare che i requisiti in relazione al rispetto del principio di legalità delle fattispecie penali e delle pene, il principio della necessità e di proporzionalità, il divieto di retroattività del diritto penale più severo e il rispetto dei diritti alla difesa si estendono a tutte le sanzioni con un carattere penale anche se il legislatore lascia che sia un'autorità non giudiziaria a imporle.<sup>555</sup> Il criterio determinante al riguardo è il carattere penale della sanzione.

Nel diritto francese le garanzie caratteristiche del diritto penale si applicano anche alle sanzioni amministrative. Infatti il principio della presunzione d'innocenza (art. 6 par. 1 CEDU) e il rispetto dei diritti alla difesa (che si applica alle sanzioni amministrative in quanto «principio generale di diritto») si applicano anche alle procedure che portano a sanzioni amministrative pecuniarie<sup>556</sup>.

Nel diritto francese sulla concorrenza spetta a un'autorità amministrativa indipendente imporre sanzioni contro le imprese interessate. Anche la Francia ha introdotto la figura del consigliere-auditore, che, su richiesta delle parti, può intervenire nel procedimento. Contrariamente al suo omologo europeo, il consigliere-auditore francese non ha tuttavia un potere decisionale<sup>557</sup>. La sua funzione è piuttosto quella di mediatore procedurale nella fase contenziosa del procedimento. Raccoglie le osservazioni delle

<sup>550</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 51.

<sup>551</sup> Conseil constitutionnel français, n° 89–260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

<sup>552</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 52.1.

<sup>553</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 52.3 (con ulteriori rinvii). Questo vale in particolare per le sanzioni irrogate dalla Commissione bancaria, dall'autorità della concorrenza, dall'autorità per la regolamentazione della comunicazione elettronica e della posta, dall'autorità per la regolamentazione dei giochi online, dalla commissione preposta alle sanzioni dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari e dall'ufficio per la migrazione internazionale.

<sup>554</sup> *Questionnaire CDPC*, punti 59 e 13 (con ulteriori rinvii).

<sup>555</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 59; Conseil constitutionnel français, n° 88–248 DC du 17 janvier 1989 consid. 17–18.

<sup>556</sup> *Questionnaire CDPC*, punto 13 (con ulteriori rinvii).

<sup>557</sup> Rapport annuel de l'Autorité de concurrence 2019, pag. 160.

parti e del relatore generale sullo svolgimento del procedimento e in seguito le integra in un rapporto indirizzato all'autorità della concorrenza.

Per codificare la prevedibilità della sanzione e i diritti alla difesa<sup>558</sup>, l'autorità della concorrenza ha emanato direttive interne che la giurisprudenza ha reso vincolanti<sup>559</sup>. Inoltre, nel settore della concorrenza le decisioni sono impugnate dinanzi ai giudici civili, i quali effettuano un controllo completo delle sanzioni pronunciate, assicurando così il rispetto delle garanzie procedurali.

#### 4 Apprezzamento

Dall'esame degli ordinamenti giuridici esaminati emergono approcci diversi. La Germania, ad esempio, non conosce lo strumento della «sanzione amministrativa (pecuniaria)». Le sanzioni pronunciate in caso di violazione degli obblighi di comportamento rientrano nel diritto penale amministrativo e sottostanno al diritto processuale penale amministrativo (in particolare alla OwiG). La Francia invece conosce una categoria di «sanzioni amministrative» tra le quali figurano anche le sanzioni pecuniarie, ovvero delle multe che in determinati settori sono imposte da autorità amministrative. Anche il diritto dell'UE prevede lo strumento della «sanzione amministrativa» (compresa la sanzione amministrativa pecuniaria), in particolare nel campo della concorrenza.

In tutti e tre gli ordinamenti giuridici esaminati, le garanzie procedurali specifiche al diritto penale risultanti in particolare dall'articolo 6 CEDU si applicano anche ai procedimenti che portano all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Visto che i procedimenti che sfociano in simili sanzioni sono considerati «accuse penali» secondo l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, devono essere garantiti in particolare i principi della presunzione d'innocenza e di non-retroattività così come i diritti alla difesa.

Alla luce delle diverse soluzioni previste dagli ordinamenti giuridici esaminati, si constata che in una certa misura il diritto svizzero ha un approccio paragonabile a quello adottato dalla Francia per categorizzare le sanzioni amministrative e delimitarle dalle sanzioni penali.

<sup>558</sup> IDOT LAURENCE, *La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européennes*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparée*, 2012, pagg. 315–341, 321; DAVID ERIC, *Country report: France*, in: Dannecker/Jansen, *Competition Law Sanctioning in the European Union, The EU-Law influence on the National Law System of Sanctions in the European Area*, The Hague/London/New York, 2004, pag. 460 segg.

<sup>559</sup> *Rapport annuel de l'Autorité de concurrence 2018*, pag. 126.

## 5 Tabella riassuntiva Paese per Paese

Le sanzioni amministrative in altri ordinamenti giuridici<sup>560</sup>:

Paese	Prevede sanzioni amministrative	Se sì, prevede sanzioni pecuniarie?	Non prevede sanzioni amministrative	Non chiaro
Andorra	✓	Sì		
Armenia	✓	Sì		
Austria				✓
Belgio	✓	Sì		
Cipro	✓	Sì		
Croazia	✓ (solo per il diritto in materia di concorrenza)	Non chiaro		
Danimarca			✓	
Estonia			✓	
Irlanda				✓ ( <i>common law</i> )
Lettonia	✓	Sì		
Lituania	✓	Sì		
Lussemburgo	✓	Sì		
Moldova	✓	Sì		
Montenegro				✓
Macedonia del Nord			✓	
Norvegia	✓	Sì		
Polonia	✓	Sì		
Portogallo	✓	Sì		
Repubblica Ceca	✓	Sì		
Russia				✓
Serbia			✓	

<sup>560</sup> Questionnaire CDPC.

<b>Paese</b>	<b>Prevede sanzioni amministrative</b>	<b>Se sì, prevede sanzioni pecuniarie?</b>	<b>Non prevede sanzioni amministrative</b>	<b>Non chiaro</b>
Slovenia				✓
Spagna	✓	Sì		
Svezia	✓	Sì, ma la Svezia ha anche deciso di trasformare in sanzioni penali le sanzioni che non soddisfano i criteri Engel.		
Turchia	✓	Sì		